

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

TADEU SANTOS CARDOSO

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A
APLICABILIDADE NO PROCESSO FALIMENTAR**

SÃO PAULO

2023

TADEU SANTOS CARDOSO

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A
APLICABILIDADE NO PROCESSO FALIMENTAR**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Empresarial, sob a orientação do Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

SÃO PAULO

2023

Cardoso, Tadeu Santos.

A desconsideração de personalidade jurídica e a aplicabilidade no processo falimentar. / Tadeu Santos Cardoso. 2023.

370 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2023.

Orientador (a): Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

1. Desconsideração. 2. Personalidade jurídica. 3. Processo falimentar.

I. Calças, Manoel de Queiroz Pereira. II. Título.

CDU 34

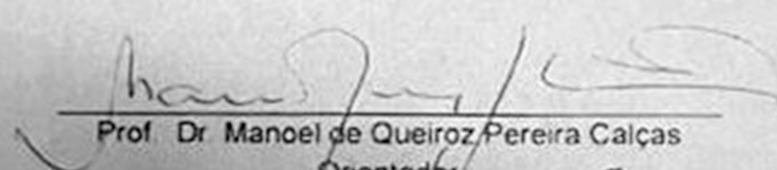
TADEU SANTOS CARDOSO

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A APLICABILIDADE
NO PROCESSO FALIMENTAR

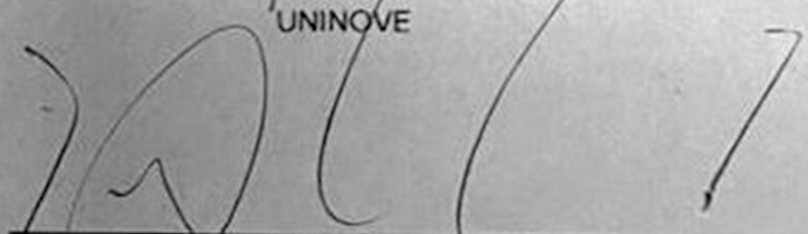
Dissertação apresentada ao
Programa Pós-Graduação Stricto
Sensu em Direito da Universidade
Nove de Julho como parte das
exigências para a obtenção do título
de Mestre em Direito

São Paulo, 31 de janeiro de 2023.

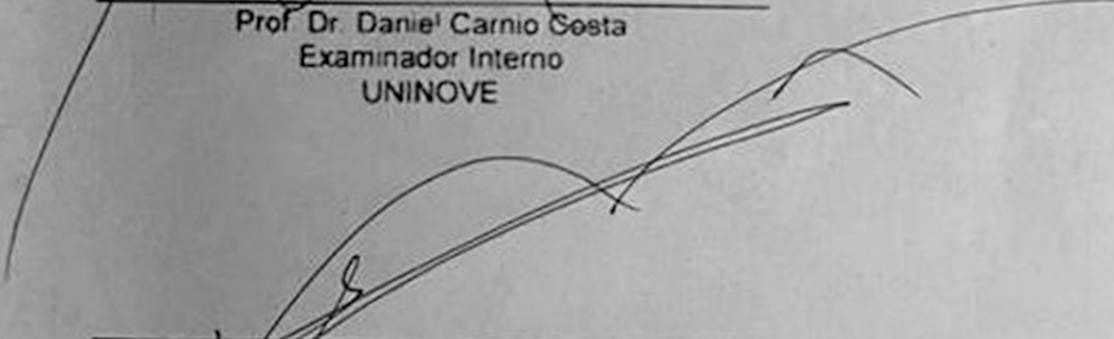
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças
Orientador
UNINOVE



Prof. Dr. Daniel Carnio Costa
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. Manoel Justino Bezerra Filho
Examinador Externo
MACKENZIE

Aos meus pais, por tudo, sempre.

AGRADECIMENTOS

Ser grato é, sobretudo, olhar para o todo e visualizar que não se pode encontrar o objetivo último sem a contribuição do próximo. Em outros termos, é extrair da perspectiva solitária do percurso aquilo que antes não se viu, mas se fez presente em todo o caminhar.

Em primeiro plano, e sempre, agradeço a minha família, que seguramente suportou a privação da minha presença durante o período dos trabalhos acadêmicos, designadamente a Martinha e nosso amigo Zeca, que acompanharam proximamente todo o trajeto.

Agradeço, ainda, ao Professor Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças pelo tempo a mim dispensado durante a orientação, demonstrando destacadamente a relevância do aprendizado, em face dos questionamentos formulados em aula e ao longo da pesquisa, para além da humildade de considerar o aluno um possível formador.

Não poderia deixar de ressaltar a importância do Professor Doutor Daniel Carnio Costa como incentivador dos estudos do Direito da Insolvência, mesmo antes de meu ingresso no Mestrado, despertando, assim, o interesse antes desconhecido nessa seara, pelo que aproveito o ensejo para, na pessoa dele, agradecer a todo o corpo docente.

Para além, registro a importância do incentivo dos amigos Vítor Cunha, Cícero Bisneto, Lucas Sales e Ruy Adães Jr. Cada um a sua maneira, eles contribuíram para que eu viesse a seguir a iniciação acadêmica. Ainda aqui, não posso deixar de mencionar os estudos, em ambiente virtual, com os membros do Grupo de Debates de Direito Público, espaço no qual se nutre a divergência sem perder a cordialidade.

Por fim, consigno a importância do contato com pessoas distintas, dos mais variados cantos do país, como móvel propulsor para a construção de novas ideias, motivo pelo qual, igualmente, agradeço aos colegas pela profícua troca de conhecimento, impulsionando o aprendizado.

“Sobre o nada eu tenho profundidades.”

(Manoel de Barros)

RESUMO

O cerne da presente pesquisa é verificar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na prática judiciária e examinar o traçado das linhas hermenêuticas com vistas a possibilitar que a aplicação se perfaça respeitando os princípios constitucionais, que ditam a interpretação infraconstitucional, examinando-se a vertente prescrita pela Lei nº 14.112/20. O problema, assim, consiste em buscar interpretações que se coadunem com a constitucionalização norteadora do Direito Privado, bem como permitam a maior efetividade no cotidiano forense. Diante de tal problemática, entende-se como hipótese mais factível que a desconsideração se apresenta em consonância com as diretrizes da Carta Cidadã, devendo o intérprete, lastreado pelo princípio hermenêutico da máxima efetividade, buscar extrair da disposição normativa maior plexo de efeitos, respeitados os limites do texto infraconstitucional e evitando que a regra em liça torne-se inútil do ponto de vista jurídico, expropriando-a dos desdobramentos possíveis e passíveis de desenvolvimento na prática forense. Por fim, a pesquisa tem como objetivo geral buscar soluções viáveis para evitar o empecilho à aplicação do tradicional instituto na dinâmica da insolvência, dispondo acerca dos meios e alternativas para que se concretize uma aplicação mais efetiva com fincas no alicerce pontilhado, a Carta Política de 1988. E os objetivos específicos estão postos em sua concretização na seara judicial, mais propriamente no controle a ser feito pela atividade judicante, com esteio nas questões processuais procedimentalizadas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), agora matizadas pela Lei nº 14.112/20. A abordagem do tema será feita por meio do método dialético, mediante estudo analítico-bibliográfico com contextualizações jurisprudenciais, mormente do Tribunal da Cidadania, todos relacionados ao tema pesquisado. Ao final, entende-se que a relevância do estudo diz respeito às alternativas hermenêuticas que tornam viável a aplicação da figura jurídica, de modo a compatibilizá-la com os ditames da CF/88, mormente a função social da propriedade (art. 5º, XXIII), visando ao aprofundamento das discussões em torno das intrigantes indagações que pululam a temática em específico.

Palavras-chave: desconsideração; personalidade jurídica; processo falimentar.

ABSTRACT

The core of this research is to verify the application of the disregard of legal entity in judicial practice and examine the tracing of hermeneutic lines in order to enable the application to be made respecting the constitutional principles, which dictate the infraconstitutional interpretation, examining the aspect prescribed by Law n° 14112/20. The problem, therefore, consists in seeking interpretations that are in line with the guiding constitutionalization of Private Law, as well as allow for greater effectiveness in the forensic daily life. In view of such problematic, it is understood, as the most feasible hypothesis, that the disregard is in line with the guidelines of the Citizen Charter, and the interpreter, supported by the hermeneutic principle of maximum effectiveness, should seek to extract from the normative provision a greater plexus of effects, respecting the limits of the infra-constitutional text, avoiding that the rule in question becomes useless from the legal point of view, expropriating it from the possible and possible developments in the forensic practice. Thus, the present research has as its general objective to seek viable solutions to avoid the impediment to the application of the traditional institute in the dynamics of insolvency, making available the means and alternatives so that a more effective application can be achieved with fincas on the dotted foundation, the respect for the lines of colmatation; and the specific objectives are set in its realization in the judicial sphere, more specifically in the control to be made by the judicial activity, based on procedural issues proceduralized by the Civil Procedure Code of 2015 (CPC/15), now nuanced by Law n° 14. 112/20. The approach to the theme will be made through the dialectical method, through the analytical-bibliographical study with jurisprudential contextualizations, especially from the Citizenship Court, all related to the researched theme. In the end, it is understood that the relevance of the study concerns the hermeneutic alternatives that make the application of the legal figure viable, in order to make it compatible with the dictates of the CF/88, especially the social function of the property (art. 5, XXIII), aiming at the deepening of the discussions around the intriguing inquiries that plague this specific theme.

Keywords: disregard of legal entity; application; bankruptcy proceeding.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgInt	Agravo Interno
AI	Agravo de Instrumento
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
BGB	Código Civil alemão
CADE	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CC	Código Civil
CC/02	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CJF	Conselho de Justiça Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CTN	Código Tributário Nacional
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IDPJ	Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LLE	Lei da Liberdade Econômica
LREF	Lei de Recuperação de Empresas e Falência
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
MC	Medida Cautelar
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

TCU	Tribunal de Contas da União
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	DA PESSOA JURÍDICA: A CONSIDERAÇÃO	18
2.1	CONTEXTO HISTÓRICO E IDEIAS PRELIMINARES.....	23
2.2	TEORIZAÇÃO DA NATUREZA DA PESSOA JURÍDICA: DEFINIÇÕES BASILARES ENTRE A CONSTITUIÇÃO E OS EFEITOS.....	28
2.2.1	Teoria da ficção	30
2.2.2	Teoria da realidade objetiva ou orgânica	31
2.2.3	Teoria da realidade técnica	33
2.2.4	Teoria da instituição	34
2.2.5	Posição adotada	35
2.3	DEFINIÇÕES BASILARES: ENTRE A CONSTITUIÇÃO E OS EFEITOS.....	36
2.4	AUTONOMIA PATRIMONIAL DA PESSOA JURÍDICA.....	48
2.5	LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.....	51
2.6	A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	60
3	A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PLANO SUBSTANTIVO	89
3.1	CONTEXTO HISTÓRICO: A <i>DISREGARD DOCTRINE</i> E SUAS ORIGENS.....	90
3.2	A EVOLUÇÃO TEÓRICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL.....	101
3.3	O DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO DA DESCONSIDERAÇÃO NO CENÁRIO NACIONAL.....	109
3.4	O CONCEITO DE DESCONSIDERAÇÃO.....	128
3.5	A DESCONSIDERAÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	133
3.6	O ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS PRESSUPOSTOS.....	145

3.7	OS GRUPOS ECONÔMICOS E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	163
3.8	ESPÉCIES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	172
3.8.1	A desconsideração inversa: o art. 50, § 3º, do Código Civil de 2002.....	172
3.8.2	A desconsideração atributiva e a desconsideração para fins de responsabilidade.....	177
3.8.3	Desconsideração expansiva.....	180
3.8.4	Desconsideração regulatória.....	181
3.9	OS EFEITOS, A EXTENSÃO SUBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL: A INTERSECÇÃO.....	183
4	A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO FALIMENTAR.....	210
4.1	O CONTEXTO PROCESSUAL DA DESCONSIDERAÇÃO: LINHAS GERAIS.....	211
4.2	O RITO DO PROCESSO FALIMENTAR: BREVES ANOTAÇÕES...	237
4.3	A APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA E SUA DISFUNÇÃO: O (DES)CONTROLE DE LEGALIDADE.....	283
5	CONCLUSÃO.....	346
	REFERÊNCIAS.....	357

1 INTRODUÇÃO

O Direito Empresarial, historicamente reconhecido como um dos mais mutáveis ramos jurídicos, passou, nas últimas décadas, por uma intensa revisitação e reavaliação dos seus conceitos.

Releva anotar que, não obstante a autonomia, o diálogo entre o Direito Empresarial e o Código Civil (CC), no mais das vezes, mostrou-se distante das previsões, em sua perspectiva individualista.

Com a propalada constitucionalização do Direito Civil, os seus institutos mais clássicos, a exemplo da propriedade privada, passaram a ser reanalisados sob nova ótica, fenômeno que se espalha com profusão nas mais variadas temáticas do Direito, em face da capilaridade de construções no cotidiano jurídico.

Nessa toada, e em novo viés, percebe-se o influxo da função social da propriedade (CF/88, art. 5º, XXIII, e art. 170, III), de maneira quase uniforme, a denotar a necessidade premente de revisitação de conceitos também na seara empresarial.

O art. 82-A da Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), alterada pela Lei nº 14.112/2020 –, diante desse novo e importante momento histórico por que passa o Direito Empresarial, busca aproximar a tradicional figura da desconsideração da personalidade jurídica dos valores que inspiram a modernidade, a exemplo da função social da propriedade, da responsabilização patrimonial pelo abuso e da segurança jurídica necessária às relações sociais.

Malgrado a tradição teórica, não deixa de ser uma novidade na seara do Direito Falimentar, haja vista a especificidade do regramento e suas delimitações procedimentais, em observância do princípio da especialidade, que norteia a legislação falimentar e seu contexto, dando-se maior previsibilidade à aplicação do instituto.

Nessa linha, o cerne desta pesquisa é verificar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na prática judiciária e examinar o traçar das linhas hermenêuticas com vistas a possibilitar que a aplicação se perfaça respeitando os princípios constitucionais, os quais ditam a interpretação infraconstitucional, examinando-se a vertente prescrita pela Lei nº 14.112/2020. O problema, assim, consiste em buscar interpretações que se coadunem com a aplicação sistemática da doutrina da desconsideração, bem como permitam maior efetividade no cotidiano forense, em face de lacunas legislativas ainda existentes.

Com efeito, diante de tal problemática, entende-se, como hipótese mais factível, que a desconsideração se apresenta em consonância com as diretrizes da Carta Cidadã, devendo o

intérprete, lastreado pelo princípio hermenêutico da máxima efetividade, buscar extrair da disposição normativa maior plexo de efeitos, respeitados os limites do texto infraconstitucional, evitando que a regra em liça torne-se inútil do ponto de vista jurídico, expropriando-a dos desdobramentos possíveis e passíveis de desenvolvimento na prática forense.

Nesses termos, vê-se que a pesquisa tem como objetivo geral buscar soluções viáveis para evitar o empecilho à aplicação do tradicional instituto na dinâmica da insolvência, dispondo acerca dos meios e alternativas para que se concretize uma aplicação mais efetiva com fincas no alicerce pontilhado, o respeito aos lindes da colmatação. Ainda, os objetivos específicos estão postos em sua concretização na seara judicial, mais propriamente no controle a ser feito pela atividade judicante, com esteio nas questões processuais procedimentalizadas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), agora matizadas pela Lei nº 14.112/20.

Ressalte-se que a Lei nº 11.101/2005, com as modificações prescritas pela Lei nº 14.112/2020, em seu art. 82-A, trouxe a lume um novo espectro do instituto, que vem causando grande celeuma no meio jurídico. Conquanto trabalhada na doutrina de há muito, verifica-se uma busca incessante por respostas às intrincadas questões que surgem de sua análise, haja vista a ausência de consenso no que concerne a seu enquadramento no âmbito do Direito Falimentar.

Não obstante o corte procedimental talhado pelo CPC/15, a literatura existente sobre o tema, no que diz com a área da insolvência, ainda é parca, e a maioria dos textos doutrinários escritos foi pensada em momento anterior à Lei nº 14.112/2020, o que faz ressoar, a um só tempo, a atualidade e a potencial difusão das construções doutrinárias.

Nessa ordem, tendo em mira o entendimento doutrinário dominante, a defender a funcionalização da figura jurídica, mister se faz empreender um estudo com o intuito de buscar meios interpretativos de viabilizar a aplicação de forma mais eficaz e que melhor se coadune com os ditames constitucionais, notadamente uma interpretação construtiva, de modo a permitir extrair as consequências jurídicas, com vistas a concretizar a máxima efetividade, de relevância singular quando se está a tratar de matéria imbricada com a ordem econômica.

Desponta, então, o papel do Poder Judiciário, que, mesmo possuindo bases teóricas e referências doutrinárias, terá que amoldar a interpretação das disposições normativas procedimentais com o aspecto substancial da Lei Falimentar, a denotar a interdisciplinaridade que envolve o instituto e suas discussões, a serem, aqui, destacadas tanto no aspecto processual quanto no substancial, já que o estudo em comento exige o aprofundamento de questões importantes do Direito Civil, do Direito Processual Civil e do Direito Empresarial, indo ao encontro de uma visão global da ciência jurídica, o que se fará essencialmente por meio do estudo analítico-bibliográfico com contextualizações jurisprudenciais.

Na parte inicial da pesquisa, trabalha-se com a consideração da pessoa jurídica, perquirindo os sentidos que lhe foram atribuídos ao longo da história e, por conseguinte, sua evolução, por intermédio de sua própria teorização, para trazer, então, a conceituação pertinente, albergando-se desde os critérios constitutivos da pessoa jurídica até a produção dos efeitos desta. Ao final do item, após o enlace entre a autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade, busca-se a visão do todo como forma de chegar a uma concepção adequada à realidade atual, por meio da ideia da funcionalização do Direito com influxo no aspecto funcional da empresa.

Passa-se, posteriormente, pelo exame da desconsideração da personalidade jurídica em sua perspectiva substancial, entrelaçando os conceitos e a diversidade de aplicação das regras de direito material. Ressalta-se a evolução teórica da desconsideração da personalidade jurídica, abarcando-se seu surgimento com a colaboração das técnicas analisadas no contexto histórico, incluindo a introjeção da teoria no Brasil. Destacam-se, especificamente, os fatores de influência de cada interpretação, ao longo do desenvolvimento legislativo pátrio, por meio de postulados hermenêuticos próprios à segmentação do Direito, chegando-se, posteriormente, ao conceito de desconsideração.

Com maior vagar, busca-se perscrutar a doutrina da desconsideração no âmbito do Código Civil de 2002 (CC/02), como instrumento normativo de regência das relações cíveis e empresariais, delimitando a teoria aplicável à espécie em sua dúlice vertente, com caráter complementar, para só então adentrar ao exame específico do abuso da personalidade jurídica e seus pressupostos. Ressaltam-se aqui não só as nuances do desvio de finalidade e da confusão patrimonial como também situações atinentes à subcapitalização, ao beneficiamento gerado pelo abuso e ao contexto fático em face do ônus probatório, considerando-se a caracterização excepcional da teoria e a vertente da interpretação restritiva a ser adotada quando de sua utilização, conforme a linha intelectual reforçada pela Lei nº 13.874/2019, de modo a ressoar a distinção entre as diversas formatações de responsabilização.

Observa-se, ainda, a necessidade de abordar, sinteticamente, o fenômeno dos grupos econômicos no contexto da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em mira, em específico, os grupos de sociedades, originários das complexas relações societárias fundadas diante da insuficiência da atuação isolada da sociedade empresária, contextualizando a distinção da responsabilização societária e a aplicação da *disregard doctrine*. Faz-se necessária, então, a verificação exemplificativa das espécies de desconsideração da personalidade jurídica, tendo em mira a menção à desconsideração inversa no art. 50, § 3º, do CC/02 e considerando-se as potenciais hipóteses a serem descortinadas ante as peculiaridades do contexto fático.

Finaliza-se o tópico suscitando a intersecção entre os efeitos, a extensão subjetiva e a responsabilidade patrimonial provenientes da aplicação da doutrina da desconsideração, contextualizando-se os elementos formativos do art. 50 do CC/02 com as figuras legais dispostas no CPC/15 com vistas a delimitar os espaços entre a fraude à execução e a desconsideração da personalidade jurídica. Destaca-se o influxo episódico na relação obrigacional com o alcance de terceiros participantes da atividade abusiva, demarcando, assim, a caracterização da responsabilidade patrimonial.

Efetuada as considerações que fundam a teoria da desconsideração em sua perspectiva geral, adentra-se na temática específica, qual seja: o estudo da desconsideração da personalidade jurídica na Direito Falimentar e sua aplicabilidade, destacando-se a vertente do controle da legalidade e subjetividade na atividade judicante. Para tanto, partindo-se do lastro geral para a respectiva especificação, examina-se o procedimental adotado pelo CPC/15 e o rito geral do processo falimentar, com breve digressão histórica, com vistas a ressaltar as peculiaridades da seara falimentar em sua correlação com o marco teórico da doutrina da desconsideração em sua inteireza.

Discute-se, nesse passo, a compatibilidade da desconsideração da personalidade jurídica no contexto falimentar, ressaltando-se a novel alteração legislativa, implementada pela Lei nº 14.122/2020, e correlacionando-a com medidas já existentes no Direito da Insolvência.

Busca-se examinar o art. 82-A da LREF dentro do espectro atinente aos mecanismos de tutela ao crédito concursal, designadamente a extensão da falência, a ação de responsabilização social e a ação revocatória, destacando-se as distinções e os respectivos âmbitos de conformação, para além da abordagem acerca da pertinência ou não da teoria da desconsideração na seara recuperacional.

Diante da técnica legislativa remissiva, adotada pelo art. 82-A da LREF, tenciona-se assinalar os limites atinente às lacunas inerentes à opção do legislador. Para tanto, em análise sistemática, caminha-se pelas trilhas tracejadas pelo CC/02 e pelo CPC/15, fazendo-se as adaptações pertinentes à especialização que dimana da ótica da Lei nº 11.101/2005 e empenhando-se no encontro das formações pertinentes ao momento da postulação, a suas possíveis formas, à competência do Juízo, à legitimação em si, à medida da responsabilidade patrimonial, à teoria substancial a ser utilizada, dentre outros pontos, e observando-se a confluência criada pela construção do enunciado normativo.

Com lastro nos métodos interpretativos e diante da necessidade de superação das barreiras, vê-se como rumo a ser seguido a integração metodológica, e não apenas para integração entre o problema e a legitimação das premissas. Orienta-se pela exigência de ter uma

compreensão não só do problema, mas de todo o ordenamento jurídico, como forma de amainar o casuísmo que acompanha a teoria da desconsideração desde priscas eras.

Tal interatividade possibilita um controle maior e efetivo da atuação dos intérpretes, reduzindo as arbitrariedades e caminhando para a construção de um conhecimento criativo, global e ativo, voltada para a realidade fática, pautado sempre nos limites constitucionais, notadamente, aqui, as disposições insertas nos arts. 5º, XIII, e 170, ambos da CF/88.

Assim é que se busca uma contribuição inicial para que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mesmo balizada em previsão própria da legislação falimentar, não venha a seguir o tracejo de outrora, o mar do subjetivismo, em razão da ausência de sedimentação dos requisitos basilares de sua aplicação – seja no âmbito substancial, seja no processual.

2 DA PESSOA JURÍDICA: A CONSIDERAÇÃO

A temática da pessoa jurídica, conquanto hoje comum na atualidade, apresenta uma diversificação extremamente abundante na literatura, notadamente diante das discussões acerca da caracterização da personalidade jurídica.

Não obstante a riqueza teórica, as formulações aventadas trazem consigo maior complexidade ao entendimento, ante a pulverização de ideias, todas elas correlacionadas ao momento de sua criação, produto, portanto, do momento histórico.

Nesse trilhar, percebe-se a dinamicidade das estruturas normativas, adaptáveis aos fatores sociais, culturais e delimitados temporalmente, a denotar a influência histórica das relações socioculturais na ciência do Direito.

Com efeito, é oportuno trazer ao encontro desta a temática do modelo jurídico com esteio nas lições de Reale (1994, p. 38): “sendo os modelos jurídicos formas de compreensão e atualização do conteúdo das fontes do direito, eles são obviamente dotados de força objetiva e positiva de obrigatoriedade já atribuída às fontes [...]”.

Ainda com Reale (1994, p. 40), ao abordar a modelagem da experiência, tem-se que: “cada modelo expressa, pois, uma ordenação lógica de meios a fins, constituindo, ao mesmo tempo, uma preordenação lógica, unitária e sintética de relações sociais [...]”. E, com isso, verifica-se o influxo das relações sociais, como matéria transformadora, nas diversas fontes normativas, como sói ocorrer, *v.g.*, na seara legislativa e jurisprudencial.

Nesse contexto, antes de adentrar ao desenvolvimento da pessoa jurídica, é preciso examinar, diante da difusão teórica aludida, a determinação das bases atinentes à personalidade. Para tanto, utiliza-se, pelo caráter central, a noção de pessoa.

Conforme previsto no art. 1º do Código Civil de 2002 (CC/02¹), o conceito de pessoa, como capaz de direitos e deveres, perpassa pela caracterização de sujeito de direito, o que faz perquirir sobre as relações e situações jurídicas, o direito subjetivo e o fim último da personalidade.

Certo é que as relações jurídicas, em princípio, são estabelecidas entre pessoas, havendo um enquadramento elementar intersubjetivo, de modo a buscar, como fim, um objeto, inerente ao contexto subjacente.

¹ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Segundo Amaral (2017, p. 257), a relação jurídica “[...] é o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. [...], a respeito de bens ou interesses jurídicos”.

Ao abordar a relação jurídica em seu sentido técnico, Mota Pinto (2005, p. 177) vaticina que: “[...] é a relação da vida social disciplinada pelo Direito mediante a atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição”.

Da conceituação da relação jurídica, revela-se a interação entre sujeitos com vistas ao alcance do interesse tutelado por aquela, que nada mais é que “[...] a necessidade que alguém tem de bens materiais ou imateriais, o que se constitui em razão para agir” (AMARAL, 2017, p. 257).

Nota-se que promana da noção da relação jurídica uma relevância maior no tocante à liberdade do indivíduo, própria da época de origem, que remonta ao século XIX, tendo Gomes (2008, p. 85) mencionado seu caráter nuclear na Teoria Geral do Direito Civil, proveniente da “[...] obra da Escola das Pandectas e a sua sistematização foi acolhida pelo Código Civil alemão (BGB)”.

Todavia, a própria conceituação passa por dificuldades de balizamento por parte da doutrina (GOMES, 2008, p. 85), o que faz ressoar a necessidade de adaptação estrutural da relação jurídica, de modo a alcançar o conceito de situação jurídica, diante de sua maior amplitude e da análise de elementos concretos (MIRAGEM, 2021, p. 99), a ponto de abarcar as variadas manifestações – seja de poder, seja de dever – postas nas relações jurídicas (AMARAL, 2017, p. 285).

Ainda com Amaral (2017, p. 285), pode-se ter as situações jurídicas como:

Conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles exercem. Surgem como efeitos de fatos ou atos jurídicos, e realizam-se como *possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito* (grifos do original).

Com isso, infere-se que os conceitos de relação jurídica e situação jurídica, em verdade, não podem ser dissociados, estando a relação jurídica como a “[...] síntese de situações jurídicas correlatas” (AMARAL, 2017, p. 286).

Relevante se faz, ainda, anotar que os elementos formadores da situação jurídica (sujeito, objeto e a posição do sujeito) guardam similitude com os da relação jurídica, notadamente pela integração desta pelo direito subjetivo e por um dever jurídico ou uma sujeição (PINTO, 2005, p. 178). Em termos outros, com Ascensão (2005, p. 17): “[...] toda a

situação jurídica tem um ou mais sujeitos, tem um objecto, exprime-se em poderes e vinculações que são o seu conteúdo, é dinamizada por factos”.

Segundo Miragem (2021, p. 100), com a teoria da situação jurídica, há uma atenuação do papel do conceito de direito subjetivo no que diz com a determinação da forma de atuação humana pelo Direito, optando-se pela distinção entre situações jurídicas subjetivas e situações jurídicas objetivas. Isso porque não haveria que se falar em distinção entre direito subjetivo (*facultas agendi*) e direito objetivo (*norma agendi*), porquanto a resolução está contida na relação de atributividade entre a disposição normativa e dada situação.

Nada obstante, a concepção de direito subjetivo, em que pese as confrontações e a inexistência de unidade, não pode vir a ser desconsiderada, inclusive pela dificuldade de externá-la. Trazendo uma noção de direito subjetivo que reputa útil ao aprendizado, bem dilucida Gomes (2008, p. 98): “[...] um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual”.

Em complemento, traz-se a conceituação de direito subjetivo abordada por Mota Pinto (2005, p. 178-179):

[...] o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem à outra pessoa (contraparte ou adversário).

Verifica-se, do conduto conceitual, a especificidade do objetivo buscado, acompanhado da exclusividade do titular, com vistas ao exercício do direito, situado nas relações entre os particulares, como expressão da autonomia privada, pelo que é “[...] a expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei [...]” (AMARAL, 2017, p. 289). Assim, resta clara a delimitação direito subjetivo como produto de previsões normativas, aqui incluídas as fontes do direito, a relevar a importância dos modelos jurídicos.

Ao entrelaçar a relação jurídica, a situação jurídica e o direito subjetivo, apura-se que mesmos os conceitos basilares da ciência do Direito não possuem sentido unívoco, o que não quer dizer que se caminhe para o arbítrio.

Em verdade, vê-se que, por meio de escolhas técnicas, os teóricos estão a depurar o caminho que reputam retilíneos, mas por vezes deparam-se com as surpresas do desalinhar do trajeto.

É nesse sentido que se pretende adotar a relação jurídica, como tradicionalmente esquadrihada, compreendendo seus elementos e a indissociabilidade da situação jurídica, entre o

dinâmico e o estático, mas firmes em que “[...] toda a situação é relacional (ou só interessa ao Direito como tal) e toda a relação envolve uma posição do sujeito em causa” (PINTO, 2005, p. 35).

Ademais, constata-se o condicionamento do direito subjetivo, mais precisamente seu exercício, aos ditames formais das previsões normativas, como também ao conteúdo substancial, de modo a inserir-se no sistema jurídico que o contenha. E é da titularidade do direito subjetivo que dimana o tópico atinente aos sujeitos de direitos, enquanto elemento subjetivo da relação jurídica.

Com fincas nas lições de Amaral (2017, p. 320), traz-se o conceito de sujeito de direito: “[...] é quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres. São sujeitos de direito as pessoas naturais, [...], e as pessoas jurídicas, grupo de pessoas ou de bens a quem o direito atribui titularidade jurídica”.

Rememorando o art. 1º do CC/02, tem-se que ser titular de direitos e deveres, como sujeito de direito, está a conduzir a noção outra, qual seja, a da personalidade.

Uma vez mais com Amaral (2017, p. 320-321): “A possibilidade de alguém participar de relações jurídicas decorre de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres. Essa qualidade chama-se personalidade jurídica”. Assim, pode ser dito que, em havendo personalidade jurídica, estar-se-á a tratar de pessoas – seja o ser humano, sejam os entes coletivos com personalidade.

Embora venha a parecer uma ideia básica, e até mesmo desnecessária, não se pode olvidar a previsão constante nas *Institutas* de Gaio, no Livro Primeiro, no tópico *De condicione hominum*, a saber: “9. E, em verdade, a suma divisão do direito das pessoas é esta: que todos os homens ou são livres ou são escravos”². Confere-se, assim, que, no Direito Romano, havia demarcações próprias quanto à pessoa. Para uma breve contextualização histórica, pertinentes se fazem as anotações de Miragem (2021, p. 121):

Não sem razão, costuma-se associar a origem do termo pessoa a *persona*, espécie de máscara utilizada por artistas romanos para fazer melhor ressoar a sua voz. No direito romano, aliás, a situação de agir por si, simétrica a personalidade, vinha da conjunção sobre a pessoa de três status (*sic*) fundamentais: o *status libertatis* (liberdade), o *status civitatis* (a cidadania) e o *status familiae* (situação familiar). Apenas o indivíduo livre, cidadão romano e *sui iuris* ou *pater familias* teria hoje o que se identifica com personalidade (grifos do original).

Como sabido, encontra-se superada a vertente do Direito Romano, restando assente que a pessoa física ou natural é o ser humano e sendo reconhecida a personalidade, de modo indistinto, como projeção de sua natureza. Como pondera Amaral (2017, p. 320): “É na pessoa

² *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

que os direitos se localizam, por isso que ela é sujeito de direitos ou centro de imputações jurídicas no sentido de que a ela se atribuem posições jurídicas”.

Releva, ainda, anotar que a caracterização da pessoa, mais particularmente a natural, como centro de imputação de direitos e deveres, conquanto com correção, é insuficiente na atualidade, em razão do ser dotado de dignidade, com previsão na CF/88 (art. 1º, III)³, como vetor normativo e concretizador, de forma a amoldar as situações concretas, permeando-as da necessária flexibilização que dimana das relações sociais.

Com isso, não se quer dizer que a imputação jurídica seria menos relevante, mas sim que, ao conglobar os elementos situantes, pode-se operar o sentido mesmo da personalidade jurídica em sua inteireza, visando à busca de soluções para os problemas descortinados pelas relações humanas.

Assim, reforça-se, com Mello (2019, p. 164), que “[...] a personalidade jurídica constitui um atributo criado pela ordem jurídica e imputado aos homens e outras entidades por eles criadas para atender a necessidades do tráfico social [...]”. E é deste tráfico social que advém a necessidade de adaptação da ciência jurídica, notadamente quando estão em voga as criações humanas, especialmente, no que importa, o surgimento da pessoa jurídica.

Nesse ponto, faz-se importante ressaltar as palavras de Gomes (2008, p. 127), ao tratar da personalidade jurídica: “[...] Mas não só o homem tem personalidade. Têm-na também os grupos de indivíduos constituídos na forma da lei”. Ainda, aqui, vale mencionar a definição tradicional trazida por Vasconcelos e Vasconcelos (2019, p. 38):

[...] a personalidade é uma consequência da titularidade de direitos e obrigações. Partindo desse ponto de vista, torna-se fácil admitir que a lei possa criar outras “pessoas jurídicas” para além das pessoas humanas, através do expediente “*ex lege*” direitos e obrigações. É o que sucede com as pessoas coletivas, que resultam da “personalização” operada pela lei de “certas realidades da vida humana em sociedade”. Assim sucede com a personalização de agrupamentos de pessoas direcionados a fins específicos – associações e sociedades – ou com a institucionalização de certos fins dotados das massas patrimoniais que lhe são afetadas – fundações – e até com o próprio Estado [...].

Reforça-se, assim, a visão da pessoa jurídica como sujeito de direito, passível da titularidade, que é “[...] a união do sujeito com esse direito. Não há sujeitos sem direitos, como não há direitos sem titular” (AMARAL, 2017, p. 320).

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissociável dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[*Omissis*]
III – a dignidade da pessoa humana.

A relevância do reconhecimento da personalidade, quanto às pessoas jurídicas, diz não só com o consectário direito de personalidade, modelado por sua especificidade, na forma do art. 52 do CC/02⁴. Para além, permite situar, enquanto dado distintivo, as espécies e caracteres correlatos, inclusive possibilitando a verificação da concepção organizativa do interesse social, abordada por Salomão Filho (2019, p. 69-71), malgrado não seja o objetivo aprofundá-la.

Para melhor ajustamento, restringe-se este estudo às pessoas jurídicas de Direito Privado que desenvolvem atividade empresarial, com maior ênfase às sociedades limitadas e anônimas, por representarem o maior quantitativo no cenário nacional⁵.

Em prosseguimento, e tendo em mira que a personalidade jurídica não é tida como elemento formativo da sociedade, a exemplo da sociedade em comum e da sociedade em conta de participação, mostra-se pertinente a verificação da limitação da responsabilidade passando pelos tipos societários atualmente existentes, visando considerar a pessoa jurídica com vistas a entender o mecanismo de seu desconhecimento pontual. Tem, assim, a responsabilidade limitada, reitera-se, seu fundamental pressuposto.

Para tanto, fez-se necessária a incursão em epígrafe para melhor compreender a trilha que leva à ideia subjacente da personalidade jurídica, pretendendo-se o enquadramento da pessoa jurídica em seu sentido estrito enquanto “[...] pura criação normativa, constituída pelo direito, a partir da ação da vontade humana” (MIRAGEM, 2021, p. 122), com influxo do dinamismo das relações econômico-sociais.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E IDEIAS PRELIMINARES

A busca histórica do fenômeno da pessoa jurídica é tormentosa, haja vista que, de há muito, estudiosos se debruçaram acerca do tema, idealizando uma formatação única, por meio de diversas teorias, com vistas a imprimir maior coesão e sistematicidade ao problema da desarmonia reinante. Tanto é assim que Cordeiro (2000, p. 25), sem delongas, explicita que, “[...] ainda hoje, o problema não está totalmente resolvido”.

Pode-se dizer que a própria natureza do ser humano faz ressoar a necessidade de convivência, interação, como parte da vida gregária, possibilitando-se com isso a junção de esforços e a distribuição de tarefas, a otimizar as atividades cotidianas.

⁴ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

⁵ Esclarece Gaggini (2013, p. 46) que: “[...] embora presente na legislação cinco espécies de sociedades empresárias personificadas, a prática comercial acabou por eliminar três delas, reduzindo o interesse prático efetivo às sociedades anônimas (que se sobrepuseram às sociedades em comandita por ações) e às sociedades limitadas (que se sobrepuseram às sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita simples) [...]”.

Nesse sentido, Almeida (2009, p. 201) faz alusão à família, como forma originária de sociedade, enfocando os afazeres das atividades domésticas e a divisão respectiva entre seus membros. Tinha-se, assim, uma organização social inicial, oriunda da vivência em pequenos grupos, os quais, quando não conflitavam, davam vazão a permutas de objetos, a configurar a troca, como fonte do comércio.

Verifica-se, dessa forma, que a pessoa jurídica se origina da própria limitação do homem para o atingimento dos objetivos em caráter singular, diante dos obstáculos de ordem individual e, até mesmo, ante a perenidade da atividade que se propõe a exercer, em face da brevidade da vida humana, sobressaindo a inevitabilidade do ente autônomo, como titular de direitos e deveres, sujeito de direitos, portanto.

Nesse sentido, inclusive, oportuno se entremostra recordar Amaral (2017, p. 385):

[...] Sua razão de ser está na necessidade ou conveniência de as pessoas naturais combinarem recursos de ordem pessoal ou material para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades de cada um dos interessados por ultrapassarem o limite normal da sua existência ou exigirem a prática de atividades não exercitáveis por eles. Organizam-se, assim, de modo unitário, pessoas e bens, com o reconhecimento do direito que atribui personalidade ao conjunto que passa a participar da vida jurídica.

Dessa comunhão de esforços individuais fez-se a progressão da civilização, tendo em mira o interesse comum, acompanhando-se a variabilidade de forma de acordo com a própria evolução do Direito (MIRAGEM, 2021, p. 229).

Resta claro, assim, que a expressão pessoa jurídica remonta ao momento em que imprimida, não estando desconectada do contexto histórico, pelo que o entendimento dos ciclos de época é pertinente ao cotejo da significação atual.

Segundo Amaral (2017, p. 387), a construção histórica aludida é proveniente de uma evolução prolongada, podendo ser exposta em três períodos diversos, quais sejam: o romano, o medieval e o moderno.

Iniciando-se pelo Direito Romano, vale destacar, de logo, a dificuldade para a reconstrução nesse período. Assevera Cordeiro (2000, p. 23) que: “O *Ius Romanum* não procedeu à elaboração do conceito: a própria personalidade jurídica, como ideia geral, lhe terá sido estranha”.

Nesse passo, no Direito Romano não havia propriamente uma distinção da pessoa jurídica e dos indivíduos componentes do corpo social, a denotar a vinculação ao aspecto prático da época, utilizando-se, quando muito, o termo *persona*, no mais das vezes, como representativo de homem (AMARAL, 2017, p. 387). Ainda com Amaral (2017, p. 387-388), ao

delimitar situação específica quanto à herança jacente, mas posteriormente corroborando a tradição romana quanto à inexistência, vale gizar que:

[...] Encontra-se porém uma passagem de Florentino, em que se empregava a palavra *persona* para designar a herança *jacente* [...]. Inexistindo, porém, outros textos que permitam concluir já terem tido os romanos um conceito técnico de pessoa jurídica que, [...], correspondesse a um centro de imputações jurídica [...]. Para designar os conjuntos unitários de pessoas ou de bens, utilizavam-se os termos *universitas* e *corpus*, figuras posteriormente consideradas pessoas jurídicas (grifos do original).

Mencione-se, ainda, que foram identificadas entre os romanos estruturas associativas vinculadas ao fim do culto, a exemplo dos *sodalicia* e dos *collegia*, respeitantes ao Estado e utilizados para veneração dos Deuses de outrora, sem descuidar do surgimento dos *municipia* e das corporações, cujo patrimônio não se baralhava com o das pessoas integrantes (MIRAGEM, 2021, p. 229-230). Neste ponto, vale integrar o contexto em exame com o complemento feito por Miragem (2021, p. 230):

[...] A compreensão dos antecedentes da pessoa jurídica no direito romano, contudo, costuma vincular-se às corporações e à noção de universalidade derivada da existência de patrimônio próprio e de capacidade processual [...]. Assim a fórmula de Ulpiano no Digesto: “*Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*” (D. 3, 4, 7, 1: “Se algo é devido à universalidade, não é devida a cada um [dos que a integram]; nem do que deve a universalidade, são devedores aqueles que a integram”), identificando as situações em que os cidadãos atuam como grupo, base da explicação para a existência das denominadas *universitas personarum*. [...]. Distinguiam-se, contudo, as *universitas personarum*, em especial a partir dos éditos dos pretores, que as reconheciam dotada de atributos que a diferenciavam das pessoas naturais que as tivessem constituído; e as *societas*, que expressavam, sobretudo, relação entre sócios, nas quais todos mantinham sua própria capacidade processual, apenas titulando o domínio comum dos bens da sociedade, a qual era passível de extinção pela morte ou decisão de qualquer deles no sentido de desconstituí-las (grifos do original).

Nota-se, da descrição das *societas*, que, embora houvesse uma reunião de pessoas, não se poderia falar no surgimento de novo ente e, conseqüentemente, em separação funcional, não obstante, segundo Warde Júnior (2007, p. 45), a irresponsabilidade dos investidores (*adfines societatis*).

Diante da profusão de expressões, sem a utilização do vocábulo *personae*, reforça-se a ideia de que os romanos estavam mais preocupados com a prática e os resultados advindos das construções do que com a técnica das construções jurídicas (BEVILÁQUA, 1966, p. 113-114).

Assim, de rigor reconhecer com Cordeiro (2000, p. 29) que: “[...] os *jurisprudentes* conseguiam, na prática, trabalhar com as pessoas colectivas. Mas não isolaram a correspondente noção abstracta”.

Já no período medieval, os canonistas, que tiveram diversas necessidades práticas com vistas a enquadrar os variados institutos de natureza eclesiástica, conseguiram avançar e evoluir com o manancial deixado pelos romanos, vindo a alcançar um conceito de ordem geral (CORDEIRO, 2000, p. 29-30).

Amaral (2017, p. 388) ensina que houve a reunião dos elementos do Direito Romano pós-clássico, do direito germânico e do direito canônico, por parte dos canonistas e glosadores, para chegar à centralidade do conceito de pessoa jurídica, destacando-se que os glosadores tiveram a primeira iniciativa ao tentarem sistematizar a temática, promovendo a distinção das coletividades (*universitas*) de seus integrantes, em reconhecimento à capacidade daquelas na prática de atos.

Todavia, conquanto não possa vir a ser menosprezada a obra, como ensina Cordeiro (2000, p. 31): “[...] os glosadores não souberam conceber a personalidade jurídica sem o substrato de uma colectividade de pessoas; a corporação seria então, simplesmente, a soma dos seus membros”.

Buscando, assim, o desenvolvimento do entendimento, e caminhando para além da ideia do somatório de pessoas para a pessoa jurídica, Sinibaldo dei Fieschi, futuro Papa Inocêncio IV, passa a indicar que o sujeito de direito seria a pessoa fictícia, averbando: *cum collegium in causa universitatis fingatur una persona* (CORDEIRO, 2000, p. 30).

Com o alcance da noção de pessoa ficta pelos canonistas, distinguindo-se a personalidade abstrata de seus componentes, e com a conceituação de pessoa ficta (“*Univeristas fingatur esse una persona*”), por dei Fieschi, propalou-se a concepção acerca da impossibilidade de responsabilidade delitual pertinente os *corpora* e as *universitas*. Isso porque, à época, predominava a possibilidade de condenação, excomunhão e interdição das cidades e vilas, como se pessoas fossem, em caso de revolta contra o soberano, tese à qual se contrapunha Sinibaldo dei Fieschi (AMARAL, 2017, p. 388).

Nesse particular, trazem-se à colação os apontamentos de Miragem (2021, p. 230):

[...] a influência da doutrina canônica é marcada com a preocupação política de justificação da própria igreja [...]. Daí a fórmula atribuída a de Fieschi, da “*persona ficta et representata*”, uma vez que jamais teria existência real, e cuja atuação concreta suporia a de um representante que agisse em seu nome. Neste particular, não deixa de justificar, sob outro argumento, a natureza ficta desta personalidade, de modo que não poderia cometer pecado, nem delito.

A consolidação do pensamento de dei Fieschi veio em 1245, quando, já consagrado Papa Inocêncio IV, obteve, no Concílio de Lyon, a proibição da excomunhão dos *collegia* e

universitas, conduzindo ao fortalecimento de sua teoria e, por conseguinte, fincando-se a distinção entre a realidade do homem e a realidade das pessoas fictas (AMARAL, 2017, p. 389).

Assim é, tanto que, ainda quanto aos escritos medievais, Bártolo de Saxoferrato refere-se à universalidade “[...] como uma ficção estruturada para responder juridicamente”, ao examinar o usufruto (MIRAGEM, 2021, p. 230). Complementa-se com Cordeiro (2000, p. 31), ao mencionar Bártolo, reforçando o papel da ficção jurídica: “*secundum fictionem juris universitas aliud quam homines universitatis e acrescentando quia propria non est persona; tamen hoc est fictum positum pro vero, sicut ponimus nos juristae*”.

Nesse caminhar, Miragem (2021, p. 231) aborda, ainda, passagem de Baldus de Ubaldis ao sustentar a universalidade enquanto criação intelectual. Prossegue Miragem, relevando a importância da interpretação laborada nos meios jurídicos medievais, com influência do direito canônico, consignando-se a contribuição para “[...] afirmar a futura noção da pessoa jurídica [...] associando-a a uma ficção do direito atribuída a uma universalidade que não se confunde com aqueles que a integram”.

Em que pese a evolução do pensamento, vale mencionar que não houve, no período da Idade Média, interesse na construção do conceito de pessoa jurídica, utilizando-se o termo *persona ficta* como representativo dos *collegia* e das *universitas* (AMARAL, 2017, p. 389).

Em passos direcionados ao desenvolvimento, na quadra da modernidade, com o jusnaturalismo, a *persona ficta* passa a ser denominada pessoa moral, vindo a sinalizar o reconhecimento das comunidades como realidades a par dos indivíduos (AMARAL, 2017, p. 389).

É a ideia que tomaria forma na pré-codificação francesa por meio do pensamento de Domat, que explicita o reconhecimento das comunidades como um só todo, como se fossem pessoas, tendo sido retomadas por Pothier, ao reforçar a distinção entre os corpos e as pessoas integrantes (*universitas distat a singulis*). Nada obstante, os juristas do humanismo não tiveram sucesso na inserção do pensamento no Código de Napoleão, haja vista a possível redução do papel central da pessoa individual (CORDEIRO, 2000, p. 32-33).

Ainda nessa perspectiva, da modernidade, pode-se falar na vertente jurracionalista, que fez a distinção entre pessoas físicas e pessoas morais, e nestas se fez a divisão entre simples e compostas, públicas e privadas, com lastro no trabalho de Samuel Pufendorf (MIRAGEM, 2021, p. 231).

Nesse aspecto, é importante pontuar que o grau de abstração atingido pelo jurracionalismo não tornou a pessoa jurídica absoluta, sendo a ideia de *persona*, considerada

em sua acepção coletiva, apenas tida quando tecnicamente necessária (CORDEIRO, p. 34-35). Nesse sentido, vaticina Amaral (2017, p. 390):

Com a doutrina jurídica alemã, chega-se à moderna concepção de pessoa jurídica. Ao sistematizarem a matéria de direito civil, [...], os juristas alemães tiveram de considerar a existência de sujeitos de direito distintos da pessoa humana, titulares de direitos subjetivos. Essa existência concreta de grupos humanos ou de bens para a satisfação de interesses e necessidades coletivas, com individualidade própria e distinta da de seus membros, impunha o seu reconhecimento ao direito, que lhes outorgava então titularidade jurídica para as suas relações.

Com isso, tem-se o surgimento da pessoa jurídica, destacada como um agrupamento central, gravitando em torno de finalidade(s) própria(s), delimitada enquanto ente e dotada de autonomia, em clara distinção em face de seus componentes.

Exsurge, porém, a controvérsia pertinente à existência e natureza das pessoas jurídicas, inclusive no tocante às denominações utilizadas, permeadas as discussões teóricas pelas características históricas de seu surgimento, motivo pelo qual se passa a analisá-las.

2.2 TEORIZAÇÃO DA NATUREZA DA PESSOA JURÍDICA: DEFINIÇÕES BASILARES ENTRE A CONSTITUIÇÃO E OS EFEITOS

Diante da delimitação do direito subjetivo, particularmente seu conteúdo, houve uma variedade de teorias buscando explicar a natureza da personalidade jurídica, caracterizando-a, proporcionando uma pródiga produção literária, o que, a seu turno, promoveu maior dispersão daquele conteúdo e a conseqüente pulverização das ideias. Dificultou-se, assim, a consubstanciação da autonomia teórica e dos respectivos seguidores.

Tal panorama levou a doutrina a fustigar a relevância dos debates acerca da natureza da personalidade jurídica com lastro, inclusive, na profusão de proposições.

Nesse particular, Requião (1988), em seu estudo pioneiro, chega a ter como fatigantes as discussões concernentes à teoria da pessoa jurídica, mencionando Cunha Gonçalves, que teria exprimido: “[...] longe de esclarecer o problema, só tem servido para o tornarem mais confuso [...]” (REQUIÃO, 1988, p. 70). Acresce Cordeiro (2000, p. 66): “[...] a Ciência do Direito não conseguiu explicar a essência da personalidade jurídica [...]”. Ainda, Verrucoli (1964, p. 6-7) entende ser desnecessário trilhar tal caminho, em face da desvinculação entre o conceito ou natureza jurídica e a desconsideração da personalidade jurídica, expondo nestes termos:

Há muito que se levanta a questão de saber que relação existe entre as várias teorias, especialmente as da ficção e realidade, e o problema de levantar o véu corporativo, e em particular a questão de saber se o recurso a essa superação da personalidade corporativa apoia uma outra teoria. Aqui, no entanto, essa questão não é de interesse⁶ (tradução nossa).

Ainda sob o prisma da desimportância, Gomes (2008, p. 168) dispõe que, pelo ponto de vista prático, a discussão atinente à natureza jurídica é desinfluyente na atualidade, tendo em mira a construção técnica já incorporada às disposições normativas.

Não se pode omitir os dizeres de Beviláqua (1966, p. 114): “Os modernos é que se têm preocupado com explicar a natureza da pessoa jurídica, imaginando teorias, que se digladiam tanto mais facilmente quanto deixam em geral alguma coisa a desejar [...]”.

Todavia, tem-se como valioso conhecer a evolução trilhada pelos estudiosos para que se possa compreender as digressões, contextualizadas no momento histórico, e, até mesmo, buscar as novas construções, permitindo-se o avançar do exame das questões da prática diuturna.

Em termos outros, a importância do estudo das teorias se dá com a finalidade pragmática, buscando-se a função teleológica da pessoa jurídica para melhor identificar as utilizações disfuncionais, seu uso anormal.

Nessa linha, há que se mencionar a ponderação formulada por Coelho (1989, p. 74): “[...] A impressão que sobrevive à leitura da maior parte dos textos da dogmática que versam sobre o conceito de pessoa jurídica é a de que os autores, antes de solucionar a intrincada questão, tencionam, na verdade, ver-se livres dela”.

Certo é que toda opção produz seus efeitos, e, com os olhos voltados para os aspectos da realidade, bem pondera Coelho (2021, n. p.): “[...] parte da crise em que se encontra o princípio da autonomia patrimonial, [...], talvez possa ser creditada à desqualificação doutrinária da discussão, à diluição da compreensão global do instituto”.

Assim é que é preferível conhecer os posicionamentos para que, só então, se perfaça a decisão de qual o caminho a ser trilhado. Afinal, o fim só é alcançado pelo traçado do percurso.

Consoante Gomes (2008, p. 168), é possível falar em duas posições básicas sobre a natureza da pessoa jurídica, a saber: a) a da negação da personalidade; b) a da sua afirmação.

⁶ “*Da tempo si è domandato quale rapporto intercorra tra le diverse teorie, specialmente quelle della finzione e della realtà, e il problema del lifting the corporate veil, e in particolare si è posto l'interrogativo se il ricorso a questo superamento della personalità della società vada a sostegno dell'una altra teoria. Qui, però, non interessa tale domanda*” (VERRUCOLI, 1964, p. 6-7).

Quanto às teorias negativistas, enalteça-se que o conteúdo é puramente informativo, diante da previsão inserida no art. 45, *caput*, do CC/02⁷, prescrevendo a existência das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição no registro respectivo. Por essa razão, opta-se por trazer, pela concisão, as linhas escritas por Gomes (2008, p. 168-169):

Segundo alguns (Bolze, Ihering), quando se associam indivíduos para a realização de fim comum, são eles próprios os sujeitos de direitos, considerados em conjunto, somente por ficção dogmática podendo-se admitir, para explicar certas situações jurídicas, que o conjunto dos indivíduos associados exerça atividade jurídica diferenciada.

Outros (Brinz, Bekker) vêem no fato associativo um patrimônio destinado a um fim. Esse patrimônio não teria titular, de modo que seriam direitos sem sujeitos os que compreendesse.

Com fincas na realidade hodierna, e lastreando-se no art. 45 do CC/02, pretende-se abordar as quatro teorias, conquanto apenas três sejam mais laboradas na evolução da pessoa jurídica, sem descurar de incursões pontuais, quando se fizer necessário. São elas: a teoria da ficção, a teoria da realidade objetiva, a teoria da realidade técnica e a teoria institucional.

2.2.1 Teoria da ficção

Tendo como referência a sistematização feita por Arnold Heise (CORDEIRO, 2000, p. 38-39), bem lastreado na teoria da personalidade ficta de Sinibaldo dei Frieschi, Friederich Carl von Savigny abordou pela primeira vez uma teoria da personalidade jurídica.

Para Savigny, apenas o homem é tido como sujeito de direitos, sendo que a pessoa jurídica existe para fins exclusivamente jurídicos (adstrita a relações patrimoniais), uma criação artificial do legislador, dependente de representação em todos os seus atos, haja vista que a pessoa natural seria o único titular de direitos e obrigações.

Em continuação, complementa Pereira (2013, n. p.):

[...] o direito concebe a pessoa jurídica como uma *criação artificial*, engendrada pela mente humana, e cuja existência, por isso mesmo, é simplesmente uma ficção. [...]. Não tendo a pessoa jurídica existência real, o legislador pode-lhe conceder ou recusar personalidade, segundo lhe pareça ou não conveniente, como pode retirar-lhe esse atributo, de vez que os entes morais não passam de um processo jurídico de realização de fins úteis ao ser humano (grifos do original).

Percebe-se que fica ao talante do Estado o controle dessa ficção jurídica, diversa da realidade, passando a utilizá-la e justificá-la de acordo com o atendimento dos interesses gerais

⁷ 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.

e a consecução dos objetivos buscados. Com o desenvolvimento na primeira metade do século XIX, especialmente na Alemanha e Itália, essa teoria se amoldava à ideologia da época, marcada pelo individualismo, tendo-se aí a explicação da valorização unidirecional, como também ao sistema político, já que o controle dos grupos sociais permitia maior poder de intervenção estatal na seara privada, além de prevenir potenciais ameaças aos entes soberanos (AMARAL, 2017, p. 391).

Interessa anotar que a teoria da ficção não explica como se chega à negativa da vontade real, mesmo que proveniente da soma das vontades dos componentes, tampouco vem a instruir sobre a criação do Estado enquanto pessoa jurídica. Neste ponto, do ente estatal, bem pondera Beviláqua (1966, p. 115-116):

... como supor que o Estado é uma simples ficção? E, se a lei é que erige essa ficção em pessoa, sendo a lei a expressão da soberania do Estado, segue-se que a lei é a emanção, a consequência de uma ficção. Por outro lado, ou o Estado tinha uma existência real antes de se reconhecer como pessoa, e não é possível considerar fingida a sua personificação, ou não tinha existência real e não podia dotar-se com atributos. A verdade é que o reconhecimento das pessoas jurídicas por parte do Estado, não é ato de criação, mas sim de confirmação [...].

Ao final, a concepção não se revela satisfatória, não resolvendo o problema da pessoa jurídica, o que fica claro quando se nota que a realidade não está posta apenas na matéria ou perceptível sensorialmente, de sorte que nada se tem a crescer quando se reconhece apenas o homem como sujeito de direitos, porquanto o ente abstrato permaneceria onde sempre esteve, na esfera do ficto (PEREIRA, 2013, n. p.).

2.2.2 Teoria da realidade objetiva ou orgânica

As teorias realistas assumem especial posição, a partir da segunda metade do século XIX, com a ocupação de espaço por parte da burguesia, propugnando a realidade do ente coletivo, com vontade própria e desvinculada de seus integrantes, portanto com vida autônoma e atuante por intermédio dos seus órgãos.

Entre seus principais expoentes, destaca-se Otto von Gierke, com a denominada teoria orgânica ou realista-organicista, tendo concluído pela “[...] efectiva existência, na sociedade, de entidades colectivas que não se podem reduzir à soma dos indivíduos que as componham” (CORDEIRO, 2000, p. 53).

Segundo Beviláqua (1966, p. 125), a teoria organicista enxerga na pessoa jurídica, assim, um organismo vivo, para além da vontade de seus membros. Ao invocar a ideia de Endemann, afirma que todo o direito emana do homem e as pessoas jurídicas captam o interesse

humano em seu sentido social, correspondendo, nessa medida, uma necessidade estabelecida pelas relações da vida, o que faz desaguar na criação da personalidade coletiva e na consecução desta enquanto sujeito de direito.

Realçando-se a real separação entre as pessoas jurídicas e o homem, notadamente o estabelecimento de relações jurídicas por meio de seus órgãos, numa concepção que abrange tanto as espécies em direito privado como em direito público, expõe Miragem (2021, p. 233-234): “[...] estes órgãos funcionais a presentariam, distinguindo-se o interesse que é próprio da pessoa jurídica daqueles das pessoas que a constituíram. [...]. Destaca, [...], o reconhecimento, pelo Direito, daquilo que seja uma realidade histórica e cultural [...]”.

No âmbito da manifestação da vontade, verifica-se, portanto, que as pessoas jurídicas passam a manifestar-se por meio da ação e vontade de seus órgãos, enquanto sede de sua subjetividade, o que não se confundiria com a representação. Isso porque, segundo a teoria, “[...] somente os seres com vontade própria podem ser titulares de direito [...]” (AMARAL, 2017, p. 392).

Reconhece-se, assim, o ente coletivo como uma realidade concreta, distinta dos indivíduos, passível de responsabilização, diante do reconhecimento pelo Estado como ato declarativo, em face do contexto de atuação das forças sociais que exprimem a atuação por meio do organismo social.

Neste ponto, vale contar, uma vez mais, com a sustentação do organicismo por Beviláqua (1966, p. 127-128):

[...] O direito é alguma coisa de vivo, que consiste em transformações constantes e que necessita de renovações ininterruptas, pois que a natureza se envolve, mudam as necessidades e, com estas, o direito. Daí resulta que o sujeito do direito deve ser formado de modo que possa acompanhar as mutações do movimento, [...], conforme às determinações do direito. Por isso a ordem jurídica exige que os sujeitos de direito sejam, ao menos em sua generalidade, capazes de agir racionalmente. Na primeira linha, aparece o homem, que é um ser dotado de razão, e, depois, os seres aos quais se pode fornecer a razão humana pela anexação de órgãos.

Assim, naturalmente, se constituem dois gêneros de pessoas: as corpóreas ou físicas e as morais ou jurídicas. Um e outras são igualmente reais; a distinção está em que umas são dotadas, naturalmente, de razão, ao passo que, às outras, a racionalidade é parcialmente adquirida, mediante um arranjo especial do homem; umas receberam o seu organismo da própria natureza, ao passo que as outras somente conseguem a forma orgânica, porque as penetra a natureza humana.

Entretanto, para além de sua ausência objetiva, algumas críticas foram trazidas acerca da manifestação da vontade, notadamente transportando uma espécie de vida psicológica ao ente coletivo. Não obstante a existência de uma realidade, do agrupamento de indivíduos visando a um fim social, tal grupamento não é tido como unidade orgânica, de modo a criar

uma vontade que venha se sobrepôr a todos, haja vista que o ato volitivo é inerente ao homem (TOMAZETTE, 2022, p. 249), mesmo socorrendo-se ao analogismo (GOMES, 2008, p. 169).

De qualquer sorte, houve um avanço na construção do todo coletivo, buscando-se funcionalidade das realidades diversas, bem assim fomentando-se, sob o aspecto ideológico, o surgimento de corpos intermediários, de forma a amainar a força que apresentava à época o Estado (AMARAL, 2017, p. 392).

2.2.3 Teoria da realidade técnica

A teoria da realidade técnica, diversamente da teoria da ficção e da realidade objetiva, transmuda o ponto focal, migrando do direito subjetivo como ato de expressão do poder formador da vontade para o reconhecimento pelo ordenamento jurídico, de sorte que “[...] a personalidade jurídica se aparta de qualquer referência à personalidade humana para tornar-se instrumento de técnica jurídica apta a reconhecer a realidade de determinados organismos coletivos [...]” (MIRAGEM, 2021, p. 234).

Importante mencionar que não se trata de atuação arbitrária, haja vista que a pessoa jurídica é resultado de um processo técnico, sendo, por isso, a personificação de uma realidade técnica (AMARAL, 2017, p. 392; GOMES, 2008, p. 169).

O âmago da personalidade não está a simbolizar o ser em si, mas uma forma jurídica de manifestação do fenômeno empírico, reconhecendo-se algo existente no meio social (AMARAL, 2017, p. 392).

Admitindo que o direito já identificava na realidade viva a existência própria dos agrupamentos, apartados de seus membros, expõe Pereira (2013, n. p.):

[...] Diante desta realidade objetivamente perceptível, a ordem legal atribuiu personalidade jurídica a qualquer agrupamento suscetível de ter uma vontade própria e de defender seus próprios interesses. Destacadamente das pessoas naturais que lhes deram vida própria ou que as compõem, e até em oposição as umas ou outras, o direito permite a estas entidades atuar no campo jurídico [...]. Realizando os interesses humanos ou as finalidades sociais que se propõem, as pessoas jurídicas procedem, no campo do direito, como seres dotados de ostensiva autonomia. É preciso, então, reconhecer-lhes *vontade própria*, que se manifesta através das emissões volitivas das pessoas naturais, mas que não se confunde com a vontade individual de cada um, porém, é resultante de todos. E se o direito assim trata os entes abstratos, [...], é preciso então que a lei lhes reconheça personalidade e lhes atribua um patrimônio, que se distingue da personalidade e do patrimônio dos indivíduos integrantes ou aderentes (grifos do original).

Das ideias sobreditas, nota-se o liame entre o reconhecimento da personalidade aos entes coletivos e os fins buscados pelo homem, o que não vem a obnubilar a admissão da sustentação teórica em voga.

Tem-se, nessa ordem, que a realidade técnica provém da somatória do substrato social com o reconhecimento pelo ordenamento jurídico, possibilitando a atuação das pessoas jurídicas como centros autônomos de direitos e obrigações (TOMAZETTE, 2022, p. 250-251). Não se pode falar em ficção em virtude da origem do sistema jurídico, já que o ser humano tem sua personalidade como criação do direito, bastando rememorar a situação da escravidão (PEREIRA, 2013, n. p.).

Por seu turno, as críticas desenvolvidas são respeitantes a concepção formalista, alcunhada de formalista, além de desconectada dos pressupostos e requisitos prévios de reconhecimento por parte do Estado (AMARAL, 2017, p. 393).

Atualmente, a teoria da realidade técnica, sustentada por Michoud, Saleilles, Gény e Ferrara, é a que tem maior adesão da doutrina, em face da artificialidade que permeia a realidade objetiva, podendo-se dizer que fora adotada pelo direito pátrio, conforme previsão inserta no art. 45 do CC/02.

2.2.4 Teoria da instituição

A teoria da instituição ou institucionalista, formulada por Maurice Hauriou e Santi Romano, firma-se sob a perspectiva de que as pessoas jurídicas são instituições destinadas à consecução de uma finalidade.

Tomazette (2022, p. 248), abordando Hauriou, traz os elementos formativos da instituição: “a) a ideia de uma obra a realizar no grupo social; b) uma organização de poder posta a serviço da realização desta obra; c) manifestação de vontade no grupo social a respeito da ideia e da sua realização”.

Percebe-se que o estudo da teoria parte da apreciação das relações sociais, verificando grupos organizados com vistas a efetuar uma ideia, de modo organizado e com ordem própria (AMARAL, 2017, p. 393).

Conforme Miragem (2021, p. 234), Maurice Hauriou destaca o caráter formal do Direito para o reconhecimento das instituições, bem assim, tendo em mira a vertente do direito público, a vinculação à ideia de estabilidade.

Tendo como elemento basilar a instituição, a personalidade jurídica está posta como o ponto de encontro entre o ordenamento estatal e as instituições, guardada a autonomia destas (AMARAL, 2017, p. 393).

A seu turno, as críticas se localizam na supressão da realidade dos associados, quando se está a tratar das associações e sociedades, bem como da possibilidade de organizações não serem personificadas, caso não observem o regramento legal, e mesmo assim poderem existir na facticidade mesma (TOMAZETTE, 2022, p. 248-249). Ressalta-se, ainda, o elemento sociológico desregrado, destonado do processo do legislador, além de sua unilateralidade (AMARAL, 2017, p. 393).

Por fim, conquanto a ausência de um critério justificador para atribuir a personalidade, é oportuno ressaltar, em certa medida, o influxo dos grupos sociais organizados, por meio do reconhecimento estatal, justamente como início da caminhada colaborativa, com potencial de influência, na normatização pública e privada.

2.2.5 Posição adotada

Tendo em consideração o ordenamento jurídico pátrio, tem-se que é mais acertada a adoção da teoria da realidade técnica.

Como antedito, o CC/02, em seu art. 45, prescreve que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado se inicia com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, o que muito se avizinha da previsão do art. 18 do CC de 1916, mencionado por Beviláqua (1966, p. 142-143).

Fica claro que a pessoa jurídica é criação da ordem jurídica, possibilitando, de forma objetiva, a organização das pessoas em busca das finalidades comuns e a potencialização das atividades em grupo, em face das limitações da individualidade.

Por certo, tendo em conta a origem jurídica, faz-se necessária a observância dos requisitos prescritos no arcabouço normativo, observando-se os diplomas gerais e os de índole especial.

Poder-se-ia objetar o caráter formalista dessa concepção, mas a sistematicidade imprimida faz com que haja funcionalidade, sobretudo quando se tem em linha de frente o vocábulo pessoa.

Como expõe Cordeiro (2000, p. 73): “Em Direito, pessoa é, sempre, um centro de imputação de normas jurídicas”. E, como tal, a adaptabilidade dos enunciados normativos se enquadrará nos entes coletivos. Isso porque, embora não formado por compartimentos

estanques, o conglomerado legislativo, como produto da atividade legiferante, não abarca o todo, e nunca o fará.

Todavia, a limitação tem sido contornada pela atividade interpretativa, atentando-se ao alicerce legal em conjunto com as disposições normativas laterais e fazendo frente à imprevisão das situações concretas.

Com isso, quer-se dizer que, não obstante a adoção da teoria da realidade técnica, o caráter sistemático do sistema impõe a perspectiva de todo, global, permitindo-se, assim, a construção, ante as especificidades, até mesmo pela mescla dos elementos formadores das demais teorias.

Advirta-se, porém, que não se está a revolver a ficção como norte, mas sim a aludir ao fato de que a formação do sistema jurídico se faz por opções legislativas, muito das vezes vagas e influenciadas por seu momento histórico, o que faz com que se venha a rechaçar a inflexibilidade do olhar.

Nesse passo, lastreado na realidade técnica, o intérprete poderá construir, alicerçado na legalidade, a solução para os desvios, expressados nas mais diversas formas, laborando com conceitos como a boa-fé objetiva, a imputação de conhecimento e a função social, direcionados a desatar a miríade de ilícitos, em face dos múltiplos interesses sociais contrapostos.

Assim, entende-se que a atribuição da personalidade segue o parâmetro objetivo do reconhecimento estatal, conforme o art. 45 do CC/02, o que não se confunde com arbitrariedade, porquanto se reconhece a força da coletividade já existente e se permite o surgimento de um novo centro de imputação de direitos e obrigações, que irá conectar o agrupamento anterior, diante dos fins comuns almejados, com uma realidade independente.

2.3 DEFINIÇÕES BASILARES: ENTRE A CONSTITUIÇÃO E OS EFEITOS

Percorrido o caminho da teorização da pessoa jurídica, foi possível compreender, mesmo que superficialmente, a complexidade que dimana do instituto, o que reflete o contexto social das ideias debulhadas ao longo do percurso.

Tanto assim é que Wieacker (2015, p. 270), ao comentar a respeito dos domínios do direito civil, e particularmente quanto à teoria da pessoa jurídica (*persona moralis*), expressa que “[...] ela constitui um monumento do trabalho sistemático e conceitual moderno [...]”.

Igualmente, Cordeiro (2000, p. 66) enfatiza acerca da pessoa jurídica: “[...] tendo sido considerado o ‘problema do século XIX’, conseguiu atravessar, sem solução, todo o século XX”.

Em verdade, a expressão pessoa jurídica suscita críticas da doutrina, porquanto todas as pessoas o são, não escapando também a denominação pessoa coletiva, tendo em conta o caráter de pluralidade nem sempre ocorrente (CORDEIRO, 2000, p. 21). Nesse particular, ainda, ao ressaltar os designativos pessoas morais, pessoas civis, pessoas sociais e pessoas jurídicas, bem assim a ambiguidade e a imprecisão, Gomes (2008, p. 168) pontua a incorporação do nome pessoa jurídica ao vocabulário jurídico pátrio.

Pelos debates mesmos atinentes a sua teorização, e considerando-se o caráter não totalmente excludente entre aqueles se visualizados na prática, vê-se na personificação uma verdadeira técnica jurídica para alcançar os fins colimados pela política do direito (AMARAL, 2017, p. 394). Em termos outros: “Consiste, precisamente, em atribuir *personalidade* ao grupo, para que possa exercer atividade jurídica como uma unidade [...]” (GOMES, 2008, p. 170).

E a própria personificação caminha interligada com a noção de sujeito de direito, que não é sempre um ente personalizado, como bem explicita Coelho (2021, n. p.):

Sujeito de direito é conceito mais amplo que pessoa: nem todos os sujeitos são personalizados. Em outros termos, os titulares de direitos e obrigações podem ou não ser dotados de personalidade jurídica. [...]. No conceito de sujeito de direito encontram-se, assim, não só as pessoas, físicas ou jurídica, como também algumas “entidades” despersonalizadas. São o espólio, a massa falida [...], consideradas juridicamente aptas ao exercício de direitos e assunção de obrigações. [...]. A massa falida, comunhão dos interesses dos credores de um empresário com falência decretada, substitui este último nas ações de que era parte, fazendo-se representar pelo administrador judicial. Além disso, contrata auxiliares, movimenta contas bancárias, realiza e recebe pagamentos [...].

Os sujeitos de direito podem ser, inicialmente, distinguidos, em dois grupos: de um lado, a pessoa física e o nascituro; de outro, a pessoa jurídica e as demais entidades despersonalizadas.

Verifica-se, nesse passo, não só a correlação, mas também a delimitação respectiva entre os termos, o que vem a melhor organizar o papel distintivo da utilização de ambos, passando ao largo, aqui, da discussão concernente à personificação e à personalidade, muito mais afeta ao léxico.

Não é demais lembrar que a pessoa jurídica é uma realidade, construída pela ciência jurídica, assim como o é a pessoa física (KELSEN, 2009, p. 192). Contudo, a pessoa natural possui qualificativos outros e o especial valor da dignidade que a diferencia dos demais entes personalizados, servindo, inclusive, como parâmetro para criações por seu aspecto ontológico.

O processo de justificação, até o reconhecimento da realidade mesma, fez com que os elementos constitutivos fossem sendo considerados como distintivos dos integrantes da pessoa jurídica, possibilitando-se que, com a união para fins comuns, os indivíduos pudessem reduzir as perdas da atividade. Nesse ponto, em reforço, Amaral (2017, p. 394-395) expõe: “[...] a

pessoa jurídica existe no mundo e para o mundo das relações jurídicas. É, portanto, uma realidade [...]”.

Com a adoção da teoria da realidade técnica, destaca-se o art. 45 do CC/02, como referenciado, ao prever a necessidade da inscrição no respectivo registro como início da existência legal.

Nessa linha, nota-se, ainda, a previsão do art. 985 do CC/02⁸, quanto às sociedades, no que diz com a aquisição de personalidade com a inscrição dos atos constitutivos, observando-se tanto o mencionado art. 45 quanto o art. 1.150⁹, ambos da sobredita codificação.

Da leitura conjugada dos arts. 985 e 1.150, ambos do CC/02, denota-se, no Direito Societário, que a construção legislativa tanto atribuiu personalidade a algumas pessoas jurídicas como deixou de fazê-lo para outras, o que não promove qualquer influxo no tocante ao ato caracterizador como sociedade.

E, aqui, resta hialina a ponderação de Coelho (2021), tracejada em linhas passadas, quanto à amplitude dos sujeitos de direito, não havendo propriamente vínculo com a personalização. Corroborando tal entender, quando está a tratar da sociedade em comum, menciona-se Gonçalves Neto (2021, n. p.):

[...] O fato de ser conferida ou não personalidade jurídica às sociedades em geral é irrelevante. No plano teórico, a criação de uma pessoa jurídica não é fator decisivo para caracterizá-la [...].

Na tradição do sistema jurídico brasileiro, as sociedades em geral têm personalidade jurídica. Adquirem-na com o registro de seus atos constitutivos o Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou na Junta Comercial (CC, arts. 45 e 985), mantendo-a mesmo durante a liquidação e até sua extinção (CC, arts. 51 e 1.109).

O Código Civil de 2002, contudo, abre exceção à regra para considerar não personificadas as chamadas *sociedades em comum* (irregulares e de fato) e as sociedades em conta de participação (arts. 986 a 996). [...].

[...] Em outras palavras, se a sociedade não se aperfeiçoa segundo as regras que lhe são aplicáveis para a sua regular constituição, ficando a meio caminho no cumprimento das formalidades legais (sem contrato escrito ou apenas sem registro desse contrato, por exemplo) não nasce a pessoa jurídica. Apesar disso, o Código Civil considera e reconhece que, mesmo aí, algo acabou sendo produzido (uma comunhão de interesses, um ente), contudo sem estrutura e a autonomia de uma pessoa (jurídica); algo que, sem os atributos próprios de uma pessoa jurídica, age e a quem o direito também atribui existência pontal (capacidade para excepcionalmente figurar como sujeito em algumas relações jurídicas), visando resolver certas e peculiares situações (grifos do original).

⁸ A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, de seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

⁹ 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.

Com isso, Coelho (2021, n. p.), malgrado reconheça a sistematicidade legal, vem a criticar a disciplina da matéria, haja vista, em seu entender, a existência da pessoa jurídica desde a atuação em conjunto dos sócios, no caso das sociedades, ainda que verbal a contratação.

Não obstante a relevância dos posicionamentos abordados, enalteça-se que o registro dos atos constitutivos, para além de trazer objetividade ao marco inicial, confere segurança jurídicas as relações econômicas, permitindo-se o controle pelos agentes negociais, pelos agentes públicos e pela própria sociedade, esta na condição de usuária dos produtos e serviços.

Compreende-se oportuno trazer, neste momento, o conceito de pessoa jurídica, e para tanto utiliza-se da lição de Pinto (2005, p. 269):

[...] são organizações constituídas por uma colectividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidos à realização de interesses comuns ou colectivos, às quais a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica. Trata-se de organizações integradas essencialmente por pessoas ou essencialmente por bens que constituem centros autónomos de relações jurídicas – autónomos mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que actuam como seus órgãos.

Inferre-se da conceituação a existência de elementos agregadores, como a vontade da coletividade para tal fim; os meios de organização entre pessoas ou a destinação de bens, ambos com finalidade própria; capacidade de direito reconhecida pelo ordenamento. Ainda, Pereira (2013, n. p.) acresce a liceidade dos objetivos, “[...] pois não se compreende que a ordem jurídica vá fraquear a formação de uma entidade, [...], a atuar e proceder em descompasso com o direito que lhe possibilitou o surgimento”.

Da personificação, a partir da constituição regular, também despontam alguns efeitos, os quais são explicitados por Amaral (2017, p. 395-396):

[...] (a) forma-se um novo centro de direitos e deveres, dotado de capacidade de direito e de fato, e de capacidade judicial; (b) esse novo centro unitário tem interesses direitos e deveres totalmente distintos [...], com total independência das relações da pessoa jurídica relativamente às dos seus membros; [...] (d) a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é completa em face de seus membros, pelo que o patrimônio da pessoa jurídica é totalmente independente [...]; (e) a responsabilidade civil da pessoa jurídica é independente da das pessoas que a formam, [...], salvo se irregular a constituição da pessoa jurídica [...].

Amaral (2017, p. 395) aborda a distinção do destino econômico e jurídico, bem como a responsabilização na seara criminal, em separado de seus membros, o que caminha na senda anteriormente esgrimida, da independência entre as realidades.

Como assinalado, o surgimento dos efeitos, aqui considerados em acepção ampla, demanda a regularidade de sua constituição, e para tanto deve haver a inscrição do ato

constitutivo no respectivo registro¹⁰. Mas não só. Necessário, igualmente, promover o depósito do estatuto ou do contrato em seu conteúdo mínimo, prescrito no art. 46 do CC/02¹¹, que declara os requisitos constitutivos, os quais, se não observados, poderão dar ensejo a invalidade prevista no art. 45, parágrafo único, do CC/02¹².

Como alhures delineado, a análise que aqui se faz pretende examinar as sociedades, com enfoque na sociedade limitada e na sociedade anônima, daí que comentários outros sobre as pessoas de direito público não estão sendo expostos.

Entretanto, não é desnecessário lembrar que entre as pessoas jurídica de direito privado estão as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos, cada qual com suas especificidades acerca da constituição parametrizada a seus objetivos, pelo que há uma variedade de atos constitutivos a depender do ente a ser criado.

De todo modo, a formalização de um ato constitutivo é a regra comum “[...] que expressa declaração de vontade para sua constituição, e que atendidas as exigências legais, dá causa ao reconhecimento pelo Estado, com eficácia constitutiva” (MIRAGEM, 2021, p. 246).

Como ensina Amaral (2017, p. 410-411), as pessoas jurídicas são formadas por elementos de ordem material (pluralidade de pessoas, conjunto de bens e finalidade específica), bem assim por elementos de ordem formal (ato constitutivo, estatuto e registro no órgão correlato), para além da publicidade acerca dos atos registraes, ressaltando as exceções legais quanto à necessidade de duas ou mais pessoas para tal mister.

Nessa toada, vê-se a relevância da conjunção dos elementos formativos, lembrando-se que devem ser amoldados à variabilidade de suas circunstâncias. Diz-se isso porque, nas fundações, por exemplo, “[...] dispensa-se o elemento pessoal, sendo necessário um patrimônio afetado aos fins que se pretende realizar” (AMARAL, 2017, p. 410).

¹⁰ Lei nº 6.015/1973: Art. 119 A existência legal das pessoas jurídicas só começa com o registro de seus atos constitutivos.

¹¹ Art. 46. O registro declarará:

- I – a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;
- II – o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;
- III – o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
- IV – se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;
- V – se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;
- VI – as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.

¹² Art. 45. [omissis]

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Fazendo-se um paralelo com o nascimento da pessoa natural, a pessoa jurídica tem no registro a sua origem, o que possui repercussão prática, inclusive quando do cotejo com os entes despersonalizados.

Como alinhavado acerca da acepção de sujeito de direito, e com fincas nas palavras de Coelho (2021) e Gonçalves Neto (2021), percebe-se que o ordenamento jurídico criou a possibilidade de as sociedades não personificadas promoverem atuação em juízo, ativa ou passivamente, na forma do art. 75, IX, do CPC¹³.

Não obstante desprovidas de personalidade jurídica, criou-se a personalidade judiciária para que pudessem ser parte no processo, tanto para serem demandantes quanto demandados, tendo, assim, a capacidade de ser parte, o que já fora reconhecido, ressalte-se, também na seara pública¹⁴.

Nesse ponto, da capacidade processual ativa e passiva das sociedades não personificadas, registre-se que Oliveira (1979) controverte tal possibilidade, inserindo-a, inclusive, como um dos elementos da crise da pessoa jurídica, a dita crise do sistema. Assim, trazem-se à colação os argumentos de Oliveira (1979, p. 201-203):

[...] a capacidade de ser parte em juízo é um dos ângulos através dos quais mais facilmente é detectada a existência de crise no sistema de pessoas jurídicas elaborado pelo Direito Positivo. [...].

Os comentadores do Código de Processo Civil de 1973 reincidentem, de modo geral, em equívocos semelhantes aos já ocorridos na Alemanha, ao tentarem resolver, com elementos tirados tão-somente do Direito Processual, a aparente contradição entre capacidade de ser parte e ausência de personalidade jurídica. Sustentamos que essa contradição é insolúvel em termos de puro Direito Processual, pela razão muito simples de que a capacidade de ser parte é, em verdade, totalmente incompatível com a ausência de personalidade.

As ponderações de Oliveira (1979) são lúcidas e pertinentes, notadamente quando se tem como alicerce a personalidade jurídica. Porém, perpassando-se a pessoa jurídica como criação do Direito, tem-se, de igual forma, que a legislação pode vir a suprir, como o fez, delimitando uma nova realidade – no caso, afeta ao ente não personificado.

Além disso, não se pode descurar do influxo da concepção ontológica adotada por Oliveira (1979, p. 16-20), tanto é assim que admite “[...] ser a pessoa jurídica realidade analógica ao ser humano”.

¹³ Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

[*omissis*]

IX – a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens. [...].

¹⁴ STJ, Súmula nº 525: “A Câmara de vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais”.

Nessa linha, secunda-se a vertente de Coelho (2021, n. p.), adaptando-a à situação em liça, para quem os sujeitos despersonalizados podem praticar atos essenciais a seu funcionamento e os expressamente definidos. A personalidade judiciária se enquadra em ato pertinente ao exercício usual das funções.

Com a constituição, observando-se não só o ato de inscrição como o de publicação do ato constitutivo (GOMES, 2008, p. 175), passa a pessoa jurídica a ter a capacidade civil, como titular de direitos e obrigações, e também a capacidade judicial, sendo-lhe um efeito correspondente.

Com isso, a pessoa jurídica passa a contrair deveres e pode vir a ser responsabilizada nas esferas cível, administrativa e penal. Aqui, interessante se faz a verificação na órbita civil, tendo a responsabilidade conteúdo econômico, de tal modo que “[...] a pessoa jurídica responde com seu patrimônio pelas obrigações que constituir ou por aquelas que lhe sejam impostas por lei” (MIRAGEM, 2021, p. 244).

Em caráter exemplificativo, pode ser mencionado, para além da previsão geral do art. 927 do CC/02¹⁵, o art. 931¹⁶ da multicitada codificação, quando prescreve a responsabilização, independentemente de culpa, pelos produtos postos em circulação.

Vê-se, assim, que a capacidade da pessoa jurídica é um efeito consequencial e lógico da personalidade reconhecida pelo sistema ordenador legal, não se podendo deixar de lembrar a limitação dos direitos que exigem pressupostos pertinentes à pessoa natural (PEREIRA, 2013, n. p.).

Cabe, nesse particular, rememorar a previsão do art. 52 do CC/02, quando modela a proteção dos direitos da personalidade das pessoas jurídicas em compasso com sua essência, lastreando-se, no que compatível, com a pessoa humana.

Assim é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) caminhou para reconhecer que a pessoa jurídica poderá sofrer dano moral¹⁷, tendo em conta a honra objetiva, não obstante o entendimento atinente à limitação aos direitos de ordem patrimonial, sem prejuízo das restrições estabelecidas por razões de segurança pública (PEREIRA, 2013, n. p.).

Uma vez constituída e com a capacidade civil que lhe é peculiar, há que se indagar sobre o funcionamento e o procedimental aplicado.

¹⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹⁶ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

¹⁷ STJ, Súmula nº 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Pois bem, em compasso com a adoção rotineira da similitude com a pessoa física, o ente coletivo, não dotado de individualidade própria, necessita de aparelhamento para exercer seus direitos, já que distinta dos indivíduos que a compõem (*societas distat singulis*).

Tal entendimento foi previsto no CC de 1916, em seu art. 20¹⁸, o qual reforçava a distinção da existência da pessoa moral de seus membros. Essa prescrição não fora reproduzida no CC/02, porém continuou a seguir como orientação do sistema jurídico, até que, com a edição da Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica (LLE), fora introduzido no CC/02 em vigor o art. 49-A¹⁹, tendo esta previsão similar, embora em contexto mais específico.

Nesse ponto da novel previsão (CC/02, art. 49-A), explicita Miragem (2021, p. 238): “Vincula-se à preocupação mais próxima de limitar, em especial, a responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de fins econômicos, ainda que não exclusivamente”, o que está em consonância com os caracteres do atingimento da personalidade.

Sendo desprovidas de individualidade, no sentido biopsicológico, as pessoas jurídicas demandam a representação, no sentido do estabelecimento da assunção de direitos e deveres em suas relações, enquanto sujeito de direito, na forma do art. 46, III, do CC/02.

Para tanto, atuam por meio de órgãos com vistas a instituir e ordenar as relações jurídicas, aparato que se perfaz com o auxílio de seus componentes, sendo certo que nesse mister “[...] a vontade humana opera condicionada ao fim da organização” (PEREIRA, 2013, n. p.).

Frise-se, contudo, que: “Tais órgãos não representam a pessoa jurídica, que não é incapaz, apenas a apresentam (CPC, art. 75)” (AMARAL, 2017, p. 413), utilizando a digressão de Pontes de Miranda. A figura da incapacidade advém da transposição comparativa com a pessoa física, o que não é correspondente à realidade do ente. Tanto é assim que Pereira (2013, n. p.) expõe o objetivo de tal apresentação: “[...] propõe-se a munir apenas um ser que é naturalmente abstrato, dos meios externos de realizar as faculdades jurídicas”.

Depreende-se que a pessoa jurídica passa a atuar por seus órgãos, como se fosse a entidade, em consonância com as previsões nos atos constitutivos, como expressão da vontade natural dos integrantes, ou, em sendo o caso, por imposição legal (MIRAGEM, 2021, p. 238). Consoante Miragem (2021, p. 238): “São eles que agem, exercendo direitos e assumindo obrigações pelas quais a pessoa jurídica responde. A atuação dos órgãos da pessoa jurídica deve observar a realização do interesse coletivo que a caracteriza”.

¹⁸ Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

¹⁹ Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios. Associados, instituidores ou administradores.

Da atuação de seus órgãos, em geral, surge a vinculação da pessoa jurídica aos atos praticados, notadamente ante a previsão, em seus atos constitutivos, da individualização dos diretores, administradores e as respectivas responsabilidades, conforme prevê o art. 46, II, IV e V, do CC/02.

Nesse trilhar, prescreve o CC/02, em seu art. 47²⁰, que os atos dos administradores estão a obrigar a pessoa jurídica, quando observados os limites da atuação conferida pelo ato constitutivo. Aqui, tem-se que a expressão administradores fora utilizada em sentido amplo, de modo a abarcar também os órgãos que integram a pessoa jurídica no exercício dos poderes que lhe foram conferidos pela lei ou pelo ato constitutivo (MIRAGEM, 2021, p. 238).

Assim, constata-se que os representantes das pessoas jurídicas, por meio das atribuições que lhe são conferidas, conectam o ente coletivo ao plexo de direitos e obrigações, havendo que se destacar que, em caso de administração coletiva, a decisão será tida por maioria de votos, ressalvada previsão contrária no ato formador respectivo (CC/02, art. 48, *caput*²¹). Por conseguinte, será possível a anulação da decisão coletiva, no prazo decadencial de três anos, acaso ocorrente a violação da lei ou estatuto, ou sendo caracterizado erro, dolo, simulação ou fraude (CC/02, art. 48, parágrafo único²²).

Como integrantes da situação jurídica, as pessoas jurídicas, para além da constituição, podem, ao longo do tempo, vir a ser alteradas, desenvolvendo-se ou retraindo-se, ou, até mesmo, caminhando para sua extinção.

Apreendendo o contexto das sociedades empresárias, em linhas gerais, esta tem seu início com o registro na Junta Comercial, segundo a atual sistematização legal, caminhando para o seu fim por meio do procedimento de dissolução e pela liquidação, o que se dá de acordo com as disposições do ato constitutivo ou da lei.

Antes, porém, perpassam as sociedades empresárias pelas modificações, que incluem a transformação, a incorporação e a fusão. Para melhor sequenciamento, trazem-se as breves lições de Amaral (2017, p. 414):

Transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução ou liquidação, de um tipo para outro (CC, arts. 1.113 a 1.122).
A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (CC, art. 1.116).

²⁰ Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

²¹ Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso.

²² Art. 48. [omissis]
Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.

A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações (CC, art. 1.119).

É importante anotar que Amaral (2017, p. 414), ao tratar das modificações em epígrafe, também traz os artigos correlatos da Lei nº 6.404/1976, a Lei das Sociedades Anônimas (LSA), no tangente à transformação, incorporação e fusão, que são, respectivamente, os arts. 220²³, 227²⁴ e 228²⁵.

Já o procedimento dissolutório poderá se dar por ato dos sócios ou judicialmente, abarcando a dissolução em si, a liquidação e a partilha de bens, acaso existentes.

Gomes (2008, p. 177) ensina que: “Quando as sociedades se extinguem pelo consenso dos sócios, diz-se que há distrato. A dissolução consensual ocorre também com a expiração do prazo, [...] admitida voluntariamente no ato constitutivo”.

Por sua vez, a liquidação e as partilhas estão imbricadas, já que a liquidação diz com o patrimônio, a solucionar eventuais pendências, e a partilha concerne ao ato de repartição do patrimônio sobressalente entre os sócios.

Ao abordar o proceder visando à extinção em sua inteireza, Coelho (2021, n. p.) assim expõe: “Enquanto esse procedimento não se realiza, a sociedade continua titular de personalidade jurídica própria e todos os efeitos derivados da personalização (quanto à titularidade negocial e processual, e quanto à responsabilidade patrimonial) se verificam”.

Nota-se, nessa ordem, que o procedimento de dissolução, que encontra previsão no art. 599 e ss. do CPC, vem a extinguir a pessoa jurídica, sendo averbada no respectivo registro, porém o ente coletivo vem a subsistir, para fins de liquidação, até que esta se conclua. Com a conclusão, há o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica, tudo em conformidade com o art. 51 do CC/02²⁶.

Em não sendo trilhado o procedimento em apreço, os sócios passam a responder junto aos credores por ato ilícito próprio, não se considerando extinta a sociedade, pela dissolução irregular. Portanto, resta assente a autonomia patrimonial (COELHO, 2021, n. p.).

²³ Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

²⁴ Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

²⁵ Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

²⁶ 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.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Por oportuno, mesmo que lateralmente, mencione-se que, além da capacidade, a pessoa jurídica tem como atributos o nome, domicílio, estado e patrimônio.

Como a capacidade já vem sendo abordada ao longo do texto, passa-se a registrar, de forma concisa, os demais atributos, a iniciar pelo nome.

O nome empresarial é “[...] a designação de que se utiliza o empresário, pessoa natural ou jurídica, no exercício da atividade. Pode ser firma ou denominação (CC/02, art. 1.155)” (AMARAL, 2017, p. 416-417), havendo peculiaridades de acordo com o designativo e o tipo societário que se adote.

Além disso, o domicílio da pessoa jurídica de direito privado será o do local onde funcione a diretoria ou administração ou na localidade em que fixado pelo ato constitutivo, podendo-se, ainda, falar em multiplicidade deles, quando houver diferentes estabelecimentos, consoante previsão do art. 75, IV e § 1º, do CC/02²⁷.

Sob a perspectiva da nacionalidade, o estado é delimitado pela previsão da legislação específica de cada ente soberano. No caso brasileiro, consoante o art. 1.126 do CC/02²⁸, é considerada nacional a sociedade organizada conforme a lei brasileira e que tenha sede de administração no país, pelo que se demarca o conceito de sociedade estrangeira por exclusão.

No que respeita ao patrimônio, gize-se a autonomia patrimonial no tocante a seus integrantes, o que já fora abordado e será adiante desenvolvido, em tópico próprio.

Por seu turno, sabe-se que a personalidade se vincula, como elemento de ordem material, aos fins que lhe são inerentes, restando delimitada sua atuação observando-se tal especificidade, o que se denominou princípio da especialização. Todavia, há que se matizar a aplicabilidade do princípio em referência, permitindo-se que a pessoa jurídica venha a titularizar os direitos necessários à consecução daquelas finalidades (PEREIRA, 2013, n. p.).

Por consectário, os fins que moldaram sua constituição vêm a balizar, nas pessoas jurídicas de direito privado, a atuação de seus órgãos, no mais das vezes, seus administradores que secundam o quanto expresso no objeto social.

E, aqui, deve lembrar-se a prescrição do art. 47 do CC/02, notadamente pela expressividade que tem em relação ao princípio da boa-fé e o da confiança, que norteiam o

²⁷ Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:
[omissis]

IV – das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

§ 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

²⁸ Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.

tráfego negocial, a denotar a necessidade de respeito aos limites de atuação dos órgãos, em sentido estrito, bem assim a aderência à finalidade posta no ato constitutivo do ente coletivo, em compasso com o art. 1.015²⁹ da codificação sobredita. Tanto é assim que o Enunciado nº 145 da III Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal (CJF), assim dispôs: “O art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência”.

No ponto, trazem-se à baila as palavras de Pereira (2013, n. p.):

Como órgãos da pessoa jurídica, obriga-se esta pelos atos de seus administradores, subordinados, contudo, a se conterem nos limites traçados no ato constitutivo e suas subsequentes alterações (art. 47). Se exorbitarem, a pessoa jurídica não é obrigada, mas respondem eles pessoalmente pelos prejuízos causados a terceiros, em razão dos abusos cometidos, hipótese que não se confunde com o do abuso que pode gerar a desconsideração da própria personalidade jurídica [...].

Infere-se que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto consequente do abuso de direito, destoa dos excessos eventualmente cometidos pelos órgãos sociais, o que adiante será visto quando do exame da aplicabilidade, incluindo os atos *ultra vires* e a revogação do parágrafo único do art. 1.015 do CC/02 pela Lei nº 14.195/2021.

Ao longo do presente tópico, pôde-se perceber o estabelecimento de efeitos e/ou atributos atinentes à personificação, assim como o fizeram Amaral (2017, p. 395). Coelho (2021, n. p.), ao abordar os efeitos da personalização da sociedade empresária, passando pelo princípio da autonomia patrimonial, elenca as consequências, quais sejam: a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial.

Quanto à titularidade obrigacional, viu-se que a pessoa jurídica estabelece relações distintas das de seus integrantes, firmando-se obrigações contratuais ou extracontratuais, responsabilizando-se por estas. Já no tocante à titularidade processual, pode vir a ser demandada ou demandar, como exposto, observando-se a legislação processual. Por sua vez, quanto à responsabilidade patrimonial, expõe Coelho (2021, n. p.):

[...] da personalização da sociedade empresária segue-se a separação de patrimônios desta e de seus sócios. Os bens integrantes do estabelecimento empresarial e outros eventualmente atribuídos à pessoa jurídica, são de propriedade dela [...]. Não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais; sobre estes os componentes da sociedade empresária não exercem nenhum direito [...]. É apenas a pessoa jurídica da sociedade proprietária de tais bens. No patrimônio dos sócios, encontra-se a participação societária [...]. A participação societária, no entanto, não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade, nem como uma sua parcela ideal. Trata-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis os dos sócios e o da sociedade.

²⁹ Art. 1.105. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Verificado o imbricamento entre a autonomia patrimonial e a responsabilidade, mais precisamente a limitação desta em face da separação de patrimônios, pretende-se abordá-las, a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidade, haja vista a importância como móvel propulsor da segurança jurídica nas negociações estabelecidas pelo corpo social, a promover o tráfego jurídico.

2.4 AUTONOMIA PATRIMONIAL DA PESSOA JURÍDICA

Inicialmente, relembre-se que a personalização traz consigo uma carga de eficácia prática, notadamente a social, tanto que daí exsurtem seus efeitos ou atributos, dentre eles a separação patrimonial, malgrado a previsão do art. 350 do Código Comercial de 1850³⁰, anterior ao reconhecimento das sociedades comerciais como pessoa jurídica (TOMAZETTE, 2022, p. 255).

Nesse particular, inclusive, vaticinam Comparato e Salomão Filho (2014, p. 337): “O que não se pode perder de vista é o fato de ser a personalização uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial [...]”.

Ainda, como visto, “[...] da personalização da sociedade empresária segue-se a separação dos patrimônios desta e de seus sócios” (COELHO, 2021, n. p.).

Isso deflui da caracterização da pessoa jurídica como sujeito de direito, com autonomia em relação a seus integrantes, como expôs, ao laborar com a desestimação, Serick (2020, p. 25): “[...] a pessoa jurídica tem, [...], uma personalidade independente das pessoas que, num dado momento, sejam titulares das participações na sociedade [...]”³¹.

Diante dessa partição funcional, consagra-se o princípio da autonomia patrimonial, concentrando a pessoa jurídica a titularidade dos direitos e deveres atinentes ao exercício da atividade econômica, quando analisada em sua completude, destacando-se da figura de seus membros.

Daí a importância da delimitação de seus órgãos institucionais, que a apresentam em suas relações diuturnas, com vistas a imprimir, a um só tempo, a necessária segurança e celeridade que as atividades negociais estão a demandar, com a confluência para sua finalidade.

³⁰ Art. 350. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais.

³¹ “[...] *la persona jurídica, por tanto, tiene una personalidad independiente de las personas que en un momento dado sean titulares de las participaciones en la sociedad [...]*”.

Com isso, reflui-se a ideia de que o patrimônio da pessoa jurídica é distinto do de seus integrantes, complementando-se com as ideias de Gonçalves Neto (2021, n. p.):

Ou seja, os sócios não são condôminos ou coproprietários dos bens que formam o patrimônio social. Os bens que os sócios trazem para a formação do patrimônio social deixam de lhes pertencer, transferindo-se à sociedade a título de propriedade, salvo ajuste diverso. Assim, o patrimônio social não responde pelas dívidas dos sócios; só pelas dívidas da sociedade. O princípio de que o patrimônio do devedor é a garantia comum de seus credores não ultrapassa esse limite: não garante a satisfação de credores de nenhum dos sócios.

Verifica-se, nesses termos, que não há uma espécie de atividade compensatória, mesmo se considerado que o patrimônio do ente coletivo não deixa de expressar a contribuição de seu integrante (TOMAZETTE, 2022, p. 255), daí a diferenciação entre o caráter estático do capital social, em sua expressão nominal inserida no ato constitutivo, e o patrimônio como resultado do sucesso ou insucesso da sociedade (CAMPINHO, 2022, p. 76).

Sobressai, então, o art. 49-A do CC/02, em compasso com o anterior art. 20 do CC/16, ao trazer a demarcação entre as pessoas jurídicas e os sócios, associados, instituidores ou administradores, reforçando-se o papel de incentivo, por meio da mitigação dos riscos, ao desenvolvimento das atividades econômicas.

Ao colocar o princípio da autonomia patrimonial como alicerce do Direito Societário, Coelho (2021, n. p.) bem explicita essa noção promocional:

Sua importância para o desenvolvimento de atividades econômicas, da produção e circulação de bens e serviços, é fundamental, na medida em que limita a possibilidade de perdas nos investimentos mais arriscados (CC, art. 49-A). A partir da afirmação do postulado jurídico de que o patrimônio dos sócios *não* responde por dívidas da sociedade, motivam-se investidores e empreendedores a aplicar dinheiro em atividades econômicas de maior envergadura e risco. Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos na 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.

Enfatiza ainda, Coelho (2021, n. p.) a autonomia patrimonial como técnica de segregação de riscos, sendo um instrumental de relevância para captar investimentos no cenário de globalização da economia.

Igualmente, saliente-se a visão proposta por Justen Filho (1987, p. 49) da personificação como sanção positiva:

Trata-se de uma técnica de incentivação, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica. A concentração da riqueza e a conjugação de esforços inter-humanos afigura-se um resultado desejável não em si mesmo, mas como meio de atingir outros valores e ideais comunitários.

Agora, trazendo o que seria o regime mais benéfico, prossegue Justen Filho (1987, p. 50): “[...] a) a não atribuição à pessoa dos sócios das condutas praticadas societariamente, b) a não atribuição à pessoa dos sócios dos direitos e poderes envolvidos na atividade societária, c) a não atribuição à pessoa dos sócios dos deveres envolvidos na atividade societária”.

Denota-se, assim, a relevância da função geral da personalização enquanto móvel propulsor de centro de interesses autônomo, divisando-se das pessoas naturais integrantes, sem descurar da variabilidade das funções específicas a depender das diversas categorias da pessoa jurídica (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 345-346). Sobreleva nesse ponto que a “[...] separação patrimonial comporta graus, ela não é idêntica e uniforme em todos os casos” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 342).

Com Amaro (1993), caracteriza-se a pessoa jurídica como:

[...] instrumento legítimo de destaque patrimonial, para a exploração de certos fins econômicos, de modo que o patrimônio titulado pela pessoa jurídica responda pelas obrigações desta, só se chamando os sócios à responsabilidade em hipóteses restritas.

Nessas hipóteses, de responsabilidade dos sócios, mais precisamente nos casos de abuso da separação patrimonial, pode ter ensejo a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a denotar o mau uso da pessoa jurídica. Aqui, ressalta Coelho (1989, p. 13):

[...] a autonomia patrimonial existente entre a pessoa jurídica e as pessoas que a compõem, os seus sócios e associados, pode dar margem à realização de fraudes e abusos de direito. Desde a simples transferência de bens de um para outro patrimônio em prejuízo dos credores até sofisticadas transações jurídicas, inúmeros são os expedientes de que podem lançar mão aqueles que desejam locupletar-se ilicitamente utilizando-se da separação patrimonial característica do instituto da pessoa jurídica.

Assim procedendo, a partir da análise do caso concreto, pode-se ter maior controle da eficácia do ato promanado com vistas à manutenção da higidez de instituto tão caro às relações negociais, conformando-se seu dimensionamento.

Vale ressaltar ponto outro, atinente às manifestações da pessoa jurídicas. Tais manifestações, igualmente, diferem daquelas individuais de seus membros, o que é importante ponderar, sob o aspecto organizacional, notadamente no âmbito de suas relações externas.

Nesse quadrante, das relações externas, desponta a relação tênue entre a autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade, como objetivos práticos da personalização, na senda da exposição de Comparato e Salomão Filho (2014, p. 337).

Ainda, observando-se a organização externa (ASCARELLI, 2008, p. 426), diz Ascarelli (2008, p. 383): “Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos jurídicos para

disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios”.

Tamanha é a proximidade que Furtado (2004, p. 246-247) caracteriza a conjunção como a “autonomia patrimonial perfeita”, caracterizando, ademais, a autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade.

Desse modo, uma vez alocada a autonomia patrimonial, avança-se ao exame da limitação da responsabilidade, procurando-se trabalhar com linha conjuntiva entre ambos os efeitos consequenciais.

2.5 LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Como visto, a personalização é uma técnica jurídica para a efetivação de objetivos práticos, dentre os quais a autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 337).

Além disso, a separação patrimonial traz em si a imputação jurídica das obrigações decorrentes das atividades exercidas.

Ressurtindo a observância das regras de funcionamento interno, expõe Cordeiro (2000, p. 10): “[...] a responsabilidade patrimonial – e portanto: a adstrição dum património ao pagamento das dívidas – das pessoas colectivas limita-se, em princípio, ao próprio património delas”.

Em termos outros, o patrimônio da pessoa, física ou jurídica, é o externar da garantia de seus credores.

Conforme delineado, fora averbada a costumeira associação da autonomia patrimonial à limitação da responsabilidade, sendo relevante uma breve incursão histórica para verificação mesma sobre a ligação com a personalização. De logo, afirma-se a não confluência em absoluto, inclusive como sinalizado no revogado art. 350 do Código Comercial de 1850.

Para tanto, como alhures ilustrado, mister se faz seguir o traçado da sociedade limitada com fins de delimitação teórica e considerando-se sua maior capilaridade em nossa realidade, inclusive pela ligação da sociedade anônima com atividades mais complexas e com custos mais elevados, como aduz Coelho (2021, n. p.): “As sociedades anônimas correspondem à forma jurídico-societária mais apropriada aos grandes empreendimentos econômicos”.

Nesse passo, Parentoni (2014, p. 27) assevera a ausência de relato acerca da limitação da responsabilidade dos sócios, antes da influência romana, no Direito Grego.

No antigo Direito Romano, a ideia da limitação de responsabilidade é subjacente à concepção da personalização. Por primeiro, deu-se o surgimento de uma gama de figuras associativas, nas quais os sócios gozavam da responsabilidade limitada, especificamente limitando-se ao conteúdo do aporte feito, pelo sócio, para a formação do patrimônio coletivo (GALGANO, 2004, p. 21)³².

Depreende-se que a responsabilidade do sócio, quanto à destinação do bem, diz com sua relação interna com o grupo, não sendo aferível a preponderância da sociedade nas relações externas, como bem assevera Warde Júnior (2007, p. 15-16):

A irrelevância externa da *societas* romana fez com que o centro de imputação de responsabilidade pelo exercício da empresa se identificasse a um ou mais sócios que – dedicados à gestão – dispunham, como se proprietários fosse, de todo o patrimônio social, aproveitando-se, direta e pessoalmente, dos resultados da atividade. Em contrapartida, os sócios não dedicados à gestão, no que concerne aos proveitos, eram meros credores. Essa condição determinava sua irresponsabilidade perante terceiros (grifos do original).

Mais adiante, externa-se a existência de uma espécie de comunhão patrimonial tão somente entre os sócios, como se fossem, em vista da relação interna, condôminos do patrimônio constituído com suas contribuições (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 31), complementando em seguida o autor (2007, p. 31-32):

Perante terceiros inexistia sociedade, ou mesmo a comunhão patrimonial que lhe servia de base. Os sócios contratavam em nome próprio, assumindo posições ativas e passivas que integravam suas próprias esferas jurídica. Aqueles que, por outro lado, eram meramente titulares de direito de crédito, por não terem praticado quaisquer atos que permitissem crer fossem donos do patrimônio dedicado à empresa, não assumiam responsabilidade externa pelo exercício da atividade determinante dos resultados de que eram credores. Os que haviam praticado – em relação ao patrimônio social – atos que permitiam acreditar fossem “donos”, a despeito de pessoal e ilimitadamente responsáveis perante terceiros, aproveitavam-se, entretanto, diretamente dos resultados da empresa. Os terceiros, via de consequência, tinham ação apenas em face do sócio com quem haviam celebrado o negócio. Já os demais sócios eram irresponsáveis perante terceiros, mesmo que, em caso de perdas, o sócio prejudicado (apoiado na relação interna) pudesse deles buscar ressarcimento.

Verifica-se um tipo de demarcação entre as esferas, se interna ou externa, a denotar, por assim dizer, uma confusão quanto à titularidade, tendo em vista a noção de propriedade para os gestores, desaguando na responsabilização ilimitada.

³² “En especial, consideremos el beneficio de la responsabilidad limitada: ya en la época romana, y luego durante toda la época intermedia, existían múltiples figuras asociativas cuyos socios gozaban del beneficio de la limitación de la responsabilidad; y podían existir aunque la idea del grupo como persona distinta de los socios aún estuviese lejos de ser concebida. La responsabilidad limitada era, entonces, una responsabilidad limitada en sentido propio: responsabilidad del socio limitada al bien que él destinó, mediant su aporte, para que formara parte del patrimonio de la colectividad” (GALGANO, 2004, p. 21).

Tal conjuntura fora alterada na Idade Média, quando do surgimento das *comendas*, reconhecidas como o principal antecedente das sociedades em comandita simples (PARENTONI, 2014, p. 29).

De igual modo, Warde Júnior (2007, p. 70) ressalta a existência da *commenda*, nas cidades marítimas, disciplinando a relação entre comerciante e capitalista, ao longo do período da Grandes Navegações, com vistas a possibilitar o exercício do comércio, e eventuais lucros, por aqueles com vedação ao exercício pessoal do comércio (PARENTONI, 2014, p. 29).

Com isso, evolui-se no tocante ao represamento da responsabilização, particularmente em face do sócio capitalista, também chamado de comanditário, como salienta Warde Júnior (2007, p. 73-74):

Partindo-se da companhia, em que todos os sócios – em virtude da relação dominial com o patrimônio e resultados da empresa – eram ilimitadamente responsáveis, surgiu a sociedade em comandita pela alteração parcial da natureza dessa relação. O sócio capitalista (o comanditário) transferia o seu direito real sobre as entradas ao comanditado, para receber, em contraprestação, um direito de crédito correspondente ao valor do aporte, acrescidos os juros. Tornava-se, devido a sua equiparação aos demais credores da sociedade, perante terceiros, limitadamente responsável pela perda de seu investimento.

Interessa anotar que, não obstante tenha surgido como uma forma de contornar as leis canônicas proibitivas da usura, as sociedades em comandita acabaram por servir ao impulsionamento capitalista, por meio da especulação e da introdução de numerário no cenário comercial (WARDE JÚNIOR, p. 76-77).

Posteriormente, houve o desenvolvimento das sociedades anônimas com origem conectada a interesses públicos, ante a necessidade da associação com o capital privado, considerando-se os empreendimentos de maior monta.

Nesse sentido, esclarece Coelho (2021, n. p.):

Como a sociedade anônima está ligada, geralmente, à exploração de atividades econômicas de grande envergadura, o Estado acaba interferindo mais na sua constituição e funcionamento no das demais sociedades. Aliás, as organizações indicadas pelos doutrinadores como precursoras da sociedade anônima foram criadas para atender interesses públicos [...].

Ainda, registra Justen Filho (1987, p. 23): “A sociedade anônima do século XIX filiava-se às companhias ultramarinas, que nasceram com extremado cunho publicístico”.

Warde Júnior (2007, p. 90-91), após mencionar a importância do Banco de São Jorge de Gênova, fundado em 1407, expõe que não se constituiu um referencial para a transição definitiva do modelo societário medieval. Ressalta que as sociedades por ações tiveram como marco as companhias coloniais dos séculos XVII e XVIII, consignando que, no século XVII,

foram instituídas a Companhia das Índias Orientais (*Oost-Indische Compagnie*) em 1602, e, em 1621, a Companhia das Índias Ocidentais (*West-Indische Compagnie*), nas quais foram encontradas as características essenciais da sociedade por ações, quais sejam, a limitação da responsabilidade dos acionistas e a irresponsabilidade dos administradores perante terceiros (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 93).

Pela relevância contextual, traz-se a doutrina de Warde Júnior (2007, p. 94-96):

Quando se deu a criação da Companhia das Índias Ocidentais, [...], a figura do administrador foi amplamente revista. Sua nomeação por acionistas e a efemeridade do cargo, desde logo, afastaram a condição de “donos da sociedade”. Contribuíram também para a ampla relativização de seus poderes sobre a empresa, os deveres de [...] distribuir dividendos (não apenas os juros sobre as entradas). Os administradores foram proibidos de contratar com a sociedade, em nome próprio ou por terceiros, sob pena de perda das remunerações e destituição. Extinguiram-se, portanto, os direitos reais sobre o patrimônio empregado na empresa e sobre seus resultados, características da condição de administrador das primeiras companhias medievais.

[...]

A administração por representação, [...], não impôs aos acionistas uma volta à responsabilidade solidária e ilimitada porque, por um lado, já haviam renunciado ao direito real sobre suas entradas e, por outro, porque mesmo que a gestão da empresa fosse conduzida à satisfação de seus interesses, esses interesses resumiam-se a meros direitos de participação nos resultados. Não decorria disso, portanto, como nas primeiras companhias medievais, a gestão do uso da propriedade comum, mas sim a administração de um mecanismo societário inteiramente destinado à satisfação de direitos creditórios.

Afirmam-se, dessa maneira, as sociedades por ações como formas associativas em que todos os membros são privados de uma posição dominial sobre o patrimônio. Não há mais a distinção entre sócios “donos” do patrimônio e sócios financiadores. Há apenas uma pluralidade (muitas vezes anônima) de interessados, uma “pulverização” dos direitos sobre os resultados que os tornam todos externamente responsáveis apenas no limite das suas entradas.

Com efeito, essa disposição aos direitos de crédito da empresa informa a limitação de responsabilidade dos sócios, que perdura até então, desde a Idade Média (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 97; PARENTONI, 2014, p. 30).

Assim, faz-se nítido o interesse em mitigar o risco com vistas à introjeção do capital, o que traz a reboque o efeito catalisador da atividade econômica, daí a relevância do exame da relação entre a personalização e a limitação da responsabilidade, que é controversa.

Segundo Galgano (2004, p. 21), com o conceito de pessoa jurídica, houve uma alteração na concepção teórica da responsabilidade limitada, que passou a dividir a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade. Todavia, a limitação não está fundamentada no conceito de pessoa jurídica, sendo tal conceito utilizado para que a limitação da responsabilidade não mais

fosse considerada um benefício em sentido próprio, um privilégio, que excepciona o princípio geral da responsabilidade patrimonial ilimitada³³.

De igual forma, Coelho (2021, n. p.) explicita que: “A personalização não está ligada sempre à limitação da responsabilidade dos seus integrantes”.

Reavivando a ponderação de Comparato e Salomão Filho (2014, p. 337): “No curso da História, são numerosos os exemplos de técnicas jurídicas de gestão de um patrimônio, em benefício coletivo, sem a criação de uma pessoa coletiva”.

Os autores em referência, Comparato e Salomão Filho (2014, p. 337), mencionam exemplos desde o direito romano, como o patrimônio dos *collegia* e das *sodalitates*, até os dias atuais, citando o *trust*, o qual atinge o fim prático da separação patrimonial sem a correlata personalização. Ainda nesse mister, Parentoni (2014, p. 34-35) faz alusão aos patrimônios de afetação das incorporações imobiliárias com previsão na Lei nº 10.931/2004.

Oliveira (1979, p. 260), ao ressaltar o sistema maximalista alemão, faz referência ao Ulrich Drobnig, o qual explicita que “personalidade jurídica e limitação de responsabilidade não se ligam de modo inseparável [...]”.

Mais adiante, Oliveira (1979, p. 261), ao comungar com a opinião de Drobnig, aduz que “a responsabilidade limitada não é decorrência inevitável da personalidade jurídica”. Para tanto, faz menção ao sistema minimalista, adotado pelo Brasil, exemplificando pessoas jurídicas com membros com responsabilidade ilimitada e, ao final, diz que “[...] a chamada limitação da responsabilidade é apenas (por ser, em verdade, a total exclusão de outros responsáveis que não a pessoa jurídica) a expressão máxima do princípio da separação (*Trennungsprinczip*) entre pessoa jurídica e pessoas-membros [...]”.

Um exemplo da nossa legislação está nas sociedades em nome coletivo, nas quais, segundo o art. 1.039 do CC/02³⁴, todos os sócios respondem, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. Assim, conquanto a responsabilidade dos sócios seja subsidiária no tocante

³³ “Introducido, em 1800, el concepto de persona jurídica, sólo muta la reconstrucción teórica de la responsabilidad limitada: ésta deja de ser vista como responsabilidad del socio limitada a su aporte, y se manifiesta como irresponsabilidad del socio frente a las deudas de la sociedad. La sociedad es una persona distinta de sus socios; las deudas de la sociedad, por ende, no son las deudas de los socios [...]. Sin embargo, la concepción de la sociedad por acciones como persona jurídica no es el fundamento de la limitación de la responsabilidad del accionista; ella tan solo es una justificación teórica [...]. [...] gracias al concepto de persona jurídica, la responsabilidad limitada del accionista puede dejar de ser considerada, [...], un beneficio en sentido propio, es decir, un privilegio, una excepción al principio general de la responsabilidad patrimonial ilimitada [...]”.

³⁴ Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um.

à sociedade, os sócios arcarão com a responsabilização integral pelas dívidas não adimplidas pela sociedade, sendo relevante lembrar que estarão submetidos à extensão dos efeitos da falência, nos moldes do art. 81, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, conforme pondera Gaggini (2013, p. 70-71).

Nesse passo, vê-se que a dita autonomia patrimonial perfeita, alhures referida por Furtado (2004), provém da associação com a responsabilidade limitada, não sendo esta determinada pela personificação. Assim, com Parentoni (2014, 37-38):

[...] a limitação de responsabilidade dos sócios decorre não da constituição de sociedade, ou mesmo de seu registro, mas sim da perda do poder de disposição sobre os fundos sociais, os quais passam a ser geridos como centro autônomo de imputação de direitos e deveres.

Verifica-se que os empresários, quando do desenvolvimento da atividade econômica, poderão fazê-lo por meio de pessoas jurídicas, o que não diz com a limitação da responsabilidade como consectário lógico, visto que, como explicitado com as sociedades em nome coletivo, tal vinculação vai ao encontro dos tipos societários previstos no ordenamento pátrio.

Nesse ponto, afirma Diniz (2012, p. 65): “Nas sociedades brasileiras o patrimônio separado da pessoa dos sócios e o tipo societário determinará a existência de responsabilidade solidária, subsidiária ou de limitação de responsabilidade ao capital subscrito”.

Campinho (2022, p. 64) reforça: “Dependendo do tipo societário, os sócios irão responder limitada ou ilimitadamente pelas dívidas contraídas pela sociedade no exercício de sua atividade”.

Com efeito, não se pode desenvolver uma espécie de vinculação obrigatória entre as concepções de personalidade jurídica e limitação de responsabilidade. Quando muito, a personalização das sociedades empresárias traz a responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais, salvante a responsabilidade daquele que contratou, como representante legal, pela sociedade em comum, na forma do art. 990 do CC/02³⁵ (COELHO, 2021, n. p.).

Nota-se que o tipo societário, quando em cotejo com a separação patrimonial, faz ressoar a exata medida desta, a denotar a ausência de homogeneidade, desde que observados os pressupostos formais e substanciais de formação, como ensinam Comparato e Salomão Filho (2014, p. 342).

³⁵ Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

E, em sendo a personalização um desses pressupostos, com o arquivamento dos atos constitutivos no registro respectivo, tem-se sua relevância destacada, o que pode se constatar da distinção do tratamento dos entes sem personificação, a exemplo da sociedade em comum, em termos de responsabilização.

Como mencionada a regra da subsidiariedade, vale destacar sua previsão, em seu contexto material, no Código Comercial de 1850, bem assim no art. 1.024 do CC/02³⁶, o qual prescreve a necessidade de execução dos bens sociais antes da análise da pertinência dos bens dos sócios pelas dívidas da sociedade. Em perspectiva processual, tal previsão é trazida no art. 795, *caput* e § 1º, do CPC/15³⁷, reforçando a primazia da excussão dos bens da sociedade.

Para além da subsidiariedade, a responsabilidade dos sócios, pelas dívidas sociais, poderá ser limitada ou ilimitada. Observando tal critério de classificação, Coelho (2021, n. p.) destaca três categorias:

[...] a) a de responsabilidade ilimitada, se todos os sócios respondem pelas obrigações sociais ilimitadamente (sociedade em nome coletivo); as de responsabilidade mista, quando apenas parte dos sócios responde de forma ilimitada (sociedades em comandita simples ou por ações; c) as de responsabilidade limitada, em que todos os sócios respondem de forma limitada pelas obrigações sociais (sociedades limitada e anônima).

Contextualizando com a sociedade limitada, anteriormente conhecida como sociedade por quotas de responsabilidade limitada, resta hialina a previsão da limitação do art. 1.052, *caput*, do CC/02³⁸, quando delimita a responsabilidade dos sócios pelo valor das quotas, ressalvando-se a solidariedade quanto à integralização do capital social. Em outros termos, uma vez integralizado o capital, a subsidiariedade passa a ser a regra, não havendo que falar em presunção de solidariedade (CC/02, art. 265³⁹).

Como sabido, não obstante a denominação, a responsabilidade da sociedade por suas obrigações é ilimitada, em decorrência da imputação ao centro autônomo, havendo a limitação da responsabilização dos sócios, o que é visto como fator de estímulo ao empreendedorismo.

³⁶ Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

³⁷ Art. 795. 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.

³⁸ Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

³⁹ Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Em sentido crítico, expõe Campinho (2022, p. 64): “Daí ser imprópria a designação de sociedade de responsabilidade limitada ou ilimitada, uma vez que a responsabilidade da sociedade é sempre ilimitada”.

Por meio dessa demarcação, a garantia dos eventuais credores da sociedade está consolidada no conjunto de ativos da produção, motivo pelo qual se proporciona uma “blindagem dos proprietários”, podendo-se dizer que “[...] a responsabilidade limitada protege os bens dos proprietários da empresa contra as pretensões dos credores da empresa” (ARMOUR; HERTIG; KANDA, 2018, p. 45).

A opção legislativa pela limitação da responsabilidade vai além do Direito, excepcionando-o, promovendo influxo real no desenvolvimento do mercado como fator de evolução da economia e adaptação ao sistema globalizado.

Particularmente quanto às sociedades limitadas, bem ilustra Coelho (2021, n. p.):

À limitação de responsabilidade dos sócios, na limitada, corresponde a regra jurídica de estímulo à exploração das atividades econômicas. Seu beneficiário indireto e último é o próprio consumidor. De fato, poucas pessoas – ou nenhuma – dedicar-se-iam a organizar novas empresas se o insucesso da iniciativa pudesse redundar a perda de todo o patrimônio, amalhando ao longo de anos de trabalho e investimento, de uma ou mais gerações. A limitação da responsabilidade do empreendedor ao montante investido na empresa é condição jurídica indispensável, na ordem capitalista, à disciplina da atividade de produção e circulação de bens ou serviços. Sem essa proteção patrimonial, os empreendedores canalizariam seus esforços e capitais a empreendimentos já consolidados.

Depreende-se, nesses termos, a ligação entre a progressão econômica e a responsabilidade limitada, permitindo-se maior profusão de investimentos com a consequente redução dos custos e preços (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 432).

Enalteça-se, ainda, que a permissão legislativa da limitação da responsabilidade permite a análise de risco por parte dos investidores e empresários, possibilitando-se uma visão *ex ante* da viabilidade da negociação com a pessoa jurídica promotora da atividade econômica. É o que Parentoni (2014, p. 44) denominou função macroeconômica da limitação da responsabilidade.

A possibilidade do prévio conhecimento do limite das perdas, uma estimativa que seja, poderá melhor ordenar o estudo do investimento e a decisão acerca da implementação, ou não, da atividade, inclusive com o exame das variáveis circundantes, a exemplo da localidade, cultura, contingente populacional etc. Em sendo assim: “A segregação de riscos motiva e atrai novos investimentos por poupar o investidor de perdas elevadas ou totais, em caso de insucesso da empresa” (COELHO, 2021, n. p.).

Daí a relevância da autonomia patrimonial, com a criação de um centro autônomo de imputação, para a segregação dos riscos a serem assumidos pelos empresários, enquanto agentes da economia de mercado, notadamente com a necessária correlação com o tipo societário a desnudar a respectiva possibilidade de responsabilização do sócio.

Ressalte-se, porém, que a limitação da responsabilidade não se transmuda em irresponsabilidade, até por ser, como dito, uma opção legislativa. Isso porque os estímulos aos investimentos, ao amainar os riscos das perdas, têm, igualmente, por fim o atendimento dos interesses da sociedade, enquanto coletividade aqui considerada.

Por essa razão, pode-se dizer que a regra, nas sociedades de responsabilidade limitada, é a observância da não responsabilização dos sócios pelas dívidas sociais, considerando-se um viés de normalidade. Tanto é assim que, em se preservando a natureza subsidiária, os sócios responderão pelas dívidas sociais, como expõe Coelho (2021, n. p.):

[...] no processo de falência da sociedade, porque pressupõe o prévio exaurimento do patrimônio social. E aqui se devem considerar duas hipóteses: os sócios com responsabilidade ilimitada terão os bens de seu patrimônio particular arrecadados juntamente com os da sociedade falida, levantando-se inventário próprio para cada um (LF, art. 81), enquanto os da sociedade limitada e anônima, se ainda não integralizaram o capital social, terão os seus bens penhorados em execução de sentença condenatória proferida na ação de integralização (LF, art. 82).

De sua vez, em situações disfuncionais, ressalva-se a possibilidade de responsabilidade pessoal dos sócios, bem assim a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, observadas as hipóteses descritas em lei.

Nesse passo, verifica-se que a ordem segue o quanto prescrito no referido art. 1.052 do CC/02, havendo responsabilização pelas dívidas da sociedade em caso de não integralização das quotas sociais. Contudo, em hipóteses excepcionais, como no caso da instrumentalização de fraudes por meio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, abre-se o caminho para a verificação do abuso de direito e o desconhecimento da personalidade jurídica. Nesse sentido, ao mencionar as lições de Wormser (1912), enfatiza Requião (1988, p. 69):

[...] quando o conceito de pessoa jurídica (*corporate entity*) se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinqüentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais.

E, aqui, exsurge o que Oliveira (1979, p. 608) apontou como o segundo ponto da crise da pessoa jurídica, a crise da função, como vaticina o autor:

A pessoa jurídica é uma realidade que tem *funções* – função de tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios isolados de um ser humano; função de limitação de riscos empresariais; função de agrupamento entre os homens para fins religiosos, políticos, educacionais; função de vinculação de determinados bens ao serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes. À medida, porém, que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras – não previstas pelo legislador – *funções*. Se tais *funções* novas entram em contraste com os *valores* reitores da ordem jurídica, há uma *crise da função* do instituto (grifos do original).

Vislumbra-se que o desvirtuamento na utilização da pessoa jurídica, de modo a gerar a disfunção aludida, faz com que a independência patrimonial, proveniente do novo centro de imputação, seja desconsiderada, mesmo que episodicamente, para retomar o curso da finalidade do instituto que fora desviada.

Nessa linha, revela-se a importância do nexo entre a responsabilidade limitada e os tipos societários com vistas à relação restrita da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a qual irá incidir nos casos de limitação de responsabilidade, pois, como alinhavado, os membros de uma pessoa jurídica com responsabilidade ilimitada serão atingidos, em seu aspecto patrimonial, mesmo que subsidiariamente, nos casos de insolvência da sociedade, independentemente da realização do ato ilícito.

Desta feita, como visto, não se desconhece a importância da limitação da responsabilidade como meio de estímulo aos investimentos na economia, porém não se pode descuidar também que o mau uso da pessoa jurídica, com malferimento à separação patrimonial e aos mecanismos de responsabilização, tende a produzir um efeito reflexo nos demais empreendimentos que impulsionam, em sistema de concorrência, a atividade comercial.

Assim, tem-se que a opção pelo uso disfuncional, em desrespeito à autonomia patrimonial, traz a reboque o risco do comprometimento do patrimônio pessoal dos integrantes, já que a “[...] a função social do direito [...] deve pelo indivíduo ser atendida” (REQUIÃO, 1988, p. 72), de forma a erguer-se a ligação entre a autonomia patrimonial, a limitação da responsabilidade e a função social da atividade econômica, tida essa sua amplitude como individual e coletiva.

2.6 A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Invariavelmente, quando se toca no vocábulo empresa, faz-se a ligação pertinente ao lucro, acompanhado, no mais das vezes, de uma visão conspurcada pela beligerância e concentração de riqueza a todo custo.

Por óbvio, não se vislumbra qualquer empecilho no tocante ao exercício da atividade lucrativa, o que é inerente à atividade econômica e deve ser estimulado, assim como também deve ser destacada, conforme já exposto, a perspectiva coletiva do exercício empresarial, abarcando os interesses do corpo social e observando-se a sua função macroeconômica.

Cediço que a análise da função social da empresa perpassa pela verificação do direito de propriedade e seus matizes, abrangendo-se não só a individualidade como também sob a ótica social.

Quando se fala em propriedade, sobretudo tencionando sua função social, não se pode olvidar que o próprio sentido do instituto jurídico é delimitado temporal e espacialmente, como fenômeno histórico e cultural.

Inicialmente, a propriedade estava estritamente associada ao indivíduo, à produção da riqueza, pelo exercício do uso, gozo e disposição dos bens exclusivamente a sua disposição, restando relegado o interesse coletivo circundante, o que era previsível em face do ideal revolucionário francês, influenciado pela filosofia liberal, a desaguar na projeção do CC de 1804. Nesse ponto, enfatiza Miragem (2021, p. 29):

A célebre definição legal do *Code Civil*, por certo, não é apenas a realização de um projeto ideológico da burguesia que ascendera ao poder na França pós-revolucionária, mas também o resultado do amadurecimento de uma certa compreensão individualista da identidade e disciplina dos direitos subjetivos em geral.

Em termos outros, confirma-se a influência do ambiente histórico e cultural na formatação da concepção da propriedade, como produto das experiências da época, na qual se destaca a apropriação de bens pelo indivíduo, o que geraria riquezas e, ao menos potencialmente, promoveria a distribuição dos benefícios para o todo.

Nessa linha de intelecção, ao abordar a caracterização clássica do direito de propriedade, dilucida Miragem (2021, p. 29):

[...] trata-se de direito exclusivo e excludente, cujas prerrogativas são reconhecidas ao titular do direito, com a consequente exclusão de todos os demais, aos quais incumbe o mero dever de *pacere* (suportar). Integram o polo passivo da relação jurídica de propriedade, identificando-se todos que não o titular do direito como sujeitos passivos; todos titulares do dever de abstenção oponível *erga omnes* pelo proprietário.

Com tal descrição, tem-se que o direito de propriedade, classicamente, coloca em evidência os poderes que lhe são concernentes, dotando o proprietário do exercício pleno e exclusivo, com caráter absoluto, dos meios de disposição do bem. Tanto é assim que o art.

1.228, *caput*, do CC/02⁴⁰ ainda se adstringe ao aspecto substancial atinente ao uso, gozo, disposição e ao direito de reaver a coisa.

Entretanto, a realidade viva veio a mostrar que a isonomia em sentido formal, como pretendido pelo ideal da liberdade puramente individual, restou insuficiente ao equacionamento do desequilíbrio econômico gerado, notadamente com a falta de acessibilidade dos cidadãos aos bens essenciais.

Com isso, o conceito de propriedade absoluta se torna controverso, demandando-se uma delimitação, permeada pelo interesse público estatal e pelo interesse social, com vistas à repulsão ao exercício dos atos abusivos do exercício daquele direito, promovendo-se uma visão da propriedade por critérios objetivos, a caracterizá-la como um poder-função (MIRAGEM, 2021, p. 30).

Sob a ótica desse novo perfil do direito de propriedade, e lembrando a função social do Direito aludida por Requião (1988), vale trazer a lição de Amaral (2017, p. 140 e 142):

A funcionalização dos institutos jurídicos significa, então, que o direito em particular e a sociedade em geral começam a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social, mas também no que diz respeito à organização e direção da sociedade, abandonando-se a costumeira função repressiva tradicionalmente atribuída ao direito, em favor de novas funções, de natureza distributiva, promocional e inovadora, principalmente na relação do direito com a economia. [...].

[...] O direito é, assim, chamado a exercer uma função corretora e de equilíbrio dos interesses dos vários setores da sociedade, para o que limita, em maior ou menor grau de intensidade, o poder jurídico do sujeito, mas sem desconsiderá-lo, já que ele é, em última análise, o substrato político-jurídico do sistema em vigor nas sociedades democráticas e desenvolvidas do mundo contemporâneo que se caracterizam, precisamente, pela conjunção da liberdade individual com a justiça social e a racionalidade econômica.

Vale anotar que o caminho da funcionalização teve início com a inserção nos textos constitucionais estrangeiros, sendo comumente mencionada sua origem com a CF do México de 1917, bem assim enfatizada a influência da Constituição de Weimar de 1919, que “[...] em seu art. 153, § 3º, define ‘a propriedade obriga. Seu uso também deve servir ao bem da comunidade’” (MIRAGEM, 2021, p. 30-31).

Nessa toada, da funcionalização, o Brasil inicia a inserção do conceito de propriedade com a CF de 1934, passando pela CF de 1946, na qual fora posto o condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social, sendo empregada na CF de 1967 a expressão função social da propriedade, na condição de princípio da ordem econômica, conforme Miragem (2021, p. 31).

⁴⁰ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Nota-se que o Direito passa a ser analisado sob uma realidade finalista, normativamente ordenada para finalidades, visando ao bem comum e compreendendo-se a vida em sociedade, sem descuidar da realização pessoal de seus componentes (ASCENSÃO, 2005, p. 221).

Com a CF/88, não mais se discute o influxo das disposições normativas constitucionais nas relações privadas, inclusive na propriedade, sendo tormentoso o modo de tal intervenção. Isso porque há que se equacionar a liberdade individual do cidadão, no exercício legítimo da autonomia privada, com a função social do instituto.

Com maior ênfase, mencione-se a previsão do art. 5º, XXIII⁴¹, e a do art. 170, III⁴², ambos da CF/88, inseridos tais artigos, respectivamente, como direito fundamental e princípio da ordem econômica.

Infere-se da inserção no rol de direitos fundamentais e da normatividade inerente aos princípios que se abandona, em certa medida, a visão da pessoa humana enquanto ser isolado do todo, buscando-se a solidariedade social, como diretriz da vida gregária, em interpretação conjunta dos arts. 1º, III⁴³, e 3º, I⁴⁴, ambos da CF/88. Nesse sentido são as lições de Wieacker (2015, p. 718 e 720):

O pathos da sociedade de hoje, [...], é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um de seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade.

[...]

[...] Ele permanecem [*sic*] ainda, [...], como espaços autônomos de liberdade (como mostra sobretudo a sua proteção por direitos fundamentais individuais), mas esta liberdade já não é apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjectivas entre os sujeitos de direito (grifos do original).

Nessa perspectiva, para que se venha a tutelar um interesse, faz-se necessário que este venha a estar em conformidade não apenas com o do seu titular, como também com aquele da coletividade (PERLINGIERI, 2007, p. 121).

⁴¹ Art. 5º [*omissis*]

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; [...].

⁴² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [*omissis*].

III – função social da propriedade [...].

⁴³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [*omissis*]

III – a dignidade da pessoa humana [...].

⁴⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária [...].

Com efeito, no mais das vezes, a discussão se dá no intuito de compatibilizar o aspecto funcional e o individual da propriedade, fazendo com que não se contraponham, e sim expressem o sentido mesmo da complementaridade.

Para tanto, como já afirmado, é preciso analisar o Direito como ordenador de realidades finalísticas. Nesses termos, a noção do vocábulo função, acompanhada do adjetivo social, traz a necessidade de vincular o objeto da propriedade a determinado fim, originando, para o proprietário, um poder-dever, conforme Comparato (1995, p. 32).

Percebe-se, nesse passo, que a função social, antes de impor limites, integra o próprio direito de propriedade, não só conduzindo-o à observância das eventuais restrições como também conformando seu viés positivo, consistente na obrigação de atender aos anseios sociais.

Com isso, altera-se a própria visão tradicional da utilização do Direito para fins unicamente sancionatórios, quando já instalado o problema, direcionando-se o olhar sob um prisma multifatorial, de modo a abarcar os potenciais interesses conflitantes.

Daí, então, exsurge a atual conformação da autonomia privada com os ditames da função social, observados, ambos, em caráter não excludente. Isso porque a autonomia privada, como espaço de decisão destinada aos particulares nas relações privadas, deve ser compreendida em compasso com o contexto em que inserida, como se pode constatar da leitura da livre-iniciativa no *caput* do art. 170 da CF/88 e da liberdade contratual no art. 421, *caput*, do CC/02⁴⁵, em ambos os casos cotejados com a previsão expressa da função social.

Nesse sentido, segue o escólio de Amaral (2017, p. 142):

O que se pretende, enfim, é a realização da justiça social, sem prejuízo da liberdade humana.

É precisamente com esse entendimento que a autonomia privada pode e deve direcionar-se. A ideia de justiça que se realiza na dimensão comutativa, entre particulares, iguais nos seus direitos, e distributiva, entre esses e o Estado aparece agora com nova dimensão, a justiça social que se insere em uma outra categoria, a justiça geral, que diz respeito aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários e corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo e do capitalismo. [...].

O novo direcionamento da autonomia privada pode ser visto, com influxo da aplicação dos princípios constitucionais, no tocante às associações.

Como cediço, é plena a liberdade de associação, inclusive abarcando não apenas a área civil, sendo proscrita a de caráter paramilitar, nos termos do art. 5º, XVII⁴⁶, da CF/88. Ainda,

⁴⁵ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

⁴⁶ Art. 5º [omissis]

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

não há obrigatoriedade em associar-se ou manter-se associado, na forma do art. 5º, XX⁴⁷, da CF/88.

No entanto, uma vez inserida no âmbito da associação, a exclusão da pessoa associada só será admitida havendo justa causa, após assegurado o devido processo legal, conforme prescrito no art. 57⁴⁸ do CC/02.

Foi nesse contexto, da exclusão do(a) associado(a), que o Supremo Tribunal Federal (STF), no RE nº 201.819/RJ⁴⁹, foi chamado a se pronunciar, oportunidade na qual anulou a decisão de exclusão por não observância ao direito à ampla defesa, ressurtindo a aplicação dos princípios constitucionais como limites à autonomia privada e demarcando-se a aplicação da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas.

⁴⁷ Art. 5º [*omissis*]

XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

⁴⁸ Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

⁴⁹ SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (STF, RE 201.819, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 11.10.2005, DJ. 27.10.2006).

Pela pertinência, trazem-se à baila excertos do voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Tem-se, pois, caso singular, que transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado. Em certa medida, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional.

Assim é que não há mais espaço para um exame unidirecional das liberdades individuais. Ao revés, é imperioso que haja a conformação aos ditames constitucionais e, voltando o olhar para o direito de propriedade, que se analise a função social como “[...] a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito [...]” (PERLINGIERI, 2007, p. 226).

Isso fica claro da leitura do CC/02, especificamente o *caput* do art. 1.228, com seus §§ 1º e 2º⁵⁰, quando se explicita que o direito de propriedade necessita estar em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, para além da proscrição dos atos tidos como emulativos, destacadamente com a intenção de prejudicar outrem, o que, ressalte-se, não obsta a aplicação do art. 187⁵¹ da aludida codificação.

Aqui, considerando que a propriedade extrai seu regime jurídico da Constituição, pondera-se, com Silva (2003, p. 269):

Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda sua função social. Se diz: é garantido o direito de propriedade [...], e a propriedade atenderá a sua função social [...], não há como escapar ao sentido de que só se garante o direito da propriedade que atende sua função social. [...].

Nesse trilhar, destaca-se o direito de propriedade como transformador da ordem social, atuando de forma a amoldar os interesses contrapostos, promovendo maior segurança jurídica nas relações entabuladas, o que se identifica com seu *status* positivo.

Apura-se um constante movimento de ir e vir, de verdadeira correlação entre os direitos e deveres que dimanam da propriedade, inclusive com previsão na atual ordem constitucional

⁵⁰ Art. 1.228. [*omissis*]

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

⁵¹ 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.

de efeitos consequenciais pertinentes ao não cumprimento da função social, como se constata em relação à propriedade urbana (CF/88, art. 182, §§ 2º a 4º)⁵² e à propriedade rural (CF/88, art. 186)⁵³. Em razão última, o descumprimento da função social pode ensejar, até mesmo, a expropriação do bem, a indicar a relevância do parâmetro normativo.

Evoluindo ao exame da ordem econômica e financeira do texto constitucional, tem-se no art. 170 da CF/88⁵⁴ a principal diretriz de natureza econômica, no qual estão os fundamentos, finalidades e princípios, além de se confirmar a livre-iniciativa.

Com fincas no art. 170, *caput*, da CF/88, constata-se que a ordem econômica tem como fundamentos a valorização do trabalho e a livre-iniciativa, os quais visam, como finalidades, assegurar a existência digna em compasso com a justiça social.

Da leitura dos fundamentos e suas finalidades, em contexto com a principiologia, denota-se o caráter programático imprimido pela CF/88, destacando-se a confluência entre o

⁵² Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁵³ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁵⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

social e o privado, com vistas à potencial alteração da realidade, de modo a consagrar entre nós o modelo do Estado regulador.

Bercovici (2022, p. 95) pondera, nesse particular, que a atual ordem constitucional se alicerça no ideal de um plano de transformações sociais e do Estado, trazendo o planejamento de um projeto nacional de desenvolvimento, o que se coaduna, em termos de teoria constitucional, com a caracterização da Constituição Dirigente.

Mais adiante, complementa Bercovici (2022, p. 96-97):

Para a Teoria da Constituição Dirigente, a constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a constituição dirigente é uma Constituição estatal e social. No fundo, a concepção de constituição dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da constituição dirigente é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A constituição dirigente é um programa de ação para alteração da sociedade.

Sob a ótica da transformação social, então, podem ser lidos em conjunto os fundamentos da ordem econômica para que se alcance sua completude. Quer-se dizer que, ao analisar a valorização do trabalho humano, não se pode descurar da livre-iniciativa como opção do sistema constitucional.

Por certo, a valorização do trabalho é deveras relevante, porquanto diz com a dignidade humana (CF/88, art. 1º, III⁵⁵), considerando o trabalhador tanto individual como coletivamente, sobrelevando-se a capacidade transformadora do labor como concretizadora igualmente do desenvolvimento de todos e de cada um.

Assim é que, quando da análise da livre-iniciativa, enquanto garantia da iniciativa privada na economia de mercado de índole capitalista (SILVA, 2003, p. 764), não se pode olvidar que seu exercício se interpenetra com os valores sociais do trabalho, na condição de fundamento da República (CF/88, art. 1º, IV⁵⁶). Por essa razão, e dentro da aludida vertente da regulação estatal, não se adota a ideia de livre-iniciativa de forma absoluta, sendo considerada não só como expressão da empresa mas também como modo de exprimir o trabalho (GRAU, 2015, p. 203).

⁵⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

⁵⁶ Art. 1º [*Omissis*].

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Todavia, as restrições estatais à livre-iniciativa devem estar amparadas pela legislação (GRAU, 2015, p. 203), desde que respeitado o seu núcleo, como já reconheceu o STF, no tocante à fixação de valores abaixo da realidade que vem a constituir obstáculo ao livre exercício da atividade econômica, desrespeitando-se a livre-iniciativa, com o reconhecimento da responsabilidade estatal pelos danos⁵⁷.

Integrando-se os fundamentos com as finalidades, também chamadas de objetivos da ordem econômica, faz-se presente a menção à existência digna, que, uma vez mais, está a relacionar-se com a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), como pauta de inclusão social, tanto ao setor público quanto ao privado, possibilitando-se as garantias mínimas de sobrevivência, o mínimo existencial.

A vinculação da dignidade da pessoa humana com a constituição econômica se origina da Constituição de Weimar, de 1919, aportando-se no cenário nacional com as Constituições de 1934, 1946 e 1988, e a partir de então veio a ser relacionada à ideia de mínimo existencial (BERCOVICI, 2022, p. 143 e 145-146).

Não obstante posicionamentos outros, no sentido individualista e liberal da garantia mínima pelo Estado, adota-se a vertente do mínimo existencial como condição mínima para subsistência e correlata inserção de sua participação no contexto social, como elemento integrante da dignidade da pessoa humana.

Nesse trilhar, seguem as lições de Sarmento (2016, p. 92):

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana deve guardar uma necessária conexão com a compreensão de pessoa humana, que deriva de uma leitura da ordem constitucional brasileira guiada pela moralidade crítica, [...] trata-se da pessoa vista como fim em si. [...].

Dessa compreensão, emergem [...] os seguintes componentes da dignidade da pessoa humana: o *valor intrínseco da pessoa*, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a *igualdade*, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a *autonomia*, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o mínimo existencial, que envolve a garantia de condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o *reconhecimento*, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas (grifos do original).

Isso porque, adotando-se a vertente da dignidade da pessoa humana como norma-objetivo (GRAU, 2015, p. 194), tem-se que o mínimo existencial, como componente do todo, vem a exaurir o âmbito de discussão relacional inserido na constituição econômica, passando pela “[...] realização da democracia econômica e social [...]”, considerando o cidadão, “[...] ao

⁵⁷ STF, RE 598537-AgR/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 01.02.2011, DJ 29.03.2011.

mesmo tempo, um cidadão do Estado e um cidadão da economia” (BERCOVICI, 2022, p. 148-149).

Nesse caminho, da inserção social, é que desponta a justiça social, amalgamada à existência digna, não só como finalidade da ordem econômica, mas também como objetivo fundamental da República (CF/88, art. 3º, I).

Trazendo a ideia de compartilhamento, expõe Silva (2003, p. 765):

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria.

Nesse ponto, resta sobrelevada a noção de distribuição equitativa ou, até mesmo, de redistribuição, visando à isonomia substancial e, com isso, o tratamento coerente e coeso dos cidadãos, pois uma mesma causa, a sobrevivência, não deve ser tratada de maneira desigual, a depender do contexto social em que esteja inserido o indivíduo.

Há mais: releva anotar que a economia deve ser visualizada em sua completude, equacionando os interesses em disputa latente, daí a importância do tratamento homogêneo no ambiente democrático, como defende Bercovici (2022, p. 149): “[...] A homogeneidade social é [...] uma forma de integração política democrática”. Assim, permite-se o atingimento dos objetivos em apreço, atendendo-se aos anseios do corpo social, enquanto destinatários das incertezas, fáticas e normativas, da realidade viva.

Vistos os fundamentos e objetivos da ordem econômica, passa-se à reflexão acerca dos princípios gerais da atividade econômica, mais precisamente o princípio da propriedade privada e o princípio da função social da propriedade, previstos, respectivamente, no art. 170, II e III, da CF/88.

Realce-se, como antedito, o reconhecimento pela opção do sistema capitalista pelo legislador constituinte, o que não quer significar a ausência do papel do Estado como ente regulador.

Inclusive, ao abordar a livre-iniciativa, tal ponto é explicitado claramente por Grau (2015, p. 203):

[...] a *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a *livre iniciativa*, a ela só opõe, ainda que não exclua, a “iniciativa do Estado”; não a priviligia, assim, como bem pertinente apenas à empresa (grifos do original).

Como visto, o direito de propriedade está igualmente considerado como direito fundamental, conforme previsão do art. 5º, XXII, da CF/88, sendo descrito, ainda, no CC/02,

em seu art. 1.228, o qual traz as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa, para além do direito de reavê-la.

Da leitura das disposições normativas acima depreende-se que o CC/02 optou por restringir a proteção às coisas ou, dito de outro modo, os bens corpóreos, focando a relação jurídica complexa, consubstanciada nas faculdades respectivas. Já a CF/88, ao proteger o direito de propriedade, dá margem à proteção de situações jurídicas de cunho patrimonial, de modo a albergar uma gama diversa das coisas, pelo que se pode cogitar, em razão da complexidade, na proteção das propriedades.

Nessa ordem, o direito de propriedade, tendo em mira a superação da ótica individualista e direcionada pela multiplicidade que permeia, caminha para vir a ser modelada não só pela linha econômica como também pela social e pela ambiental, não desconsiderando-a como direito individual, visto ser “[...] instrumento a garantir a subsistência individual e familiar [...]” (GRAU, 2015, p. 235).

Com isso, a propriedade, antes tida como centro de garantia da subsistência, passa a dividir espaço, deixando de ser a única forma, com a profusão dos direitos sociais, que passam a ser garantidos ou devidos pelo Estado, a exemplo da previdência, educação, garantia de emprego, como pondera Comparato (1995, p. 30).

Nesse trilhar, da relativização do caráter absoluto da propriedade, desponta a função social como elemento integrante daquela, conduzindo a interpretação de outrora para um processo de funcionalização do Direito, adotando-se uma vertente não só patrimonial, ínsita ao direito individual, mas também marcada pela repersonalização, dando-se ênfase ao influxo constitucional.

Há, assim, a perda de centralidade do CC/02 com maior influência das disposições constitucionais (PERLINGIERI, 2007, p. 6), ganhando relevo o aspecto da despatrimonialização, que se perfaz não pela exclusão da aspiração econômica, mas sim pela reconstrução do Direito Civil, instrumentalizando e garantindo o desenvolvimento livre e digno da pessoa humana (PERLINGIERI, 2007, p. 33-34).

Promove-se, nesses termos, uma superação do discurso jurídico maniqueísta da propriedade, permeada no mais das vezes por questões ideológicas travestidas de alternativas econômicas, caracterizando uma verdadeira mudança de mentalidade (BERCOVICI, 2022, p. 337 e 364).

A propósito, no tocante à função social, leciona Bercovici (2022, p. 346):

A função social é mais que uma limitação. Trata-se de uma concepção que consubstancia-se no fundamento, razão e justificação da propriedade. A função social

da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a.

Como expôs Comparato (1995, p. 32), à função, como poder de destinação, agregou-se o designativo social, no qual aquele objetivo caminha conforme o interesse coletivo, não estando adstrito apenas ao interesse do proprietário, o que não diz com a impossibilidade de harmonização.

Assim é que a CF/88, ao externar o necessário cumprimento da função social, para além de limitações de ordem negativa dos direitos individuais, alçou voos maiores, trazendo deveres positivos ligados à finalidade socioeconômica do bem.

Fez-se clara, então, a evolução no CC/02, como se pode constatar do art. 1.228, já mencionado, além do igualmente citado art. 421. Mas não só. O CC/02 fez mais ao elevar a função social da propriedade como preceito de ordem pública, conforme prescrito em seu art. 2.035, parágrafo único⁵⁸, a reforçar seu papel norteador, a ser observado pelo intérprete.

Vale dizer ainda, quanto ao caráter norteador, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 5º⁵⁹, dispõe que o juiz, na aplicação da lei, deverá atender aos fins sociais a que a legislação se dirige, realizando-se as exigências do bem comum.

Nesse passo, desponta o caráter interpretativo do princípio da função social, o qual demandará a atenção do julgador, como elucida Perlingieri (2007, p. 227-228):

A função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos. O intérprete deve não somente suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais. A função social é operante também à falta de uma expressa disposição que a ela faça referência; ela representa um critério de alcance geral, um princípio que legitima a extensão em via analógica daquelas normas, excepcionais no ordenamento pré-constitucional, que têm um conteúdo que, em via interpretativa, resulta atuativo do princípio. Igualmente, o mesmo princípio legitima a desaplicação das disposições legislativas nascidas como expressões de tipo individualista ou atuativas de uma função social de natureza diversa daquela constitucional [...].

Com a normatividade que lhe é inerente, como alhures delineado, o não atendimento do princípio da função social da propriedade produz efeitos limitativos, por meio da intervenção estatal, podendo gerar, em último caso, a expropriação do bem.

⁵⁸ Art. 2.035. [*omissis*].

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁵⁹ Art. 5º Na aplicação de lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Por não ser objeto do presente estudo, vale recobrar, em linhas gerais, que a CF/88 prevê duas hipóteses de desapropriação em sancionamento à não observância da função social.

Na área urbana, o descumprimento do plano diretor, após a tomada de medidas progressivas, pode configurar a desapropriação-sanção, atribuída ao município ou ao Distrito Federal, sendo a indenização adimplida em títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos, observando-se os requisitos sucessivos do art. 182, § 4º, da CF/88.

De igual modo, o imóvel rural poderá ser expropriado, caso não cumpra sua função social, sendo a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, cuja indenização será prévia e justa em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos, a partir do segundo ano de emissão, com utilização definida em lei, na forma do art. 184 da CF/88⁶⁰.

Ainda quanto ao imóvel rural, saliente-se, como exposto, que a função social resta atendida quando a propriedade venha a atender, de forma simultânea, com fincas no art. 186 da CF/88, aos seguintes requisitos, com diferentes finalidades, quais sejam: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e, por fim, IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Diante do processo de funcionalização do direito, e aqui mais especificamente do direito de propriedade, pode-se extrair da função social desta a função social da empresa como corolário, já que o exercício da atividade econômica busca um fim que lhe é natural, por meio do instrumental correlato, no caso, da pessoa jurídica, a qual atua como uma “técnica de incentivação” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 49).

Nesse sentido, após ressaltar a importância da função social não só no âmbito econômico como também no social e político, expõe Frazão (2006, p. 114):

Se toda a atividade da empresa partia da utilização da propriedade e do contrato, é inequívoco que as transformações sobre estes institutos teriam reflexos diretos na própria empresa. Por outro lado, a sua crescente importância fez com que uma atenção especial fosse conferida aos bens de produção.

Quanto aos bens de produção e de consumo, tendo em mira a orientação da atividade para produção e distribuição massificada de bens e prestação de serviços, com o respectivo consumo estandardizado “[...] a mais importante distinção jurídica entre os bens passara a ser a de bens de produção e bens de consumo”, conforme pontua Comparato (1995, p. 28-29).

⁶⁰ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

É cediço que a função social dos bens de produção, como capital instrumental (SILVA, 2003, p. 789), não vem a exaurir a situação da função social da empresa, a qual, pela maior complexidade e divisão organizacional, é mensurada geralmente ante os arquétipos que se apresentam na realidade hodierna, indo além do aspecto patrimonial.

De todo modo, não resta dúvida acerca da projeção de tal reconhecimento para a substanciação da função social da empresa, notadamente em face da separação patrimonial e da consequente distinção dos interesses em liça.

Partindo-se de uma análise funcional, sobretudo considerando os deveres positivos, verifica-se o necessário caminhar para estremar os marcos entre os bens de produção e a empresa, inclusive sob a perspectiva do poder de controle empresarial, o que perpassa pela antedita separação entre o ter individual e a nova realidade abalizada pela lei.

Nessa vertente, vaticina Comparato (1995, p. 31-32):

[...] a partir do momento em que a empresa é criada, com a organização do trabalho alheio, já não há confundir o direito absoluto sobre o capital com o poder de organização e comando das forças produtivas. A constituição de empresas sob a forma de pessoas jurídicas, aliás, separa nitidamente o acervo do patrimônio individual dos sócios. Estes, de proprietários passam à posição jurídica de participantes dos resultados de uma exploração patrimonial autônoma.

Com isso, mostra-se a relevância do Direito para a conformação do direito de propriedade, porquanto “[...] não há mercado sem o direito, que garante a propriedade e, pois, o objeto das trocas” (FORGIONI, 2021, p. 157).

E nesse contexto, da conformação, permite-se alcançar maior racionalidade econômica em vista da efetivação dos interesses sociais, tanto estimulando comportamentos voluntários de responsabilidade social como criando mecanismos regulatórios de controle de observância obrigatória (FRAZÃO, 2011, p. 191-192). Até porque o princípio da função social da empresa constitui-se numa “[...] forma que a Constituição encontrou de condicionar o exercício da atividade empresarial à justiça social sem ter que recorrer a nenhum compromisso previamente determinado” (FRAZÃO, 2011, p. 199).

Fica assente a proteção da função da social da empresa não apenas no tocante aos atos de seus integrantes, como consectário da autonomia patrimonial, mas também com a intervenção estatal positiva em auxílio ao desenvolvimento da atividade econômica, que está vinculado ao desenvolvimento social e, em último plano, ao próprio bem-estar da sociedade enquanto beneficiária daquele crescimento.

Não obstante a ausência de caráter vinculativo, o CJF, em suas Jornadas de Direito Civil, veio a exaltar o princípio da função social quanto à empresa, em seu Enunciado nº 53, assim

dispondo: “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

Nota-se, da leitura do Enunciado sobredito, a correlação com a funcionalização proveniente da Constituição, sendo desta extraída sua normatividade, o que vai ao encontro do já mencionado critério interpretativo.

Entremostra-se a significação do princípio da função social da empresa não só ao empreendedor como também para aqueles que se relacionam com a atividade, incluindo o Estado, com amplo beneficiamento ao todo, haja vista a produção de riquezas, a prestação de serviços, a arrecadação de tributos e a geração de empregos, observados os lindes das limitações negativas e os deveres positivos que lhe são próprios.

Em outros termos, vê-se a função social não como devastadora das liberdades individuais, que são inerentes à seara empresarial, mas como norteador de direitos transindividuais, tendo em mira sua capilaridade, de modo a compatibilizar os direitos dos empresários com as prestações sociais, em perspectiva nitidamente comunitária.

Como antecipado, tamanha a relevância da função social da empresa que tal diretriz normativa, ao ir além da função dos bens de produção, alcança o controle e a organização das sociedades.

Nesse sentido, bem explicita Comparato (1995, p. 34):

[...] o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

Vale destacar, aqui, a previsão do art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/1976⁶¹, a LSA, que enfoca os deveres e responsabilidades do acionista controlador, assentando a relevância do controle como poder autônomo e os compromissos para com a comunidade em que atua.

Releva notar com Frazão (2011, p. 205): “[...] os interesses dos sócios [...] não são os únicos que merecem tutela, sendo igualmente dignos de proteção os interesses dos trabalhadores, dos consumidores, do poder público e da própria coletividade”.

⁶¹ Art. 116. [omissis]

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Importante firmar, antes do evoluir da temática, que o sentido nuclear da definição de controle na sociedade anônima se encontra na determinação das deliberações da Assembleia Geral (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 95).

Dessa posição não diverge Frazão (2021, p. 529) ao afirmar que o critério definidor da Lei nº 6.404/1976 se deu a partir da efetividade do poder da Assembleia Geral, delimitando-se, assim, o controlador, todavia adotando-se maior grau de flexibilidade nesse proceder, em face das questões de fato circundantes.

O que se vê, com a previsão em comento, é a aplicação da função social como norteadora da atividade, a partir do momento em que se tem a realização do objeto, aqui tido como finalidade própria da sociedade, conjugada com os deveres e responsabilidades, os quais albergam, em igual intensidade, as prestações positivas, suplantando-se a linha *interna corporis* da gestão lucrativa.

Ainda com a LSA, especificamente o seu art. 154, *caput*⁶², impende ressaltar a prescrição atinente à responsabilidade dos administradores pelo atendimento da função social, na condição de acionistas ou não, buscando, ainda, satisfazer as exigências do bem público.

Evidencia-se, diante do art. 154 da LSA, a previsão expressa acerca do interesse da companhia em contexto com o conjunto de interesses que se correlacionam com o exercício da atividade econômica, inclusive com explícita menção à expressão função social da empresa.

O que se nota é a preocupação do legislador, inserida na Lei nº 6.404/1976, no tocante a chamar a responsabilidade daqueles que estão a desenvolver a atividade econômica, controladores ou administradores, com o olhar centrado na função social na condução das tarefas de gestão e no controle dos negócios desenvolvidos em sociedade.

Isso porque, como dito, os efeitos produzidos pela atividade negocial, provenientes de sua atividade final, espraiam-se para além da sociedade e seus acionistas, alcançando, ainda, os empregados, consumidores e toda a comunidade entrelaçada no ambiente relacional.

A propósito, assinalam Comparato e Salomão Filho (2014, p. 359):

Na verdade, seria mais correto falar no plural em finalidades ou objetivos, pois eles são de duas ordens: os intra e o extraempresariais. Os primeiros correspondem à satisfação dos interesses de todos os participantes na empresa: acionistas, titulares de outros valores mobiliários emitidos pela companhia, empregados, administradores. Quanto aos interesses extraempresariais, eles dizem respeito à comunidade local, regional ou nacional, em que se insere a empresa.

⁶² 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.

Além disso, realça-se que a função social é preceito de ordem pública, de observância obrigatória, não estando ao talante dos interesses. Assim é que, com Frazão (2021, p. 559), elenca-se: “[...] a função social da empresa é princípio que (i) orienta a atividade empresarial à realização da justiça social e (ii) amplia e modifica o interesse social das sociedades empresárias e os objetivos da atividade empresarial”.

Com o viés transformador do interesse social, a própria visão da empresa se transmuta quando em contato com as demais categorias, a exemplo dos trabalhadores e da comunidade em que aquela está inserida.

Nesse trilhar, impende destacar a teoria institucionalista, em seu prisma moderado, a traçar o panorama da exploração empresarial, que não se restringe aos interesses dos sócios, como também vem a amalgamar toda a gama das suas relações estruturais (empregados, consumidores, Poder Público etc.), que, igualmente, sofrem as externalidades negativas que dimanam da atividade.

Forgioni (2021, p. 160) aborda as externalidades negativas, como falha de mercado, quando está a tratar dos efeitos dos contratos perante terceiros, trazendo como exemplo a poluição do meio ambiente, o que pode vir a comprometer o fluxo das relações econômicas.

Retornando ao institucionalismo, do qual o art. 116 da LSA é tido como referencial (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 57 e 73), tal teoria vem a aclarar a identificação da empresa como uma “[...] instituição não redutível ao interesse dos sócios” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 49). Daí advém sua consequência, como lembra Salomão Filho (2019, p. 63):

O interesse da empresa não pode mais ser identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios e tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve, isso sim, ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente – e aqui a eficiência é a distributiva, e não a alocativa – as relações jurídicas que envolvem a sociedade.

É nessa definição, em termos econômicos, de seu objeto, que a liberta das trações do liberalismo exacerbado do século XIX, que a sociedade pode melhor cumprir a sua função social.

Tem-se que, com a adoção do pensamento institucionalista, faz-se conciliável a sistematização da empresa como uma instituição social, a qual, utilizando a ideia de contrato organização, poderá centrar o valor na sociedade como organização, com vistas a compor os interesses nela existentes, inclusive solucionando-se os potenciais conflitos (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 63-64).

Nesses termos, a junção entre o capital e o trabalho buscará propiciar maior leque de benefícios a toda a cadeia envolvida, direta ou indiretamente, com a atividade, incluída a

coletividade, estruturando-se de forma a abarcar as relações jurídicas dispostas diante da dinamicidade que a realidade impõe.

A seu turno, por mais que tenha sido dito, vale rememorar que talvez o grande problema seja o da compatibilização, tendo em mira a visão aprisionada em compartimentos estanques, mormente criando obstáculos, abstratamente intransponíveis, entre a função social da propriedade e da empresa e a livre-iniciativa.

Não há razão para tanto. Isso porque a função social não vem a tolher a liberdade individual, não há que confundir-se com uma espécie de publicização da propriedade ou, até mesmo, o esvaziamento da sua titularidade. Afinal, como pondera Forgioni (2021, p. 157): “Liberdade e propriedade se entrelaçam [...]”.

Em verdade, muito desse confuso pensar tem como lastro a idealização da inexistência dos deveres, porquanto a liberdade não diz com a ausência de obrigações. Ao revés, a liberdade traz consigo a responsabilidade, que são explicitadas, em certa medida, pelos deveres positivos da função social.

Com isso, não se está a dizer que a conciliação é um caminho tranquilo; decerto não é, até porque a busca da solução passa por questões de ordem fática, que devem ser verificadas com maior grau de flexibilidade para manter a preservação, tanto quanto possível, dos direitos em discussão.

Pela atualidade, traz-se a advertência de Comparato (1995, p. 34): “[...] defender a função social da propriedade, sem especificações maiores, pode ser e tem sido um argumento valioso para a sustentação do *status quo* social em matéria de regime agrário e de exploração empresarial capitalista”.

A dificuldade é tamanha que alguns autores, a exemplo de Perlingieri (2007), renovam a discussão acerca da natureza jurídica da propriedade, a qual teria deixado de ser um direito subjetivo para tornar-se uma situação jurídica subjetiva complexa. Nesse ponto, em síntese, assevera Perlingieri (2007, p. 121):

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.

Não obstante a relevância da teoria da situação jurídica, entende-se que a interpretação da concepção da propriedade, como instituto jurídico, demanda sua delimitação histórica e cultural.

A partir do momento em que se prende a noção individualista da propriedade, inerente ao Estado Liberal e presente no CC/16, outra não será a conclusão da insuficiência do direito subjetivo, haja vista a ausência de parâmetros acerca dos deveres que dimanam da função social.

Por essa razão, tem-se que o debate não gira em torno da natureza jurídica da propriedade, mas sim da atualização da noção desta contextualizada no cenário da funcionalização, o qual, além das faculdades do proprietário, traz obrigações ínsitas ao exercício daquelas e, assim, entremostra-se a responsabilidade de cada qual. Em termos outros, “[...] os direitos e liberdades têm uma função social, mas não se reduzem a ela” (FRAZÃO, 2011, p. 200).

Tanto é assim que não se está a laborar com a supressão do direito; pelo contrário, estabelece-se o equacionamento das circunstâncias fáticas do caso concreto, expungindo-se uma tomada de decisão determinista, tendo em mira o conteúdo mínimo da propriedade, que é compatível com sua função social.

Nesse ponto, ressalta Perlingieri (2007, p. 231): “A função social não pode em caso algum, contrastar o conteúdo mínimo: função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares e justificativos da propriedade”.

Vê-se, nesse passo, que a ideia de autonomia não é incompatível com o norte da função social, até porque não existe autonomia destituída da igualdade, tendo em conta que a existência digna deve ser atendida conforme os ditames da justiça social (CF/88, art. 170, *caput*).

Além disso, não se pode descurar que a autonomia tem valor constitucional, já que conexa à própria natureza humana, pelo que se encontra inserida na dicção mesma da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

Como se encontra como fundamento do Estado Democrático de Direito, seria inverossímil crer que a dignidade do indivíduo seja incompatível com a preservação da existência digna dos demais. Se assim fosse, certamente se poderia falar em contrassenso constitucional, haja vista o mesmo móvel propulsor, qual seja, a natureza humana.

Em verdade, os projetos de vida de cada um, em que pese diversos, não podem ser vistos como excludentes, pois assim o conduto da interpretação estaria a trafegar pela sinuosidade ausente na linha motriz do ordenamento constitucional pátrio.

Diz-se isso porque o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República, possui uma função integradora quanto aos potenciais conflitos, sobrelevando-se sua natureza constitucional.

Para além, tem-se que o art. 1º deve ser visto em contexto com o art. 3º, ambos da CF/88, notadamente quando há previsão acerca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que é inerente ao princípio da solidariedade social.

Nota-se, com isso, que a liberdade e a solidariedade se enlaçam, fazendo parte do mesmo enredo, o qual conduz o intérprete ao equacionamento das tensões geradas pelas perspectivas disjuntivas.

Considerando-se a complexidade das relações intersubjetivas da atualidade, entende-se que o reconhecimento dos direitos individuais traz a reboque a responsabilidade que dimana do exercício daqueles, o que está a robustecer a comunicabilidade com o direito da liberdade dos demais integrantes da sociedade.

É nessa ordem que a função social da empresa, como corolário da função social da propriedade, em nítida concepção constitucional, vem a se comprometer com a efetivação da dignidade de cada uma, por meio da execução da atividade empresarial norteada não só pelos lindes da autonomia como também pelo compromisso social, a ser descortinado pelo cumprimento dos deveres para com a coletividade.

Tem-se, da leitura conjugada do art. 1º, III e IV, c/c art. 3º, I, c/c art. 170, *caput*, todos da CF/88, que a ordem constitucional está a buscar o caminho da unidade, não se podendo falar em livre-iniciativa, com as respectivas liberdades de investimento e organização, sem considerar os valores sociais do trabalho, inclusive como direito social que é (CF/88, art. 6º), sobretudo, como já assentado, diante da aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A propósito, na senda do princípio da unidade da constituição, trazem-se as lições de Sarmiento e Souza Neto (2016, p. 440):

O princípio da unidade da Constituição não é incompatível com o reconhecimento da existência de tensões entre os valores constitucionais, de colisões entre as suas normas. Mas ele impõe que tais colisões sejam equacionadas com base em critérios também ancorados na própria Constituição. Um desses critérios é a imposição ao intérprete de que busque a harmonização de normas constitucionais em conflito. Em outras palavras, o intérprete deve perseguir a *concordância prática* entre as normas constitucionais que estejam em tensão, buscando preservar, ao máximo possível, os valores e interesses que lhe são subjacentes [...]. O que importa é ressaltar o dever do intérprete de buscar a harmonização possível entre os preceitos constitucionais em tensão. Nas palavras de Canotilho, o princípio da concordância prática “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros” (grifos do original).

Com lastro nessa concordância prática, pode-se dizer que a função social da empresa assume o papel de conformidade, trazendo unidade onde, a princípio, desponta o antagonismo

potencial, mas que, ao final, mostra-se como um sistema composto de relações interdependentes ou como “[...] complexo de inter-relações reais entre as partes do todo” (PEDREIRA, 2009, p. 70).

Nessa ordem, longe da adoção do caráter excludente, a função social faz reavivar no âmago da atividade econômica as responsabilidades correlatas para o exercício da livre-iniciativa, o que vai ao encontro do papel social da empresa no ambiente em que inserida, a fazer ecoar o papel cooperativo ínsito ao princípio da solidariedade social.

Como leciona Frazão (2011, p. 200): “O objetivo da função social é, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade social na atividade econômica [...]”.

Decerto, não se desconhecem as dificuldades da concretização, porém não se pode descuidar que nem toda obrigação diz com a inviabilização da atividade empresarial, pois para que esta venha a se perpetuar serão necessárias a tomada de providências e a assunção de encargos intimamente ligados ao exercício do mister.

Para além, as repercussões no seio da atividade desempenhada, como de costume, são projetadas e repassadas ao consumidor final, haja vista a finalidade lucrativa da empresa, motivo pelo qual, diante do princípio da alteridade, a observância da função social da empresa é realmente o mínimo ser demandado de quem se proponha a exercer a atividade empresarial.

Nesse ponto, com Forgioni (2021, p. 129): “[...] a produção externa de efeitos pelos negócios – sejam benéficos, sejam prejudiciais – é a regra, e não a exceção”.

Com efeito, é preciso visualizar a empresa além de suas influências típicas, como fonte produtora de bens e serviços, de subsistência dos trabalhadores e de contribuinte de tributos, perlustrando sua importância social por meio do influxo no estabelecimento de outros comportamentos em outras instituições e grupos sociais, a exemplo das universidades, hospitais e associações artísticas, que acabaram por adotar valores, como a eficiência técnica e a economicidade dos meios, valores estes típicos do mundo dos negócios (COMPARATO, 1995, p. 3).

Nessa toada, a preservação e a manutenção das atividades empresariais merecem a guarda da função social, tendo em mira as sobreditas influências, com maior ênfase para a geração de riquezas, a empregabilidade e a tributação, com nítida repercussão na comunidade em que inserida.

Interessante anotar que, nessa vertente, o STJ entendeu, no julgamento do REsp 1.321.263/PR⁶³, pela possibilidade da sociedade anônima de capital fechado, ainda que não

⁶³ CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CONDENATÓRIA. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA COM APURAÇÃO DE HAVERES (1) RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73

formada por grupos familiares, vir a ser dissolvida parcialmente, mesmo não sendo atingido o seu fim (auferimento do lucro e distribuição de dividendos), já que configurada a viabilidade da continuação dos negócios da companhia.

No caso em apreço, embora a Lei nº 6.404/1976 não preveja a dissolução parcial, a jurisprudência já havia assentado a possibilidade de dissolução parcial, em virtude da preservação da empresa, atendendo tanto ao interesse público na manutenção dos empregos quanto ao interesse dos demais acionistas, sendo, portanto, a solução menos gravosa.

Nesse sentido, assim ponderou o Min. Moura Ribeiro, como relator do REsp 1.321.263/PR:

No que refere à possibilidade de dissolução parcial, embora a Lei de Sociedades Anônimas somente tenha disciplinado a dissolução total, a jurisprudência não veda a utilização do instituto no caso das sociedades anônimas em atenção ao princípio da preservação da empresa.

Na concepção de MODESTO CARVALHOSA a Lei nº 6.404/76 acolheu o princípio da preservação da empresa em seus arts. 116 e 117, por adotar a prevalência da função social e comunitária da companhia e por caracterizar como abuso de poder do controlador a liquidação de companhia próspera [...].

A dissolução parcial, além de resguardar o interesse público na manutenção das empresas e geração de empregos, visa a proteger o interesse dos demais acionistas, contrários à sua dissolução. [...].

(2) DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E NÃO DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS (3) PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. APLICABILIDADE (4) CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 83 DO STJ (5) AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE DOCUMENTO NOVO. SÚMULA Nº 83 DO STJ (6) OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA QUANTO AO PERCENTUAL DE JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 83 DO STJ (7) NULIDADE DE CITAÇÃO POR EDITAL DE EMPRESA ESTRANGEIRA NÃO CONFIGURADA. DEVER DE MANTER REPRESENTANTE COM PODERES PARA RECEBER CITAÇÃO NO PAÍS. INTELIGÊNCIA DO ART. 119 DA LEI Nº 6.406/76 (8) JUROS DE MORA. TERMO A *QUO*. PRAZO NONAGESIMAL PARA PAGAMENTO. PROCEDÊNCIA NA EXTENSÃO DO PEDIDO PARA EVITAR JULGAMENTO "ULTRA PETITA" (9) RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. A impossibilidade de preenchimento do fim da sociedade anônima caracteriza-se nos casos em que a companhia apresenta prejuízos constantes e não distribui dividendos, possibilitando aos acionistas detentores de 5% ou mais do capital social o pedido de dissolução, com fundamento no art. 206, II, b da Lei nº 6.404/76. Hipótese em que no período de 12 (doze) anos a companhia somente gerou lucros em três exercícios e só distribuiu os dividendos em um deles. 3. Caso em que configurada a possibilidade de dissolução parcial diante da viabilidade da continuação dos negócios da companhia, em contrapartida ao direito dos sócios de se retirarem dela sob o fundamento que eles não podem ser penalizados com a imobilização de seu capital por longo período sem obter nenhum retorno financeiro. Aplicação do princípio da preservação da empresa, previsto implicitamente na Lei nº 6.404/76 ao adotar em seus arts. 116 e 117 a ideia da prevalência da função social e comunitária da companhia, caracterizando como abuso de poder do controlador a liquidação de companhia próspera.

4. Afasta-se a tese de cerceamento de defesa porque cabe ao magistrado verificar a existência de provas suficientes para o julgamento da causa, conforme o princípio do livre convencimento motivado ou da livre persuasão racional.

[...]

9. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.321.263/PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 06.12.2016, DJ. 14.12.2016).

Vê-se, assim, que a função social da empresa se espraia para além dos interesses dissonantes dos integrantes da companhia, sendo de igual relevo os benefícios gerados pela manutenção da atividade econômica para o Estado e toda a coletividade que se beneficia daquele exercício.

Tal entendimento muito se assemelha ao quanto pontuado por Comparato (1995, p. 6-7), ao comentar o art. 167 da CF de 67/69, quando sinalizou que a função social não seria apenas um meio para atingimento da justiça social, mas forma parcial pela qual se concretiza tal objetivo, já que a liberdade de iniciativa vem a ser protegida quando promove o desenvolvimento nacional e a justiça social., sendo uma liberdade-meio. Prossegue informando que tal disposição normativa estava a tratar de norma de conduta, e não de regras de organização, tendo sua observância obrigatória não só para o Estado, mas para as empresas, como principais agentes econômicos, a denotar, como característica, sua bilateralidade atributiva.

Nessa linha, da preservação da empresa, destaca-se a Lei nº 11.101/2005 (LREF), que está pautada pelo princípio da preservação da empresa, como prescreve o seu art. 47⁶⁴.

Mas não só. Ao tratar da recuperação judicial, o art. 47 da LREF entrelaça a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e o interesse dos credores como fins a serem atingidos para a superação da crise econômico-financeira, movida pela função social, que implicará a preservação da empresa e, por conseguinte, o estímulo à atividade econômica.

Uma vez mais, resta claro que a função social da empresa não se refere ao tolhimento das atividades empresariais. Ao revés, a socialidade se perfaz em sua perspectiva integrativa, compondo os diversos interesses, de modo a amoldar o interesse dos credores ao risco imanente ao investimento, sem, contudo, desconsiderá-lo.

Nesse norte, o conceito de eficiência econômica não pode ser visto isoladamente, pois o influxo do princípio da preservação da empresa é patente, com lastro na função social da empresa, devendo, portanto, ser observado com vistas a tutelar a manutenção das empresas que apresentem viabilidade.

Acresça-se, ainda, que do art. 47 da Lei nº 11.101/2005 desponta a perspectiva institucionalista, tendo em mira o interesse social na recuperação da empresa, sendo os

⁶⁴ A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

interesses dissonantes compreendidos na ideia de preservação desta (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 50).

Ressalte-se, por relevante, a necessária análise da viabilidade da manutenção da empresa, pois, tendo a recuperação judicial o objetivo de superação da crise econômico-financeira, a preservação somente se fará compreensível caso a continuidade das atividades venha a gerar maior valor agregado do que sua liquidação.

Tão importante quanto a manutenção de atividade empresarial, com a geração de empregos, arrecadação de tributos e produção de bens e serviços, é a liquidação das empresas inviáveis, que podem onerar ainda mais o entorno social, dando azo, inclusive, a condutas oportunistas considerando o âmbito concorrencial.

Nessa ordem, a função social da propriedade e da empresa está a abarcar o exame acerca da capacidade geradora de riquezas, bem assim a possibilidade de soerguimento em face da crise momentânea, pois, assim, estará a promover o devido estímulo à atividade econômica, que não deve ser visto em linha de isolamento, mas sim em contato com a economia da localidade.

Afinal, “[...] essa preservação não pode representar uma subversão de valores, impondo aos credores um sacrifício exagerado em detrimento do titular do negócio” (TOMAZETTE, 2021, p. 40).

Por certo, o exame da viabilidade ou não perpassará o estudo do caso concreto para a devida contextualização com a disposição do art. 47 da LREF, como também perlustrando o cenário da realocação eficiente de recursos, por meio da liquidação célere da empresa inviável, como prescreve o art. 75, II⁶⁵, da sobredita lei, incluído pela Lei nº 14.112/2020.

É aquilo que Bezerra Filho (2021, p. 348) classificou como crise econômica passageira e crise econômica insolúvel. A recuperação se conecta com a primeira, diante da possibilidade de superação, tendo a falência sido posta quanto impossibilidade de viabilização lucrativa da atividade.

E não poderia ser diferente, pois é o que dimana do instituto da recuperação judicial, que não tem por objetivo a manutenção a todo custo das atividades sem a capacitação finalística para se manterem em funcionamento, incluindo-se aqui os desvios ocasionados pela própria administração.

⁶⁵ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:
[omissis]

II – permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia.

Nesse ponto, traz-se a definição da recuperação judicial talhada por Sacramone (2021, p. 239):

É o instituto jurídico criado para permitir ao devedor rediscutir com os seus credores, num ambiente institucional, a viabilidade econômica da empresa e de sua condução pelo empresário para a satisfação das obrigações sociais, conforme plano de recuperação proposto e que, se aprovado pelos credores em Assembleia Geral, implicará na novação de suas obrigações.

Da leitura do conceito em epígrafe, verifica-se que a decisão acerca da viabilidade econômica é tomada tendo como parâmetro o diálogo institucional, perfectibilizado por meio de um plano que, se aprovado, terá efeitos não apenas para os credores, mas atenderá também todo o ambiente que circunda a atividade.

Contudo, não se está a dizer que aos credores deverá ser imposta a manutenção da atividade inviável, já que, com isso, estar-se-ia, em última análise, a impedir o crescimento de outras empresas que poderiam utilizar os ativos daqueles empreendedores. Em outros termos, o risco é bifronte e, por isso, deve também ser assimilado pela sociedade empresária em crise.

Sob outro olhar, como aduzido, a preservação da empresa também pode vir a ser alcançada pela falência, como se extrai da dicção do art. 75 da Lei nº 11.101/2005. Nesse particular, expõe Sacramone (2021, p. 241):

Caracterizada como atividade, a preservação da empresa também é objetivada na falência. O art. 75 determina que a falência visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos. Além da possibilidade de continuação provisória do falido (art. 99, XI), a alienação em conjunto dos bens preferencialmente, objetivo da falência, permitirá a preservação da atividade, que passará a ser exercida [...] pelos adquirentes dos bens, em condições mais eficientes.

Nesse trilhar, vê-se que o atendimento dos interesses econômicos, como a geração de rendas e empregos, pagamentos de tributos, desenvolvimento de competição por meio de ocupações indiretas, dentre outros, pode também ser realizada com o procedimento falimentar, uma vez caracterizada a crise insolúvel, tendo a preservação da empresa, enquanto atividade, o seu norte interpretativo.

Sendo assim, o princípio da função social da empresa põe-se como critério interpretativo da manutenção da atividade econômica viável, protegendo-se, a um só tempo, os interesses dos credores no tangente às imposições refratárias a eficiência e o devedor empresário quanto aos interesses exclusivos de seus credores.

Rumando para a conclusão deste tópico, tem-se que a livre-iniciativa, tida em seu valor social (CF/88, art. 1º, IV), caminha em compasso com seus limites negativos e seus deveres positivos, promovendo a autonomia dos interesses individuais sem descurar daqueles

socialmente relevantes. Afinal, com Perlingieri (2007, p. 107): “No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade”.

Nessa ordem, da funcionalização, é preciso ter em mente que a função social da propriedade foi alçada à condição de preceito de ordem pública (CC/02, art. 2.035), já que está a conjugar, em sua aplicação, os mais variados interesses contrapostos, notadamente quando se está a tratar das liberdades individuais.

Em verdade, a própria inserção da função social na legislação infraconstitucional, a exemplo do já mencionado art. 421 do CC/02, está a conduzir para a necessidade de alteração do pensamento, ante a patente influência constitucional.

Perlingieri (2008, p. 573-574) esclarece: “Nas próprias regras hermenêuticas [...] se abrigam as razões também técnicas de releitura, entendida agora em sentido mais amplo e finalístico, da legislação ordinária à luz dos valores constitucionais”.

Assim é que se deve vislumbrar a aplicação do princípio da função social não como obstáculo ao exercício do direito de propriedade, ao exercício da atividade empresarial, mas sim como elemento formador e conformador daquilo que se propõe a fazer, haja vista os efeitos que dimanam de toda e qualquer conduta, sejam externalidades positivas ou negativas.

Por essa razão, é preciso encampar a solidariedade social (CF/88, art. 3º, I), em contexto com a livre-iniciativa, com vistas a efetivar o dever de cooperação entre os sujeitos envolvidos na relação, como também a proteger àqueles que são atingidos por esta.

A título exemplificativo, pode ser mencionada a eficácia transubjetiva das obrigações, tendo o STJ, em processo que tramita sob segredo de justiça, se posicionado pela possibilidade de ampliação da proteção à pessoa humana, diante da nova realidade social, aplicando-se a teoria do terceiro cúmplice para responsabilizar sujeito estranho à relação contratual com lastro no princípio da função social do contrato, no princípio da boa-fé objetiva e da proteção das estruturas do interesse da sociedade⁶⁶.

Percebe-se, da leitura do caso acima, que o princípio da relatividade dos contratos veio, ele mesmo, a ser relativizado, utilizando-se a função social como elemento interno, formativo, para preservação dos direitos dos contratantes e daqueles que passam ao largo da relação contratual.

Vê-se, nesse passo, que o Direito necessita ter em mira a relação de correspondência entre as relações que se descortinam, em compasso com a atualidade, e, por consectário, a

⁶⁶ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/03062022-Terceiro-ofensor-esta-sujeito-a-eficacia-transubjetiva-das-obrigacoes--decide-Terceira-Turma-.aspx>.

perspectiva individualista deve abrir espaço para as atuais formas de relacionamento da sociedade empresária com o todo, não estando esta aprisionada em compartimento hermético.

Nesse particular, leciona Forgioni (2021, p. 72):

Ignora-se que a empresa não existe sozinha, mas somente na relação com outras empresas e com os adquirentes de seus produtos ou serviços. *Despreza-se o mercado e o papel central de sua disciplina jurídica*. A releitura dos principais autores dos anos 1950 e 1960 demonstra que a compreensão da empresa aponta-a “para dentro”, mesmo porque gravita em torno do *empresário*. Debruçar-se sobre sua interação com outros agentes econômicos, sobre *suas relações*, sobre os condicionamentos que sofre durante sua *ação* – isto é, considerar a empresa no *mercado* – volta-a “para fora”, em direção à realidade (grifos do original).

Ademais, não se pode olvidar que o mercado integra o patrimônio nacional e, como tal, deve ser incentivado para a viabilização do desenvolvimento cultural, socioeconômico e o bem-estar da população, na forma do art. 219 da CF/88⁶⁷.

Tem-se, assim, que o “[...] mercado [...] possui uma função social, derivada, em última instância, das normas constitucionais” (grifos do original) (FORGIONI, 2021, p. 163).

Com efeito, nota-se que a função social, enquanto diretriz normativa constitucional, está a conduzir a atividade empresarial com vistas a sua otimização, o que não pode ser confundido com assistencialismo estatal, tanto assim que a CF/88 prescreve incentivos, *v.g.*, art. 43, §§ 2º e 3º⁶⁸.

Nessa linha, não se está a defender que eventual intervenção estatal na propriedade privada venha a ser feita de forma açodada, limitando-se desordenadamente. Ao revés, não se pode confundir o caráter integrativo com o arbítrio, e, por isso, deve-se procurar decotar a interpretação tópica, priorizando-se a unidade constitucional e os fins sociais daquela, atentando o intérprete autêntico para as consequências práticas.

Calças e Maciel (2019, p. 334) enfatizam o alerta ao aplicador da lei de que, “[...] ao lado da observância do art. 5º, deva também considerar as consequências práticas de sua

⁶⁷ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

⁶⁸ Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

[*omissis*]

§ 2º Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

I – igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;
II – juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;
III – isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;
IV – prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

§ 3º Nas áreas a que se refere o § 2º, IV, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação.

decisão, destacando-se, no caso concreto, seus reflexos para o mercado e mesmo para a economia [...]”.

Desta feita, entende-se que a conformação do direito de propriedade pela função social invariavelmente trilhará as especificidades do caso concreto, já que eventual delimitação da garantia fundamental demandará uma carga maior de justificação, mormente pela tênue linha entre a demarcação do direito e o potencial caráter excludente.

Como consectário da função social da propriedade, a função social da empresa, igualmente, está a orientar o exercício da atividade empresarial, balizando-se nas especificidades da atividade produtiva em si, seus fatores organizacionais internos e sua influência externa no contexto social, visando à manutenção produtiva da finalidade natural daquela empresa.

Busca-se, com isso, a adaptação dos enunciados normativos à natureza dinâmica das construções sociais, já que o Direito não pode ser alheio às externalidades circundantes, diante da produção dos efeitos destas.

As dificuldades são muitas, notadamente ante a abertura das cláusulas gerais, a demandar um esforço hercúleo do intérprete para que não se perca em devaneios e venha a atalhar o percurso pela via da arbitrariedade.

Todavia, as veredas aqui descritas, que passam pela boa-fé objetiva até alcançar a função social em suas mais variadas vertentes, podem apontar para o desfecho, pontual e específico, que a todo impasse se impõe, sobrelevando-se o abuso de direito.

Assim, diante da imperfeição do Direito, vaticina Carnelutti (2006, p. 98-99): “Não nos deve desanimar a extrema lentidão dos resultados. Trabalhamos para os séculos futuros. Séculos longínquos, mas séculos certos”.

Por fim, tem-se que a função social da empresa pode ser utilizada, dentro da perspectiva integrativa, como meio resolutivo para o abuso da personalidade jurídica, em consonância com os requisitos dispostos em lei, observando-se a capilaridade da função social em face do caráter episódico da desconsideração. Ao cabo, passa-se, assim, à investigação da desconsideração da personalidade jurídica.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PLANO SUBSTANTIVO

Em relevo ao abordado, em compasso com a desconsideração, cumpre rememorar que o que se tem em consideração é a pessoa jurídica, porquanto não se poderia desconhecer o que inexistente, a denotar que a regra é a consideração.

Nessa ordem, mormente com a superação da teoria da ficção, a teoria da realidade técnica, por meio da criação do novo centro autônomo de direitos e deveres, caminha ao encontro do desenvolvimento da coletividade, da intersecção dos interesses coletivos, possibilitando-se a distinção das personalidades individuais e do ente coletivo.

Atualmente, como visto, adota-se no Brasil a inscrição dos atos constitutivos como marco inicial para a existência legal das pessoas jurídicas, dando-se maior enfoque, aqui, no tangente à sociedade (CC/02, art. 45 c/c art. 985), sendo insuficiente, portanto, a simples existência do ato constitutivo nesse particular.

Uma vez tida a atribuição da personalidade jurídica conforme a exigência legal, a pessoa jurídica passa a contribuir com o desenvolvimento social, haja vista a composição orgânica entre seus integrantes com vistas ao atingimento da finalidade comum, a qual, no mais das vezes, seria inalcançável considerando-se o indivíduo isoladamente.

Para tanto, tendo em conta a promoção do desenvolvimento dessa nova formatação organizacional, desponta, com igual relevância, a limitação da responsabilidade, já que o crescimento demanda a adoção de riscos por parte dos empreendedores, os quais não colocariam em perigo o patrimônio construído ao longo do tempo.

Daí que a conjugação entre a separação, consoante o aludido brocardo *societas distat a singuli*, e a limitação da responsabilidade conduz a dita autonomia patrimonial perfeita, uma vez que possibilita aos membros da pessoa jurídica maior segurança nas tratativas diuturnas, com foco no impulsionamento da atividade, em busca da finalidade natural das atividades econômicas em desenvolvimento.

Com isso, naturalmente, há maior impulso das negociações, diante da segurança trazida aos investidores, pela limitação da responsabilidade, o que promove, em contraposição, disfunções quanto à utilização do instrumental da pessoa jurídica, desvirtuando-a.

Nesse ponto, não se está a dizer que o problema esteja na responsabilidade limitada. Ao revés, a utilização desviante está inserida no âmbito do exercício das atividades em descompasso com a finalidade propugnada.

Assim é que a conformação com a função social, acompanhada de critérios norteadores postos no ordenamento jurídico, vem a direcionar o relevante papel da pessoa jurídica em sua atuação na ordem econômica, atingindo-se, para além do lucro que lhe é inerente, os fins sociais (LINDB, art. 5º), incluindo-se a geração de empregos, renda, arrecadação de tributos e promoção do desenvolvimento socioeconômico.

Afinal, o “[...] direito, [...], foi criado em atenção ao indivíduo, tendo por objetivo ordenar a sua convivência com outros indivíduos” (REQUIÃO, 1988, p. 72).

Nesse trilhar, como medida conformadora, surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com o escopo de preservar a adequação da autonomia patrimonial, possibilitando, de forma restrita e em consonância com as regras de direito material, a imputação dos atos destoantes aos responsáveis, notadamente aos sócios e administradores, em face da caracterização do abuso de direito.

Enfatizando a necessidade de limitação da personalidade coletiva, bem pondera Cordeiro (2000, p. 10):

Bem se compreende que não seja possível, ao abrigo da personalidade colectiva, provocar sem consequências danos ilícitos. Tão-pouco é pensável, sempre ao abrigo dessa personalidade, contrair dívidas em pura perda dos credores. Em certas circunstâncias, a Ciência do Direito permite o “levantamento da personalidade” de modo a surpreender os verdadeiros responsáveis por certos actos ou efeitos.

Com lastro na evolução teórica da desconsideração da personalidade jurídica, pretende-se, inicialmente, mover-se pela construção histórica, tencionando enxergar suas bases. Percorrendo-se, então, em progressividade a experiência jurídica no ordenamento pátrio, fixando-se as hipóteses e pressupostos de aplicação, para além das balizas doutrinárias de sustentação e diferenciação quanto a formas outras de imputação de responsabilidade, tendo em perspectiva a aplicação excepcional da doutrina em testilha.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO: A *DISREGARD DOCTRINE* E SUAS ORIGENS

Com a expansão da personalização e, por consectário, o aumento das negociações por meio dos centros autônomos de imputação, vê-se a força exponencial da autonomia patrimonial como móvel propulsor do desenvolvimento da atividade econômica.

Acontece, porém, que não só os benefícios vieram a ser colhidos com o surgimento da pessoa jurídica, mas também foram visualizadas, à medida que a separação patrimonial se consolidava, condutas a desviar a utilização do ente coletivo dos fins próprios, a ressoar o uso indevido da personalidade.

Com o emprego da pessoa jurídica para fins escusos, e tendo em mira o dimensionamento da autonomia patrimonial, adveio a necessidade da revisitação do papel finalístico, diante da já mencionada crise de função, com o incursionar acerca dos modelos de superação dos abusos perpetrados, que vão além dos custos a serem suportados pelos credores sociais.

Nesse contexto, do superdimensionamento da autonomia patrimonial e da má utilização do ente coletivo, exsurge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com os primeiros trabalhos datados do século XIX, com nítido viés prático, originário da atividade diuturna dos tribunais, em face da caracterização do mau uso da pessoa jurídica que despontava das análises dos casos concretos.

Como fruto do pragmatismo, os meios de combate ao uso disfuncional vieram a ser elaborados de modo difuso, sendo mencionada a teoria da soberania, que fora elaborada por Haussmann e trabalhada por Mossa na Itália, com vistas a responsabilizar o controlador da sociedade por obrigações não adimplidas pela sociedade controlada, fazendo prevalecer a substância em detrimento do aspecto formal. Essa teoria, todavia, não se desenvolveu no plano prático, embora venha a ser apontada por Verrucoli (1964, p. 2 e 164) como primeiro precedente da *Disregard Doctrine*⁶⁹.

Vê-se que o desenvolver da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica não teve a origem vinculada às disposições normativas, o que se deu na linha da *Common Law*, mais precisamente da jurisprudência inglesa e norte-americana (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 45), pondo-se por intermédio da problemática em concreto, visualizando-se as repercussões práticas, o que, como dito, deu-se a partir da jurisprudência (JUSTEN FILHO, 1987, p. 54).

Nos idos de 1912, o norte-americano Wormser (1912) promoveu os primeiros estudos acerca da desconsideração da personalidade jurídica, tendo publicado o artigo denominado “Piercing the veil of corporate entity”, no qual lastreia seus estudos pelos julgados das cortes dos Estados Unidos da América, de modo a reforçar o caráter empírico do nascedouro da teoria.

Segundo Wormser (1912, p. 496), a maioria dos escritores concorda que as *corporations*, doravante cognominadas pessoas jurídicas, em certos casos devem ser consideradas em separado dos acionistas individualmente. Igualmente, concordam que, em

⁶⁹ “Si deve ricordare, [...], teoria della sovranità, elaborata dallo Haussmann [...], e sviluppata in Italia dal Mossa [...], per la quale al soggetto dominante di una società di capitali devono essere imputate le obbligazioni assunte dalla società dominata e da questa non soddisfatte, guardandosi così alla sostanza dei rapporti anziché alla loro strutturazione formale. [...] la prima teoria portante ad un effettivo disregard fu della sovranità dovuta allo Haussman e ripresa dal Mossa. Ma sembra anche che tale formulazione non abbia avuto sostanziali ripercussioni sul piano pratico” (VERRUCOLI, 1964, p. 2 e 164).

determinados casos, a teoria da entidade também deve ser desconsiderada. Está posto, assim, o dilema atual acerca de quando deve ser considerada ou quando deve vir a ser desconsiderada⁷⁰.

Wormser (1912, p. 497) menciona, ainda, que fora percebido que a aplicação da noção de pessoa jurídica apenas em seu sentido legal poderia impulsionar injustiças, passando a mencionar o caso *Bank of United States v. Deveaux*, no ano de 1809, como o primeiro precedente da *Disregard Doctrine*.

No caso em apreço, discutiu-se a aplicação do art. 3º, seção 2ª, da Constituição norte-americana, o qual limitava a jurisdição federal no tocante às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados. Malgrado estivessem a tratar de situação entre pessoa jurídica e pessoa física, para preservar a jurisdição das Cortes Federais, entendeu-se olhar além da pessoa jurídica enquanto entidade para considerar as características de seus integrantes, tendo o *Chief Justice Marshall*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, considerado que as partes do processo, substancial e essencialmente, eram os acionistas. Assim, a derrotabilidade da personalidade jurídica, na ocasião, fora relevante como critério de fixação da competência das Cortes Federais (WORMSER, 1912, p. 497)⁷¹.

Com a apreciação do caso em epígrafe, em 1809, houve, pela Corte, a retirada do véu e a consideração do caráter dos indivíduos componentes da sociedade, restando concretizada a brecha na muralha da consideração da pessoa jurídica (WORMSER, 1912, p. 498)⁷².

Releva, ainda, anotar o caso *Booth v. Bunce*, julgado pela Corte de Apelação de Nova Iorque em 1865, no qual membros de uma *partnership*, passando por dificuldades financeiras, resolveram formar uma nova pessoa jurídica, transferindo para esta a propriedade, a *partnership*. Na disputa a envolver os integrantes das respectivas entidades, “X” era o credor de boa-fé que disputava a propriedade transferida pela *partnership* com “Y”, que era credor da pessoa jurídica. A Corte de Apelação, entendendo que a nova pessoa jurídica fora constituída

⁷⁰ “All writers on Corporation law agree that in certain cases and at certain times a corporation is to be regarded as an entity quite separate and apart from the individual shareholders. Practically all writers agree, also, that in some cases the entity theory must be disregarded. Sometimes we look upon the corporation as a unit, at other times we look upon it as a collection of persons. When should the concept of corporate entity be adhered to, when should it be disregarded? The concept is not an ‘open sesame’, which will open all gates. When to use it, when to ignore it, is the present day dilemma” (WORMSER, 1912, p. 496-518).

⁷¹ “The federal constitution, however, in article three, section two, limits, inter alia, the jurisdiction of the federal courts ‘to controversies between citizens of different states.’ In 1809, Chief Justice Marshall, therefore, in order to preserve the jurisdiction of the federal courts over corporations was compelled to look beyond the entity ‘to the character of the individuals who compose the corporation’. The court proclaimed that ‘substantially and essentially’ the parties to the suit are the stockholders, and that of their several citizenships, cognizance would be taken” (WORMSER, 1912, p. 496-518).

⁷² “Already at that day, ‘courts have drawn aside the veil and looked at the character of the individual corporators.’ The breach in the rampart had been made” (WORMSER, 1912, p. 496-518).

de má-fé e com a intenção de fraudar os credores, concluiu que a propriedade transferida pela *partnership* estava sujeita à execução do credor “X” (WORMSER, 1912, p. 498-499)⁷³.

Nota-se, da análise desses dois casos, que os Tribunais dos Estados Unidos da América se puseram a revolver a personalidade jurídica em face dos casos de fraude e má-fé, em prejuízo dos credores.

Além disso, no artigo em testilha, foram trabalhados casos a envolver a falência (p. 500) e a fraude à lei (p. 500-502), com vistas à primordial proteção dos credores, com incursão reflexa na responsabilidade limitada, portanto.

Tem-se, nas pegadas de Wormser (1912), que, tanto nas Cortes de equidade quanto nas de direito, as decisões caminharam para a análise substancial dos casos, o que permitiu penetrar o véu da entidade, suplantando-se os caracteres formais para atingir os beneficiários dos atos fraudulentos, preservando, assim, o interesse dos credores.

Denota-se a adoção de critérios subjetivos, até pela especificidade do sistema de justiça norte-americano, com a existência das Cortes de equidade, permitindo-se uma análise ampla do aspecto funcional, de modo a permitir maior flexibilidade decisória por parte dos Tribunais, como salienta Wormser (1912, p. 518)⁷⁴.

Em sede conclusiva, no tocante ao *piercing the veil*, expõe Wormser (1912, p. 517):

Quando a concepção da pessoa jurídica for empregada para fraudar credores, evadir de uma obrigação existente, contornar leis, alcançar e perpetuar um monopólio, ou proteger atos criminosos, as cortes irão afastar a teia da entidade, considerando a empresa como uma associação entre homens e mulheres vivos, seus acionistas, e farão justiça entre pessoas reais⁷⁵ (tradução nossa).

Pela amplitude e peculiaridade do sistema da *Common Law*, verifica-se que não houve maior preocupação com a fixação da conceituação do que seria a desconsideração, no mais das vezes, caracterizada por colocações esparsas e expressões metafóricas (*piercing the veil*,

⁷³ “The decision of the New York Court of Appeals in *Both v. Bunce* is one of the earliest in point. In that case the members of a financially embarrassed partnership united in forming a manufacturing corporation, under the general incorporation laws. They then transferred to it the property of the partnership. X was a bona fide creditor of the partnership; Y, of the corporation. The issue was, in substance, a contest between them to secure their respective claims out of certain personal property transferred by the partnership to the corporation. The court held that the property transferred might be taken on execution by X, since it appeared that the corporation was formed in bad faith and with the intent to defraud creditors” (WORMSER, 1912, p. 496-518).

⁷⁴ “There could be no better refutation of the charge so frequently made *horis novissimis* that courts are inelastic, unyielding and unwilling to respond to social and economic facts than the adjustment – still in process – of corporate concepts to modern business facts” (WORMSER, 1912, p. 496-518).

⁷⁵ “When the conception of corporate entity is employed to defraud creditors, to evade an existing obligation, to circumvent a statute, to achieve or perpetuate monopoly, or to protect knavery of crime, the courts will draw aside the web of entity, will regard the corporate company as an association of live, up- and-doing, men and women shareholders, and will do justice between real persons” (WORMSER, 1912, p. 496-518).

disregard etc.). Talvez por isso não tenha sido tão difundido pela doutrina brasileira, que costuma mencionar o alemão Rolf Serick e o caso *Salomon v. Salomon & Co.* como o primeiro caso de desconsideração da personalidade jurídica, que será adiante visto.

Nesse particular, expõe Cordeiro (2000, p. 109): “[...] toda a matéria do levantamento radica em fórmulas vagas [...]. E vagos são o conteúdo e os pressupostos do levantamento”.

Em reforço, em especial quanto à difusão, o caso *Bank of United States v. Deveaux* vem sendo trabalhado como a primeira situação de desconsideração regulatória, talhado pela Suprema Corte norte-americana, desconsideração esta que se perfaz pela atribuição de certos deveres ou direitos dos acionistas à pessoa jurídica, como se fosse uma espiada pelo véu (*veil peeking*), visando atingir os resultados postos pelo legislador ou que dimanam da relação contratual (PARGENDLER, 2021, p. 579-580 e 583-585).

A seu turno, no Direito continental europeu, as questões práticas sobre a desconsideração são contemporâneas ao êxito das sociedades por quotas, criadas pelo legislador alemão, em 1892, tendo sido um dos maiores problemas a unipessoalidade diante da responsabilidade limitada, segundo Cordeiro (2000, p. 103-104).

Ao indagar acerca da dificuldade de distinção entre os direitos da sociedade e do sócio único, Cordeiro (2000, p. 104) menciona o julgamento do *Reichsgericht*, no qual, em 22 de junho de 1920, o Tribunal alemão, alterando sua orientação, decidiu que o sócio único poderia ser responsabilizado, já que o juiz deveria considerar com maior ênfase “ao poder dos factos e à realidade da vida do que à construção jurídica”. Essa decisão é tida como a “[...] certidão de baptismo, no Continente, do levantamento da personalidade colectiva [...]” (CORDEIRO, 2000, p. 104).

Como antedito, Serick é tido como a principal referência acerca da teoria da desconsideração, tendo desenvolvido a temática, em 1953, na defesa da tese de doutoramento junto à Universidade de Tübingen (COELHO, 2021, n. p.).

Corroborando Cordeiro (2000, p. 111): “A influência de Serick foi muito grande. Reeditado e traduzido, [...] tornou-se referência continental obrigatória, a propósito do levantamento”.

Em 1955, Serick publicou a obra intitulada *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, a qual, partindo da análise da jurisprudência, em caráter semelhante ao trabalho de Wormser (1912), propõe-se a identificar casos correlatos da desconsideração.

A partir da análise de casos, Serick (2020, p. 23) notou que os tribunais, ao aplicar a teoria, não se lastreavam em firme fundamentação dogmática, sendo balizadas, em geral, somente por considerações de equidade⁷⁶.

Diante de tal perspectiva, para atingir a justiça material, acaba-se por relegar a segurança jurídica, porquanto não se delimitou quando as medidas poderão atingir os integrantes da pessoa jurídica, o que está depender, de maneira primordial, da concepção de mundo que tenha o intérprete (SERICK, 2020, p. 23)⁷⁷. Assim, “a solução jurídica estaria determinada por uma atitude metajurídica” (SERICK, 2020, p. 23-24)⁷⁸.

Com vistas à sistematização, Serick (2020, p. 191) propõe quatro formulações genéricas, quais sejam:

(I) Se a estrutura formal da pessoa jurídica é utilizada de maneira abusiva, o juiz poderá descartá-la para que fracasse o resultado contrário ao direito que se persegue, e para o qual prescindirá da regra fundamental que estabelece uma radical separação entre a sociedade e os sócios. Existe um abuso quando com a ajuda da pessoa jurídica se trata de burlar uma lei, de quebrar obrigações contratuais ou de prejudicar fraudulentamente terceiros⁷⁹ (tradução nossa).

(II) Não basta alegar que se não se descartar a forma da pessoa jurídica não poderá se lograr atingir a finalidade de uma norma ou de um negócio jurídico, sem embargo de quando se trate da eficácia de uma regra de direito societário de valor tão fundamental que, excepcionalmente, não deva encontrar obstáculos nem de maneira indireta⁸⁰ (tradução nossa).

(III) As normas que se fundam em qualidades ou capacidades humana ou que consideram valores humanos também devem aplicar-se às pessoas jurídicas quando a finalidade da norma corresponde à desta classe de pessoas. Neste caso poderá penetrar-se até alcançar os homens situados atrás da pessoa jurídica para comprovar se concorrem as hipóteses de que depende a eficácia da norma⁸¹ (tradução nossa).

(IV) Se a forma da pessoa jurídica é utilizada para ocultar que de fato existe identidade entre as pessoas que intervêm em um ato determinado, poderá ser descartada a forma

⁷⁶ “Por otra parte, en las sentencias que con razón han desestimado la forma de la persona jurídica se encuentra a faltar una firme fundamentación dogmática. Por lo general solo están fundadas en consideraciones de equidad” (SERICK, 2020, p. 23).

⁷⁷ “Lo que de tal modo con ello se logra en el terreno de la justicia material es a costas de la seguridad jurídica. [...]. Desde semejante punto de vista, el problema de saber cuándo podrán adoptarse medidas que afecten a los hombres que se hallan detrás de la persona jurídica parece que depende de manera primordial de la concepción que se tenga del mundo” (SERICK, 2020, p. 23).

⁷⁸ “La solución jurídica estaría determinada por una actitud metajurídica” (SERICK, 2020, p. 23-24).

⁷⁹ “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario al Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros” (SERICK, 2020, p. 181).

⁸⁰ “No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico. Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción” (SERICK, 2020, p. 184).

⁸¹ “Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma” (SERICK, 2020, p. 188).

da dita pessoa jurídica quando a norma que se deva aplicar pressuponha que a identidade ou diversidade dos sujeitos interessados não é puramente nominal, senão verdadeiramente efetiva⁸² (tradução nossa).

Quanto à primeira formulação, verifica-se a caracterização do abuso de forma e da fraude, de modo externar a busca por fins ilícitos, visando frustrar a aplicação da lei, a quebra de obrigações contratuais e, até mesmo, a utilização da pessoa jurídica para prejudicar terceiros. Por isso é ressaltada por Serick (2020, p. 182) a necessidade da desestimação, já que não se deve dar guarida ao uso abusivo ou mesmo além dos limites fixados pelo ordenamento⁸³.

No que se refere à segunda formulação, tem-se que Serick (2020) externa a preocupação acerca da sustentação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, justamente com o intuito de promover a efetiva separação para que se evite o uso desarrazoado da teoria da desconsideração (*Durchgriff*), ressaltando, contudo, alguns preceitos do Direito das Sociedades (SERICK, 2020, p. 185).

Já quanto à terceira formulação, vê-se que diz com o momento histórico vivenciado, o Pós-Guerra, sendo feita a delimitação pela nacionalidade ou raça da pessoa jurídica, como exposto por Serick (2020, p. 188)⁸⁴.

Nesse ponto, ainda que esteja a tratar da desconsideração regulatória, mencione-se o caso *Daimler Co., Ltd. v. Continental Tyre e Rubber Co (Great Britain) Ltd.*, julgado pela *House of Lords*, no qual a argumentação estava focada no equacionamento do regime de regência das pessoas físicas e das pessoas naturais, já que estas poderiam, por viver em território inimigo, assumir o lado do oponente, tornando-se rivais (PARGENDLER, 2021, p. 587-588).

No tocante à última formulação, Serick (2020, p. 191-192) ressalta a tentativa de ocultação que, por meio da diversidade, venha a se entremostrear uma efetiva unidade da pessoa, devendo o juiz, no caso, desatender a personalidade jurídica, pois só assim conseguirá suplantar o problema estrutural e atender a realidade posta⁸⁵.

⁸² “Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva” (SERICK, 2020, p. 191).

⁸³ “Quien intente utilizar abusivamente la forma de la persona jurídica para fines ilícitos, no merece ninguna protección. Debe suportar que sea rasgado el velo corporativo y que se adopten medidas que le afecten personalmente. Si la persona jurídica viola los límites que le há fijado el ordenamento jurídico, la radical separación entre la sociedad y los socios pierde toda su razón de ser” (SERICK, 2020, p. 182).

⁸⁴ “Resulta que, por ejemplo, se admite que una persona jurídica puede tener la cualidad de enemigo, judío o negro [...]” (SERICK, 2020, p. 188).

⁸⁵ “[...] puede suceder que la intervención de una persona jurídica trate de ocultar que detrás de la diversidad jurídica de las partes existe una efectiva unidad de persona. En tal caso el juez debe desatender la forma de la persona jurídica porque solo de tal manera cabrá resolver satisfactoriamente el conflicto entre los supuestos de aplicación de la norma y la forma de la persona jurídica. Si limitara su examen a la estructura de la persona jurídica, llegaría al resultado de aplicar una regla de Derecho que en realidad debería quedar excluída en tal caso atendidos sus propios supuestos. Por tanto, provocaría un resultado injusto” (SERICK, 2020, p. 191-192).

Considerando a sistemática adotada por Serick (2020), vislumbra-se o aludido similar ao quanto sustentado por Wormser (1912), no tocante ao aspecto funcional, despontando o caráter subjetivo, em face dos elementos caracterizadores da desconsideração, notadamente a fraude e o abuso, enlaçados com as atividades da pessoa jurídica. Ressalvam-se os casos de não observância de disposições normativas de Direito das Sociedades consideradas fundamentais.

Na doutrina alemã, atualmente, sustenta-se a adoção da concepção objetivista. É irrelevante o elemento intencional para a aplicação da teoria da desconsideração, tendo como lastro o descumprimento dos escopos prescritos pelo ordenamento jurídico, excedendo-se aos limites do exercício das atividades finalísticas.

Nesse ponto, vale trazer a ponderação de Müller-Freienfels (*apud* OLIVEIRA, 1979, p. 367):

[...] a solução adequada de todo a problemática depende de uma análise da finalidade objetiva da norma específica, vista no quadro da ordem jurídica, econômica e social, e de seus princípios básicos. A análise deve levar em conta também a função da norma e a *opção quanto a interesses* (*Interessenentscheidung*) feita pelo legislador, tudo isso sob o ângulo da hierarquia de valores da respectiva ordem jurídica. [...]. No fundo, tudo é problema de *aplicação de normas* (grifos do original)

Para Salomão Filho (2019, p. 364), a posição teórica de Müller-Freienfels abarca maior pluralismo externo, quanto à aplicabilidade das normas, bem como um pluralismo interno, no tocante à análise diferenciada dos tipos societários. Assim, para além da resposta aos comportamentos fraudulentos, a desconsideração ainda é “[...] uma técnica legislativa ou uma técnica de aplicação das normas (*Regelungstechnik*) que permite dar valor diferenciado aos diversos conjuntos normativos” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 364).

Ao final, diz-se que a evolução posterior só foi possível diante da sistematização trazida por Serick (2020), que, não obstante o subjetivismo, não deixou de analisar a finalidade perseguida⁸⁶.

Na Itália, por sua vez, surge outra importante contribuição no desenvolvimento da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, por meio do trabalho de Verrucoli (1964), na obra intitulada *Il superamento dela personallità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*.

⁸⁶ A título exemplificativo, traz-se a seguinte passagem: “no puede seguir sosteniéndose la ficción de la persona jurídica cuando es ilegal la finalidad perseguida por la autoridad o por medio de ella, o en determinados casos especiales, cuando la finalidad em atención a la cual ha sido creada la figura jurídica de la Corporation no permite que pued insistirse en su forma jurídica” (SERICK, 2020, p. 96).

Como se pode depreender do título, o estudo de Verrucoli (1964) se adstringe às sociedades de capital, haja vista a especificidade, na Itália, da ausência de personalidade jurídica das denominadas sociedades de pessoas, como bem ilustra Requião (1988, p. 74).

Como ponderado, Verrucoli (1964, p. 6-7) compreende que as teorias sobre a personalidade jurídica não vêm a influenciar no pertinente à aplicação do *lifting the corporate veil*.

Em evolução histórica, Verrucoli (1964) percorre as trilhas do Direito norte-americano, inglês e da Europa continental acerca da personalidade das pessoas jurídicas, ressaltando que o reconhecimento dessa personalidade é tido como uma concessão de privilégio por parte do Estado, destinado aos integrantes da pessoa jurídica, permitindo-se a existência enquanto ente coletivo, como centro de imputação distinto, não podendo servir para criação de situações injustas, para as quais, em compasso com o privilégio, haverá as medidas de controle a utilização abusiva. Destaca-se aqui a teoria da superação⁸⁷.

Quando do capítulo II da obra de Verrucoli (1964, p. 79), inicia-se o delineamento do estudo de casos comparativo tendo como alicerce as sociedades de capital na sistemática da *Common Law* e da *Civil Law*, notadamente contando com os estudos da prática norte-americana, inglesa e da Europa Continental.

Nesse passo, constatou-se que no sistema da *Civil Law*, pelas suas características, há maior concentração na observância da personalidade jurídica do que ocorre nos países da *Common Law*. Nestes há alguma diferenciação, tendo o autor explicitado a experiência inglesa,

⁸⁷ “[...] il regime dela responsabilità dei soci, a proposito del quale si è visto retro che la limitazione dela responsabilità ai conferimenti è un beneficio o privilegio autinomo rispetto a quello dela personalità giuridica della società: per meglio e piú compiutamente dire, la personalità della società significa autonomia patrimoniale della stessa, o nel senso dell’esclusione della responsabilità sussidiaria dei soci (ecco il beneficio di cui innanzi), o nel senso di una siffatta responsabilità, ma con preventiva escussione del patrimonio sociale. Sia il beneficio della limitazione della responsabilità, sia quello della preventiva escussione del patrimonio sociale, sono riferiti direttamente ai soci, ed infatti è soltanto rispetto ad essi che può parlarsi di limitazione della responsabilità o di preventiva escussione, in quanto la società (come soggetto autonomo) risponde com tutti i suoi beni presenti e futuri rispetto ai propri creditori, né piú né meno del soggetto persona física, e non ha certo diritto alla preventiva escussione dei soci. Ma tali benefici in tanto possono sussistere in quanto sai data appunto l’esistenza di un soggetto società diverso dalle persone dei soci, cioè di un centro de imputazione distinto [...]. Quindi la soggettività degli enti corporativi è vista come manifestazione di una volontà del potere centrale – persistente pur nel sistema normativo – di creare una situazione di particolare vantaggio per i gruppi operante, in relazione appunto alla strumentalità della personalità stessa rispetto ai fini perseguiti dai soggetti che li componho. Ove questa strumentalità rispetto al perseguimento dei fini tipicizzati dal legislatore venga a mancare, o porti a situazioni di ingiusto danno per lo Stato a per la collettività in esso organizzata, si potrà far luogo al superamento dello schermo rappresentato dalla personalità giuridica” (VERRUCOLI, 1964, p. 72-73 e 76).

que é mais conservadora se comparada com a norte-americana⁸⁸, o que se potencializa pela casuística.

Verrucoli (1964, p. 94-117) prossegue com o exame de casos, pautando a linha atinente ao superamento tanto no âmbito legislativo quanto no jurisprudencial, iniciando o estudo pela Inglaterra, experiência na qual, na trilha do superamento legislativo, aborda situações de Direito Tributário e de Direito Empresarial, como também, já na seara jurisprudencial, aborda, dentre outras, os casos das *agency*. Nos Estados Unidos, ao abordar os casos, Verrucoli (1964, p. 119-122) enfatiza a antedita flexibilidade, a ausência de maior fundamentação para a aplicação da técnica da superação, observando-se, no mais das vezes, os critérios de justiça social.

Após a investigação doutrinária e casuística, Verrucoli (1964, p. 195) elenca cinco hipóteses de superação em função 1) da direta relação de interesses do próprio Estado; 2) da repressão à fraude à lei; 3) da repressão à fraude contratual; 4) da realização de interesse de terceiros; e, por fim, 5) da relação de interesses dos sócios *uti singuli*. Ressalta, ainda, que apenas as hipóteses atinentes à proteção dos interesses do Estado e de terceiros não demandariam o elemento intencional⁸⁹.

Da formulação esposada por Verrucoli (1964), pode-se concluir pela clara diversidade entre os sistemas da *Common Law* e *Civil Law*, realçando-se que a mesma doutrina poderá ter perspectivas variadas, a depender não só dos critérios de análise como também das experiências

⁸⁸ “Si può, anzitutto, rilevare come quelli del sistema continentale siano tradizionalmente portati a rispettare quella separazione netta tra ente-società di capitali e soci che costituisce un faticoso risultato dello sviluppo storico del fenomeno societario, mentre quelli della common law sono più orientati a superare questo stesso risultato in omaggio ad una maggiore sensibilità per le reali conformazioni del fenomeno economico (e, lato sensu, politico) di fondo, regolato attraverso la sua strutturazione nell’ente personificato, e quindi mostrano una notevole propensione a non tener conto delle barriere formali, per la ricerca di un’effettiva giustizia. [...], per quello continentale è dato di vedere come nei diversi ordinamenti certi principi, anzi certe esigenze si facciano luce più o meno faticosamente, con maggiore o minore coscienza del problema del superamento della personalità nelle sue linee generali e particolari, originando comunque [...] la ricerca di principi giustificativi che rivoluzionano schemi e dogmi consolidati; per quanto invece concerne il sistema della common law, dove generalmente il problema in questione è dato per scontato nella soluzione di base, si può riscontrare un’enorme differenza tra la posizione dell’ordinamento inglese, più conservatore e rispettoso del peso di una tradizione, e quella dell’ordinamento nord-americano, infinitamente più elastica, sganciata da rigorismi concettualistici, empirica [...] ma anche infinitamente più up to date, più aderente, in ogni momento, all’evoluzione dei fatti [...]” (VERRUCOLI, 1964, p. 85).

⁸⁹ “Fondamentalmente vengono in rilievo, in questa prospettiva, le ipotesi di superamento in funzione: 1) della diretta realizzazione di interessi propri dello Stato [...]; 2) della repressione di frodi alla legge; 3) di repressioni di frodi contrattuali; 4) della realizzazione dell’interesse dei terzi, quando non ricorrano gli estremi della frode di cui innanzi al momento iniziale dell’operazione [...]; 5) della realizzazione dell’interesse dei soci *uti singuli*. È appena il caso di precisare che, fra le ipotesi menzionate, l’ultima si configura – ove recorra – in modi del tutto particolari, e quelle sub 2) e 3) implicano normalmente la sussistenza di un elemento intenzionale, mentre quella sub 4) prescinde dalla considerazione de detto elemento, bastando il fatto oggettivo del pregiudizio degli interessi dei terzi che l’ordinamento mira a tutelare” (VERRUCOLI, 1964, p. 195).

práticas vivenciadas. Vale, ainda, anotar que a flexibilidade não diz necessariamente com a ausência de controle, como se extrai da experiência dos Estados Unidos da América⁹⁰.

Quando do exame da teoria do superamento, Oliveira (1979) menciona que Verrucoli (1964) não consegue explicar satisfatoriamente quando da desconsideração em favor dos sócios, haja vista a ideia defendida da concessão da personalidade como privilégio conferido àqueles. Assim expôs Oliveira (1979, p. 487):

É que, admitido que, historicamente, tenha a concessão da personalidade significado a concessão de um privilégio com vistas a mais fácil consecução dos fins individuais dos sócios por meio do organismo da sociedade [...] seria contra o espírito mesmo que inspirou e inspira a concessão admitir que o princípio da separação funcione contra os sócios. [...] a admitir-se o argumento de VERRUCOLI, deveria ser sempre desconsiderada a pessoa jurídica quando tal procedimento viesse a beneficiar os sócios... O que é manifestamente absurdo. E entra em contradição com as próprias palavras com que VERRUCOLI conclui a explicação de sua própria posição.

Além disso, Coelho (1989, p. 27) aduz que a concessão da personalidade jurídica como privilégio do Estado não resta suficiente a fundamentar a teoria da desconsideração, sendo decorrente dessa concepção “[...] a atribuição de uma equivocada qualificação ideológica a algo que tem o caráter de expediente técnico-jurídico” (COELHO, 1989, p. 33).

Nada obstante, não se pode negar a importância da análise casuística construída por Verrucoli (1964), valendo lembrar que fora um dos referenciais utilizados para o desenvolvimento da doutrina da desconsideração no Brasil.

Neste momento, impende reavivar a alusão ao caso *Salomon v. Salomon & Co.*, tido, pela maioria da doutrina, em que pese não seja o primeiro, como *leading case* da temática, tanto é assim que Verrucoli (1964, p. 91) se refere a tal precedente como “*un vero e proprio leading case*”.

O caso *Salomon v. Salomon & Co.* é datado de 1897, tendo ocorrido em Londres, na Inglaterra, tendo sido julgado pela *House of Lords* em última instância. Pela precisão, opta-se por trazer a descrição de Requião (1988, p. 75-76):

O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma *company*, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus

⁹⁰ “[...] come la giurisprudenza americana abbia fatto e faccia luogo al superamento della personalità giuridica sociale in un’incredibile varietà di profili e situazioni. In fondo, tutti gli attributi tradizionalmente propri della persona-società, tutta la struttura ed il funzionamento della stessa (e si pensi particolarmente, per questo, alle ultime categorie dello schema classificatorio qui seguito, che in genere non sono prese in considerazione dalla dottrina) sono stati – si può dire – passati al vaglio del disregard. Ma non è soltanto in questa estrema elasticità, o, meglio, in questa concretezza e sensibilità, che si può ravvisare il dato distintivo della giurisprudenza e del pensiero giuridico americani [...]” (VERRUCOLI, 1964, p. 146).

bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da *company* era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento de débitos da *company*, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários. O magistrado que conheceu do caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a *company* era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu *agent* ou *truste*, que permanecera na verdade o efetivo proprietário do fundo de comércio. Nisto ficou a inauguração da doutrina do *disregard*, pois a “Casa dos Lords”, acolheu o recurso de Aaron Salomon, para reformar aquele entendimento das instâncias inferiores, na consideração de que a *company* tinha sido validamente constituída, pois a lei simplesmente requeria participação de sete pessoas, que no caso não havia perseguido nenhum intuito fraudulento. Esses acionistas, segundo os *Lords*, haviam dado vida a um sujeito diverso de si mesmos, e em última análise não podia julgar-se que a *company* fosse um *agent* de Salomon. Em consequência não existia responsabilidade de Salomon para a *company* e seus credores e era, conseqüentemente, válido o crédito privilegiado (grifos do original).

Conquanto reformada a decisão, tal precedente foi tido como referência para o estabelecimento das balizas da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ainda influenciando a aplicação prática na atualidade, não obstante a influência restritiva, diante da reforma pela *House of Lords*, tendo em mira o citado caráter conservador do Direito inglês, a denotar a observância, como expôs Verrucoli (1964, p. 93 e 103).

Em verdade, por meio do caso inglês, pode-se dizer que fora afirmado o uso irregular da pessoa jurídica, desviando-se de seus fins, com o potencial conflito entre a autonomia patrimonial e a garantia dos créditos, para além da delimitação dos efeitos a serem suportados – no caso, apenas por Aaron Salomon –, malgrado não tenha prevalecido ao final.

Com isso, estreme de dúvidas, houve o início da construção da teoria da *disregard*, inclusive com repercussão na atualidade, tratando-se de um verdadeiro caso referencial, mesmo que não venha a ser considerado o primeiro precedente acerca do tema, notadamente diante do trabalho de Wormser (1912), com profunda influência na teorização da doutrina no Brasil.

3.2 A EVOLUÇÃO TEÓRICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

No Brasil, a divulgação da *Disregard Doctrine* teve como precursor Requião⁹¹, que, com lastro na doutrina de Serick e Verrucoli, expõe a teoria, no final dos anos 1960, em

⁹¹ Ao mencionar que os primeiros estudos sistemáticos foram introduzidos por Requião e Oliveira, Adamek e França (2021, p. 106, n° 8) asseveram: “Muito antes deles, porém, Tullio Ascarelli já havia entre nós exposto a teoria em seus principais contornos (‘O negócio indireto’, in Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo, Saraiva, 1945, p. 140), a quem se deve, por isso mesmo, reconhecer o pioneirismo no transplante do instituto jurídico”.

conferência proferida na Universidade Federal do Paraná, a homenagear o fundador da Faculdade, o Des. Vieira Cavalcanti Filho.

No artigo intitulado “Abuso do direito e fraude através da pessoa jurídica (*disregard doctrine*)”, Requião (1988) tenciona encontrar na teoria da desconsideração os meios necessários para refrear a fraude e o abuso de direito, efetivados por meio da pessoa jurídica, possibilitando-se alcançar as pessoas que estão encobertas pelo véu corporativo.

Interessante anotar que tal intento, de compatibilizar a aplicação da teoria no cenário nacional, procurar suplantar o óbice da ausência de previsão legal acerca da desconsideração, o que, por si só, já aponta a dificuldade da empreitada em face da consolidação da pessoa jurídica como ente segregador de riscos.

Nesse ponto, o próprio Requião (1988, p. 67-68) chega a aventar o que denomina problema de consciência ao tentar divisar a solução ética diante do uso indevido da pessoa jurídica e o então caráter absoluto do direito da personalidade.

Requião (1988, p. 69) prossegue trazendo as designações atinentes à teoria, que são *disregard of legal entity* ou *lifting the corporate veil*, adaptando-as à expressão que cunhou de desconsideração da personalidade jurídica ou, ainda, desestimação da personalidade jurídica.

Ainda buscando as vias da adequação, diante da ausência de disposição normativa, Requião (1988, p. 70), valendo-se a experiência do direito germânico, na pena de Serick, assim dispõe:

A disregard doctrine, como insiste o professor germânico, aparece como algo mais do que um simples dispositivo do direito americano de sociedade. É algo – diz ele – que aparece como consequência de uma expressão estrutural da sociedade.” E, por isso, “em qualquer país em que se apresente a separação incisiva entre pessoa jurídica e os membros que a compõem, se coloca o problema de verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que essa radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito.

E assim, tanto nos Estados Unidos, na Alemanha, ou no Brasil, é justo perguntar se o juiz, deparando-se com tais problemas, deve fechar os olhos ante ao fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição formal da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas. [...].

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos (grifos do original).

Com tal explanação, Requião (1988) conclui pela adequação da aplicação da *disregard doctrine*, passando a perquirir seus fundamentos.

Requião (1988, p. 71-72) sustenta ainda, como ponto de partida da doutrina, que a pessoa jurídica é uma criação da lei, sendo “[...] uma realidade no mundo jurídico, e não na

vida sensível”, o que tem como uma de suas decisivas consequências a concessão da autonomia patrimonial. Nesse passo, a desconsideração nega o absolutismo do direito de personalidade jurídica, permitindo-se a verificação pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, da adequação da utilização do direito concedido.

Nessa toada, ao trabalhar a crise da personalidade jurídica, Requião (1988, p. 74) traz os efeitos da aplicação da teoria da desconsideração:

[...] o que pretende com a doutrina do *disregard* não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (*abuso de direito*) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude). “Se se abusa de uma sociedade para fins alheios à sua razão de ser – escreve o mesmo jurista [Serick] –, a *disregard doctrine* evita que o direito tenha que sancionar tão temerária empresa. Com isto, no fundo não se nega a existência da pessoa, senão que se preserva na forma com que o ordenamento jurídico a há concebido.” E assim formula Serick o axioma de quem nega a personalidade é quem dela abusa, pois quem luta contra semelhante desvirtuamento é quem a afirma (grifos do original).

Por oportuno, faz-se relevante anotar que tal formulação de Requião (1988), no tocante aos efeitos, vem influenciando a doutrina pátria com algumas adaptações pontuais, de modo a ressoar a importância do estudo, que remonta à década de 1960, ainda na atualidade.

Em continuidade, Requião (1988, p. 75-78) faz uma análise da jurisprudência estrangeira, trazendo casos da Inglaterra, Estados Unidos e Alemanha, a exemplo do citado *Salomon v. Salomon & Co., Standard Oil Co., Booth v. Bunce, First National Bank of Chicago v. F.C. Trebein Company*, além do parecer do *Max Plant Institut*.

Após trazer um possível enquadramento da doutrina da *disregard* no Brasil, Requião (1988, p. 80-81) passa a apontar traços daquela na jurisprudência brasileira. Para tanto, traz um caso datado de 1955, examinado na Apelação nº 9.247 perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), tendo sido relatado pelo Des. Edgard de Moura Bittencourt, julgado este que, pela importância, traz-se a narrativa:

[...] entre as partes como apelante Saraiva S.A e apelado o Hospital Coração de Jesus S.A. Como se infere dos termos do acórdão, em executivos foram penhorados bens do Hospital, quando a dívida era particular do seu diretor. Embargou como terceiro o Hospital, com sucesso, tanto que a apelação foi provida, para depois serem julgados improcedentes os embargos, pelos seguintes termos, altamente significativos para nossos estudos.

“Há, no caso, sustenta o acórdão relatado pelo Des. Edgard de Moura Bittencourt, completa confusão do patrimônio da pessoa física do executado com o do embargante, o que resultou evidente prejuízo para quem contratou com aquele. Trata-se de bens encontrados no apartamento do executado, que não apresenta justificativa aceitável; são bens que não podiam ter sido adquiridos para um hospital, como o embargante (televisão, vitrola, geladeira doméstica). O embargante se organizou em sociedade anônima, cujo patrimônio se confunde com o do executado, que não quis provar nem dizer quantas ações tem e quem é o maior acionista. *Hoje em dia*, acentua o aresto, a

atividade comercial gira quase sempre em firmas coletivas. Há pessoas físicas que têm todo o seu patrimônio envolvido em diversas firmas. Individualmente nada possuem. Em obrigações assumidas em nome individual, estariam os credores em inferioridade patente se se isolassem da garantia das obrigações assumidas, quer os bens, quer as atividades do devedor associadas a firmas. Como ficção útil da lei, a personalidade coletiva não pode isolar-se da personalidade dos que a compõem sob pena de fugir-se à realidade, mormente na época que atravessamos, em que raras são as empresas comerciais ou industriais em nome individual. A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito” (Rev. dos Tribs., 238/394) (grifos do original).

Requião (1988, p. 81) leciona que, em verdade, o caso em epígrafe fora uma aplicação da doutrina da desestimação da personalidade jurídica no tocante à sociedade anônima, defendendo que houve o mau uso da personalidade jurídica. Não obstante a legalidade da constituição da sociedade, o uso do direito foi ilegítimo, configurando o abuso de direito.

Nesse trilhar, Requião (1988) ainda examina outros julgados do TJSP para, então, adentrar na conclusão acerca da aplicação moderada da doutrina da desconsideração.

Ao defender a aplicação moderada, traz, como exemplo, a Apelação nº 90.636, também julgada pelo sobredito Tribunal, sendo explicitado por Requião (1988, p. 83) que tal julgado foi “[...] uma absoluta violação desmotivada do princípio da distinção entre a pessoa dos sócios e da sociedade”.

Daí por que, ressaltando a cautela dos juízes norte-americanos na aplicação da doutrina, em casos efetivamente excepcionais, Requião (1988, p. 84) faz a advertência de que: “não devemos imaginar que a penetração do véu da personalidade jurídica e a desconsideração [...] se torne instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica [...]”.

Constata-se, assim, que, ao contrário de enfraquecer a figura da pessoa jurídica, Requião (1988) promove o fortalecimento daquela, ao defender sua utilização em consonância com nos fins que lhe são inerentes. Em verdade, o que se busca coibir é exatamente o desvio, a disfunção do instituto.

Por fim, vê-se, da exposição feita por Requião (1988), a adoção da concepção subjetivista, na senda dos autores que embasaram seus estudos, quando da análise da fraude, sendo extirpado, todavia, o propósito de prejudicar quando se está a tratar de abuso de direito.

Na senda da contribuição doutrinária brasileira, impende enaltecer a obra *O poder de controle da sociedade anônima*, datada de 1976 e já citada neste espaço, cujo autoria pertence a Comparato, posteriormente complementada e atualizada por Salomão Filho.

Comparato (2014, p. 318-319) se dispõe a elaborar uma revisão crítica do conceito de pessoa jurídica, por meio de uma ordenação sistemática, trazendo-se o influxo do controle no âmbito societário. Ainda, afirma que a utilidade do conceito de pessoa jurídica só veio a ser demonstrada quando relacionada ao interesse próprio, não subordinado ao interesse individual de seus membros (COMPARATO, 2014, p. 337), para além de advertir que o processo de abstração do conceito do ente coletivo acabou por conduzir a seu esvaziamento (COMPARATO, 2014, p. 340).

Além disso, traz em relevo o objeto social da sociedade, enfatizando a possibilidade de conflito de interesses, quando menciona o direito de voto e o art. 115 da Lei nº 6.404/176⁹², já que, nesse caso, o sócio está a buscar interesse incompatível com o objeto social. Este é a “[...] *causa* do negócio, que constitui a chave de interpretação da problemática societária, de modo geral” (grifos do original) (COMPARATO, 2014, p. 341).

Ao abordar a desconsideração da personalidade jurídica, Comparato (2014, p. 344) leciona que a aplicação da doutrina se dá sempre em função do poder de controle societário, sendo este o elemento essencial, inclusive que predomina sobre a consideração da pessoa jurídica, sobrelevando-se que a distinção entre a pessoa coletiva e seus integrantes, quando da desestimação, é aplicada de modo provisório e apenas para o caso concreto (COMPARATO, 2014, p. 343).

Nesse ponto, enfatiza-se a aplicação da jurisprudência norte-americana, que tem trilhado opção de soluções casuísticas, com maior preocupação para casos de equidade e a justiça do caso concreto, de modo a originar a figura do juiz criador do direito (*judge-made law*), não desbordada da logicidade que se espera (COMPARATO, 2014, p. 344). Complementa, em caráter crítico, Comparato (2014, p. 344):

Na maioria das vezes, aliás, recorre-se a simples metáforas. Fala-se, assim, em levantar ou traspasar o véu da personalidade jurídica (*lifting or piercing the corporate veil*), ou ainda de abrir a concha da pessoa jurídica (*cracking open the corporate shell*). Figuras de retórica, na verdade, todas elas impróprias, [...], pois, se se quiser interpretar figurativamente o fenômeno, bastará recorrer à própria etimologia. A realidade da pessoa é sempre escondida pela máscara que o direito lhe atribui, em razão do papel que representa na sociedade. Toda pessoa é personagem (grifos do original).

Em continuidade, Comparato (2014, p. 344-345) afirma que boa parte da doutrina tenciona justificar o afastamento da personalidade por meio das noções de abuso do direito e

⁹² Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

de fraude à lei, o que expõe não ser totalmente aceitável. Nessa linha, explicita que tal sustentação doutrinária não se põe a justificar os casos de ineficácia da separação patrimonial em benefício do controlador, trazendo considerações críticas, em caráter exemplificativo, ao Enunciado da Súmula nº 486 do STF⁹³ e, ao final, ressurtindo que o critério está posto na interpretação funcional do instituto, observando-se o desempenho de funções, gerais e especiais, pela pessoa jurídica, enquanto centro de interesse autônomo.

Dáí é que Comparato (2014, p. 345) defende que a desconsideração da personalidade jurídica é tida como consequência do desvio de função, a dita disfunção, que pode, na maioria das vezes, advir do abuso ou da fraude, mas que também pode não se caracterizar um ato ilícito, motivo pelo qual opta pela exclusão da aplicação da sanção de invalidade, sedimentando ser o caso de ineficácia relativa.

Comparato (2014, p. 358 e ss.), ainda, procede à identificação dos fundamentos da desconsideração de acordo com a negociação *interna corporis*, que dimana da relação interna e está posta com o desvio de poder e a fraude à lei, e com a negociação *externa corporis*, atinente à relação com terceiros conectada com a confusão patrimonial (COMPARATO, 2014, p. 421 e ss.). O autor mantém a ideia basilar de que o poder de controle é conferido com deveres e responsabilidades respectivas, como direito-função que é, justamente para o atingimento das finalidades demarcadas, aplicando-se às sociedades isoladas ou aos grupos econômicos e tendo nestes, caracterizada a ausência de convenção, a subordinação de interesses é abusiva e ilegal, segundo sustenta, conforme o art. 117, § 1º, “a”, da LSA⁹⁴ (COMPARATO, 2014, p. 349 e 358).

Nessa toada, tem-se que a análise de Comparato (2014, p. 434), ao contrário de Requião (1988), assume uma vertente objetivista, o que se constata a partir da ênfase a aludida disfunção e ao papel do poder de controle enquanto direito-função para os fins da desconsideração, notadamente ao abordar a confusão patrimonial, quando assim expõe:

A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial.

⁹³ Em caráter exemplificativo, traz-se a explanação de Comparato e Salomão Filho (2014, p. 345): “No caso do direito de retomada, a jurisprudência alargou, manifestamente, o alcance da norma legal, ao fixar, segundo a Súmula nº 486, do STF, que se admite ‘a retomada para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social’. Portanto, ‘uso próprio do locador, de acordo com essa interpretação pretoriana, corresponde à utilização por sociedade de que o locador ou seu cônjuge sejam controladores’”.

⁹⁴ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.
§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:
a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritário nos lucros ou no acerto da companhia, ou da economia nacional.

Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática não se vê bem por que os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.

Por fim, vê-se que, malgrado não seja a nova a discussão, o problema da aplicação se encontra mais na dissociação entre o direito e a realidade econômica, como aventou Comparato, sobretudo se se considerar: “Os juristas continuam, portanto, trabalhando sobre o átomo, sem considerar as moléculas” (COMPARATO, 2014, p. 347).

Outro referencial, no cenário pátrio, é Oliveira (1979), que elaborou obra específica acerca da temática, publicada em 1979, denominada *A dupla crise da pessoa jurídica*. Tal obra foi reconhecida por Cordeiro (2000, p. 112) como excelente e mencionada como um dos “[...] poucos casos de refluxo da literatura brasileira sobre a doutrina nacional [...]”, referindo-se à doutrina de Portugal.

A obra de Oliveira (1979, p. 11) perpassa pela análise inicial conceitual, na qual o autor expõe que as posições básicas se aproximam das teses institucionalistas, tendo, ainda, optado por um conceito socialmente ontológico da pessoa jurídica, por meio da aproximação analógica com a pessoa natural. Nesse sentido, expõe Oliveira (1979, p. 18-19):

Sempre entendemos ser a *pessoa jurídica* realidade *analógica* ao ser humano. Como a pessoa humana, é um *ser*, dotado de *individualidade*, *permanente*, pois que a entrada e saída de sócios ou associados ou de administradores não lhe altera o ser, dotado de *independência externa*, porém não *substancial*, como a pessoa humana, que existe *per se*, mas *acidental*, pois que depende, para existir, dos seres humanos, que *estão sob* (*sub stant*) sua existência. *Ser*, pois que acidente *é*, que existe para complemento do ser humano substancial que, sendo ser social, deseja os grupos associativos e societários e recebe utilidade das fundações (grifos do original).

Oliveira (1979, p. 103-105) trabalha, ainda, com a pessoa jurídica sob a concepção da dupla crise, qual seja, a sistêmica e a funcional. A primeira está ligada ao aspecto espacial, tendo a crise atingido o maximalismo dualista, utilizada como exemplo a associação irregular (*nichtrechtsfähiger Verein*). Sob tal perspectiva, expõe o autor que a superação se dá por meio da relativização da capacidade de direito, o que faz surgir problemáticas, *v.g.*, como as atinentes à limitação da analogia entre a pessoa jurídica e a pessoa natural e às limitações de aplicações de institutos como a teoria *ultra vires*. Em aspecto outro, o temporal, registra o autor a crise do sistema, aludindo ao ponto conflitual entre a necessidade do registro e a natureza e estrutura da entidade, o que pode apontar para o desvio funcional.

Tanto é assim que Oliveira (1979, p. 260-261), após percorrer o problema da limitação da responsabilidade e a personalidade jurídica, passa a discorrer acerca da crise de função da pessoa jurídica como móvel propulsor da teoria da desconsideração, lembrando que tal problema é comum aos sistemas jurídicos que venham a aplicar o princípio da separação entre

a pessoa jurídica e seus membros, diante do contexto da busca de finalidades diversas por intermédio do ente coletivo, de modo a promover a “[...] suspensão de vigência – para o caso concreto em julgamento – do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro” (OLIVEIRA, 1979, p. 262-263).

Oliveira (1979, p. 610), ao assentir com a necessidade de delimitar a técnica desconsiderante em face dos problemas solucionáveis pela dogmática civil, reforça a aplicação do princípio da subsidiariedade nos seguintes termos:

Para que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de uma concepção dualista de obrigação: responsabilidade subsidiária por dívida alheia.

[...]

Desde logo, portanto, não podem ser entendidos como verdadeiros casos de *desconsideração* todos aqueles casos de mera *imputação* de ato. [...].

Daí, enfatiza Oliveira (1979), a necessidade de maior rigor no tangente à identificação e aplicação da técnica, o que, por consectário, traz a reboque sua noção ontológica da pessoa coletiva.

Nesse particular, aponta Oliveira (1979, p. 613), como ponto de compreensão da imputação, a necessidade de fazer prevalecer a realidade sobre a aparência com vistas a identificar a utilização da pessoa jurídica para fins diversos, desbordantes dos lindes de sua função, pelo que expõe:

Os problemas ditos de “desconsideração” envolvem freqüentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado – repudiados os normativismos, os ficcionismos, os nominalismos – que essa pergunta tem sentido. Se é em verdade outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência. [...].

Vale ressaltar que, para além do referencial, a doutrina de Oliveira (1979) trouxe a preocupação de estabelecer uma diferenciação entre as diversas pessoas jurídicas, enfocando posteriormente as sociedades anônimas e as sociedades limitadas, justamente com o fito de melhor demarcar as fronteiras da utilização da doutrina da superação, não descurando da relação entre a limitação da responsabilidade e a personalidade jurídica.

Por fim, outros doutrinadores de escol, igualmente, contribuíram para a construção da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a exemplo de Justen Filho (1987) e

Coelho (1989), que já tiveram as respectivas obras aqui referenciadas e que ainda serão utilizadas ao longo do presente trabalho. Ao cabo, é chegado o momento, ante o contexto histórico, da verificação do desenvolvimento da teoria no Brasil, mormente em seu arcabouço legislativo.

3.3 O DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO DA DESCONSIDERAÇÃO NO CENÁRIO NACIONAL

A problemática da aplicação da *Disregard Doctrine* remontava, como visto, à ausência de previsão legal acerca do tema. Fora trabalhado por Requião (1988) em linhas pretéritas, como também sustentado por Coelho (1989, p. 36) que o art. 5º da atual LINDB seria suficiente a colmatar a lacuna, possibilitando sua aplicação pelo Poder Judiciário.

Conquanto viessem a justificar a aplicação da teoria, não havia discussão acerca da necessidade de disposição normativa, sobretudo diante da elaboração de critérios para direcionar a atuação dos magistrados em face da dificuldade em suplantar a mencionada visão absoluta no tocante aos direitos da personalidade, como alinhavado.

Não obstante a divergência, pertinente ao enunciado normativo primevo e que será abordada ainda no presente tópico, entende-se que a introjeção no ordenamento jurídico pátrio se deu por meio da Lei nº 8.078/1990, que trouxe o microssistema específico, denominado Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O CDC, em seu art. 28, veio disciplinar a teoria da desconsideração da personalidade, inclusive servindo de parâmetro para outros diplomas legislativos a serem abordados oportunamente.

Pela importância do texto, diferentemente da metodologia utilizada até aqui quanto aos dispositivos legais, opta-se por trazer, no corpo do texto, a inteireza do art. 28 do CDC:

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 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.

De início, insta salientar que, propriamente, apenas as disposições prescritas no *caput* e no § 5º, ambos do art. 28, estão a tratar da desconsideração da personalidade jurídica, visto que, embora inseridas topograficamente no sobredito artigo, as hipóteses dos §§ 2º, 3º e 4º estão a relacionar-se com a responsabilização societária, seja ela principal ou subsidiária.

Dito isso, passa-se a análise do *caput* do art. 28 do CDC com suas respectivas nuances.

A primeira parte do *caput* do art. 28 do CDC traz previsão pertinente às hipóteses comumente tratadas na desconsideração da personalidade jurídica, relacionadas ordinariamente com a ilegalidade ou a irregularidade da conduta do fornecedor, quais sejam: o abuso de direito, o excesso de poder, a infração da lei, a realização de fato ou ato ilícito e a violação dos estatutos ou contrato social.

Para além, entende-se que há que se observar a lesão aos interesses do consumidor para o cabimento da desconsideração, considerando a locução “em detrimento do consumidor”, consoante previsto no artigo em epígrafe, secundando exposição de Amaro (1993, p. 7).

Importante notar a advertência de Rodrigues Filho (2016, p. 137-138), que, ao tratar da infração à lei e da prática de fato ou ato ilícito, informa que estas não se enquadram como casos de desconsideração, mas sim como situações de imputação, por isso a aplicação da responsabilidade civil, por ato próprio, originária do ato ilícito. Além disso, sustenta, quanto ao excesso de poder, a necessidade da diferenciação da aplicação entre a desconsideração da personalidade jurídica e a da teoria *ultra vires*, que não se confundem, porquanto, em caso de atuação *ultra vires*, a responsabilização deverá recair apenas sobre o agente que desviou as atividades da empresa.

Nesse passo, faz-se necessário esclarecer que o enquadramento típico, por óbvio, demandará a análise contextual do caso concreto com vistas à esmerada mensuração da aplicação da doutrina da desconsideração, diante do viés restritivo que lhe é ínsito, já que não se desconhecem posições outras, a exemplo de Alves (2021, p. 22), no sentido de que, dentre as hipóteses postas no *caput* do art. 28 do CDC, apenas o abuso de direito se amolda à *disregard doctrine*.

Traz-se, assim, a doutrina de Coelho (2021, n. p.):

A teoria da desconsideração, como visto, tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar do superamento de sua autonomia. E quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica, provoca danos a terceiros, inclusive consumidores, em virtude de comportamento ilícito,

responde pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal, decorrente do ilícito em que incorreu. Não há nenhuma dificuldade em estabelecer essa responsabilização, e a existência da pessoa jurídica não a obsta, de maneira alguma. A circunstância de o ilícito ter sido efetivado no exercício da representação legal de pessoa jurídica, ou em função da qualidade de sócio ou controlador, em nada altera a responsabilidade daquele que, ilicitamente, causa danos a terceiros. Não há, portanto, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social ou por qualquer outra modalidade de ilícito.

A segunda parte do *caput* do art. 28 do CDC, em caráter aditivo, traz a possibilidade da desconsideração nos casos de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Da leitura desta segunda parte, percebe-se que não se fizera associação com as figuras do abuso de direito ou fraude. Porém, as hipóteses elencadas estão condicionadas à origem comum da má administração, porquanto provocadas por ela, decorrentes dela. Assim, o cerne de sua aplicação perpassa pela definição e alcance da expressão “má administração”.

Segundo Amaro (1993, p. 7), a má administração está configurada diante da incompetência dos atos de gestão, o que pode gerar a responsabilização dos sócios ou do administrador que ocasionem a extinção da pessoa jurídica. Ressalta o autor, contudo, que “[...] ninguém irá administrar mal uma empresa com o objetivo de fraudar direitos do consumidor”. Aqui, Coelho (2021, n. p.) aduz que: “[...] cogita-se de erros do administrador na condução dos negócios sociais”.

Miragem (2021, p. 301), por sua vez, expõe o entendimento de que a “[...] má-administração equivale à gestão dos negócios da sociedade mediante fraude ou má-fé”. E conclui: “exigindo a má-fé, fixa o mesmo sentido do que a primeira parte do dispositivo, referindo-se à necessidade de reprovação jurídica da conduta dos sócios e administradores” (MIRAGEM, 2021, p. 302).

A posição sustentada por Miragem (2021, p. 302) vem a ser mais consentânea com a proteção do consumidor, tendo em mira que eventual inaptidão de gerência por parte do administrador não determina a finalidade lucrativa da atividade, podendo funcionar, sim, como catalisadora e sendo, portanto, mais um elemento, e não o único.

Para além, deve ser observada a necessidade da produção da prova por parte do consumidor, no tocante à má administração, devendo ser aplicada a regra de procedimento da inversão do ônus da prova, na forma do art. 6º, VIII, do CDC, inclusive com a utilização da documentação referenciada no art. 22, III, “e”, da Lei nº 11.101/2005, a título de prova emprestada, como bem pondera Rodrigues Filho (2016, p. 139). Ainda, assente-se com a ideia

de que o encerramento ou inatividade diz com a extinção da pessoa jurídica e deve ser decorrente da má administração (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 139).

Ao referenciar a expressão má administração, defendendo que não se está a tratar de caso de desconsideração, Coelho (2021, n. p.) assim expõe:

Quando ele [administrador] desatende às diretrizes fixadas pelas técnicas administrativas, pela chamada “ciência” da administração, deixando de fazer o que elas recomendam ou fazendo o que desaconselham, e disto sobrevêm prejuízos à pessoa jurídica, ele administra *mal*; e, se ocorrer a falência da sociedade, a insolvência da associação ou fundação ou mesmo o encerramento ou a inatividade de qualquer uma delas em decorrência da má administração, então será possível imputar ao administrador a responsabilidade pelos danos sofridos pelos consumidores. Novamente, a existência e autonomia da pessoa jurídica não obstem essa responsabilização, descabendo, por isso, a referência à sua desconsideração (grifos do original).

Por sua vez, como antedito, os §§ 2º, 3º e 4º do art. 28 não cuidam da desconsideração da personalidade jurídica, mas estão a relacionar-se com a responsabilidade societária, prevista em lei, das sociedades que integram o mesmo grupo societário, consorciadas e controladas.

O CDC, em seu art. 28, prescreve a responsabilidade subsidiária entre as sociedades integrantes de grupos societários e suas controladas (§ 2º), instituindo, no § 3º, a responsabilidade solidária das controladas e, por fim, prevendo a responsabilidade por culpa das coligadas.

No tocante aos grupos societários e às sociedades controladas, nos termos do art. 28, § 2º, do CDC, de rigor trazer o enquadramento típico para melhor contextualização com o CDC.

Os grupos de sociedades, na forma do art. 265 da Lei nº 6.404/1979⁹⁵, são constituídos pela sociedade controladora e pela sociedade controlada, formalizados por convenção, pela qual se obrigam ao ajustamento de recursos ou esforços, visando à realização dos respectivos objetos ou, ainda, à participação em atividades ou empreendimentos comuns. Em termos outros, são aquelas sociedades que “[...] se estruturam no regime das sociedades ligadas por vínculo orgânico ou de direção” (MIRAGEM, 2021, p. 302). Alicerçam-se juridicamente, portanto, em dois conceitos basilares, a saber: o poder de controle e a personalidade jurídica (PRADO; SANTOS, 2021, p. 202).

Releva, ainda, anotar, quantos aos grupos societários, que há classificação entre os grupos de direito e os grupos de fato, divisão esta criada em sede doutrinária, conquanto incorporada à realidade, haja vista a existência de previsão legal apenas para os grupos de

⁹⁵ Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

direito, que são constituídos mediante convenção, conforme o Capítulo XXI da LSA. Os grupos de fato são analisados dentro da perspectiva das relações societárias, na senda do Capítulo XX da citada legislação (PRADO; SANTOS, 2021, p. 203).

As sociedades controladas são aquelas em que a controladora exerce a preponderância nas deliberações sociais – seja diretamente, seja por outras sociedades –, bem assim podendo eleger a maioria dos administradores, na forma do art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/1976⁹⁶ e do art. 1.098 do CC/02⁹⁷.

Nessa perspectiva, da responsabilidade subsidiária, tem-se que, havendo o esgotamento de recursos, tanto a sociedade controladora quanto a controlada responderão por eventual inadimplência junto aos consumidores, o que reforça a possibilidade de responsabilização direta, sem a necessidade da superação da pessoa jurídica, a denotar a aplicação aos grupos – seja de direito, seja de fato –, como também expõe Koury (2000, p. 192). Desnecessária a comprovação da culpa ou do dolo das empresas, sendo suficiente a caracterização do grupo societário (MIRAGEM, 2021, p. 303).

Rodrigues Filho (2016, p. 140) apresenta discordância acerca do entendimento, fazendo alusão ao fato de que a previsão do descumprimento deve ser analisada para além da constituição dos grupos societários. Acresce que “[...] consubstancia-se no abuso desse direito, e, portanto, teoricamente estamos diante de um caso de desconsideração da personalidade jurídica” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 140).

Não obstante a sobredita posição, crê-se que não há incompatibilidade no quanto expandido, visto que o abuso de direito não deve ser presumido e que, uma vez caracterizado, abre-se a oportunidade do exame da aplicabilidade da teoria da desestimação, de modo a reforçar a estrita relação de dependência com o caso em que se aponta o desvio.

Nesse trilhar, em seu art. 28, § 3º, o CDC traz a previsão da solidariedade no tocante à responsabilidade das sociedades consorciadas.

⁹⁶ Art. 243. [omissis]

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

⁹⁷ Art. 1.098. É controlada:

I – a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II – a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

Com fins no art. 243, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.404/1976⁹⁸, o consórcio pode ser definido como o agrupamento de sociedades para a execução de um determinado empreendimento, não tendo personalidade jurídica e respondendo cada uma das consorciadas por suas obrigações respectivas, previstas contratualmente, sem presunção de solidariedade.

Aqui, vê-se uma clara distinção entre o quanto previsto pela LSA e pelo CDC no aspecto pertinente à solidariedade. Todavia, a aplicação da responsabilidade solidária será conduzida em consonância com a natureza da relação de direito material em análise. Assim, em se tratando de relação de consumo, as sociedades consorciadas responderão solidariamente, em observância ao princípio da especialidade.

Nesse sentido, inclusive, o STJ, ao julgar o REsp 1.635.637/SP, reconheceu a responsabilidade solidária derivada da relação de consumo, ressaltando o caráter não absoluto do art. 278, § 1º, da LSA e aplicando-se, portanto, o art. 28, § 3º, do CDC, de modo a alcançar a máxima proteção ao consumidor, por meio do maior espectro da base patrimonial com vistas à indenização. Contudo, ressaltou a aplicação restritiva do art. 28, § 3º, do CDC para abarcar apenas as obrigações pertinentes ao objeto do consórcio⁹⁹.

⁹⁸ Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

⁹⁹ DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATROPELAMENTO EM VIA PÚBLICA. ÔNIBUS DO TRANSPORTE COLETIVO URBANO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. CONSÓRCIO DE EMPRESAS. RELAÇÃO DE CONSUMO. SOLIDARIEDADE ENTRE AS CONSORCIADAS. ART. 28, § 3º, DO CDC. ILEGITIMIDADE DO PRÓPRIO CONSÓRCIO. [...].

5. Como regra geral, as sociedades consorciadas apenas se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade, de acordo com o disposto no art. 278, § 1º, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76).

6. Essa regra, no entanto, não é absoluta, havendo no ordenamento jurídico diversas normas que preveem a solidariedade entre as sociedades consorciadas, notadamente quando está em jogo interesse que prepondera sobre a autonomia patrimonial das integrantes do consórcio.

7. Na hipótese de responsabilidade derivada de relação de consumo, afasta-se a regra geral da ausência de solidariedade entre as consorciadas por força da disposição expressa contida no art. 28, § 3º, do CDC. Essa exceção em matéria consumerista justifica-se pela necessidade de se atribuir máxima proteção ao consumidor, mediante o alargamento da base patrimonial hábil a suportar a indenização. 8. Não obstante, é certo que, por se tratar de exceção à regra geral, a previsão de solidariedade contida no art. 28, § 3º, do CDC deve ser interpretada restritivamente, de maneira a abarcar apenas as obrigações resultantes do objeto do consórcio, e não quaisquer obrigações assumidas pelas consorciadas em suas atividades empresariais.

9. Ademais, a exceção em comento não alcança o próprio consórcio, que apenas responderá solidariamente com suas integrantes se houver previsão contratual nesse sentido.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido (STJ, REsp 1.635.637/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 18.09.2018, DJ. 21.09.2018).

Já as sociedades coligadas, conforme o art. 28, § 4º, do CDC, apenas responderão por culpa, responsabilidade esta subjetiva, portanto não sendo o caso, como dito, de desconsideração.

Quanto às sociedades coligadas, não obstante a previsão no art. 243, § 1º, da Lei nº 6.404/1976¹⁰⁰, no sentido da determinação da influência significativa para a coligação, deve ser utilizada a baliza prescrita no art. 1.099 do CC/02¹⁰¹, em observância da previsão disposta no art. 46 da Lei nº 11.941/2009¹⁰². Logo, são consideradas coligadas as sociedades quando uma venha a participar com dez por cento ou mais do capital da outra, ausente o controle desta.

Não havendo a presença do controle, tem-se que cada qual se utiliza de sua funcionalidade própria de modo autônomo, respondendo por culpa, e a “[...] responsabilidade nessa hipótese, por ser subjetiva, é solidária [...]” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 141).

A principal disposição normativa, que concentra a maior parte das críticas, é o art. 28, § 5º, do CDC, o qual prevê que a desconsideração da pessoa jurídica poderá ser efetuada quando a personalidade vier a ser um óbice ao ressarcimento do consumidor.

Grande parte das críticas diz com a extensão do dispositivo legal, que não demanda causa outra para além do obstáculo ao ressarcimento ao prejuízo do consumidor, e que, se levada às últimas consequências, acaba por abarcar, na seara consumerista, todas as demais previsões atinentes ao tema.

Denari (2019, p. 251) chega a sustentar que, em virtude das razões do veto ao § 1º do art. 28 do CDC, tais razões deveriam incidir no § 5º do referido artigo, pontuando que houvera um equívoco remissivo. Malgrado a relevância do posicionamento, há que se concordar com Tomazette (2022, p. 269) no sentido de que se está a pressupor um equívoco, o qual não fora retificado ao longo do tempo.

Koury (2000, p. 194-195) reconhece a consagração da teoria da desconsideração no § 5º do art. 28 do CDC, discorrendo que as hipóteses previstas no *caput* do artigo em apreço têm caráter exemplificativo, o que está em consonância com os objetivos buscados pelo legislador.

Ainda nesse sentido, expõe Alves (2021, p. 23):

¹⁰⁰ Art. 243. [omissis]

§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

¹⁰¹ Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

¹⁰² Art. 46. O conceito de sociedade coligada previsto no art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com a redação dada por esta Lei, somente será utilizado para os fins previstos naquela Lei. Parágrafo único. Para os propósitos previstos em leis especiais, considera-se coligada a sociedade referida no art. 1.099 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022 – CC/02.

Quanto ao parágrafo 5º, sua finalidade foi esclarecer que as situações previstas no *caput* são meramente exemplificativas, pois qualquer outra que se apresente e seja, “de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” autoriza a desconsideração da personalidade jurídica. O legislador deixou ao magistrado verificar, objetivamente, se o consumidor tem direito a uma reparação da pessoa jurídica e se há algum obstáculo decorrente da autonomia patrimonial que o impeça de ser integralmente ressarcido. Se houver, como a limitação de responsabilidade pelo tipo societário da pessoa jurídica, a personalidade deve ser afastada e os integrantes responsabilizados pela pessoa jurídica.

Com viés crítico, Miragem (2021, p. 305) leciona, diante da largueza semântica, não haver como defender a interpretação literal do art. 28, § 5º, do CDC, devendo este ser interpretado de forma a garantir o ressarcimento aos consumidores, sem impor prejuízos aos direitos dos sócios e administradores. Preserva-se, assim, a livre-iniciativa (CF/88, art. 170, *caput*), sem restrições desmedidas.

Trazendo uma nova forma de interpretação, de modo a equacionar tanto a consideração da pessoa jurídica quanto os fundamentos teóricos da desconsideração, e propondo a delimitação do art. 28, § 5º, do CDC às sanções de cunho não pecuniário, leciona Coelho (2021, n. p.):

No tocante ao § 5º do art. 28 do CDC, note-se que uma primeira e rápida leitura pode sugerir que a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da pessoa jurídica. Essa interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer por três razões. Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não a sua negação. Assim, ela só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração, conforme assenta a doutrina na formulação maior. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido esta a intenção da lei, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.

Dessa maneira, deve-se entender o dispositivo em questão (CDC, art. 28, § 5º) como pertinente às sanções impostas ao empresário, por descumprimento de norma protetiva dos consumidores, de caráter não pecuniário. [...]. Note-se que a referência, no texto legal, a “ressarcimento de prejuízos” importa que o dano sofrido pelos consumidores tenha conteúdo econômico, mas não assim a sanção administrativa infligida ao fornecedor em razão desse dano (grifos do original).

Não obstante as críticas, o STJ, no caso dos danos decorrentes da explosão ocorrida em 11 de junho de 1996 no Osasco Plaza Shopping, fixou o entendimento paradigmático pela aplicação da teoria menor da desconsideração, na qual se sustenta que o “[...] risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a

pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba [...]”¹⁰³.

O REsp 279.273/SP tinha como relator originário o Min. Ari Pargendler, que defendia a aplicação do art. 28, § 5º, do CDC com lastro nas hipóteses previstas no *caput* do dispositivo, valendo-se a aplicação das hipóteses da cabeça do artigo, tendo sido acompanhado pelo Min. Menezes Direito.

Ao expor o entendimento que se sagrou vencedor, a Min. Nancy Andrighi, relatora para o acórdão, assim discorreu em seu voto:

A teoria da desconconsideração da pessoa jurídica, quanto aos pressupostos de sua incidência, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da desconconsideração.

A teoria maior não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial.

A prova do desvio de finalidade faz incidir a *teoria (maior) subjetiva da desconconsideração*. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.

A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a *teoria (maior) objetiva da desconconsideração*. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas.

A teoria maior da desconconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do CC/02.

A *teoria menor da desconconsideração*, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconconsideração com base na teoria menor, basta a prova

¹⁰³ Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. CDC. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

– Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

– A teoria maior da desconconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconconsideração).

– A teoria menor da desconconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

– Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

– A aplicação da teoria menor da desconconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

– Recursos especiais não conhecidos (STJ, REsp 279.273/SP, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04.12.2003, DJ 29.03.2004).

de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. [...]

O referido dispositivo do CDC, quanto à sua aplicação, como bem ressaltado pelo i. Min. Relator, sugere uma “circunstância objetiva”. Da exegese do § 5º deflui, expressamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pela mera prova da insolvência da pessoa jurídica, fato este suficiente a causar “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (grifos do original).

Tal posicionamento foi seguido pelo Min. Antônio de Pádua Ribeiro e pelo Min. Castro Filho, formando-se a maioria para a plena aplicação do art. 28, § 5º, do CDC, em consonância com a teoria menor da desconsideração.

Assim é que resta claro que, com a adoção da teoria menor pelo § 5º, não há que falar-se em dependência para com o *caput* do art. 28, o qual “[...] acolhe a teoria maior subjetiva da desconsideração [...]”, como esclareceu a Min. Nancy Andrichi em seu voto.

Por certo, com a sedimentação do entendimento do STJ, as críticas de outrora não deixaram de existir. Ao revés, Tomazette (2022, p. 270) chega a consignar que, em prevalecendo tal interpretação, seria a “[...] quase revogação da autonomia patrimonial no âmbito do direito do consumidor”. Defende, ainda, que o risco da atividade econômica é transferido para sócio, sendo tal risco limitado pelo tipo societário selecionado, para além da criação de uma espécie de responsabilidade sem o correlato nexa causal entre o dano e a conduta do sócio (TOMAZETTE, 2022, p. 271).

Coelho (2021a, p. 540, ns. 9 e 10) menciona expressamente o arrependimento em ter trazido a distinção entre as teorias, no volume 2 do seu *Curso de direito comercial*. Tanto é assim que não mais laborou com a diferenciação a partir da 12ª edição da referida obra. Esclareceu o autor:

Em 1999, procurei distinguir a aplicação correta da apressada por meio das figuras da “teoria maior” e “teoria menor”. Não fui feliz, porém. Essa formulação não só não aclarou o tema, como até mesmo contribuiu involuntariamente para aumentar distorções. Sem perceber que “teoria menor” era o modo com que eu queria fazer aflorar os lamentáveis equívocos na aplicação da desconsideração, houve quem fizesse uso dessa “categoria” para “fundamentar” as impropriedades do CDC e das distorções judiciais. Quando notei esse cenário, deixei de falar em teorias maior e menor (e, confesso aqui, extremamente arrependido de ter proposto a distinção).

De todo modo, e considerando a relevância dos argumentos contrários, não há como negar que a doutrina majoritária fixou o entendimento pela aplicação da teoria menor da desconsideração, com fulcro no art. 28, § 5º, do CDC, nas obrigações oriundas das relações de consumo.

Por fim, impende observar que o STJ, mesmo quando da aplicação da teoria menor nas relações de consumo, caracterizado o estado de insolvência ou obstáculo ao ressarcimento, não

admite a responsabilização pessoal daquele que não integra o quadro societário da empresa, ainda que atue como gestor¹⁰⁴.

Posteriormente, houve o surgimento da Lei nº 8.884/1994, que, em seu art. 18¹⁰⁵, trazia previsão da desconsideração da personalidade jurídica para os casos de infração da ordem econômica.

A legislação sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, a Lei nº 8.884/1994, fora revogada pela Lei nº 12.529/2011, que passou a tratar da matéria em seu art. 34, cujo *caput* dispõe: “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”. Já em seu parágrafo único, expressa que “a desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Vê-se, da leitura da disposição normativa em vigor, que as hipóteses atinentes ao cometimento de infração à ordem econômica são as mesmas prescritas no *caput* do art. 28 do CDC, razão pela qual se aplicam as considerações aqui externadas quando da análise da legislação consumerista.

Ao comentar a temática, Coelho (2021, n. p.) leciona que não há “[...] dúvidas quanto à pertinência da aplicação da teoria da desconsideração no campo da tutela do livre mercado”. Todavia, o autor ressalta que o enunciado normativo, ao reproduzir a disposição do CDC, acaba por colher as mesmas inconsistências.

¹⁰⁴ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. INCIDENTE. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 28, § 5º, DO CDC. TEORIA MENOR. ADMINISTRADOR NÃO SÓCIO. INAPLICABILIDADE. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. POLO PASSIVO. EXCLUSÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Para fins de aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, § 5º, do CDC), basta que o consumidor demonstre o estado de insolvência do fornecedor ou o fato de a personalidade jurídica representar um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados.

3. A despeito de não exigir prova de abuso ou fraude para fins de aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, tampouco de confusão patrimonial, o § 5º do art. 28 do CDC não dá margem para admitir a responsabilização pessoal de quem não integra o quadro societário da empresa, ainda que nela atue como gestor. Precedente.

4. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.862.557/DF, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, 3ª Turma, j. 15.06.2021, DJ 21.06.2021).

¹⁰⁵ Art. 18. 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. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Já Tomazette (2022, p. 283) diz não haver informação acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica perante o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), mormente diante das previsões dos arts. 32 e 33 da Lei nº 12.529/2011¹⁰⁶, que trazem regras de solidariedade e tornam despicienda a aplicação da teoria.

Em seguida, a disciplina da desconsideração veio a ser abordada na seara ambiental, com previsão expressa no art. 4º da Lei nº 9.605/1998, que assim dispõe: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Da leitura do enunciado normativo em epígrafe, tem-se que o legislador optou por seguir a trilha disposta no art. 28, § 5º, do CDC, no qual restou assentada, como alhures delineado, a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Acerca do tema, Coelho (2021, n. p.) traz hipótese de aplicação da teoria da desconsideração:

Se determinada sociedade provocar sério dano ambiental, mas, para tentar escapar à responsabilidade, os seus controladores constituírem nova sociedade, com sede, recursos e pessoal diversos, na qual passem a concentrar seus esforços e investimentos, deixando a primeira minguar paulatinamente [...], será possível, por meio da desconsideração das autonomias patrimoniais, a execução do crédito ressarcitório no patrimônio das duas sociedades.

Por sua vez, Tomazette (2022, p. 271) tem compreensão no sentido da impossibilidade da aplicação da teoria menor, porquanto, segundo ele, restaria concretizado o malferimento à autonomia patrimonial.

Nada obstante, tem-se que a aplicação da teoria menor se faz compatível na seara ambiental, haja vista as externalidades negativas produzidas pela intervenção humana, em consonância com o princípio do poluidor-pagador, não se podendo descurar do caráter *propter rem* das obrigações ambientais, assim como da responsabilidade objetiva, que dimana da teoria do risco integral adotada nessa seara.

Inclusive, reitera-se o entendimento, esposado em trabalho outro com Calças (2022, p. 235), no sentido da necessária compatibilização entre a preservação da empresa e os interesses oriundos da seara ambiental, tendo em mira os princípios do desenvolvimento sustentável e da solidariedade intergeracional (CF/88, art. 225).

¹⁰⁶ Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.
Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Houve, ainda, a previsão da Lei nº 9.847/1999, que compreende a fiscalização das atividades correlatas ao abastecimento nacional de combustíveis, e que trouxe previsão acerca da desconsideração, em seu art. 18, § 3º¹⁰⁷, quando caracterizado o obstáculo ao ressarcimento originário de prejuízos ocasionados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao sistema nacional de estoques.

Infere-se que a hipótese em testilha, assim como ocorreu com a lei ambiental, também trilhou as pegadas do art. 28, § 5º, do CDC, adotando-se, por consectário, a teoria menor quanto à desestimação da pessoa jurídica, pelo que, igualmente, recepçiona as críticas doutrinárias já externadas.

Por seu turno, opta-se por abordar o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹⁰⁸ e o art. 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN)¹⁰⁹, em inversão ao critério cronológico aqui exposto, haja vista a fluidez dos entendimentos divergentes cotidianamente aplicados na prática hodierna.

A CLT, promanada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, é considerada por alguns doutrinadores o primeiro dispositivo de lei a tratar da desconsideração.

Nesse sentido, traz-se a doutrina de Requião (1988, p. 79):

Quando a Consolidação da Leis do Trabalho, por exemplo, no art. 2º, § 2º, concebe como uma única entidade econômica a união de empresas, ou entre a empresa *mater* e suas filiadas, para os efeitos do direito social, nada mais está admitindo senão a aplicação da doutrina, pois despreza e penetra o *véu* que as encobre e individualiza, desconsiderando a personalidade independente de cada uma das subsidiárias (grifos do original).

Nesse particular, ainda, Koury (2000, p. 170) secunda a aplicação da doutrina da desconsideração com vistas a coibir que “[...] a personalidade jurídica da empresa contratante seja abusivamente utilizada para encobrir a real vinculação do empregado com o grupo”.

¹⁰⁷ Art. 18. [omissis]

§ 3º Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.

¹⁰⁸ Art. 2º [omissis]

§ 2º Sempre uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob 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.

Tal redação foi posteriormente alterada pela Lei nº 13.467/2017, passando a prever: “§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”.

¹⁰⁹ 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:

[omissis]

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídicas de direito privado.

Almeida (2009, p. 200), além de ressaltar a adequação da aplicação da teoria da desconsideração ao Direito do Trabalho, explicita a adoção da regra consumerista, pelos magistrados, nas relações de emprego: “[...] nenhum ramo do direito se mostra tão adequado à aplicação da teoria da desconsideração do que o direito do trabalho, até porque os riscos da atividade econômica, na forma da lei, são exclusivos do empregador [...]”.

E, assim, prossegue Almeida (2009, p. 2021):

No direito do trabalho a teoria da desconsideração da pessoa jurídica tem sido aplicada pelos juízes de forma ampla, tanto nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, como em casos de violação da lei ou do contrato, ou, ainda, na ocorrência de meios fraudulentos, e, inclusive, na hipótese, não rara, de insuficiência de bens da empresa, adotando, por via de consequência, a regra disposta no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Nahas (2007, p. 99), não obstante sua discordância, expõe a adoção, quase unânime, pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista da teoria da desconsideração para os casos de responsabilidade solidária atinente às empresas do mesmo grupo, bem assim na sucessão de empresas, conforme os arts. 10¹¹⁰ e 448¹¹¹, ambos da CLT.

Nada obstante os entendimentos pelo reconhecimento da *Disregard Doctrine* no multicitado art. 2º, § 2º, da CLT, entende-se que, em verdade, o que está ali prescrito é uma hipótese de responsabilidade solidária das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico, sendo necessária a caracterização deste.

Não se pode olvidar que, com a Lei nº 13.467/2017, fora introduzido o § 3º no art. 2º da CLT¹¹², de modo a reforçar a necessidade de observância da demonstração do interesse integrado, a comunhão de interesses efetiva e a atuação conjunta das empresas para sua configuração.

Inclusive, a jurisprudência laboral, quando da interpretação do art. 2º, § 2º, da CLT, sedimentou o entendimento de que “[...] a mera existência de sócios em comum e de relação de coordenação entre as empresas não constitui elemento suficiente para a caracterização do grupo econômico”, consoante *decisum* do Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹¹³.

¹¹⁰ Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

¹¹¹ Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

¹¹² Art. 2º [omissis]

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

¹¹³ AGRAVO EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO.

Com Tomazette (2022, p. 273), “[...] não se discute o uso da pessoa jurídica, mas se protege de maneira direta o empregado, garantindo-lhe uma responsabilidade solidária das diversas integrantes do grupo, independentemente de fraude ou abuso”, asseverando a ausência de superação da personalidade jurídica, no caso em liça (TOMAZETTE, 2022, p. 273).

Conforme Nahas (2007, p. 99): “[...] em nenhum momento, previu o legislador trabalhista a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, a qual sempre foi aplicada na esfera trabalhista fundamentada, em entendimento equivocado [...]”.

Tem-se, ainda, que a introdução do art. 10-A na CLT¹¹⁴, pela Lei nº 13.467/2017, veio a reforçar, na perspectiva da limitação da responsabilidade, a necessidade de observância dos elementos mais próximos ao elencar a fraude, no parágrafo único do citado dispositivo, quando do tratamento da responsabilização do sócio retirante.

Com isso, não se está a aventar a impossibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, o que vai de encontro à previsão do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ), no art. 855-A da CLT¹¹⁵ e disposta na Instrução Normativa nº 39/2016 do TST.

PRESUNÇÃO. PAGAMENTO DOS SALÁRIOS POR MEIO DE EMPRESA DE COBRANÇA E PAGAMENTOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE POR EMPRESA LÍDER. SÚMULA Nº 296, I, DESTE TRIBUNAL. O Tribunal Regional, sob o fundamento de que a responsabilidade solidária das empresas não se limita à formação de grupo econômico, mas ao fato de a INDUFAL ter transferido a obrigação de pagar seus empregados com os créditos cedidos para a empresa FAN, condenou as empresas solidariamente. A egrégia Turma deste Tribunal concluiu que tal decisão violou o *artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho*, sob o fundamento de que apenas a cessão de crédito não é suficiente para a responsabilização solidária, mas seria necessária a figura do grupo econômico, que somente se configuraria se demonstrada a existência de controle e fiscalização de uma empresa líder, circunstância não noticiada no acórdão recorrido. Salientou, ainda, que a *jurisprudência desta Corte, ao interpretar o teor do citado dispositivo da CLT, pacificou o entendimento de que a mera existência de sócios em comum e de relação de coordenação entre as empresas não constitui elemento suficiente para a caracterização do grupo econômico*. Os arestos não enfrentam a matéria por esses ângulos, mas pelo prisma da Súmula nº 126 desta Corte, óbice não reconhecido na hipótese vertente. Correta a decisão denegatória, mantém-se o decidido. Agravo de que se conhece e a que se nega provimento (TST-Ag-E-ARR-8300-19.2011.5.21.0013, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, SDI-1, DEJT de 18/8/2017) (grifos nossos).

¹¹⁴ Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

I – a empresa devedora;

II – os sócios atuais; e

III – os sócios retirantes.

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.

¹¹⁵ Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – CPC/15.

Pelo contrário, está-se a sustentar a aplicação da teoria, observando-se os parâmetros do CC/02, com lastro no art. 8º, § 1º, da CLT¹¹⁶, e não a teoria menor do CDC, como sustenta Tomazette (2022, p. 273), com o uso da distribuição dinâmica do ônus da prova, malgrado a posição majoritária em sentido contrário.

Quanto à aplicação da teoria da desconconsideração no Direito Tributário, antes de analisar a previsão do art. 135, III, do CTN, releva verificar o art. 116, parágrafo único, do CTN¹¹⁷, acrescido pela Lei Complementar nº 104/2001, no qual está prescrita a possibilidade de a autoridade administrativa utilizar-se da desconconsideração de atos ou negócios formulados para dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos das obrigações tributárias.

Nesse passo, vê-se que o art. 116, parágrafo único, do CTN traz uma previsão geral com vistas a evitar a elusão fiscal, também denominada elisão ineficaz, identificada em procedimento próprio pela autoridade administrativa, que irá promover a desconconsideração dos atos para os efeitos tributários, fazendo o correlato enquadramento normativo.

O enunciado normativo em apreço vem sendo criticado em virtude do potencial desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, sem desconSIDERAR a ausência de imparcialidade da autoridade administrativa para tanto. Aqui, tem-se que a argumentação não deve prosperar, porquanto a observância do contraditório e da ampla defesa é impositiva no procedimento a ser adotado, o que não vem a afastar o controle de legalidade por parte do Poder Judiciário, acaso acionado.

Inclusive, no âmbito das licitações públicas, o STJ entendeu pela viabilidade da aplicação da teoria de desconSIDERÇÃO da pessoa jurídica pela Administração Pública, estendendo os efeitos da sanção administrativa, com lastro no princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público¹¹⁸.

¹¹⁶ Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade, e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente no direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

¹¹⁷ Art. 116. [omissis]

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconSIDERAR atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

¹¹⁸ ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

Todavia, compreende-se, igualmente, que o procedimento deve estar regulado em lei, consoante previsão do art. 116, parágrafo único, do CTN, o qual não deve ser utilizado de forma segmentada, pugnano-se pela aplicabilidade sem que haja a legislação respectiva, em clara omissão estatal.

Assim, crê-se que, antes de sustentar uma possível não observância do contraditório e da ampla defesa, deve-se buscar a concretização do devido processo legislativo, cuja ausência já fez ressoar seus reflexos, como a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.446, no tocante ao enunciado normativo, ainda pendente de julgamento pelo STF.

No que concerne ao art. 135, III, do CTN, tem-se que este diz com a responsabilização de terceiros por atuação irregular quando da prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, passando a ser pessoalmente responsáveis pelo tributo e multas pertinentes.

Uma vez praticados os atos com excesso de poder, infração da lei, contrato social ou estatutos, serão responsabilizados os diretores, gerentes ou representantes, a denotar uma especial condição dos responsáveis, que, no caso, é a “condição de administrador de bens alheios” (TOMAZETTE, 2022, p. 290).

Tanto assim que, quando da análise do RE 562.276/PR¹¹⁹, o STF consignou que apenas o sócio com poderes de gestão ou representação na sociedade poderá ser responsabilizado pela prática do ilícito, o que diz com a própria personalidade da feitura desconforme do ato.

POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

– A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

– A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

– Recurso a que se nega provimento (STJ, RMS 15.166/BA, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 07.08.2003, DJ 08.09.2003).

¹¹⁹ DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. [...]

5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a personalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.

9. Recurso extraordinário da União desprovido.

Saliente-se, por oportuno, que a simples inadimplemento da obrigação tributária não atrai, por si só, a responsabilidade para o sócio-gerente, haja vista a insuficiência para caracterização da infração da lei, tendo o STJ pacificado o entendimento nesse particular, por meio do enunciado da Súmula nº 430¹²⁰.

Isso, contudo, não quer dizer que não poderá ocorrer a responsabilização quando, para além do inadimplemento, ocorrerem situações outras, a exemplo da dissolução irregular.

É bem verdade que, uma vez dissolvida irregularmente, estará concretizada a infração da lei, já que, como visto, há procedimento prescrito em lei para as sociedades empresárias, o que faz ressoar a possibilidade de responsabilidade do sócio-gerente, o que é presumível em caso de ausência de funcionamento no domicílio fiscal, sem a comunicação aos órgãos competentes¹²¹.

Nesse ponto, recentemente o STJ veio a consolidar dois entendimentos, tendo em mira discussão acerca do momento do fato gerador, mais precisamente sua vinculação com a atuação do sócio com poderes de administração, diante da dissolução irregular. Vieram a ser fixadas as seguintes teses:

Tema 962: O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, não pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio que, embora exercesse poderes de gerência ao tempo do fato gerador, sem incorrer em prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se retirou e não deu causa à sua posterior dissolução irregular, conforme artigo 135, III, do CTN.

Tema 981: O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência pode ser autorizado contra os sócios com poderes de administração na data em que configurada ou presumida a dissolução irregular, ainda que não tenha exercido poderes de gerência quando ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido, conforme artigo, inciso III, do CTN.

Anote-se, por oportuno, que eventual suspeita de irregularidades, a serem apuradas pela Administração Pública, deverá observar o procedimento administrativo para a apuração da responsabilidade pessoal, mantendo-se hígida a observância da ampla defesa e do contraditório.

10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC (STF, RE 562.276/PR, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 03.11.2010, DJ 10.02.2011).

¹²⁰ STJ, Súmula nº 430: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

¹²¹ STJ, Súmula nº 435: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem a comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Desse modo, resta claro que não se trata propriamente de desconconsideração da personalidade jurídica, como ponderou Requião (1988, p. 79), mas sim de responsabilidade direta pela prática do ato ilícito, como assevera Koury (2000, p. 87-88).

Em síntese, traz-se o entendimento de Frazão (2012, p. 485-486), quando dos comentários ao art. 2º, § 2º, da CLT e ao art. 135, III, do CTN:

A inexistência de dispositivos legais específicos também levou a que a desconconsideração fosse frequentemente confundida com hipóteses legais de responsabilidade direta de administradores e sócios em decorrência de atos ilícitos, tal como a prevista no Código Tributário Nacional, ou com outras hipóteses de responsabilidade direta, como ocorre na legislação trabalhista, que adota uma definição bastante extensa de empregador, prevendo a responsabilidade solidária das pessoas jurídicas sujeitas à mesma direção ou controle.

O CC/02, por sua vez, trouxe previsão, em seu art. 50, *caput*¹²², que é considerada a regra geral atinente à teoria da desconconsideração. Como visto, prevalece o entendimento de que a presente disposição normativa adotou a teoria maior da desconconsideração da pessoa jurídica, em face do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Assim, tendo em mira a moldura típica como regra geral, opta-se pela abordagem em tópico separado.

Por fim, salienta-se que outros enunciados normativos trazem a previsão da desconconsideração, a exemplo do art. 14 da Lei nº 12.846/2013¹²³ e do art. 16 da Lei nº 14.133/2021¹²⁴, os quais, pelos limites do presente trabalho, não serão abordados, sendo mais produtivo o caminhar com a contextualização da conceituação da desconconsideração da personalidade jurídica.

¹²² 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.

¹²³ Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

¹²⁴ Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

3.4 O CONCEITO DE DESCONSIDERAÇÃO

Inicialmente, diante da profusão de expressões, vale mencionar as mais utilizadas, a exemplo de *piercing the corporate veil*, *lifting the corporate veil*, *cracking open the corporate shell*, nos Direitos inglês e americano; *superamento della personalità giuridica*, no Direito Italiano; *Durchgriff der juristischen Person*, no Direito alemão; *teoría de la penetración* ou *desestimación de la personalidad*, no Direito argentino; *mise à l'écart de la personnalité morale*, no Direito francês, com lastro na exposição de Koury (2000, p. 65), acrescentando-se o levantamento da personalidade colectiva, no Direito português.

Assim como ocorreu quando da consideração da pessoa jurídica, Cordeiro (2000, p. 102-103) trouxe ponderações sobre a impropriedade do vocábulo “desconsideração”, tendo ressaltado, inclusive, que chegou a defender a utilização da expressão “penetração”, igualmente considerada inadequada, sendo mais consentâneo o uso do signo levantamento, por tratar-se de expressão neutra. Nesse sentido, assim expôs:

[...] “Desconsideração” não parece adequado. Para além da *inelegantia*, trata-se de uma fórmula anglo-saxónica afastada das nossas tradições. Além disso, tem inequívoco sabor pejorativo que não faz, aqui, sentido. [...] propusemos, sob a influência alemã, o termo “penetração” na personalidade jurídica. Reconhecemos, todavia, que se mantém a *inelegantia*: além disso, o termo é excessivamente incisivo. [...] viemo-nos a fixar-nos na fórmula “levantamento” da personalidade colectiva. Trata-se duma locução neutra, conforme com o toar da língua portuguesa e que pode, convencionalmente, ser preenchida com qualquer significado jurídico (grifos do original).

De todo modo, Cordeiro (2000, p. 102) ressalta que, não obstante a impropriedade, em se tratando de uma expressão consagrada, não compensa contrariá-la¹²⁵.

Nessa senda, da equivocidade da expressão “desconsideração da personalidade jurídica”, Adamek e França (2021, p. 106-107) enunciam três fundamentos:

[...] *Primeiro* porque, [...], a aplicação do instituto não leva propriamente à desconsideração da *personalidade jurídica*, mas apenas de alguns de seus atributos, em especial da regra de separação patrimonial e da correlata regra de limitação de responsabilidade, cuja eficácia é episodicamente suspensa. [...]. *Segundo*, a expressão não parece ser das mais precisas, porquanto o instituto incide ainda quando não haja dois ou mais sujeitos envolvidos e, portanto, ainda quando não se esteja propriamente a desconsiderar a personalidade [...]. *Terceiro*, o instituto pode ser aplicado ainda quando a sociedade evolvida não seja personificada: em casos que tais não se vê óbice a que, por meio da sua aplicação, responsabilidades da sociedade não personificada possam ser imputadas aos sócios ou aos seus administradores; trata-se aqui não de desconsiderar a personalidade, mas a matriz da regra de imputação subsidiária (grifos do original).

¹²⁵ Em complemento, quanto ao vocábulo “superção”, expõe Cordeiro (2000, p. 103): “[...] transmite a ideia de remover um obstáculo, num epíteto que não pode ser aplicado à personalidade colectiva: esta não é um obstáculo, mas algo de perfeitamente regular, a afastar, apenas, em certos casos”.

Tem-se, aqui, que não poderia ser diferente, diante das diversas expressões utilizadas, em sua maior parte com caráter metafórico e de forma esparsa, diante da análise casuística, a potencializar a abstração dos conceitos, que, no mais das vezes, tendem a secundar o viés pragmático e o dinamismo da doutrina em voga.

Ainda na trilha do significado dos vocábulos, impende apontar a distinção entre despersonalização e desconsideração. Para tanto, trazem-se à colação as considerações de Comparato e Salomão Filho (2014, p. 343):

[...] Na primeira [despersonalização], a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só, para o caso concreto.

Da sobredita diferenciação, revela-se o caráter relativo da desconsideração, como assentara Verrucoli (1964, p. 82)¹²⁶, que tenciona estabelecer a observância da finalidade posta pela atividade da pessoa jurídica, não deixando de ser uma reação ao excessivo formalismo que contribuiu com os desvios da separação patrimonial.

Assim é que Requião (1988, p. 69), ao esclarecer que a doutrina da desconsideração tem aplicação adstrita ao caso concreto, tendo em mira pessoas e bens específicos, não se prestando, portanto, à anulação do ente coletivo, assim leciona: “É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos”.

Vê-se, igualmente, que a desconsideração não se confunde com a extinção da pessoa jurídica, procedimento este que, como abordado, findar-se-á apenas com a liquidação, na forma do art. 51 do CC/02.

Para Justen Filho (1987, p. 57), ao aludir à necessidade da correspondência à função para a elaboração do conceito, assim define a desconsideração da personalidade jurídica:

É a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica.

Ao ponderar que ao conceito de pessoa jurídica deve ser acrescida a possibilidade de ineficácia episódica, Coelho (1989, p. 92) assim esclarece sobre a teoria da desconsideração: “O juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica,

¹²⁶ “*Il relativismo, per cosí dire, del superamento in questione assume un duplice significato [...]*” (VERRUCOLI, 1964, p. 82).

se verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito”.

Pereira (2013, n. p.), ao fazer menção ao brocardo *societas distat a singulis*, traz a desconsideração em oposição à separação entre a sociedade e os sócios, acentuando que não se trata de nulidade ou desconstituição da pessoa jurídica, e sim de ineficácia.

Comparato e Salomão Filho (2014, p. 345), como já frisado, trilham a interpretação funcional do instituto, relevando da criação da pessoa jurídica para determinadas funções (gerais e especiais), sobrelevando que a desconsideração da pessoa jurídica se dá como consequência do desvio de função, abrangendo não só os casos de abuso ou fraude, mas também os de atos lícitos.

Vale rememorar o quanto dito por Oliveira (1979, p. 262-263), quando menciona o desenvolvimento da desconsideração da pessoa jurídica por parte dos tribunais, ressaltando que se desenvolveu uma espécie de “[...] suspensão de vigência – para o caso concreto em julgamento – do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro”.

Koury (2000, p. 86), ao adotar uma acepção mais ampla, diz que a *Disregard Doctrine* consiste:

[...] em subestimar os efeitos da personalidade jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizando, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Já Rodrigues Júnior e Leonardo (2021, p. 604) compreendem como a desconsideração da personalidade jurídica:

[...] a decisão, judicial ou administrativa, que restringe a eficácia da separação patrimonial, permitindo que o efeito de certas e determinadas obrigações originalmente imputadas à pessoa jurídica possam alcançar seus sócios ou associados (*modalidade direta*) ou, inversamente, que o efeito de certas e determinadas obrigações imputadas aos sócios ou associados possam atingir a pessoa jurídica que a integram (a dita *modalidade inversa*) (grifos do original).

Tomazette (2022, p. 259-260) expõe que a desconsideração da personalidade jurídica: “[...] é a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus titulares, sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio da função da pessoa jurídica, perpetrado por estes”.

Na doutrina portuguesa, verifica-se uma amplitude maior, embora não desconhecida da academia brasileira. Consoante Vasconcelos e Vasconcelos (2019, p. 190), a desconsideração da personalidade coletiva:

[...] ocorre quando, não obstante a separação entre as esferas jurídicas da pessoa coletiva e dos respetivos sócios, inerente à personalidade coletiva, o Direito imputa ao sócio a autoria ou a responsabilidade de atos da pessoa coletiva, ou vice-versa, como se, no caso concreto, personalidade coletiva não houvesse, sem que por isso, a existência e a personalidade da pessoa coletiva em causa sejam denegadas.

Infere-se da leitura dos múltiplos conceitos alinhavados que a conceituação da desconsideração ainda se prende mais aos efeitos e consequências práticos, notadamente o alcance subjetivo e a limitação da responsabilidade, o que fica claro quando da análise de diversas regras de direito material, incluindo o exame segmentado das palavras e expressões nela contidas.

Para além da superação da separação patrimonial, no caso concreto, vê-se que os efeitos das obrigações são estendidos, suplantando a figura do sujeito originário. Contudo, isso não diz com a extinção da pessoa jurídica, a qual permanece hígida para as demais relações diuturnas, que não foram atingidas pela disfuncionalidade imputada. Afinal, “as técnicas de *disregard* ou de *Durchgriff* são o mais agudo sintoma de crise de função” (OLIVEIRA, 1979, p. 608).

Ainda com lastro na definição, faz-se relevante ponderar com Ganacin (2020, p. 65), ao aduzir que: “[...] os autores têm procurado extrair conteúdo técnico-jurídico da expressão ‘desconsideração da personalidade jurídica’, como se fosse o caminho para a conceituação do instituto”, reconhecendo o autor que não é esse o caminho.

Realmente, ao tomar como alicerce a suspensão episódica da personalidade jurídica, tem-se que as consequências dessa suspensão igualmente merecem ser analisadas, no plano prático, com vistas a manter a coesão da aplicabilidade da doutrina. Tanto é assim que Justen Filho (1987, p. 55) aduz que: “A grande dificuldade reside, então, em sistematizar essa teoria que surgiu justamente em oposição à sistematização”.

O que se vê, uma vez mais, é a dificuldade mesma da limitação da figura da pessoa jurídica, não obstante os avanços, como bem salientou Justen Filho (1987), diante de uma visão segmentada e, por vezes, excludente.

Nesse passo, salienta-se a doutrina de Salomão Filho (2019, p. 388-395), que, após a abordagem da interpretação e aplicação da *Disregard Doctrine* no Brasil (2019, p. 377-388), alerta que a perplexidade gerada com o debate diz com a confusão conceitual, propondo a distinção entre o problema e o método da desconsideração da personalidade jurídica.

Dá-se o início da análise pelo problema da desconsideração, considerando-se sua maior amplitude em comparação ao método, ressaltando o autor que surge “[...] sempre que se trata de imputar certa norma, dever ou obrigação a pessoa diversa de seu destinatário normal” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 389).

Quanto à possibilidade de desconsideração, ainda enquanto problema, Salomão Filho (2019, p. 390) leciona que: “[...] qualquer tipo de discussão a respeito da imputação de direitos e obrigações (e não apenas da responsabilidade patrimonial) implica investigar os limites de cada *centro de imputação* [...]”, anotando-se que vem a abranger os casos de imputação e a aplicação de institutos do Direito Civil, a exemplo da teoria da aparência (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 390).

Já a desconsideração da personalidade jurídica quanto ao método tem menor amplitude e não se confunde com os casos de responsabilidade e imputação. Ressalta-se a figura da desconsideração atributiva como disciplina complementar no ordenamento pátrio, já que apta a colmatar lacunas na seara das regras organizacionais, ponderando o autor, contudo, que não se está a tratar do enquadramento como método, nesse ponto (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 391-392).

Afirma o referido autor que se faz possível trabalhar, no tocante ao método da desconsideração, com a responsabilidade societária, cujo traço distintivo é a realização da atividade societária lesiva/abusiva, tendo o responsável sempre como beneficiário, o que não se confunde com a responsabilidade civil e nem mesmo com a responsabilidade civil atinente ao direito societário (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 392-393).

Assim é que, para além do caráter casuístico, o método da desconsideração busca seu fundamento na atividade societária, dentro da perspectiva da organização, não sendo suficiente determinado ato do sócio ou administrador para a responsabilização¹²⁷ (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 394).

Com efeito, inegavelmente, o problema a ser solvido pela desconsideração da personalidade jurídica diz com o caráter limitador da pessoa jurídica, em potencial conflito de pensamentos e objetivo, que estão a conduzir para uma espécie de (des)controle interpretativo, como tal, ínsito à subjetividade.

Isso porque estão introjetadas no leque da desconsideração situações pertinentes aos efeitos na personalidade, determinação do alcance e, até mesmo, a expropriação por meio do processo, resguardando-se o princípio do devido processo legal.

¹²⁷ Faz-se relevante trazer a colocação excepcional quanto ao ato: “Não se pode excluir, no entanto, que a lesividade da atividade caracterize-se por meio de um único ato de natureza societária. Nesse caso, será preciso que o ato exija participação da organização societária, servindo o próprio procedimento societário de aprovação do ato para deslocá-lo para o campo da desconsideração da personalidade jurídica” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 394).

Vê-se, nessa toada, a dificuldade para a delimitação do uso da teoria da desconsideração, diante da confusão com institutos existentes nos demais ramos do Direito e que, se utilizados, podem atingir a finalidade mesma, que é a responsabilização patrimonial.

Aqui, retoma-se a discussão da preservação patrimonial, ante o aparato da separação e da limitação da responsabilidade, como também os custos sociais da ausência de balizas com vistas à segurança jurídica, o que resta potencializado diante das trilhas interpretativas, a desaguar na conflituosidade em seu estado de latência.

Não se pode olvidar, ainda, o caráter constitucional da propriedade, como já exposto, a denotar que, por vezes, a atividade interpretativa demandará a atuação integradora, preservando-se a autonomia privada e realizando-se os decotes necessários à manutenção da normalidade das funções, o que se coaduna com a “realização de imperativos de tutela de direitos fundamentais”, consoante Canaris (2003, p. 66-68).

Ainda, deve-se ter em conta que a desconsideração da personalidade jurídica, tomada como experiência atualizada pela prática, traz em si a flexibilidade para se amoldar aos casos que se entremostam, sendo, inclusive, considerada uma espécie de antídoto para situações extremas, a exemplo das falimentares (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 395).

Demais disso, assim como da pretensa confusão com os institutos civilistas, o influxo do direito obrigacional poderá se fazer presente, a depender da teoria que se adote, com reflexo na responsabilização patrimonial. Tal ponto não passou despercebido por Salomão Filho (2019, p. 392), quando aponta que a teoria dualista não pode ser embaralhada com a desconsideração enquanto método.

Desse modo, extrai-se da diversidade dos conceitos e percepções que a pessoa jurídica, enquanto centro de imputação de direitos e deveres, para que venha a ser desconsiderada, depende, para além da análise dos vocábulos, da incursão interpretativa voltada para a finalidade mesma da atividade econômica, com vistas a reduzir a margem de subjetividade, potencializando-se a autonomia, sempre que possível, e podendo-se os pontuais desvios nos caminhos. Permitem-se, assim, a continuidade e a preservação da empresa como parte comum do desenvolvimento do corpo social.

3.5 A DESCONSIDERAÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como visto, o Código Comercial de 1850, em seu art. 350, trouxe previsão, ainda que incipiente, a indicar a separação entre os bens dos sócios e os da sociedade, porquanto os bens da pessoa natural são objeto da execução após o esgotamento dos bens sociais.

Posteriormente, o art. 20 do CC de 1916 prescreveu, de modo expresso, que as pessoas jurídicas gozavam de existência própria, distinta da de seus integrantes, portanto. Tal enunciado normativo não foi reproduzido no CC/02, todavia continuou a ser aplicado, como orientação implícita, no sistema jurídico pátrio.

Com a edição da Lei nº 13.874/2019, a Lei da Liberdade Econômica (LLE), fora introduzido no CC/02 em vigor o art. 49-A, que veio, de forma clara, a robustecer o princípio da individualidade e da autonomia patrimonial, ao prescrever a distinção da pessoa jurídica de seus sócios, associados, instituidores ou administradores, bem como ao sedimentar a separação patrimonial como instrumento lícito de alocação.

Não obstante o aparente critério enunciativo, ante a orientação implícita sobredita, infere-se a correlação com o art. 50 do CC/02, tendo em vista as constantes ponderações acerca da demarcação dos limites de aplicação da doutrina da desconsideração, de modo a promover a segurança jurídica. Nesse sentido, ao comentar o dispositivo legal em liça, mais precisamente os conceitos de desvio de finalidade e confusão patrimonial, Pereira (2020, p. 49-50) assim se pronunciou:

Como se sabe, a ausência de definição clara sobre o assunto levou a uma série de interpretações jurisprudenciais pelos tribunais, sem a devida uniformidade.

A consequência foi o alargamento da desconsideração da personalidade jurídica e a sua aplicação em situações muito questionáveis, como reconhecimento judicial de desvio de finalidade pelo mero desenvolvimento da atividade econômica, sem haver alteração do objeto social.

[...]

Nesse sentido, o texto aprovado no Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, por meio da Lei nº 13.874/2019, busca fixar novos limites normativos a conceitos anteriormente indeterminados, com os objetivos de reduzir o alcance e os impactos da desconsideração da personalidade jurídica e de promover segurança jurídica para os empresários.

Com efeito, a ideia da LLE foi a de, considerado o cenário global da economia, demonstrar não só ao mercado nacional como também aos agentes econômicos do mercado mundial a inserção de regras mais claras quanto à segurança e previsibilidade das relações negociais no Brasil, por meio de instrumental normativo que fizesse com que a interpretação econômica não passasse ao largo da interpretação jurídica.

De certo modo, tal pretensão tem sua razão de ser quando se está a tratar das relações econômicas e empresariais, diante dos contornos mais amplos da ideia de empresa (FORGIONI, 2021, p. 64), sobrelevando-se a necessidade de célere adaptação das atividades empresariais em face da mutabilidade que lhe é inata.

Igualmente, não se pode menosprezar a influência da atuação do Poder Judiciário nessa seara, por meio de sua atividade-fim, que é a interpretação e/ou aplicação do direito, como

intérprete autêntico. Isso porque a consolidação do regramento da economia de mercado também perpassa pela extensão da aplicabilidade das disposições normativas, criando um comportamento reiterado e constante, ante a internalização da consciência da obrigatoriedade daquela conduta, de modo a alçar os usos e costumes como fonte do Direito.

Nesse ponto, Forgioni (2021, p. 172) registra a força seletiva da jurisprudência, de modo a ressoar a confluência entre os costumes, os enunciados normativos e a interpretação jurídica por intermédio do Poder Judiciário:

A jurisprudência também atua como forte fato de “seleção” dos usos e costumes. [...].
Um costume não aceito pelos tribunais – i.e., por eles considerado violador da norma jurídica – acaba desautorizado ou simplesmente não se consolida (grifos do original).

Assim é que se buscou a dinamicidade do mercado, com lastro na experiência internacional, tencionando promover a livre-iniciativa e, ainda, delimitar a intervenção estatal, quando oportuna, figurando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica como uma das alterações postas pela legislação em voga.

Como antedito, não se pode descurar que o mercado interno integra o mercado nacional (CF/88, art. 219), e a Lei nº 13.847/2019 tem a característica típica de Direito Econômico, o que se depreende da redação do art. 1º, *caput*¹²⁸, a abordar a livre-iniciativa e o papel do Estado como agente normativo e regulador, sem prejuízo de sua aplicação aos demais ramos do Direito (§ 1º).

Nessa ordem, a desburocratização, para além de necessária, faz-se impositiva, desde que caminhe com a segurança das relações negociais, porquanto sem a escoreita delimitação, e as discussões, inclusive judiciais, podem promover o efeito exatamente oposto ao esperado, que é o maior engessamento.

Ademais, quando se prescreve maior medida de atuação ao livre exercício das atividades privadas, não se pode pretender a exclusão dos riscos, já que a atividade empresarial os tem como inerentes. Em termos outros, é preciso também que haja um desapego no tocante ao assistencialismo estatal, o que vai muito além do fomento.

¹²⁸ Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da CF/88.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

Vê-se, nessa toada, que os investimentos estrangeiros, a partir do conhecimento da realidade econômica, poderão aportar no cenário nacional, impulsionando a modificação das atividades negociais por aqui implantadas, como um verdadeiro estímulo de concorrência. E isso será possível, mesmo que paulatinamente, com a assimilação da realidade vivenciada com influxo na atividade cognitiva do intérprete.

Ressalta-se, assim, o viés diretivo da interpretação da LLE, que, em seu art. 1º, § 2º, dispõe que: “interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”.

Contudo, é importante rememorar, no pertinente à atividade do Poder Judiciário, que tal diretriz não se desloca do caso em apreço, assim como o enunciado normativo pode ser lido em conjunto com os demais dispositivos legais insertos na LLE. Aqui, vale destacar a dicção do art. 3º, VIII¹²⁹, da sobredita lei, que destaca os negócios jurídicos paritários, o que faz ressoar a inaplicabilidade em situações outras de vulnerabilidade e hipossuficiência de um dos integrantes da relação, a exemplo do que ocorre com as relações consumeristas.

Com isso, tem-se que a LLE veio em grande medida a estimular a atividade econômica no país, com foco na facilitação e no incentivo ao empreendedorismo, atuando em uma vertente multidisciplinar, já que, por meio da alteração normativa, busca a alteração da cultura jurídica, inclusive com a introdução de princípios (art. 2º)¹³⁰, visando alcançar menor intervenção estatal, o que não diz com a introjeção de parâmetros interpretativos vinculantes, haja vista a potencial deterioração das previsões constitucionais.

Dentro desse contexto foram introduzidas as alterações no art. 50 do CC/02, enunciado este que se tem como norte nas relações civis e empresariais, cuja redação anterior assim dispunha:

¹²⁹ Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

[...]

VIII – ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública.

¹³⁰ Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I – a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II – a boa-fé do particular perante o poder público;

III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV – o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do *caput* deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

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 estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Com efeito, o art. 50 do CC/02 trouxe as balizas necessárias à aplicação da *Disregard Doctrine*, com um espectro mais geral, o que indica a evolução quanto à anterior aplicação desprovida de lei, bem como em face das críticas endereçadas à teoria menor da desconsideração, a exemplo da prescrição do art. 28, § 5º, do CDC. Pode-se, aqui, considerar que a “teoria não se volta *contra* a pessoa jurídica [...]”. Pelo contrário, a teoria da desconsideração é um aprimoramento do instituto [...]” (COELHO, 1989, p. 10).

Nesse ponto, da definição da desconsideração da personalidade jurídica no CC/02, expressa Salomão Filho (2019, p. 386): “[...] contribui para colocar a questão da desconsideração em moldes teóricos mais corretos”. Assim, vê-se que a disposição normativa, de certa maneira, contribuiu para a estabilização da temática, notadamente na seara empresarial, não obstante as críticas contra as interpretações fluidas.

Como mencionado, a desconsideração da personalidade jurídica traz a característica da flexibilidade diante do caráter casuístico (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 394), o que tem influxo na interpretação da disposição normativa, até mesmo ante a abertura das expressões utilizadas no texto legal.

Isso não quer dizer, contudo, que se deva adotar um caráter ampliativo. Ao revés, adota-se o caráter de exceção, e, como tal, as hipóteses previstas em lei são interpretadas restritivamente. Tanto é assim que Pereira (2013, n. p.) ressalta que a doutrina da desconsideração não pode ser aplicada indistintamente, devendo ser aplicada em circunstâncias especiais, a acentuar seu caráter excepcional.

Nesse sentido, vale mencionar o Enunciado nº 146 da Jornada de Direito Civil do CJF, que assim dispôs: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)”.

Releva anotar que a positivação da teoria no CC/02 não veio a afetar as demais disposições normativas, como aquelas prescritas no CDC e na Lei nº 9.605/1998, legislações que, como visto, adotaram a teoria menor. Aqui, traz-se à baila o entendimento fixado no Enunciado nº 51 da Jornada de Direito Civil do CJF: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo CC/02, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

Conquanto tenham a mesma finalidade, que é permitir a flexibilização da separação patrimonial e a limitação da responsabilidade obrigacional (MIRAGEM, 2021, p. 288-289), a teoria menor e a teoria maior se diferenciam.

A teoria menor da desconsideração, conforme exposto, vem a incidir quando da caracterização da mera insolvência da pessoa jurídica, independentemente do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, considerando-se os obstáculos gerados ao ressarcimento de eventuais prejuízos.

Nesse particular, é ilustrativo o entendimento esposado pelo STJ no REsp 1.111.153/RJ¹³¹, no qual, em aplicação ao art. 28, § 5º, do CDC, fora externada a suficiência do estado de insolvência somada à má administração da empresa para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Destaca-se que a aplicação da teoria menor busca critérios postos na legislação correlata, adaptando-se a regra material em discussão, em clara aplicação do princípio da especialidade, sem, contudo, deixar de observar a ampla defesa e o contraditório no bojo do caso concreto.

Já a teoria maior da desconsideração da pessoa jurídica foi adotada pelo CC/02 em seu art. 50, não havendo modificação do entendimento, nesse ponto, diante da LLE, que veio a alterar a redação do dispositivo, trazendo em seu *caput* o que segue:

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.

Da leitura do artigo de lei em epígrafe, tem-se que foram bem definidos dois critérios a caracterizar o abuso da personalidade jurídica, quais sejam: o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

¹³¹ DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FRUSTRADA, PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO APOIADA NA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (TEORIA MAIOR). ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATAVA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO ART. 28, § 5º, DO CDC (TEORIA MENOR). OMISSÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC RECONHECIDA.

1. É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (art. 28 e seu § 5º, do CDC).
[...]

3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido (STJ, REsp 1.111.153/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 06.12.2012, DJ. 01.02.2013).

Com lastro no desvio de finalidade e na confusão patrimonial, a doutrina indicará diferentes perspectivas. Elucidando, como exposto no tópico do desenvolvimento, percebe-se que Wormser, Serick e Requião relevavam o aspecto subjetivista ao condicionar o abuso da personalidade jurídica ao propósito, a intenção de lesar, em clara valoração do elemento anímico. Vale destacar que tal perspectiva não fora adotada ainda na redação original do CC/02, diante da rejeição da proposta de Requião, como exposto por Oliveira (1979, p. 557).

Ainda nesse ponto, há que ressaltar o caminhar, ainda que não integral, para a adoção da concepção objetivista, sendo de rigor reiterar a posição de Comparato (1995) no tocante ao caráter predominante do desvio funcional, a dita disfunção, para que seja operada a desconsideração da personalidade jurídica, norteando, aqui, o abuso como critério e destacando, para além dos desvios dos fins, a confusão patrimonial. Essa foi a concepção que veio a prevalecer quando da discussão acerca do projeto do CC/02¹³².

Daí exsurge a subdivisão entre a teoria maior subjetiva e a teoria maior objetiva. No caso da teoria maior subjetiva, desponta, como dito, o elemento anímico, com a demonstração da intenção de prejudicar terceiros e cometer fraude, desviando-se dos fins de sua destinação. Sobre o tema, leciona Tomazette (2022, p 274): “[...] o pressuposto fundamental da

¹³² A título informativo e complementar, no ponto em voga, traz-se a parte histórica sobre os debates atinentes ao atual CC/02: “Consultamos um estudioso da matéria, com trabalho já publicado, professor Fábio Konder Comparato, submetendo-lhe esboço do dispositivo. Assinalando, também, a necessidade de diferenciar despersonalização e desconsideração, o ilustre professor concorreu, valiosamente, para a configuração tentada. Acentuou, inclusive, que ‘a causa da desconsideração da personalidade jurídica não é, apenas, o desvio dos fins estabelecidos no contrato social ou nos atos constitutivos. O abuso pode também consistir na confusão entre o patrimônio social e o dos sócios ou administradores ainda que mantida a mesma atividade prevista, estatutária ou contratualmente. Justificou a menção, no texto, ao Ministério Público, visto que ele também pode intervir no processo sem ser parte’. Buscando contornos claros, ressaltou: ‘É preciso deixar bem caracterizado o fato de que os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica são meramente patrimoniais e sempre relativos a obrigações determinadas, pois a pessoa jurídica não entra em liquidação. A menção genérica a relações de obrigação justifica-se pelo fato de que o direito do demandante pode ser fundado em um delito civil e não em contrato’. Em conclusão, observou: ‘Finalmente, a fórmula sugerida – extensão dos efeitos obrigacionais aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica – visa a superar a discussão sobre se esta responde ou não, conjuntamente com os sócios ou administradores. Na prática, como é óbvio, recorre-se à superação da personalidade porque os bens da pessoa jurídica não bastam para satisfazer a obrigação’. Daí o artigo substitutivo proposto corresponder ao texto elaborado pelo douto professor, apenas empregado o vocábulo processo e não ‘feito’, dada a proximidade da palavra ‘efeitos’. [...] Assim, para atender a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conhecida por *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity* no Direito angloamericano; teoria do *superamento della personalità giuridica* na doutrina italiana; teoria da ‘penetração’ – *Durchgriff der juristischen Personen* germânica; o *abus de la notion de personnalité sociale* ou *mise à l’écart de la personnalité morale* do Direito francês, necessário se torna que o preceito contemple, a rigor, o tríplice interesse da doutrina, porquanto aplicável diante de atos ilícitos, ou abusivos que concorram para fraudar a lei ou ao abuso de direito ou ainda para lesar terceiros. Nessa linha de entendimento, a redação da emenda afigura-se mais consentânea à construção da doutrina, melhor adequando a idéia do legislador ao normatizar a desconsideração da pessoa jurídica. Demais disso, o texto proposto mais se coaduna com o alcance de permitir seja a doutrina consolidada, em seus fins, pela prestação jurisdicional” (BRASIL, 2000).

desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica, que se constata na fraude, no desvio de finalidade e no abuso de direitos relativos à autonomia patrimonial [...]”.

No tocante à teoria maior objetiva, como aludido, esta se encontra lastreada no potencial desvio de função do poder de controle, que não está vinculado propriamente ao elemento subjetivo, e tem como “[...] fundamento primordial a confusão patrimonial [...]” (TOMAZETTE, 2022, p. 275).

Cordeiro (2000, p. 126-127), ao mencionar que a teoria subjetiva tem sido rejeitada, em face da dificuldade de prova do elemento subjetivo e por estar caracterizado o abuso diante da utilização objetiva da pessoa jurídica fora dos limites de sua função, expõe que: “Trata-se duma evolução bastante comum, no tocante a institutos aparentados à boa fé [...]. Numa primeira fase, tudo é feito a depender das (más) intenções do agente. Conquistado o instituto, este é objectivado, passando a depender da pura contrariedade ao ordenamento”.

De todo modo, não obstante a linha doutrinária, o STJ vem laborando com ambas as perspectivas da teoria maior da desconsideração, a exemplo do que ocorreu no REsp 970.635/SP, ressaltando que está-se a tratar da vertente subjetiva nos casos de desvio de finalidade e adotando-se a concepção objetiva quando configurada a confusão patrimonial¹³³. Colhe-se do voto da relatora, Min. Nancy Andrighi:

De acordo com os postulados da *Teoria Maior da Desconsideração*, a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações não constitui motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica.

Exige-se, portanto, para além da prova da insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial.

Assim, verificado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, teria lugar a *Teoria Maior da Desconsideração*, ao passo que, caracterizada a confusão patrimonial, evidenciada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os seus sócios, aplicável seria a *Teoria Maior Objetiva da Desconsideração* (grifos do original).

¹³³ Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. – A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica.

– A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.

– Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente (STJ, REsp 970.635/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 10.11.2009, DJ 01.12.2009).

Em verdade, vê-se que as vertentes subjetiva e objetiva não são excludentes, podendo, inclusive, haver o enquadramento dúplice no caso concreto. A opção pela perspectiva subjetiva poderá trazer maior dificuldade com relação à comprovação do elemento subjetivo, o que pode ser matizado com as técnicas processuais atinentes à produção probatória, assim como pela linha comportamental pautada pela boa-fé objetiva.

Assim é que, dentro da concepção da teoria maior (CC/02, art. 50), faz-se necessária a caracterização do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o que reforça a consideração da pessoa jurídica nas relações civis e empresariais, “não podendo ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT”¹³⁴. Tanto é que os casos de insolvência quanto ao cumprimento das obrigações, como citado anteriormente, não são suficientes à aplicação da doutrina do desconhecimento, até pela prescindibilidade reconhecida pelo STJ¹³⁵ e no Enunciado nº 281 da Jornada de Direito Civil do CJF¹³⁶. Nesse ponto, vale trazer os excertos do julgado referenciado (REsp 1.729.554/SP):

É possível afirmar, ademais, que além de a constatação da insolvência não ser suficiente à desconsideração – para o caso do art. 50 do CC –, com mais razão a inexistência de bens do devedor *não pode ser condição* para a instauração do procedimento que objetiva aquele decretação.

¹³⁴ Enunciado nº 9 da Jornada de Direito Comercial do CJF: “Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT”.

¹³⁵ RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO. REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL. DESCONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 50 DO CC/2002. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO.

1. A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos.

[...]

4. Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual.

6. Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do CC, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

7. A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

8. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.729.554/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 08.05.2018, DJ 06.06.2018).

¹³⁶ “A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”.

Na verdade, pode a desconsideração da personalidade jurídica ser decretada ainda que não configurada a insolvência, desde que verificados o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, caracterizadores do abuso de personalidade (grifos do original).

Igualmente, assim como fora abordado quanto ao redirecionamento da execução fiscal, o STJ vem entendendo que a insolvência da pessoa jurídica e, mais especificamente, a “dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na Junta Comercial, por si sós, não servem de ensejo à Desconsideração da Personalidade Jurídica no art. 50 do CC/02”¹³⁷, caminhando o Enunciado nº 282 da Jornada de Direito Civil do CJF na mesma trilha¹³⁸.

Percebe-se, da exposição dos enunciados doutrinários e da jurisprudência, que a tendência é a prevalência da figura da preservação da pessoa jurídica, como “instrumento legítimo de segregação patrimonial e, a depender do tipo societário, limitação de riscos [...]” (TOMAZETTE, 2022, p. 279), o que, para além do caráter excepcional antedito da desestimação, faz ressoar o caráter episódico, restrito ao caso concreto, e, portanto, a relação obrigacional em testilha.

Nesse particular, vale enaltecer a lição de Coelho (2021, n. p.), ao promover a distinção entre a desconsideração da personalidade jurídica e outras hipóteses de responsabilização, isso com lastro no que denomina pressuposto da licitude:

Cabe aplicar a teoria da desconsideração apenas se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária antepõe-se como *obstáculo* à justa composição dos interesses. Se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação da responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe nenhuma desconsideração. Em outros termos, cabe invocar a teoria quando a *consideração* da sociedade implica a licitude dos atos praticados, exurgindo a ilicitude apenas em seguida à *desconsideração* da personalidade jurídica dela. Somente nesse caso se opera a ocultação da fraude e, portanto, justifica-se afastar a autonomia patrimonial, exatamente para revelar o oculto por trás do *véu* da pessoa jurídica (grifos do original).

Com isso, além de reforçar o caráter pontual da ineficácia da autonomia patrimonial, enaltece-se a previsão de outras disposições normativas suficientes à imputação da responsabilidade, como visto nos casos de aplicação do art. 135 do CTN, permitindo-se, assim, a adequação na utilização da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Por seu turno, em linhas pretéritas, foi mencionado que não se pode desenvolver uma espécie de vinculação obrigatória entre as concepções de personalidade jurídica e limitação de responsabilidade. E, aqui, é interessante, malgrado venha a ser objeto de tópico próprio, trazer o entendimento atinente à declaração da ineficácia da responsabilidade quando da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

¹³⁷ STJ, REsp 1.526.287/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 16.05.2017, DJ 19.12.2017.

¹³⁸ “O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica.”

Menciona-se, nesse ponto, a posição de Parentoni (2014, p. 53):

Quanto aos efeitos, importante destacar que a teoria em exame *atua exclusivamente no plano da eficácia*, não comprometendo nem a existência nem a validade da atividade por ela atingida. Consequentemente, não prejudica terceiros interessados, pois o negócio jurídico subsiste válido entre as partes originárias. A aplicação dessa teoria acarreta apenas a declaração de ineficácia da limitação de responsabilidade dos membros de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, dotado de patrimônio próprio, em relação a credor ou grupo de credores determinado (*declaração de ineficácia parcial*). Em suma, o negócio jurídico permanece existente e válido em toda a sua extensão, bem como eficaz em relação aos demais sujeitos não atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica (grifos do original).

Nesse sentido, ainda, Warde Júnior (2007, p. 163-164) expõe que a desconsideração da personalidade jurídica é um dos instrumentos que, por meio da imputação da responsabilidade aos sócios, decotam as externalidades negativas provenientes das hipóteses de ineficiência, ressaltando que “[...] a responsabilidade limitada não é causada pela atribuição da personalidade jurídica”.

Por relevante, o rompimento dessa relação entre a personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade, recentemente, foi trazido em situação concreta analisada pelo STJ, no REsp 1.965.982/SP, envolvendo fundos de investimentos. Estes são destituídos de personalidade jurídica, mesmo assim fora reconhecida a aplicabilidade da teoria da desconsideração, em sendo demonstrados os critérios legais para tanto¹³⁹. No caso, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva ponderou da seguinte forma:

¹³⁹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PEDIDO E DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR. EXISTÊNCIA. REGULARIDADE FORMAL. FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (FIP). NATUREZA JURÍDICA. CONDOMÍNIO ESPECIAL. COTAS. CONSTRIÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE.

[...]

5. As normas aplicáveis aos fundos de investimento dispõem expressamente que eles são constituídos sob a forma de condomínio, mas nem todos os dispositivos legais que disciplinam os condomínios são indistintamente aplicáveis aos fundos de investimento, sujeitos a regramento específico ditado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

6. Embora destituídos de personalidade jurídica, aos fundos de investimento são imputados direitos e deveres, tanto em suas relações internas quanto externas, e, não obstante exercerem suas atividades por intermédio de seu administrador/gestor, os fundos de investimento podem ser titular, em nome próprio, de direitos e obrigações.

7. O patrimônio gerido pelo Fundo de Investimento em Participações (FIP) pertence, em condomínio, a todos os investidores (cotistas), a impedir a responsabilização do fundo por dívida de um único cotista, de modo que, em tese, não poderia a constrição judicial recair sobre todo o patrimônio comum do fundo de investimento por dívidas de um só cotista, ressalvada a penhora da sua cota-parte.

8. A impossibilidade de responsabilização do fundo por dívidas de um único cotista, de obrigatória observância em circunstâncias normais, deve ceder diante da comprovação inequívoca de que a própria constituição do fundo de investimento se deu de forma fraudulenta, como forma de encobrir ilegalidades e ocultar o patrimônio de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico.

A despeito do desencontro de teses no âmbito doutrinário, importa reconhecer, para os fins que aqui interessam, que: a) *as normas aplicáveis aos fundos de investimento dispõem expressamente que eles são constituídos sob a forma de condomínio; b) nem todos os dispositivos legais que disciplinam os condomínios são indistintamente aplicáveis aos fundos de investimento, sujeitos a regramento específico ditado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM); c) embora destituídos de personalidade jurídica, aos fundos de investimento são imputados direitos e deveres, tanto em suas relações internas quanto externas, e, d) não obstante exercerem suas atividades por intermédio de seu administrador/gestor, os fundos de investimento podem ser titular, em nome próprio, de direitos e obrigações.*

Assim, o fato de ser o FIP constituído sob a forma de condomínio e de não possuir personalidade jurídica não é capaz de impedir, por si só, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em caso de comprovado abuso de direito por *desvio de finalidade* ou *confusão patrimonial* (grifos do original).

Com efeito, malgrado a vinculação com a figura da entidade regularmente personalizada, tem-se que, uma vez identificados o patrimônio próprio e a clara imputação de direitos e obrigações, não há óbice à aplicabilidade da teoria da desconsideração, observando-se a existência da responsabilidade limitada, o que está em consonância com a *ratio* do Enunciado nº 229 da Jornada de Direito Civil do CJF¹⁴⁰.

Nesse passo, uma vez restrita aos efeitos de certas e determinadas relações e obrigações, a desconsideração deverá estar adstrita àqueles que se beneficiaram direta ou indiretamente pela caracterização do abuso, o que relaciona os efeitos com o alcance subjetivo da desestimação.

Em que pese a divergência doutrinária pontual, Frazão (2012, p. 484) bem sintetiza os aspectos relevantes da teoria, quais sejam:

- (i) que a desconsideração, longe de pretender acabar com o instituto da pessoa jurídica, teria a finalidade de aprimorá-lo e aperfeiçoá-lo;
- (ii) que a desconsideração apenas faria sentido em se tratando de sociedades personificadas, constituídas validamente e com separação patrimonial perfeita;
- (iii) que a desconsideração teria por finalidade principal a proteção dos credores sociais, já que os sócios e a própria sociedade contariam com outros

9. Comprovado o abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade (ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros), e/ou confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para atingir o patrimônio de outras pertencentes ao mesmo grupo econômico.

10. Hipótese em que a desconsideração inversa da personalidade jurídica foi determinada com base em desvio de finalidade e confusão patrimonial, não constituindo o recurso especial a via processual adequada para modificar as conclusões do acórdão recorrido, obtidas a partir da análise da documentação juntada aos autos. Incidência da Súmula nº 7/STJ.

11. No momento da constrição determinada pelo juízo da execução, como consequência da desconsideração inversa da personalidade jurídica do devedor, o fundo de investimento que teve o seu patrimônio constricto possuía apenas dois cotistas, ambos integrantes do mesmo conglomerado econômico, a revelar que o ato de constrição judicial não atingiu o patrimônio de terceiros.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (STJ, REsp 1.965.982/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 05.04.2022, DJ 08.04.2022).

¹⁴⁰ “A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.”

instrumentos de tutela, como as hipóteses de responsabilidade direta de sócios e administradores;

(iv) que o pressuposto da desconsideração não seria qualquer ilicitude, mas sim uma ilicitude relacionada à atividade societária, que se mostrasse incompatível com os pressupostos e funções da personalidade jurídica.

Trazida tal síntese, e de acordo com o art. 50 do CC/02, verifica-se que a teoria da desconsideração tem como causa o abuso da personalidade jurídica, abuso este caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Nessa toada, tem-se que o legislador pretendeu delimitar a configuração do abuso para a desconsideração da pessoa jurídica, conectando-o ao desvio de finalidade ou à confusão patrimonial.

Todavia, como cediço, a utilização de expressões abertas e não totalmente demarcadas, sem descurar da impossibilidade de a previsão legal abarcar toda a miríade de situações possíveis, faz com que a demarcação venha a depender da estrita relação com o caso concreto, seguindo logicamente, como norte, as premissas tangenciadas pelo CC/02, sempre tendo em linha de consideração a interpretação restritiva.

De todo modo, a leitura do art. 50 do CC/02 faz ressoar os pressupostos¹⁴¹ caracterizadores do abuso da personalidade jurídica, que, como dito, são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, estabelecendo-se uma relação causal. O prejuízo dos credores (MIRAGEM, 2021, p. 290) dimana dessa relação com vistas à própria sustentação da postulação em si, realizando-se de rigor o exame daqueles diante do aspecto fundante, o que se fará no próximo tópico.

3.6 O ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS PRESSUPOSTOS

Inicialmente, calha salientar, da simples leitura da expressão, a relação entre abuso de direito e abuso da personalidade jurídica. Como pondera Rodrigues Filho (2016, p. 88): “Entre o abuso de direito e o abuso da personalidade jurídica há uma relação entre gênero e espécie”. Assim é que as disposições normativas que estão a tratar do abuso do direito de personalidade extraem seu substrato da previsão constitucional da função social (RODRIGUES FILHO, 2016,

¹⁴¹ Segundo Parentoni (2014, 62, nº 122): “Por *pressuposto* considera-se aquilo que é indispensável à configuração de determinado instituto, à sua *existência*. Por sua vez, *requisito* refere-se à *validade* enquanto os *fatores* dizem respeito ao plano da *eficácia*. [...]” (grifos nossos). Assim é que o autor (2014, p. 72), em quadro esquemático, elenca como pressupostos históricos da desconsideração da personalidade jurídica: “1) Existência de centro autônomo de imputação de direitos e deveres, dotado de patrimônio próprio; 2) Atividade praticada por meio desse centro; 3) Atividade formalmente lícita; 4) Inobservância do distanciamento entre a atividade desempenhada pelo centro de imputação e a conduta de seus membros; 5) Inexistência de responsabilidade pessoal e direta dos membros”.

p. 88), que, como alinhavado, está a conformar o exercício das atividades econômicas, por meio das empresas, preservando-se a finalidade de sua constituição.

Cordeiro (2000, p. 123) expõe que: “O abuso do instituto da personalidade colectiva é uma situação de abuso do direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a propósito da actuação do visado, através duma pessoa colectiva”.

Ainda, vale trazer à baila a colocação de Oliveira (1979, p. 301), ao abordar a vertente subjetiva adotada por Serick quanto ao abuso da pessoa jurídica, tendo em vista o abuso de direito:

A noção de abuso de um instituto (no caso, a pessoa jurídica) é por SERICK formulado a partir da noção de *abuso de direito*, restrita esta aos abusos de direitos subjetivos. Embora, porém, o autor invoque a noção de *abuso de direito* em sua formulação objetivista (exercício de modo contrário à função ético-jurídica e social do direito), [...], a noção de abuso da pessoa jurídica que SERICK termina por aplicar só é levada em conta como justificativa da desconsideração da pessoa jurídica de Direito Privado se acompanhada do elemento subjetivo (nos casos em exame, *intenção* de fraude à lei). Não provada tal intenção, não se justificaria a desconsideração (grifos do original).

Vê-se a presença do elemento subjetivo, a dita intenção, discussão esta que ainda assola a doutrina e singra as correntes do entendimento jurisprudencial, como se viu do exame da teoria maior em sua vertente dúplice (objetiva e subjetiva), malgrado a propensão pela corrente objetiva, como dito, e considerando-se, inclusive, as dificuldades inerentes à seara probatória com relação ao elemento anímico. Tanto é assim que Tomazette (2022, p. 227) expõe que: “Ao contrário da fraude, no abuso de direito o propósito de prejudicar não é essencial, há apenas o mau uso da personalidade jurídica”.

Assim, tem-se que, quando da aplicação da teoria da desconsideração, o abuso de direito deve ser utilizado, em conformação com a função social, observando-se a perspectiva integradora, na sendo do art. 187 do CC/02. Afinal, como pontuado por Serick (2020, p. 95), quem nega a personalidade jurídica é quem está a abusar dela, e a afirmação da personalidade provém do ato de lutar contra tal desvirtuamento¹⁴².

Feita essa breve digressão, inicia-se a análise dos pressupostos da desconsideração da pessoa jurídica pelo desvio de finalidade.

¹⁴² “Si se abusa de una sociedad para fines ajenos a su razón de ser, la disregard doctrine evita que el Derecho tenga que sancionar tan temeraria empresa. Con ello en el fondo no niega la existencia de la persona jurídica, sino que la preserva en la forma con que el ordenamento jurídico la na concebido. Quien niega su personalidad es quien abusa de ella. Quien lucha contra semejante desvirtuamento, afirma tal personalidad” (SERICK, 2020, p. 95).

Vê-se, atualmente, que o desvio de finalidade veio a ser definido pelo § 1º do art. 50 do CC/02 como a “utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

Percebe-se, como ressaltado, que se está a tratar daquilo que Oliveira (1979, p. 262) denominou crise de função da pessoa jurídica, que diz com a busca de finalidade antijurídica. Assim complementa o autor:

Não se trata de uma simples alteração de necessidades levando a uma utilização do instituto para necessidades novas, não previstas pelo legislador. Tal fenômeno é sempre possível, desde que as novas necessidades e a sua satisfação guardem relação de conformidade com os grandes princípios informadores do ordenamento jurídico. Trata-se, ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos.

Quanto ao desvio de finalidade, inicialmente, tem-se que a pessoa jurídica pode vir a ser utilizada com o propósito de lesar credores. Aqui, uma vez mais, faz-se a digressão acerca do intento, do desígnio, do intuito, sentidos extraídos do vocábulo “propósito”. A discussão, então, trilha o caminho da existência ou não do elemento subjetivo no desvio de finalidade.

Afirma-se, de logo, que o elemento subjetivo é inescapável e fica claro da leitura da expressão “propósito de lesar credores”, mesmo diante da exclusão da palavra “dolosa” do art. 7º da Medida Provisória (MP) nº 881/2019¹⁴³, tendo-se em linha de consideração a atividade da pessoa jurídica para a comprovação do desvirtuamento, o que se coaduna com a perspectiva do art. 187 do CC/02.

Nesse particular, traz-se à baila a exposição de Rodrigues Júnior e Leonardo (2021, p. 606):

Ao se manter a qualificação do desvio de finalidade como “a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores”, o legislador ressaltou uma válvula subjetiva para a medida: a utilização dolosa da separação patrimonial e da responsabilidade limitada para causar prejuízo [...].
A prova do “propósito de lesar credores”, no entanto, deve ser avaliada segundo os atos exteriores capazes e justificara [*sic*] qualificação do exercício abusivo da personalidade jurídica.

Igualmente, Frazão (2020, p. 473) leciona que fora mantida a desconsideração pelos atos dolosos e que o § 1º do art. 50 do CC/02 veio a sanar tal dúvida.

Na senda da utilização desviante da pessoa jurídica, Tomazette (2022, p. 280) ressalta que: “[...] o conceito de desvio de finalidade passa a se assemelhar com o conceito clássico de fraude, que é o artifício malicioso para prejudicar terceiros [...]”, e que o “[...] essencial na sua

¹⁴³ Art. 50. [*omissis*]

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesa credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

caracterização é o intuito de prejudicar terceiros, independentemente de se tratar de credores” (TOMAZETTE, 2022, p. 280).

Por sua vez, defendendo a corrente objetiva, com lastro no art. 187 do CC/02, Miragem (2021, p. 292-293), malgrado afirme que a redação do § 1º do art. 50 do CC/02 admite interpretações contraditórias¹⁴⁴, externa dois óbices quanto à presença do dolo na caracterização do abuso, quais sejam:

Um *dogmático*, considerando a interpretação prevalente da noção de abuso independentemente da vontade do titular do direito ou posição jurídica em questão, em praticamente todos os quadrantes do Direito [...]; outro *pragmático*, uma vez que a exigência de demonstração do dolo, a toda evidência, representaria um ônus da prova excessivo e de difícil realização a quem viesse a requerer a desconsideração, com o risco de tornar a regra inócua (grifos do original).

Nesse sentido, Tepedino e Cavalcanti (2020, p.492-493) defendem uma interpretação da expressão “propósito de lesar credores” em conjunto com a “prática do ato ilícito de qualquer natureza”, rumando para a verificação da antijuridicidade, do ato em desacordo com o objeto social, caracterizando-o como ato ilícito *lato sensu*, desprendido, portanto, do elemento subjetivo. Para além, a preocupação dos autores é não trazer prejuízo ao credor lesado, em face do aprisionamento do desvio de finalidade e da intenção do sócio ou administrador, e, diante da interpretação ampliativa, sustentam a análise na violação do centro de interesses autônomo que realiza a pessoa jurídica¹⁴⁵.

Não obstante a ponderações contrárias ao elemento subjetivo, tem-se que, ao acrescer o § 1º ao art. 50 do CC/02, o legislador exerceu a opção legítima no tocante ao elemento volitivo, pelo que a construção interpretativa, ao passo que não deve descurar da *ratio* do art. 187 do CC/02 como antedito, precisa centrar-se na expressão associada à atividade finalística lícita da pessoa jurídica. É possível examinar o ato intencional de acordo com a potencial fuga dos objetivos sociais, observando-se a perspectiva da interpretação funcional.

¹⁴⁴ Ao aludir à possibilidade de interpretações díspares, o autor aproxima o Enunciado normativo à figura, talhada no direito alemão e trabalhada no caso “Trihotel”, que diz com a intervenção destrutiva dos administradores ou sócios: “[...] a redação do § 1º do art. 50 do Código Civil permite interpretações contraditórias. Não se ignora que a menção ao ‘*propósito de lesar credores*’ permite que se siga dando guarida à concepção subjetiva, uma vez que restringe o desvio de finalidade à utilização da pessoa jurídica para fraudar a garantia patrimonial geral ou especial dos credores. É a figura que no direito alemão vem se denominado de intervenção destrutiva dos administradores ou sócios, que compromete a própria existência da pessoa jurídica [...], como no caso de alienação do seu patrimônio por valor manifestamente inferior ao real” (grifos do original) (MIRAGEM, 2021, p. 293).

¹⁴⁵ Interessante notar que, mesmo diante da posição diversa, não se deixa de aventar que o enunciado normativo em liça entremostra tal possibilidade. Nesse sentido, traz-se à colação: “Essa menção expressa ao ‘dolo’ não permaneceu na redação final da Lei 13.874, de 20.09.2019, na medida em que a redação do dispositivo legal fala do ‘propósito de lesar credores’. Um esforço, de certa forma, para privilegiar a concepção objetiva do abuso de direito – ainda que exija nas entrelinhas um *animus fraudis* para a caracterização do desvio de finalidade” (NEVES, 2020, p. 461).

Ao mencionar que a vertente subjetiva é a mais adequada à teoria da desconsideração, Coelho (2021, n. p.) pondera sobre a dificuldade no âmbito probatório quanto ao elemento intencional, o que pode prejudicar o acesso à pretensão posta, em face da complexidade. Afirma, porém, a possibilidade de laborar com presunções ou a inversão do ônus probatório para tanto. Assim pontua, em síntese, o autor:

Em suma, entendo que a formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada como o critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é a mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova pelo demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou se inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude.

Ressalta-se a posição doutrinária acima com vistas a reforçar o quanto exposto sobre a compatibilidade entre as vertentes da teoria maior, notadamente o caráter não excludente entre elas, já tendo sido assentada pelo STJ, como visto, a conjugação das perspectivas na prescrição do art. 50 do CC/02.

Conquanto não expressamente prevista no art. 50 do CC/02, a fraude encontra-se implícita no próprio sentido do desvio de finalidade. A prática fraudulenta, “[...] a princípio, é lícita, sua ilicitude decorre do desvio na utilização da pessoa jurídica, dos fins ilícitos buscados no manejo da autonomia patrimonial” (TOMAZETTE, 2022, p. 275).

Segundo Lima (1965, p. 29):

A fraude, [...], decorre sempre da prática de atos legais, em si mesmos, mas com a finalidade ilícita de prejudicar terceiros, ou, pelo menos, frustrar a aplicação de determinada regra jurídica.
Não nos parece possível fraudar os credores, ou frustrar a aplicação da lei, por simples omissão fraudulenta, a não ser em casos especiais previstos em lei.

A utilização fraudulenta da pessoa jurídica, portanto, traz em si o elemento intencional, caracterizado pela frustração dos legítimos interesses dos credores e terceiros, que está posto na multicitada expressão “propósito de lesar credores”. Nesse ponto, bem explicitam Adamek e França (2021, p. 113):

O “propósito de lesar credores” consiste na *fraude danosa*, pela qual se dilacera subrepticiamente o patrimônio que deveria servir de garantia geral dos credores (CC, art. 391). Ela sempre se insere no contexto de um efetivo desvio de ativos, é dizer, a fraude sempre ocorre mediante o favorecimento dos sócios ou administradores, restando o “desvio de finalidade” configurado precisamente pela busca desse favorecimento no lugar do fim social (grifos do original).

Assim é que, não obstante a posição defensável acerca da caracterização objetiva da fraude¹⁴⁶, tem-se a existência do elemento anímico, até como decorrência da expressão proposta ao desvio de finalidade, devendo, assim, guardar correlação, como sustenta Tomazette (2022, p. 276), “[...] com o uso da pessoa jurídica, isto é, seja relativa à autonomia patrimonial”.

Ainda quanto ao desvio de finalidade, o § 5º do art. 50 do CC/02¹⁴⁷ trouxe previsão específica acerca da não caracterização quando da ocorrência da mera expansão ou alteração da finalidade original da atividade econômica específica.

De logo, vê-se que a aplicação se dá quanto às sociedades, que são pessoas jurídicas com fins econômicos, e trazem a atividade econômica descrita em seu objeto social, que está inserido nos atos constitutivos.

Compreende-se que a introdução do § 5º se deu justamente para tentar aclarar e reduzir a interpretação ampliativa e acrítica quanto à aplicação da teoria da desconsideração, quando da alteração, considerada a expressão em sentido amplo, de sua finalidade, tendo em mira o caráter primordial do critério teleológico, como aludido por Serick (2020)¹⁴⁸.

Para melhor delimitação da caracterização ou não do desvio de finalidade, entende-se que a expansão ou alteração da finalidade original da atividade econômica deve ser visualizada dentro do contexto da atividade societária, observada a perspectiva da organização, como alinhavado, já que o “[...] desvio de finalidade dá-se, pois, quando a sociedade acaba por desenvolver *atividade* (encadeamento de ato, não atos isolados), que diverge do fim social [...]” (ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 113).

Isso não quer dizer, contudo, que a prática de ato isolado não possa vir a ocasionar a disfunção passível de ser contornada pela desconsideração, mormente diante do casuísmo e da constante evolução dos negócios empresariais.

Sobre o dispositivo em questão, Waisberg (2021, p. 567) defende, de forma peremptória, sua aplicação, enaltecendo, inclusive, outros meios de proteção aos riscos potencialmente criados:

¹⁴⁶ Consoante Rodrigues Filho (2016, p. 90-91): “Também para a *disregard doctrine* a fraude é qualificável como a violação indireta da lei, que causa o resultado negativo, extraído *a contrario sensu* do ordenamento jurídico. A concepção da fraude na modalidade objetiva facilita a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e lhe confere ‘sólida’ fundamentação” (grifos do original).

¹⁴⁷ Art. 50. [omissis]

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

¹⁴⁸ “Si al contestarse a la pregunta de si la forma de la persona jurídica puede ser excepcionalmente denegada, se compara la finalidad que en el caso concreto persiga la sociedad con aquella finalidad general que constituye el límite mismo puesto a la razón de ser de las personas jurídicas, resulta que en la aplicación de la doctrina del *disregard* se tiene en cuenta de manera primordial un criterio teleológico” (SERICK, 2020, p. 96).

A regra, bastante clara, não comporta outra interpretação: a alegação de alteração no objeto social ou na atividade fim da pessoa jurídica não sustenta o pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

[...] não parece ser direito do credor que este potencial aumento de risco viabilize acesso a patrimônio de sócios. Se um credor deseja se proteger disso, deve colocar vencimento antecipado ou multa em seu contrato. Além disso, a lei societária quando deseja que um assunto interno seja apreciado por credores sob pena de ineficácia o faz diretamente, como no caso de cisão e da redução de capital.

Nada obstante, como antedito, pondera-se com Frazão (2020, p. 478-479), quando destaca a significativa alteração dos riscos em face da alteração:

[...] a alteração da finalidade da pessoa jurídica que modifique substancialmente o risco da atividade tem desdobramentos sobre os credores sociais anteriores.

Dessa maneira, o ideal é que se aplique irrestritamente a regra do § 5º para as alterações que não repercutam significativamente sobre o risco da atividade, admitindo-se a possibilidade de se cogitar da desconsideração quando houver aumento considerável do risco empresarial, que subverta as legítimas expectativas que os credores sociais tinham no momento em que o crédito foi constituído de tal modo que isso possa ser considerado um desvio de finalidade.

Com efeito, observada a interpretação restritiva quanto à *Disregard Doctrine*, deve-se ter em mente que a utilização inadequada, diante da modificação da atividade com prejuízos aos credores, não pode ser uma fonte de irresponsabilidade (NEVES, 2020, p. 461), até porque vai de encontro ao princípio da boa-fé objetiva, quando considerada a proibição da surpresa.

Vale anotar que o quanto prescrito no § 5º do art. 50 do CC/02 não vem a se confundir com a teoria *ultra vires*, que diz com os atos praticados pelos administradores da pessoa jurídica, como órgão de representação desta, nas relações cotidianas estabelecidas com terceiros, de modo a vinculá-la. Todavia, como anota Campinho (2022, p. 234), “As fronteiras da atuação do administrador são fixadas pelo objeto social. Ultrapassado esse limite, [...], verifica-se o abuso do nome empresarial [...]”.

Com o advento do CC/02, sedimentou-se que a teoria *ultra vires* encontrava previsão no parágrafo único do art. 1.015, inclusive com a corroboração da doutrina por meio do Enunciado nº 219 das Jornadas de Direito Civil do CJF¹⁴⁹.

¹⁴⁹ “Está positivada a teoria *ultra vires* no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei nº 6.404/76)”.

Todavia, com a superveniência da Lei nº 14.195/2021, o parágrafo único do art. 1.105 do CC/02 veio a ser revogado, mantendo-se íntegro o seu *caput*¹⁵⁰. Antes, porém, dessa revogação já havia sido sedimentada a aplicação do sobredito dispositivo legal à luz da teoria da aparência e da boa-fé objetiva, consoante o Enunciado nº 11 das Jornadas de Direito Comercial do CJF¹⁵¹.

Assim é que, mesmo com a revogação sobredita, a sociedade, a princípio, continua a responder pelos atos *ultra vires* de seus administradores, abrindo-se a oportunidade de comprovação, por parte da sociedade, para eximir-se, como esclarece Campinho (2022, p. 237-238):

Parece, portanto, à luz do ordenamento jurídico vigente, que a melhor orientação é aquela que apoia e valoriza a teoria da aparência e boa-fé objetiva para, como regra, vincular a sociedade ao negócio celebrado por seu administrador, caracterizador de ato *ultra vires*. Cabe a ela provar o conhecimento do terceiro do contrato social para eximir-se da responsabilidade derivada, ou demonstrar circunstancialmente que, em razão das condições e da natureza a negociação e pela qualidade profissional do contratante, cabia a ele diligenciar para ter acesso e conhecimento do seu objeto social.

Vê-se, nessa toada, que o administrador responderá pessoalmente pela atuação em excesso não autorizada pela pessoa jurídica. Nesse ponto, vale trazer a lição de Oliveira (1979, p. 520):

[...] há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou gerente agiu com desobediência a determinadas normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias, ser inimputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de *aparência*) – a responsabilidade será sua, por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito, doloso ou culposo: responderá por ilícito seu, por fato próprio (grifos do original).

Tem-se, assim, que a responsabilização não decorrerá da aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, mas da teoria da aparência e da boa-fé objetiva, que norteiam a tutela das relações com terceiros, cabendo à pessoa jurídica desincumbir-se do ônus que lhe compete.

Um último ponto acerca do desvio de finalidade, na perspectiva da existência do elemento anímico, diz com a utilização em julgados do STJ, mesmo após a LLE, do ato intencional. Nesse ponto, valer trazer o excerto do voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, no retromencionado REsp 1.965.982, a saber: “Para fins de aplicação da Teoria Maior da

¹⁵⁰ Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

¹⁵¹ “A regra do art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil deve ser aplicada à luz da teoria da aparência e do primado da boa-fé objetiva, de modo a prestigiar a segurança do tráfico negocial. A sociedades se obrigam perante terceiros de boa-fé.”

desconsideração da personalidade jurídica [...], exige-se a comprovação de abuso caracterizado pelo desvio de finalidade (ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros) [...]”. Por seu turno, para além do propósito de lesar credores, verifica-se, ainda, a caracterização do desvio de finalidade pela “prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

Vê-se, sem grande esforço, que a expressão é deveras abrangente e pode dar ensanchas ao enquadramento atípico, considerado este pelo cometimento de qualquer ilícito desvinculado da atividade habitual.

Nesse passo, os atos ilícitos devem ter pertinência ao abuso da personalidade jurídica, haja vista a existência de outras soluções para tanto, a exemplo da responsabilidade direta dos sócios, controladores e administradores (FRAZÃO, 2020, p. 476). Não é cabível, portanto, adotar uma interpretação ampliativa quanto à expressão “qualquer natureza”.

Coelho (2021a, p. 551) critica a redação do dispositivo justamente pela amplitude, caracterizando-a como inapropriada:

Ao definir que “desvio de finalidade” é a “utilização da pessoa jurídica para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”, o § 1º acaba ampliando, ao invés de restringir, os casos em que se admite a desconsideração. No limite, um juiz pode até mesmo argumentar que, como inadimplir obrigação pecuniária é um ato ilícito (e é, sem dúvida), a falta de pagamento, pela pessoa jurídica, de uma dívida se configuraria hipótese de desvio de finalidade.

Igualmente, demonstrando perplexidade quanto à caracterização do desvio de finalidade em testilha, Rodrigues Júnior e Leonardo (2021, p. 606-607) lecionam:

A desconsideração da pessoa jurídica resultará da prática, pela entidade personificada, de uma atividade ilícita, de um conjunto encadeado de atos ilícitos como *desvio de finalidade*.

Atos ilícitos isolados não podem ser considerados como causa para a desconsideração da pessoa jurídica. A prática de atos ilícitos pela pessoa jurídica deve resultar nas consequências próprias ao específico ilícito, na exata medida do que deveria ocorrer em relação a qualquer outro sujeito de direito que eventualmente cometesse ato dessa natureza.

Nesse contexto, depreende-se que o exame do ato ilícito deve pautar-se na esteira da atividade societária, como já mencionado, observando-se o critério teleológico, de modo a exigir o descompasso com a finalidade para a qual foi constituída, não se confundido com atos ilícitos decorrentes de sua prática ordinária, em conformidade com os riscos da atividade exercida (MIRAGEM, 2021, p. 293).

De sua vez, a confusão patrimonial, assim como o desvio de finalidade, veio a ser caracterizada nas hipóteses prescritas no § 2º do art. 50 do CC/02¹⁵², restando delimitada pela ausência de separação de fato entre os patrimônios.

Da leitura do art. 50, § 2º, do CC/02, de logo, percebe-se, a uma, que a confusão patrimonial advém do desrespeito à criação da própria pessoa jurídica, enquanto centro autônomo de direitos e deveres, havendo desacato à separação patrimonial, uma “antítese da separação patrimonial” (SCALZILLI, 2020, p. 103); a duas, nota-se que as hipóteses elencadas nos incisos são meramente exemplificativas, diante da redação dada ao inciso III.

A confusão patrimonial, que difere da confusão de esferas¹⁵³, “[...] dá lugar à unidade econômica entre duas ou mais sociedades, mas pode se manifestar também entre a sociedade e pessoas físicas [...]” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 73).

Como visto, a confusão patrimonial é tida como o ponto nodal da teoria maior objetiva, defendida por Comparato (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014), associada, ainda, à disfunção e ao papel do poder de controle enquanto direito-função para os fins da desconsideração. Nesse trilhar, ainda, enfatiza Justen Filho (1987, p. 141) a relevância da “situação do desempenho da função”¹⁵⁴.

Rememore-se, nesse ponto, ao tratar da separação patrimonial, a ponderação mencionada por Comparato e Salomão Filho (2014, p. 434): “Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem por que os

¹⁵² Art. 50. *[omissis]*

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a 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.

¹⁵³ “A confusão de esferas caracteriza-se em sua forma típica quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem de forma clara da pessoa do sócio, ou então quando formalidades societárias necessárias à referida separação não são seguidas. Com relação ao primeiro caso (confusão de denominação), pode-se mencionar o emprego de nomes semelhantes ou de fácil confusão com o nome da sociedade controladora para designar a sociedade controlada. Evidentemente, a hipótese aproxima-se bastante dos casos de aplicação da teoria da aparência. [...] Já os demais modos de identificação da confusão de esferas baseiam-se sobretudo em critérios formais, como a existência de administração e de contabilidade separadas entre sócio e sociedade” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 369-370). Em complemento, acresça-se que: “[...] a confusão de esferas não pressupõe a promiscuidade patrimonial, mas, sim, a *impossibilidade de reconhecer se um determinado ato é imputável a uma pessoa ou a outra*” (grifos do original) (SCALZILLI, 2020, p. 103).

¹⁵⁴ “Se a vontade e a intenção do agente eram orientadas a obter ou não o resultado concretizado, isso é irrelevante. Há *desfunção [sic]* quando os fins almejados pelo direito não são realizados pelo agente – sem que se altere essa configuração pelo fato de que a intenção do agente era a de realizar os ditos fins. Correlativamente, inexistente *desfunção [sic]* se os fins previstos pelo direito são realizados, ainda que isso decorra do acaso ou se verifique contra a vontade do sujeito. Bem por isso, a desconsideração não depende da vontade de abusar ou a consciência de prejudicar os interesses alheios. Não se indaga o elemento subjetivo do agente, mas tão-somente a situação objetiva do desempenho da função. [...]” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 141).

juízes haveriam de respeitá-lo [...]”. Seria, aqui, o “desfazimento da distinção que fundamenta a irresponsabilidade dos sócios” (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 317).

O próprio caráter exemplificativo do § 2º do art. 50 do CC/02 aponta para o casuísmo da teoria da desconsideração, que é reforçado na presente hipótese.

Ao abordar a figura da mistura dos patrimônios, em Portugal, Ribeiro (2016, p. 55-56) salienta a necessidade de existência de controle da vida social e dos órgãos de gestão e fiscalização para caracterização, trazendo alguns exemplos:

[...] um sócio imputa as suas despesas pessoais (nomeadamente, alimentação, vestuário, ou viagens) à sociedade, fazendo-as pagar através do património desta última; os trabalhadores da sociedade prestam serviço pessoas a um sócio (por exemplo, efectuam trabalhos de reparação ou construção civil na sua residência), continuando a ser pagos pela sociedade, como se tivessem estado sempre ao seu serviço; um sócio age de forma a tornar impossível a manutenção de uma contabilidade social organizada, servindo-se frequentemente do dinheiro e das contas bancárias da sociedade como se fossem seus, e vice-versa.

Rodrigues Filho (2016, p. 74) ainda elenca hipóteses de vantagens indiretas, a exemplo da “prestação de serviços pela sociedade ao sócio por valor ínfimo”.

Nesse contexto, diante do auferimento das vantagens diretas e indiretas, a denotar a ausência de separação patrimonial, cria-se uma “[...] situação drástica, em que há total impossibilidade de separação fática entre os patrimônios formalmente autônomos [...]” (ADAMEK; FRANÇA, 2020, p. 114).

Para Warde Júnior (2007, p. 317-318), a confusão patrimonial:

[...] para determinar a imputação de responsabilidade, deve corresponder aos casos em que ocorre apropriação, pelos sócios, de meios de produção da sociedade, especialmente de posições ativas contidas no capital e patrimônios sociais, por meio do pagamento indevido de dividendos.

Com maior amplitude, aduz Scalzilli (2020, p. 111):

[...] 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 sociedade* (grifos do original).

Interessante notar que ambos os conceitos abordam a apropriação dos meios de produção da sociedade, que é o implicador do desvirtuamento da autonomia patrimonial, e que comporta um grau de difusão extremado, em face das possibilidades advindas da prática, como dito, a relevar a importância da flexibilidade de adaptação da teoria da desconsideração.

Conforme Scalzilli (2020, p. 112-113), a confusão patrimonial abarca duas situações fáticas, quais sejam, a alocação dos meios de produção da sociedade por terceiros e a utilização

do patrimônio de terceiro pela pessoa jurídica¹⁵⁵, sendo que ambas confluem para ocasionar efeitos prejudiciais, mormente para os credores sociais.

Por oportuno, vale mencionar que Justen Filho (1987, p. 135) adota a concepção funcional da desconsideração, por isso seus pressupostos não têm caráter estrutural, mas sim vinculados à desnaturação funcional, atrelada ao “abuso funcional na utilização da pessoa jurídica [...]”. Desse modo, “não há como reconhecer a presença de pressupostos da desconsideração sem focar como a sociedade foi utilizada”. Assim, Justen Filho (1987, p. 136-137) não considera a confusão patrimonial *per se* como pressuposto da desconsideração, considerando-a um requisito estrutural. Pode, contudo, ser invocada “desde que consistisse em uma utilização inadequada e insatisfatória da pessoa jurídica. Ou seja, desde que fosse causa de uma *desfunção [sic]*”. Assim, a confusão patrimonial será um produto do abuso na utilização da pessoa jurídica (JUSTEN FILHO, 1987, p. 137).

Nada obstante, tem-se que, atualmente, a confusão patrimonial foi alçada a caracterizadora do abuso da personalidade jurídica, sendo, portanto, causa suficiente, uma vez demonstrada, para a aplicação da teoria da desconsideração, nos termos do art. 50 do CC/02.

Contextualizada a confusão patrimonial, tendo como elemento basilar a ausência de separação de fato entre os patrimônios da pessoa jurídica e de seus administradores ou sócios, evolui-se ao exame das hipóteses descritas nos incisos do § 2º do art. 50 do CC/02.

No tocante ao inciso I, há a descrição típica do “cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrado ou vice-versa”. Da leitura da disposição normativa, vê-se que o legislador prescreveu a necessidade de reiteração, o que se depreende da leitura da expressão “cumprimento repetitivo”.

Há que se ter cuidado, porquanto a própria gênese da pessoa jurídica foi tida para o alcance da autonomia patrimonial, a criação de um centro autônomo de direitos e deveres, justamente com vistas a quebrantar a linha tênue que mantém com a pessoa natural.

Nesse passo, malgrado o aludido cumprimento repetitivo, entende-se que a feitura de um único ato pode ser suficiente para malferir a separação patrimonial que se pretende

¹⁵⁵ Assim explicita Scalzilli (2020, p. 112): “(i) A situação fática em que os meios de produção que compõem o patrimônio da sociedade foram *desviados* da sua função produtiva e se acham alocados na esfera de outrem, que os utiliza em detrimento do seu titular (em prejuízo, portanto, da função de produção) e daqueles que com ele negociam (em prejuízo da função de garantia, especialmente porque a melhor garantia para os credores é a própria capacidade de a empresa produzir resultados) (ii) A situação fática em que a pessoa jurídica se vale do patrimônio de um terceiro, seja porque foi inadequadamente capitalizada, ou porque lhe faltaram recursos no curso da exploração da empresa e estes foram transferidos em desrespeito às fórmulas legalmente admitidas”.

preservar, já que não há vinculação, para a concretização da confusão patrimonial, ao critério quantitativo, devendo ser analisado, portanto, o contexto fático para a escorreita subsunção.

Ao analisar o sobredito inciso, Frazão (2020, p. 478) bem resume o ponto:

[...] questiona-se a adequação do requisito de cumprimento repetitivo previsto no inciso I, tendo em vista que um só ato de confusão patrimonial já corresponde à violação da finalidade de separação patrimonial, o que é ainda mais evidente quando os valores envolvidos são altos. Daí por que não há qualquer fundamento para restringir a confusão patrimonial apenas ao cumprimento repetitivo desse tipo de desvio de finalidade.

Nesse sentido, ainda, Neves (2020, p. 462) expõe:

Ele se justifica se houver pagamentos reiterados da pessoa jurídica para quitar dívidas do sócio (em quantidade e consistência que representem a confusão) ou se houver pagamento de dívida muito substancial, que, embora isoladamente, tenha acarretado um impacto negativo e substancial nas constas da sociedade.

Waisberg (2021, p. 569), contudo, compreende que a operação isolada não vem a ser abarcada pela confusão patrimonial descrita no inciso I, propondo, porém, um possível enquadramento sob a caracterização do desvio de finalidade e o propósito de lesar credores ou, até mesmo, o amoldar ao quanto prescrito no inciso II.

Oliveira Filho (2020, p. 179), conquanto reconheça a hipótese de desconsideração por meio de um ato isolado que gere o esvaziamento patrimonial, explicita que tal proceder tem como lastro o inciso III para o reconhecimento da desconsideração.

Depreende-se, da leitura da posição de Waisberg e de Oliveira Filho, que o ato em si não deixaria de ser ajustado ao espectro da desconsideração – seja na vertente do desvio de finalidade, seja propriamente como confusão patrimonial –, o que não deixa de ser uma interpretação que busca a coibição do abuso do direito. Nada obstante, compreende-se que a delimitação da confusão não pode ser feita apenas e tão somente com lastro no critério quantitativo, o que implica, igualmente, reconhecer que nem toda reiteração terá a feição da multicitada confusão patrimonial¹⁵⁶.

No que concerne ao inciso II, que diz com a “transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante”, tem-se que se fez imperar a vagueza pela amplitude do enunciado normativo, o que é ressaltado por Frazão (2020, p. 478) e Waisberg (2021, p. 569).

¹⁵⁶ Nesse ponto, quanto ao art. 50, § 2º, I, do CC/02, Waisberg (2021, p. 568) exemplifica: “Exemplo clássico é a pessoa jurídica que paga com constância salário de funcionários do sócio pessoa física, ou contas particulares. Vale notar que a existência de mútuos entre partes relacionados não configura, por si só, a confusão patrimonial, pois tal existência é admitida no direito. E, ao final, a pessoa jurídica credora que poderia buscar a desconsideração tem, na verdade, um direito de crédito contra a pessoa jurídica devedora, sendo que o acesso ao crédito desta [...] pode se dar por via de constrição processual [...]”.

Neves (2020, p. 463) caracteriza a hipótese quando se constata “[...] entre, de um lado, a pessoa jurídica e, de outro, sócio ou administrador, a transferência de bens sem a adequada contraprestação, a caracterizar uma evasão de ativos [...]”. Em verdade, é mais um exemplo do intercâmbio inusual ou, nos dizeres de Scalzilli (2020), do “estado de promiscuidade”.

Já Rodrigues Júnior e Leonardo (2021, p. 608), ao expressarem a ocorrência do necessário prejuízo aos credores para a caracterização da confusão patrimonial, externam a crítica atinente ao inciso II em voga:

O parágrafo segundo do art. 50 do Código Civil equivoca-se ao enunciar que o trânsito de créditos entre os sócios e a pessoa jurídica, capaz de justificar a confusão patrimonial, decorre da inexistência de *efetivas contraprestações*.
Nessa hipótese, em verdade, não deve existir uma *causa jurídica* adequada para o trânsito de recursos (grifos do original).

É interessante notar que, em ambas as hipóteses (incisos I e II), sua efetiva concretização, como aludido, está intimamente ligada aos fatores fáticos descortinados no caso em testilha, o que é um efeito consequencial da abertura semântica dos textos, a permitir, por conseguinte, um enquadramento amplo.

Tanto é assim que Scalzilli (2020, p. 113), ao tratar da situação fática de apropriação pela pessoa jurídica de patrimônio de terceiros, enfatiza a possibilidade de enquadramento desta tanto no tocante ao inciso I quanto ao inciso II do art. 50, § 2º, do CC/02¹⁵⁷.

Quanto ao inciso III, ao prever “outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”, entende-se que, se houve um esforço no sentido de melhora na aplicação da lei, este se esvaiu diante do caráter exemplificativo do presente inciso, que vem a abarcar as hipóteses precedentes.

Frazão (2020, p. 478) aduz que o enunciado normativo “[...] apresenta alcance tão amplo que dependerá de sua densificação por parte dos tribunais”.

Coelho (2021a, p. 551) aponta a grande dificuldade encontrada no inciso III, em face de sua natureza aberta, expondo que:

Se, antes da alteração do texto do art. 50 do CC, pela LLE, os comercialistas dedicados à causa de conferir tecnicidade ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica já se deparavam com enormes dificuldades, terão muito mais ainda, agora que vige o inciso III do § 2º.

¹⁵⁷ “Importante registrar que essa segunda hipótese aparece, agora, expressamente, na redação do inciso I do § 2º do art. 50 quando utilizada a expressão ‘vice-versa’ [...]. Pode-se, também, depreendê-la a partir da leitura do inciso II [...], uma vez que a transferência de ativos ou passivos pode se dar nos dois sentidos: da sociedade para o sócio ou administradores ou destes para aquela” (SCALZILLI, 2020, p. 113).

Rodrigues Júnior e Leonardo (2021, p. 608) não destoam dessa via interpretativa, ressaltando que, “Exatamente por isso, a interpretação da confusão patrimonial deve ser feita sempre à luz da ideia de desvio de finalidade, associada à causação de prejuízos para os credores”.

Vê-se, uma vez mais, que a resolução do potencial problema recairá sob o exame do caso concreto e suas peculiaridades, a assentar a importância da produção probatória com vistas a melhor delimitar a atividade interpretativa, que no caso, para além da determinação da indistinção patrimonial, deverá trilhar o viés restritivo da teoria da superação da pessoa jurídica.

Quanto ao ônus probatório, como visto, a teoria maior objetiva, fundada na confusão patrimonial, vem a facilitar a produção de provas, haja vista a ausência de discussão acerca do elemento anímico, como já exposto. Inclusive, nesse ponto, também com alicerce na pena de Coelho (2021, n. p.): “[...] a formulação objetiva visa realmente facilitar a tutela dos interesses de credores ou terceiros lesados pelo uso fraudulento do princípio da autonomia”. Tomazette (2022, p. 282) exemplifica a comprovação do pagamento repetitivo, a implicar a confusão patrimonial, por meio da perícia contábil quanto à movimentação financeira.

Nesse aspecto, segundo Scalzilli (2020, p. 120):

[...] a confusão patrimonial é um campo marcado pela dificuldade de os credores obterem as provas necessárias para que possam reivindicar a tutela jurisdicional apta a salvaguardar seus direitos, em contraposição ao livre acesso dos sócios e administradores aos dados contábeis e financeiros que registram as operações econômicas da sociedade, capazes de revelar o esgotamento patrimonial e a usurpação dos meios de produção da sociedade.

Por óbvio, como antedito, uma vez não demonstrada a confusão patrimonial, não há óbice à comprovação do abuso da personalidade jurídica pelo desvio de finalidade, haja vista o caráter não excludente entre as teorias (maior subjetiva e maior objetiva) e a inerente flexibilidade do instituto.

Por relevante, faz-se oportuno trazer a lume a ponderação de Ribeiro (2016, p. 265-266), ao abordar situação fática de inexistência de autonomia patrimonial, ocasionada pela mistura de patrimônios, a apontar que o cenário não necessariamente passará pela limitação de responsabilidade e pela desconsideração:

Simplesmente, mesmo aqui, a expressão “desconsideração” da personalidade jurídica ou da autonomia patrimonial para descrever a solução para o problema “mistura de patrimônios” não será a mais indicada, por não traduzir correctamente a realidade que lhe subjaz: uma eventual solução de responsabilização dos sócios em consequência da mistura de patrimônios vai, quando muito, “considerar” a situação que eles próprios criaram. Por outras palavras: se durante a vida da sociedade algum dos seus sócios adoptou sistematicamente comportamentos capazes de pôr em causa a

autonomia patrimonial, na vertente da responsabilidade do património da pessoa colectiva exclusivamente por obrigações por si contraídas [...], então a autonomia patrimonial e a própria personalidade jurídica dessa sociedade já estão “desconsideradas” ou “levantadas” pelo sócio.

Assim, tem-se que o cenário probatório poderá descortinar até situações atinentes à aplicabilidade da teoria da desconsideração, considerando a disfunção organizacional apresentada, de modo a otimizar a utilização dos meios próprios a afastar o cenário de crise de irresponsabilidade.

Por sua vez, é oportuno mencionar, não obstante a ausência de previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, a subcapitalização como potencial motivadora para a desconsideração da pessoa jurídica.

Por subcapitalização entende-se a “[...] inadequada e não razoável provisão do próprio capital” (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 322), havendo uma desproporção entre o patrimônio da sociedade, formado após a integralização do capital social, e as atividades exercidas para o atingimento da finalidade social.

Warde Júnior (2007, p. 322-323) explicita dois tipos de subcapitalização, existentes no Direito alemão, quais sejam: a nominal ou formal e a material. Em relação à nominal, tem-se a inadequação do capital social, porquanto insuficiente ao exercício da atividade econômica, sendo necessário o recurso a empréstimos dos sócios. Já a subcapitalização material diz com a ausência de capital social para prover os meios de produção necessários ao exercício da atividade econômica. Em ambos os casos há a apropriação dos meios de produção da sociedade pelos sócios. Cordeiro (2000, p. 118), igualmente, segue a presente distinção com a mesma nomenclatura, inclusive¹⁵⁸.

No tópico pertinente à desconsideração para fins de responsabilidade, Salomão Filho (2019, p. 370) faz a distinção entre a subcapitalização simples e a qualificada, expondo o que segue:

Na última [qualificada], o capital inicial é claramente insuficiente ao cumprimento dos objetivos e da atividade social e, conseqüentemente, o perigo criado pelo(s) sócio(s) no exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade. Quando, ao contrário, a subcapitalização não é evidente, é necessário demonstrar o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou dolo do(s) sócio(s) em não prover o capital suficiente à atividade social. A óbvia dificuldade de produzir tal prova fez com que, na maioria dos casos de subcapitalização simples, a desconsideração seja negada.

¹⁵⁸ “Na nominal, a sociedade considerada tem um capital formalmente insuficiente para o objecto ou para os actos a que se destina. Todavia, ela pode acudir com capitais alheios. Na subcapitalização material há uma efectiva insuficiência de fundos próprios ou alheios. Em rigor, apenas esta releva, para efeitos de levantamento” (CORDEIRO, 2000, p. 118).

Já Diniz (2012) trabalha com os conceitos de subcapitalização nominal e material. Segundo o autor (2012, p. 161), a subcapitalização nominal é caracterizada “[...] pela transformação dos sócios em credores da sociedade, através de transferências de recursos por empréstimos que permitem a realização do objeto social”, buscam, assim, os sócios fugir do risco da atividade, visto que “[...] terão a vantagem de determinar o reembolso preferencial dos seus empréstimos [...]” (DINIZ, 2012, p. 161). Como consequência, Diniz (2012, p. 176) diz que poderá haver a desconsideração da personalidade jurídica “[...] com a alteração da imputação de responsabilidade para os sócios que financiaram a sociedade. Trata-se da *requalificação forçada* do empréstimo dos sócios [...]”. A subcapitalização material, segundo Diniz (2012, p. 182) consiste no: “[...] desequilíbrio efetivo de capital próprio para financiamento da atividade da sociedade com limitação de responsabilidade, transferindo para os credores os riscos próprios dos sócios”, sustentando-se, dentre outros, a aplicação do art. 50 do CC/02, embora não expressamente previsto, visto que caracterizado o abuso da personalidade jurídica por desvio da finalidade em sua perspectiva objetiva (DINIZ, 2012, p. 207-208).

Todavia, Salomão Filho (2019, p. 370) faz a importante ressalva da ausência de previsão legal quanto à obrigação de capital mínimo, de modo a dificultar a exigência quando da constituição da pessoa jurídica. Há reserva, nesse ponto, no tocante às instituições financeiras e às seguradoras (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 77), o que dificulta, inclusive, a formatação da jurisprudência nacional¹⁵⁹.

Nesse sentido, da regulamentação legal, Cordeiro (2000, p. 121) ressalta a margem de aplicabilidade estreita da subcapitalização, salientando, contudo, a possibilidade de enquadramento como um tipo próprio de levantamento da personalidade coletiva, alicerçando-se na função do capital social com vistas à tutela dos credores, ao princípio de justa repartição dos riscos, para além da aplicação jurisprudencial dos bons costumes e da boa-fé, que reconhece como vagos.

¹⁵⁹ Diversamente do que ocorre em outros países, como exemplifica Comparato (2014, p. 434): “Nos precedentes judiciais norte-americanos, um outro critério tem igualmente fundamentado as decisões que imputam ao controlador a responsabilidade pelos débitos da companhia: é a inadequada capitalização”. Ainda no sistema norte-americano, expõe Ribeiro (2016, p. 179, nº 166): “Actualmente, nalguns sistemas norte-americanos, é estabelecido um chamado ‘coeficiente de solvência’, ou seja, um equilíbrio entre os capitais próprios e os capitais alheios, que visa evitar que o capital social seja manifestamente baixo em relação ao passivo da sociedade – o que ameaçaria a tutela dos interesses dos credores sociais –, ou que o valor do capital social ultrapasse significativamente o valor desse passivo – caso em que estariam ameaçados os interesses dos próprios sócios, que dificilmente teriam a possibilidade de receber lucros, uma vez que o seu apuramento na sociedade é referido ao valor do capital social nominal”.

Com efeito, não se pode olvidar a relevância de tamanha disfunção, ante a adequação do capital social para o exercício das atividades econômicas, observando-se a formalização da constituição da sociedade, de forma a permitir a consecução da finalidade social e que “[...] desenvolva a sua atividade sem gerar riscos exagerados no mercado. Trata-se de observância do princípio da adequação do capital social” (XAVIER, 2004, n. p.).

Nada obstante, não se pode descuidar da vagueza da subcapitalização, muitas vezes negada pelas Cortes norte-americanas, como aponta Reyes (2013, p. 224), que traz caso paradigmático, malgrado sem grande apelo na jurisprudência:

Trata-se do célebre caso *Minton v. Cavaney* [56 Cal.2d576, 15 Cal Rptr. 641, 364 P 2d 473 (1961)], decidido pela Suprema Corte do Estado da Califórnia, no qual a carência absoluta de capital, sem mais, foi suficiente para que se estabelecesse uma responsabilidade pessoal dos diretores. Ocorreu que, com o propósito de administrar uma piscina a serviço do público, constituiu-se uma sociedade sem que se efetuassem aporte de capital. Em pouco tempo ocorreu um acidente no qual uma menina se afogou na piscina. Ante a demanda apresentada por seus parentes, a Corte considerou pessoalmente responsável o diretor. O único fundamento da condenação pecuniária consistiu no fato de que o capital contribuído para o negócio era irrisório em comparação com o risco assumido.

De todo modo, sobrelevando-se a ausência de previsão legal expressa e o caráter restritivo da interpretação em casos desse jaez, tem-se que os casos de subcapitalização material, em que há clara insuficiência de recursos, a exemplo do que ocorreu em *Minton v. Cavaney*, o abuso de personalidade jurídica poderá restar caracterizado pelo desvio de finalidade, adotando-se, contudo, o viés proposto pelo art. 50 do CC/02, que traz a perspectiva subjetiva matizada pela aplicação dos atos destoantes da boa-fé objetiva.

Isso porque, para além da opção legislativa (CC/02, art. 50), os eventuais responsáveis não poderão alegar limitação ao direito de defesa, tendo a possibilidade de demonstrar que não houve o propósito de lesar credores, em face da ausência de capital mínimo, já que a existência deste tanto pode ser interpretada no sentido de explicitar a seriedade da sociedade empresária como também uma forma de evitar a responsabilização em situações de crise (ARMOUR; HERTIG; KANDA, 2018, p. 244).

Desse modo, entende-se que, à míngua de previsão legal, a aplicação da teoria maior subjetiva, nos termos do art. 50 do CC/02, amolda-se melhor à hipótese de responsabilização, por meio da teoria da desconsideração, uma vez que se preserva o devido processo legal em seu

aspecto substancial e se equacionam os interesses em testilha, notadamente dos credores¹⁶⁰ em face da discrepância do capital social¹⁶¹.

3.7 OS GRUPOS ECONÔMICOS E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

De logo, pontue-se que desborda do objeto da presente tarefa o aprofundamento sobre o estudo dos grupos econômicos, tema que seria mais do que suficiente para um trabalho monográfico.

Feita tal observação, vale registrar a redação do art. 50, § 4º, do CC/02¹⁶², que trouxe a previsão atinente à necessidade da presença dos requisitos prescritos no *caput* para verificação da desconsideração da pessoa jurídica, não sendo suficiente, portanto, a mera existência do grupo econômico.

Assim é que, para a caracterização do abuso da personalidade jurídica, em sendo considerados os grupos econômicos, deverá haver a presença do desvio de finalidade e/ou a confusão patrimonial, sendo esta mais comum, como já vinha sendo o entendimento, a exemplo do Enunciado nº 91 das Jornadas de Direito Comercial do CJF¹⁶³.

Em verdade, de há muito observaram Comparato e Salomão Filho (2014, p. 346) que o afastamento da personalidade jurídica teve seu impulsionamento diante a pujança dos grupos econômicos, a indicar, uma vez mais, o caráter prático da doutrina da desconsideração, não adstrita a uma “cogitação de gabinete”.

Antes de adentrar, no que cabível, ao estudo dos grupos econômicos, saliente-se que não há que se confundir com a sucessão empresarial ocorrida dentro dos limites estritos das leis de regência, como o Capítulo X do CC/02 e o Capítulo XVII da LSA, e não haverá que se falar

¹⁶⁰ “Ao credor também é fundamental saber que a sociedade é dotada de estabilidade patrimonial. Ou seja, que o patrimônio da sociedade será alocado ao exercício de suas atividades e ao pagamento de suas obrigações. E que os sócios estarão limitados ao recebimento dos lucros, não podendo afetar o patrimônio da sociedade fora das situações excepcionais previstas na lei [...], para as quais em geral há a tutela dos direitos dos credores” (MUNHOZ, 2021, p. 114).

¹⁶¹ Interessante notar a proposta de Salomão Filho (2019, p. 370-371): “O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente da *business judgment rule* do sócio e admitir a desconsideração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidente (qualificada). [...]. É muito mais conveniente nesses casos adotar uma visão realista e ampla do capital, considerando como tal todos aqueles empréstimos (e não são raros) feitos pelo sócio à sociedade em situações de crise”.

¹⁶² Art. 50. [omissis]

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

¹⁶³ “A desconsideração da personalidade jurídica de sociedades integrantes de mesmo grupo societário (de fato ou de direito) exige a comprovação dos requisitos do art. 50 do Código Civil por meio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ou na forma do art. 134, § 2º, do Código de Processo Civil.”

em desconsideração da pessoa jurídica quando o procedimental se encontra assente, já que haverá a assunção da responsabilidade pela empresa sucessora.

De outra forma, quando se está a tratar de prática sub-reptícia, com o condão de burlar a lei, objetivando desviar-se da responsabilidade de outrora, faz-se imperioso utilizar o manancial probatório existente para buscar, por meio da doutrina da desconsideração, a responsabilização correlata.

Vale destacar, nesse ponto, a menção à constituição sucessiva de empresas, com os respectivos indícios, trazida por Scalzilli (2020, p. 149-150):

[...] vale destacar a conhecida prática de constituição sucessiva de pessoa jurídicas com a intenção deliberada de abandonar as antigas com suas dívidas, seguindo a exploração da atividade com outra livre dos antigos encargos. Trata-se da chamada “*Phoenix company*” (“empresa-Fênix”), que ressurgue das cinzas livre das dívidas que gravavam a antiga sociedade.

São indícios dessa situação: a utilização de razões sociais ou denominações similares; a promiscuidade no uso de marcas; a utilização, por uma sociedade, do nome de outra, para a realização de negócios em seu proveito; e a utilização de contratos, documentos em geral, cartas ou impressos com o nome ou logomarca de duas pessoas jurídicas, inclusive com a mesma assinatura de correspondência. [...].

Nesses termos, considerada a lista não exaustiva de indícios em epígrafe, caberá a utilização da doutrina da desconsideração, a qual, com maior aprofundamento probatório, poderá melhor prover a tutela dos credores, em face da utilização desviante da pessoa jurídica, especialmente no tocante à transmissão de patrimônio na sucessão empresarial.

Assim como ocorreu quando do surgimento das pessoas jurídicas, com a reunião de pessoas naturais para o atingimento de uma finalidade comum não alcançável individualmente, os grupos econômicos, mais especificamente o de sociedades, buscam, mantida a independência das sociedades componentes sob direção única, o ganho no tocante à produtividade, com o incremento na capacidade de negociação e comercialização, originário da conjunção interrelacional, promovendo-se a maior lucratividade das atividades exercidas.

Nesse particular, ao examinar a estrutura do Banco Medici, caracterizada como flexível e hábil, com vistas à redução dos riscos, Comparato (1995, p. 264) assim expõe: “[...] prevaleceu a idéia de se isolarem os riscos de insolvabilidade local em relação a empresa familiar [...]”. Isso porque “[...] a empresa isolada é, atualmente, uma realidade condenada [...]” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 466).

Diniz (2016, p. 98) externa que, dentro do gênero concentrações empresariais, surgiram três categorias no Direito brasileiro, quais sejam: a) grupos econômicos; b) grupos societários; e, por fim, c) concentrações por relações contratuais. Aqui, portanto, faz-se pertinente a

correlação com os grupos de sociedades, que são espécie de grupo econômico¹⁶⁴ e, como visto, podem ser classificados como grupos de direito e grupos de fato.

Comparato (1995, p. 275) classifica os grupos econômicos em duas espécies, a saber:

[...] grupos de subordinação e de coordenação. Os primeiros apresentam uma estrutura hierárquica, em que uma empresa (individual ou societária, pública ou privada) exerce um poder de dominação, denominado poder de controle, sobre as demais. Nos grupos de coordenação, ao revés, não há empresas dominantes e dominadas, mas a coordenação de duas ou mais empresas sob uma mesma direção unitária [...].

Acerca do poder de controle, prossegue Comparato (1995, p. 275-276):

[...] o poder de controle de uma empresa sobre outra – elemento essencial do grupo de subordinação – consiste no direito de decidir, em última instância, a atividade empresarial de outrem. Normalmente, ele se funda na participação societária de capital, permitindo que o controlador se manifeste na assembléia geral ou reunião de sócios da empresa controlada. Mas pode também suceder que essa dominação empresarial se exerça *ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra e sem que o representante da empresa dominante tenha assento em algum órgão administrativo da empresa subordinada. É o fenômeno do chamado *controle externo* (grifos do original).

Tais considerações são relevantes, para fixar que os grupos de sociedades têm a direção única como elemento basilar, preservando-se, mesmo diante da concentração, a personalidade de cada qual (KOURY, 2000, p. 58). É o que Scalzilli (2020, p. 169) cunhou de “[...] perigosa combinação de independência jurídica e dependência econômica relativamente às sociedades grupadas”.

Por relevante, saliente-se que nos grupos econômicos, como exposto por Diniz (2016, p. 98), há a característica de os interesses serem tutelados pela unidade e solidariedade, o que está prescrito nas leis correlatas. Já os grupos de sociedades são pertinentes às relações entre empresários ou sociedades empresárias, que visam equacionar a alocação de riscos que dimanam da atividade econômica, imprimindo maior eficiência na economia de mercado, em consonância com os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência (COELHO, 2021b, p. 1421-1422). Daí é que exsurge a distinção proposta por Coelho (2021b, p. 1423):

¹⁶⁴ Segundo Diniz (2016, p. 98-99): “Nos *grupos econômicos* é permitido englobar as junções entre organizações econômicas que atuam em sinergia de atividades – complementares ou não – para integração de cadeias econômicas, manifestação de poder de controle ou até mesmo para desempenho de atividades-meio distintas do objeto principal do grupo econômico. Tais atividades grupadas são objeto de tratamento unitário somente em algumas hipóteses específicas do direito brasileiro, nomeadamente no âmbito trabalhista e concorrencial [...], sem que haja uma política de tutela de crédito que não seja a solidariedade entre as unidades com fundamento protetivo dos grupos de interesses diretamente envolvidos”. As hipóteses mencionadas pelo autor estão postas no art. 2º, § 2º, da CLT, no art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991, no art. 33 da Lei nº 12.529/2011 e no art. 3º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013.

[...] enquanto a CLT cria o instituto de “grupo econômico” com o desiderato de *prescrever a solidariedade* entre as empresas integrantes e proteger os direitos trabalhistas, a LSA cria o do “grupo de sociedades” com o fim oposto de *afastar a solidariedade* entre as sociedades filiadas e permitir a segregação de riscos empresariais compatível com o regular funcionamento da economia de mercado (grifos do original).

Nesse sentido, ainda, o teor do Enunciado nº 22 das Jornadas de Direito Comercial do CJF: “Não se presume solidariedade passiva (art. 265 do CC/02) pelo simples fato de duas ou mais pessoas jurídicas integrarem o mesmo grupo econômico”.

A reforçar a inexistência de solidariedade, pode ser aventada a diversidade da natureza dos créditos, sendo as relações estabelecidas entre empresários ou sociedades empresárias, diante da probabilidade de antecipação dos riscos, enquadradas como créditos negociais, de modo a presumir maior capacidade informacional para alocação de riscos. Já os créditos originários do direito do trabalho e do direito do consumidor, por exemplo, são tidos como não negociais, pela ausência de disposição dos meios de previsibilidade para blindagem patrimonial, sendo, por essa razão, albergados pela tutela de interesses diferenciada, a justificar a opção legislativa pela solidariedade (COELHO, 2021, n. p.).

Além do conceito explicitado de grupo de sociedades, que advém do art. 265 da LSA, Coelho (2021b, p. 1422) esclarece que a ausência de solidariedade integra o núcleo normativo do art. 266 da LSA¹⁶⁵, elencando três requisitos do sobredito grupo: “[...] (i) poder de controle de uma sociedade brasileira; (ii) convenção escrita; e (iii) combinação de recursos ou esforços para realização dos respectivos objetos, ou a participação em atividades ou empreendimentos comuns”.

Quanto aos grupos societários, vale rememorar a classificação dual entre grupos de direito e grupos de fato, divisão esta criada em sede doutrinária, conquanto incorporada à realidade, haja vista a existência de previsão legal apenas para os grupos de direito, que são constituídos mediante convenção, conforme o Capítulo XXI da LSA. Os grupos de fato são analisados dentro da perspectiva das relações societárias, na senda do Capítulo XX da citada legislação (PRADO; SANTOS, 2021, p. 203).

Nessa linha, e observada a descrição de Comparato (1995) sobre os grupos de coordenação e subordinação, pontue-se que apenas os grupos de fato são tidos como de coordenação, segundo Coelho (2021b, p. 1422), tendo em mira a previsão dos arts. 265 e 266, ambos da LSA. Esclarece o autor (2021b, p. 1422-1423): “[...] posto que o direito positivo, ao

¹⁶⁵ Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.

exigir o comando de uma sociedade brasileira, só conhece e reconhece os grupos de direito como sendo necessariamente de subordinação”. Enfatiza, contudo, que a distinção doutrinária não está posta na LSA como trabalhada na doutrina, já que a legislação de regência se utiliza das expressões no contexto da administração dos grupos de direito, consoante o art. 272 da Lei nº 6.404/1976¹⁶⁶ (COELHO, 2021b, p. 1423). Assim é que, em síntese, leciona Coelho (2021b, p. 1417-1418):

Da obrigação de *combinar recursos e esforços*, que a sociedade pertencente a um grupo *de direito* assume, podem eventualmente decorrer: (i) a subordinação dos seus interesses aos de outra sociedade do grupo; (ii) a subordinação dos seus interesses aos interesses do grupo; e (iii) a participação em custos, receitas ou resultados das atividades ou empreendimentos alheios ou comuns. Num grupo *de fato*, nenhuma sociedade está obrigada a combinar recursos e esforços, de modo que nunca se verifica a subordinação dos interesses de cada uma aos de outra ou aos do coletivo, tampouco podem ser imposta participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos alheios ou comuns. Se isso acontece, caracteriza-se ato de má administração, que pode dar ensejo à responsabilidade civil do administrador; e pode eventualmente se configurar abuso do poder de controle (grifos do original).

Não obstante a previsão acerca dos grupos de direito, estes são praticamente inexistentes no Brasil, haja vista a ausência de instrumentalização formal, imperando a organização no modelo grupal lastreada no poder de controle societário, que tem como elemento diferencial “[...] não o interesse da sociedade isolada, mas a política grupal” (PRADO; SANTOS, 2021, p. 204-205).

E, aqui, faz-se pertinente trazer à baila o entendimento dos grupos de sociedade com alicerce na relação societária, conforme pondera Comparato (1995, p. 277-278):

Tenho entendido que todo grupo empresarial – seja ele de fato ou de direito, de subordinação ou coordenação, com controle interno ou externo – consubstancia uma relação societária. Os três elementos fundamentais de toda sociedade – a saber, a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos – encontram-se aí, de modo indefectível. Se o legislador não reconhece a personalidade jurídica do grupo, ou se silencia quanto à sua qualificação jurídica, nem por isso o intérprete estará inibido de reconhecer a evidência: a relação societária em atuação.

Percebe-se, assim, que a própria caracterização do fenômeno organizacional dos grupos demanda a análise do contexto fático, até para a verificação do exercício da regularidade dos poderes dos controladores, que, dentro da vertente dos grupos de sociedades, devem “[...] coordenar a atividade isolada, de acordo com uma esfera maior que representa o conjunto de todas as sociedades sob seu domínio” (PRADO; SANTOS, 2021, p. 205).

¹⁶⁶ Art. 272. A convenção deve definir a estrutura administrativa do grupo de sociedades, podendo criar órgãos de deliberação colegiada e cargos de direção-geral.

Nesse particular, vale acrescentar a observância ao estabelecimento de relações negociais equitativas entre os integrantes dos grupos – seja de direito, seja de fato –, pelo que comungase do posicionamento de que, mesmo com previsão a convenção do grupo, há que se observar o estabelecimento de negócios com distribuição equivalente, não prejudiciais, portanto, às sociedades participantes (COELHO, 2021b, p. 1418). Como salienta Coelho (2021b, p. 1418): “Há uma enorme distância entre os conceitos de subordinação de interesses e desnecessidade de comutatividade: esta nunca se admite, mesmo quando presente aquela”.

Realmente, não se nega a necessidade do auxílio mútuo entre as sociedades integrantes do grupo de direito, tampouco a importância do instrumento para organização e distribuição dos direitos e obrigações. Contudo, o objetivo maior da reunião é, para além da redução dos riscos inerentes à atividade econômica, potencializar a lucratividade desta com vistas ao conjunto de esforços empreendidos, o que não diz com a assunção de prejuízos em descompasso com sua finalidade social.

Nessa linha, Coelho (2021b, p. 1419) bem pondera:

Ela pode, sim, distribuir menos dividendos, ou deixar de fazer investimentos planejados, mas postergáveis, para submeter o seu interesse social ao de outra sociedade integrante do mesmo grupo *de direito*, ou ao interesse deste. Em nenhuma hipótese, ela se obriga a ter prejuízo, para que outra sociedade do mesmo grupo não tenha perdas ou lucre mais (grifos do original).

Com efeito, não se pode descurar do fato de que a imputação do prejuízo estranho ao contexto estrutural da sociedade empresária pode vir a ser tida como abusiva, em caso de demonstração, *v.g.*, do interesse na descontinuação da atividade de menor amplitude com vistas a impulsionar a de maior espectro no período de dificuldade, a desaguar na potencial via de encaixe da teoria da desconsideração, mesmo em face da atipicidade do ilícito.

A seu turno, é importante consignar que o CC/02 trata das sociedades coligadas, trazendo previsão nos arts. 1.097 a 1.101, não disciplinando, contudo, a participação social entre os integrantes dos grupos. E, nesse ponto, é interessante notar o desencontro quando se está a tratar das relações de coligação e controle, a envolver os grupos de fato, quando cotejados os enunciados normativos do CC/02 e da LSA.

Como visto, o art. 243, § 1º, da LSA traz o critério da influência significativa quando trata das sociedades coligadas, explicitando o que vem a ser tal influência significativa em seu

§ 4^o¹⁶⁷. Ainda, o art. 243, em seu § 5^o¹⁶⁸, traz a presunção da caracterização da influência significativa. Assim é que da leitura conjugada dos parágrafos sobreditos restará caracterizada a participação por coligação quando da exteriorização do critério legal da influência significativa, que poderá ser presumida.

Nada obstante, como já asseverado, a aplicação do art. 1.099 do CC/02, excepcionada a Lei n^o 6.404/1976, espraia-se para as demais relações de direito material, em consonância com o art. 46 da Lei n^o 11.941/2009. Portanto, serão consideradas coligadas as sociedades quando uma venha a participar com dez por cento ou mais do capital da outra, ausente o controle desta e criando-se, dessa maneira, um regime dúplice quanto às relações coligadas.

Com tais considerações, e tendo em mira a ausência de personalidade jurídica própria do grupo, exsurge inegavelmente a conjunção de interesses das sociedades empresárias integrantes, impulsionadas pela dinamicidade da relação societária, organizadas num contexto de direção única e trocas patrimoniais e informacionais.

Verifica-se, nessa toada, a razão de ser do § 4^o do art. 50 do CC/02, haja vista a presunção de manutenção da separação patrimonial entre as integrantes do grupo de sociedades, sem prejuízo, contudo, da aplicação da doutrina da desconsideração, uma vez presentes os pressupostos autorizadores do *caput* do art. 50, a ressoar novamente o viés restritivo a ser adotado.

Em verdade, o que se vislumbra é a preocupação com a profusão de equívocos interpretativos no tangente à aplicação da teoria da superação quanto aos grupos de sociedades, justamente diante da peculiaridade da constante troca de informações, administração de finanças, gerenciamento coordenado etc., um verdadeiro intercâmbio de fatores organizacionais, que vão além do aspecto patrimonial.

Em termos outros, receia-se que a relação grupal conduza o intérprete e/ou aplicador da lei à adoção da vertente ampliativa da desconsideração, notadamente diante das trocas patrimoniais que são pertinentes à própria consideração do grupo.

Nesse ponto, Comparato e Salomão Filho (2014, p. 346) advertem:

Ora, essa perda da autonomia de gestão empresarial traduz-se, frequentemente, senão sempre, pelo sacrifício dos interesses de cada sociedade ao interesse global do grupo. Os patrimônios sociais tendem a confundir-se, e tudo se passa nesse campo, como frisou um autor, analogamente ao princípio dos vasos comunicantes.

¹⁶⁷ Art. 243. [omissis]

§ 4^o Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

¹⁶⁸ Art. 243. [omissis]

§ 5^o É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais dos votos conferidos pelo capital da investida, sem controlá-la.

Nota-se que a utilização da expressão confusão patrimonial não tem a mesma conotação daquela utilizada no *caput* do art. 50 do CC/02, sendo inerente a relação do grupo, e não propriamente abusiva, daí a dificuldade na identificação, que passa pela correta apreensão do contexto fático.

Frazão (2020, p. 481-482) exemplifica com a situação das sociedades com sócios idênticos ou com dois ou quantidade diminuta de sócios, com sócio comum, havendo um elemento pessoal, como ocorre nas sociedades familiares. E, ao comentar a regra do art. 50, § 4º, do CC/02, assim leciona:

[...] ao prever tal regra – que, em princípio, está correta – sem criar, em contrapartida, nenhuma regra de responsabilidade direta de controladores por atos de controladas, o legislador mantém vácuo normativo que possibilita que controladoras possam usar indiscriminadamente de suas controladas sem um sistema efetivo de responsabilização (FRAZÃO, 2020, p. 483).

Malgrado a inserção da diretriz pela LLE, vê-se que o propósito legislativo ficou aquém dos problemas já antevistos na prática diuturna e que invariavelmente a margem interpretativa ainda se fará determinante no exame das relações dos grupos societários.

Com isso não se está a defender uma espécie de alargamento interpretativo no tocante aos pressupostos da desconsideração, quando se esteja a tratar das relações em grupo, mas sim a constatar que os desencontros de outrora continuarão a ser delimitados com o mesmo mecanismo de antes, em face, como bem frisou Frazão (2020), do vácuo normativo.

Assim é que as soluções a serem buscadas deverão adotar um grau maior de maleabilidade, diante da estrutura própria dos grupos societários e da atualidade das relações negociais, que estão cada vez mais fluidas.

Importante observar, aqui, a posição de Frazão (2020, p. 484) perante a insuficiência da previsão trazida pelo art. 50, § 4º, do CC/02, no sentido de que a responsabilidade da controladora advém “[...] da própria estrutura grupal, com base no princípio de que quem exerce o poder empresarial deve arcar com a respectiva responsabilidade”.

Tem-se que a solução não perpassa apenas pela perspectiva da relação entre poder de direção e responsabilidade, haja vista a rigidez interpretativa que poderá ocasionar a interferência anormal na autonomia da pessoa jurídicas componentes do grupo, notadamente pela adoção da interpretação comumente utilizada no tocante aos casos de sociedades isoladas.

Compreende-se que, embora o multicitado dispositivo tenha dito menos do que deveria, houve uma opção legislativa direta, não sendo possível descurar da caracterização do abuso da personalidade jurídica sem a ocorrência do parâmetro estabelecido no *caput* do art. 50, como decorrência da natureza excepcional da teoria da desconsideração.

Além disso, a aplicação do desconhecimento da personalidade jurídica deve ser feita em análise das peculiaridades formativas do grupo de sociedades, notadamente porque, como ressalta Coelho (2021b, p. 1432), não há grupos de sociedades sem a combinação de esforços e recursos das sociedades integrantes, e por isso os pressupostos devem ser ponderados diante da especificidade desse contexto, e não tendo como base a sociedade isolada.

Para melhor compreensão, traz-se a exemplificação trabalhada por Scalzilli (2020, p. 185-187):

São comuns os casos em que os tribunais consideram relevante o fato de que duas pessoas jurídicas possuem sede social no mesmo endereço, sedes próximas, escritórios administrativos ou estabelecimentos no mesmo endereço, estabelecimentos contíguos, interligados e situações similares, assim como a hipótese de explorarem, em conjunto, um mesmo estabelecimento – “estabelecimento de uso comum”.

[...] o fato de duas pessoas jurídicas apresentarem sócios com vínculo familiar ou que tenham alguma relação próxima, como amizade [...].

Contudo, não se exige um *plus* para a aplicação da doutrina da desconsideração, porquanto, assim como não prevista a responsabilização direta do controlador, não há previsão nesse particular, sendo necessária e suficiente, para tanto, a presença de um ou de ambos os pressupostos caracterizadores do abuso da personalidade jurídica, consoante o art. 50, *caput*, do CC/02.

Nesse sentido, expõe Coelho (2021b, p. 1426)¹⁶⁹:

[...] estando presentes os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50), as hipóteses de ineficácia da autonomia patrimonial não-sancionadora ou os preceitos leais estabelecendo a solidariedade, cabe cobrar-se de outra a obrigação de certa sociedade. Mas, nestas três hipóteses, não é a relação grupal que autoriza a cobrança, mas sim as exceções (da própria lei) à afirmação da autonomia patrimonial constante da parte final do art. 266 da LSA.

Desse modo, tem-se que o art. 50, § 4º, do CC/02, conquanto mantenha o *status quo* ou o “desbalanceamento do sistema” (FRAZÃO, 2020, p. 484), caminhou para introduzir uma diretriz a indicar que a relação de grupos societários, notadamente ante a combinação de recursos e esforços, não configura em si o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, atinentes à doutrina da desconsideração, pois o objetivo maior se encontra na alocação dos riscos e no atingimento dos objetivos comuns do contexto grupal, o que não obsta a

¹⁶⁹ É interessante notar que Coelho (2021b, p. 1432) esclarece: “A confusão patrimonial, por si só, não autoriza a desconsideração. Tampouco o desvio de finalidade, puro e simples, autoriza a superação da autonomia patrimonial. Tanto num, como noutro caso, é indispensável a presença do elemento ‘abusividade’”. Todavia, a expressão “abusividade” é utilizada em contexto com o que o autor denomina pressuposto para a desconsideração, que é o abuso da personalidade jurídica.

configuração do abuso da personalidade jurídica, a ser verificado com fincas no *caput* do art. 50 do CC/02.

3.8 ESPÉCIES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

De logo, calha anotar que o rol que será exposto neste espaço é exemplificativo, podendo, por vezes, ser encontrado com denominação diversa, a depender do entendimento do autor sobre o tema, motivo pelo qual se pretende seguir com o ordinário.

Em sendo assim, não será trabalhada a figura da desconsideração em benefício do sócio, tendo em mira a diminuta utilidade ao direito pátrio, salientando-se, contudo, que sua aplicabilidade se aproxima mais da seara contratual, a exemplo do quanto exposto no enunciado nº 486 da Súmula da jurisprudência predominante do STF (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 376).

Dito isso, a análise iniciar-se-á pela cognominada desconsideração inversa, hoje prescrita no art. 50, § 3º, do CC/02, parágrafo introduzido pela Lei nº 13.874/2019.

3.8.1 A desconsideração inversa: o art. 50, § 3º, do Código Civil de 2002

Inicialmente, vale ponderar que a desconsideração inversa vinha sendo objeto de estudo pela doutrina e aplicada pela jurisprudência, mesmo antes de sua inserção na legislação.

A noção da expressão “inversa” está atrelada ao procedimento de desconsideração da personalidade jurídica usual, na dita modalidade direta, na qual se buscava atingir o patrimônio do sócio por relações de obrigações formalmente estabelecidas pela sociedade, em descompasso com a regularidade, a imprimir a superação da autonomia patrimonial, em face do mau uso da pessoa jurídica ou, como positivado, do abuso da personalidade jurídica.

Quando do exame do caso *Booth v. Bunce*, Requião (1988, p. 77), mesmo que lateralmente, deixa antever a figura inversa, ao reconhecer o mau uso da personalidade jurídica, quando expõe a situação fática: “Referimo-nos à técnica de o devedor transferir todo o seu patrimônio para uma sociedade, cujas cotas ou ações ficam sob seu controle”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ O caso paradigmático, ocorrido em 1898 nos EUA, foi o do processo *First National Bank of Chicago v. F. C. Trebein Company*, tendo assim exposto Requião (1988, p. 77): “Trebein, um devedor insolvente, fundou uma pessoa jurídica com sua esposa, sua filha, seu genro e seu cunhado, e nela integrou todo o seu patrimônio. De seiscentas ações da *corporation*, somente quatro não pertenciam a Trebein. Seus credores investiram judicialmente contra o patrimônio social, sendo-lhes oposta a objeção de que a pessoa jurídica e os acionistas eram diferentes sujeitos de direito. A fraude não venceu, e a *corporation* foi penetrada, para se fazer valer contra ela o direito dos credores particulares de Trebein”.

Oliveira (1979, p. 491) já menciona o *Durchgriff* inverso, registrando a nomenclatura “extensão à sociedade de consequências jurídicas que só ao sócio seriam normalmente imputáveis”, utilizada por Drobniç e averiguada no âmbito das sociedades unipessoais e subsidiárias integrais¹⁷¹, embora ressalve a restrita utilização.

Igualmente, Comparato e Salomão Filho (2014, p. 442) mencionavam a aplicabilidade da desconsideração inversa, tendo como parâmetro a doutrina estrangeira: “[...] essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador”.

Nesse passo, traz-se a conceituação abordada por Didier e Lipiani (2017, p. 450-451): “A desconsideração inversa da personalidade jurídica é técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, utilizada para que se possa buscar no patrimônio da pessoa jurídica bens para satisfação de dívidas contraídas pelo seu sócio”.

Coelho (2021, n. p.) bem detalha a fraude nessa modalidade de desconsideração:

A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens. [...].

Segundo Parentoni (2014, p. 87-88), o tema ganhou destaque na jurisprudência brasileira em 2008, quando da análise do caso Caoa, pelo TJSP, no Agravo de Instrumento (AI) nº 1.198.103-0/0, da relatoria do Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, em situação na qual o escritório de advocacia acionou o sócio controlador com vistas ao pagamento do débito. Reconhecendo a confusão patrimonial e aplicando a teoria inversa da desconsideração, assim se posicionou:

A prova documental é segura no sentido de que, efetivamente, as duas sociedades Hyundai Caoa do Brasil Ltda. e Caoa Montadora de Veículos S/A, são, na verdade, pessoa jurídicas de propriedade de Carlos Alberto de Oliveira Andrade, publicamente conhecido por senhor “CAOA”, exatamente a sigla que ele insere em todas as denominações de seus empreendimentos comerciais. [...].

Carlos Alberto de Oliveira Andrade é o Diretor Presidente da sociedade Hyundai Caoa do Brasil Ltda (fls. 225). Referida sociedade era constituída com o capital social de R\$ 150.000.000,00 [...], e tinha como sócios: Carlos Alberto de Oliveira Andrade, com 135.000.000 de cotas no valor de R\$ 135.000.000,00 e sua esposa Izabela Molon Luchési de Oliveira Andrade, com 15.000.000 de cotas no valor de R\$ 15.000.000,00,

¹⁷¹ Segundo Oliveira (1979, p. 341): “Esgotado o estudo da penetração *direta*, passa Drobniç a estudar a penetração *invertida*, pretendida por credores do sócio de modo a atingir bens da sociedade. Observa que os credores do sócio dispõem de caminho indireto para a satisfação de suas pretensões, podendo, através das quotas sociais (que integram o patrimônio do sócio), provocar a venda judicial das quotas ou até mesmo (pelo menos nos casos de sociedades unipessoais ou de subsidiárias integrais) a liquidação da sociedade”.

exercendo a gerência, exclusivamente, o sócio Carlos Alberto de Oliveira Andrade (contrato social de fls. 261/265). De acordo com a 22ª alteração do contrato social, registrada na JUCESP, atualmente, a sociedade é constituída pelos seguintes sócios: Caoa Family Participações S/A, que é titular de 149.999.999 cotas no valor de R\$ 149.999.999,00 e a esposa do agravado Izabela Molon Luchési de Oliveira Andrade, com 1 cota no valor de R\$ 1,00, totalizando: R\$ 150.000.000,00 (fls. 227/238), figurando como Diretor-Presidente Carlos Alberto de Oliveira Andrade.

Impossível não consignar que a retirada de Carlos Alberto de Oliveira Andrade da sociedade, sendo substituído pela sociedade que tem a sugestiva denominação “Caoa Family” com 149.999.999 cotas e a participação da esposa do senhor CAO, que obviamente, pertence à “Caoa Family”, com apenas 1 cota, confere à referida sociedade a natureza de sociedade unipessoal, sendo este o expediente utilizado por aqueles que se dedicam ao ramo da “blindagem patrimonial de empresas” para atingir seus objetivos escusos.

Parentoni (2014, p. 89) ainda menciona a confirmação da desconsideração inversa pelo STJ, quando do exame do REsp 948.117/MS em 2010¹⁷². Interessa anotar, nesse ponto, que a aplicação da desconsideração inversa fora utilizada, assim como no caso relatado, em aplicação teleológica do art. 50 do CC/02, haja vista, na ocasião, a ausência de previsão legal expressa. Colhe-se do voto da Min. Nancy Andrighi:

[...] a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio.

Conquanto a consequência de sua aplicação seja inversa, sua razão de ser é a mesma da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita: combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Em sua forma inversa, mostra-se como um 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.

A interpretação literal do art. 50 do CC/02, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer. Há se realizar uma exegese teleológica [...].

¹⁷² PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE.

[...]

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 jurídica 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. [...] (STJ, REsp 948.117/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 22.06.2010, DJ 02.08.2010).

Faz-se oportuno, também, mencionar a larga aplicação nas relações do Direito de Família, em face da ausência de instrumentos hábeis para retomar o estado anterior de coisas, pelo que a desconsideração da personalidade jurídica veio a ser utilizada contingencialmente (MIRAGEM, 2021, p. 296-297).

Madaleno, Madaleno e Madaleno (2022, p. 643-644) bem situam, nesse âmbito, a aplicação da teoria:

Na desconsideração inversa da personalidade jurídica, o devedor transfere seus bens para a empresa da qual participa como sócio, esvaziando o acervo pertencente ao vínculo afetivo do casamento ou da união estável, ou simplesmente no propósito de tornar-se insolvente e sem lastro econômico e financeiro para saldar obrigação alimentar, assim como pode adiantar para terceiros ou em benefício de algum herdeiro preferido a legítima que, por direito, pertence ao sucessor necessário. Ao adquirir bens de uso familiar em nome da empresa da qual participa ou mesmo ao tratar de transferir os bens conjugais para a sociedade empresarial, esses bens, em tese, deixam de integrar a massa conjugal.

Verifica-se, da leitura da doutrina acima, a diversidade de formas que possibilitam a prática de ilícitos no seio das relações familiares e sucessórias, as quais têm como adendo o elemento sentimental que, no mais das vezes, vem a preponderar em face do rompimento dos laços afetivos até então existentes.

Em caso a tratar da desconsideração inversa, envolvendo negócio jurídico entabulado entre sócios, o STJ reconheceu a legitimidade da sócia, no bojo do REsp 1.522.142/PR, para figurar no polo passivo da ação de divórcio cumulada com partilha de bens, tendo em mira a personalidade jurídica da sociedade que se pretendia desconsiderar¹⁷³. No voto do Min.

¹⁷³ RECURSO ESPECIAL. 1. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. 2. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. PERTINÊNCIA SUBJETIVA ENTRE O SUJEITO E A CAUSA. TITULARIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL. 3. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE. EVIDÊNCIAS DA INTENÇÃO DE UM DOS CÔNJUGES DE SUBTRAIR DO OUTRO DIREITOS ORIUNDOS DA SOCIEDADE AFETIVA. 4. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO. 5. SÓCIA BENEFICIADA POR SUPOSTA TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA DE COTAS SOCIAIS POR UM DOS CÔNJUGES. LEGITIMIDADE PASSIVA DAQUELA SÓCIA PARA A AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS, NO BOJO DA QUAL SE REQUEREU A DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO EFETIVADO ENTRE OS SÓCIOS. EXISTÊNCIA DE PERTINÊNCIA SUBJETIVA. 6. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

[...] 2. A legitimidade de agir (*legitimatío ad causam*) é uma espécie de condição da ação consistente na pertinência subjetiva da demanda, ou seja, decorre da relação jurídica de direito material existente entre as partes. 3. A jurisprudência desta Corte admite a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica toda vez que um dos cônjuges ou companheiros utilizar-se da sociedade empresária que detém controle, ou de interposta pessoa física, com a intenção de retirar do outro consorte ou companheiro direitos provenientes da relação conjugal. Precedente. 4. As condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações contidas na petição inicial. 5. A sócia da empresa, cuja personalidade jurídica se pretende desconsiderar, que teria sido beneficiada por suposta

Bellizze, ainda, fora reforçado o entendimento pela possibilidade da desconsideração inversa, no contexto da união estável, a denotar as constantes práticas irregulares nas relações de afeto¹⁷⁴.

Igualmente, há o Enunciado nº 283 das Jornadas de Direito Civil do CJF, prevendo que: “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízos a terceiros”.

Com a chegada do CPC de 2015, possivelmente considerando a aplicação da desconsideração inversa com lastro finalístico, houve a previsão procedimental, disposta no art. 133, § 2º¹⁷⁵, trazendo o delineamento a ser trilhado quando da aplicação da teoria.

Apenas com a Lei nº 13.874/2019, entretanto, houve a inserção da regra de direito material trazida no § 3º do art. 50 do CC/02¹⁷⁶, preconizando, ainda que não especificamente, a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Vê-se que os §§ 2º e 3º do art. 50 são igualmente aplicáveis ao § 3º do mesmo dispositivo do CC/02, com uma discreta distinção quanto à extensão das obrigações se comparado com o *caput*, porquanto “[...] a desconsideração inversa restringe-se à participação do sócio/desconsiderado no capital social” (PARENTONI, 2014, p. 90).

Rodrigues Filho (2016, p. 75) adverte, quando da mistura dos patrimônios, que: “Não há contrapartida pela entrada de tais bens no patrimônio da sociedade, e é exatamente o valor da transferência indevida que deve ser tomado como base para a responsabilização direta da sociedade pelas obrigações pessoais do sócio”.

Quando do tratamento da desconsideração em sentido inverso, iniciando-se pela experiência alemã quanto às sociedades unipessoais, Salomão Filho (2019, p. 371-374) levanta

transferência fraudulenta de cotas sociais por um dos cônjuges, tem legitimidade passiva para integrar a ação de divórcio cumulada com partilha de bens, no bojo da qual se requereu a declaração de ineficácia do negócio jurídico que teve por propósito transferir a participação do sócio/ex-marido à sócia remanescente (sua cunhada), dias antes da consecução da separação de fato. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido (STJ, REsp 1.522.142/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 13.06.2017, DJ 22.06.2017).

¹⁷⁴ Eis o excerto referido: “Acerca da temática, a Terceira Turma desta Casa, ao julgar o Recurso Especial 1.236.916/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2013, DJe de 28/10/2013, entendeu, em situação análoga à deste processo (união estável), ser ‘possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva’” (STJ, REsp 1.522.142/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 13.06.2017, DJ 22.06.2017).

¹⁷⁵ Art. 133. [omissis]

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

¹⁷⁶ Art. 50. [omissis]

§ 3º O disposto no *caput* e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

indagação acerca da possível substituição da desconsideração pela penhora de quotas ou ações, para, de pronto, responder que o interesse dos credores está no recebimento dos créditos, não olvidando a preferência dos credores sociais no caso de penhora de quotas. Além disso, em havendo o patrimônio líquido negativo, “[...] tanto a penhora de faturamento quanto a de quotas ou ações tendem a se mostrar infrutíferas” (PARENTONI, 2014, p. 91).

Por oportuno, releva trazer a crítica atinente à expressão desconsideração inversa, tida por equívoca, pois “[...] é o mesmo efeito em um sentido e em outro, não há o que é inverso, senão que em qualquer caso, o que existe é desconsideração da personalidade jurídica [...]” (MIRAGEM, 2021, p. 297-298).

Portanto, tem-se que a previsão do art. 50, § 3º, do CC/02, em compasso com o art. 133, § 2º, do CPC/15, veio a melhor formatar a aplicação da figura inversa da desconsideração, por meio das balizas fixadas tanto pelo direito material quanto pelo processual, de modo a imprimir segurança procedimental e a robustecer atos de desfazimento, tidos aqui em sentido amplo, eventualmente cabíveis.

3.8.2 A desconsideração atributiva e a desconsideração para fins de responsabilidade

Por primeiro, consigne-se que os dois tipos de desconsideração em apreço serão trabalhados essencialmente com alicerce nas ideias de Salomão Filho (2019, p. 367-371), sem prejuízo de informações complementares de outros autores.

Pois bem. Ao trabalhar com a teoria dos centros de imputação, Salomão Filho (2019, p. 366, nº 30) referencia a distinção entre *Haftungsdurchgriff* e *Zurechnungsdurchgriff*¹⁷⁷, ambas utilizando o termo *Durchgriff* em busca da compatibilidade com a expressão *disregard*, consoante Oliveira (1979, p. 282).

Com a desconsideração atributiva (*Zurechnungsdurchgriff*) busca-se “[...] permitir a aplicação de certas normas em forma coerente com o escopo do legislador” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 367), considerando-se a teoria “[...] a partir da qual comportamentos, conhecimentos e qualidades podem ser imputados à sociedade, e vice-versa” (ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 107-108).

¹⁷⁷ “O primeiro termo é empregado para os casos de *Missbrauch* (fraude), entendida no sentido objetivo, e o segundo, nos casos de imputação de normas. O primeiro tem caráter eminentemente sancionatório, enquanto no segundo prevalece o perfil regulamentar” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 366, nº 30).

Salomão Filho (2019, p. 367-369) traz exemplos correlatos da desconsideração atributiva, quais sejam: (a) atribuição à sociedade de características pessoais dos sócios¹⁷⁸; (b) atribuição à sociedade de comportamentos dos sócios, exemplificando a situação com o caso do dolo de terceiro, no qual o sócio não poderia ser tido como tal em relação à sociedade (CC/02, art. 148); (c) atribuição à sociedade de conhecimentos do sócio, em certos casos¹⁷⁹; e, por fim, (d) extensão à sociedade de proibições relativas aos sócios, trazendo exemplo das proibições de concorrência pertinentes ao sócio, mas que obstam também a sociedade. Ao final, menciona “a hipótese da aplicação à venda de todas as quotas da normativa referente aos vícios da compra e venda” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 369).

Nota-se, dos exemplos elencados, uma espécie de déficit de imputação na autonomia subjetiva da pessoa jurídica, não havendo que se falar na exigência de conduta abusiva ou manipulação do comportamento dos envolvidos (ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 108). É particularmente tendente a colmatação de lacunas, no caso concreto, diante da possibilidade do referido intercâmbio de características e conhecimento entre sócio e sociedade.

Para Salomão Filho (2019, p. 392), a desconsideração atributiva se além aos casos de desconsideração como problema, destacando-se a importância de cada norma e a verificação da razoabilidade, ou não, na conservação das formalidades¹⁸⁰. Dessa forma, “legítima que, de caso em caso, se faça uma abordagem teleológica das relações jurídicas e das normas aplicáveis para definir quando e onde certos atributos de uma podem ser estendidos às outras” (ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 108).

Assim é que “a atribuição servirá sempre para impedir que, instrumentalizada pelos sócios, a pessoa jurídica sirva para frustrar norma legal ou contratual” (ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 109).

A desconsideração para fins de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*), por sua vez, é aquela exposta como regra geral no CC/02 (art. 50) e, conforme Oliveira (1979, p. 283),

¹⁷⁸ Salomão Filho (2019, p. 367) traz o exemplo do erro essencial quanto à pessoa do sócio, a fundamentar possível anulação do negócio jurídico. Koury (2000, p. 73) aponta situação que vem ao encontro da temática: “O legislador brasileiro também se preocupou com essa questão, recorrendo à nacionalidade dos sócios para considerar determinadas sociedades como inimigas”.

¹⁷⁹ Salomão Filho (2019, p. 368) explicita que o caso traz uma peculiaridade do sistema alemão, informando que, como não há regra no Brasil, “[...] o fato do negócio ter sido realizado ente sócio único e sociedade poderia induzir, no máximo, a uma presunção simples de simulação, cabendo às partes no negócio (sócio e sociedade) demonstrar o contrário”.

¹⁸⁰ Interessante, ainda, notar: “Em um ordenamento como o brasileiro, que reconhece a sociedade pessoal sem regular-lhe a organização, a desconsideração atributiva deve ser utilizada como disciplina complementar, apta a suprir a lacuna de regras organizativas. Ao fazê-lo, está indiretamente regulando a capacidade jurídica da sociedade, na medida em que imputa a titularidade de certas relações (*i.e.*, certos direitos) ao sócio e não à sociedade” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 392).

verifica-se “nos casos em que o princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoas-membro é posto de lado, no caso concreto, de modo a atribuir responsabilidade por dívidas da sociedade, ou vice-versa”. Abarca-se, assim, a vertente direta e inversa anteriormente examinada.

Vê-se, nessa toada, que a desconsideração para fins de responsabilidade diz com a situação de responsabilidade limitada¹⁸¹, visualizada na via societária e decorrente da atividade abusiva, já que vista como método (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 392-393).

Salomão Filho (2019, p. 369), no contexto da desconsideração para fins de responsabilidade, destaca três casos paradigmáticos, quais sejam: a confusão de esferas, a subcapitalização e o abuso de forma.

A confusão de esferas diz com a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade, que não se distingue, a princípio, da pessoa do sócio, aproximando-se da teoria da aparência (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 369-370), tendo sido abordado quando da análise da confusão patrimonial.

Já a subcapitalização foi objeto de tópico próprio, trazendo-se uma visão concernente à possibilidade de aplicação ou não como pressuposto caracterizador do abuso da personalidade jurídica.

O abuso de forma pode acontecer quando a personalidade jurídica é utilizada com o fim específico de prejudicar terceiro, tendo apenas este legitimidade para o pleito de desconsideração (abuso individual), como também da utilização em descompasso com funções e objetivos da responsabilidade limitada. Pode, nesse caso, ser postulada por qualquer credor, já que consubstanciada na atividade social, por isso denominado abuso institucional (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 371).

Não só ante as modalidades aqui exploradas, mas também diante da diversidade de relações jurídicas estabelecidas com esteio em regramentos igualmente distintos, percebe-se a variabilidade da doutrina da desconsideração, especialmente da desconsideração para fins de responsabilidade aqui aplicada

Feitas tais pontuações, salienta-se que a desconsideração para fins de responsabilidade será o norte do presente estudo, pois está posta como regramento geral, como dito, sem prejuízo

¹⁸¹ Vale pontuar, nesse ponto, a distinção trazida por Ribeiro (2016, p. 134-135): “a distinção entre *Durchgriff* de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*) e *Durchgriff* de responsabilidade (ou *Haftungsdurchgriff*, único de que aqui se trata): neste último caso, diversamente do que se passa nos casos *Durchgriff* de imputação, não está em causa a utilização da pessoa colectiva para camuflar certas características, comportamentos ou conhecimentos dos sócios, mas especificamente para limitar a responsabilidade destes em projectos ou situações de risco financeiro que é desviado para terceiros (credores) – ou, para utilizar a linguagem económica, ‘externalizado’ –, através do recurso à autonomia patrimonial (que a criação desta pessoa colectiva implica), e ao benefício da limitação da responsabilidade (que, nomeadamente no caso da sociedade por quotas, é o proporcionado aos sócios)”.

de ponderações completivas acerca da aplicação conjunta dos fundamentos da desconsideração atributiva.

3.8.3 Desconsideração expansiva

A desconsideração expansiva está a tratar da possibilidade de responsabilização de terceiro, não integrante da estrutura societária, funcionado como uma espécie de sócio oculto, sem prejuízo de situações outras, a exemplo dos comuns financiamentos das atividades econômicas.

Conforme Farias e Rosenvald (2009, p. 399), a desconsideração expansiva consiste em “[...] nomenclatura utilizada para designar a possibilidade de desconsiderar uma pessoa jurídica para atingir a personalidade do sócio eventualmente oculto, que, não raro, está escondido na empresa controladora”.

Vale anotar que, em 2013, o STF, analisando caso oriundo do Tribunal de Contas da União (TCU), pôde se debruçar sobre a teoria da desconsideração expansiva, tendo o Min. Celso de Mello, em decisão monocrática, assim expressado, no bojo no Mandado de Segurança (MS) 32.494-MC¹⁸², o ato do TCU:

76. A doutrina e a jurisprudência dos tribunais já consideram que um desdobramento dessa teoria é a possibilidade de se estender os seus efeitos a outras empresas, diante das circunstâncias e provas do caso concreto específico. Trata-se da teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica da sociedade, terminologia utilizada pelo prof. Rafael Mônaco [...]

77. Com a teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica, é possível estender os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica aos “sócios ocultos” para responsabilizar aquele indivíduo que coloca sua empresa em nome de um terceiro ou para alcançar empresas de um mesmo grupo econômico [...]

O CJF, durante a I Jornada de Direito Processual Civil, editou o Enunciado nº 11, dispondo que: “Aplica-se o disposto nos arts. 133 a 137 do CPC às hipóteses de desconsideração indireta e expansiva da personalidade jurídica”. Malgrado o cunho doutrinário, surge o indicativo atual da introjeção do instrumento na prática hodierna.

Tendo em linha o enunciado sobredito, verifica-se a utilização do vocábulo “indireta”, sendo este equívoco, pois pode ser utilizado na aplicação da desconsideração quanto aos grupos econômicos, como também no sentido da desconsideração inversa.

¹⁸² STF, MS 32.494-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 11.11.2013, DJ 13.11.2013.

Conquanto formulado na seara processual, é relevante consignar o fenômeno do *third-party funding* ou financiamento processual por terceiros, trabalhado por Temer (2020, p. 404), que traz a reflexão atinente aos sujeitos ocultos:

[...] o financiador, que pode ser instituição financeira, sociedade empresária, associação, e até mesmo pessoa natural, investe em determinado litígio, arbitral ou judicial, usualmente mediante o pagamento dos custos envolvidos, em troca de parte do resultado favorável à parte financiada.

Não se pode olvidar a figura desse financiador, notadamente nas sociedades familiares, nas quais alguns sócios têm participação em sentido formal, meramente decorativa, sendo comumente conhecidos, por isso, como laranjas ou testas de ferro, com uma participação multiforme, conquanto oculta¹⁸³.

Assim, faz-se relevante, no contexto da desconsideração expansiva, pensar, ainda, na cumulação de pedidos com vistas ao alcance da responsabilização civil, diante da eficácia transubjetiva das obrigações, de acordo com a Teoria do Terceiro Cúmplice¹⁸⁴, de modo a desincentivar o encobrimento.

3.8.4 Desconsideração regulatória

Em linhas atrás, a desconsideração regulatória foi mencionada com lastro na doutrina de Pargendler (2021), cabendo agora trazer uma breve contextualização.

Dentro da perspectiva da personalidade jurídica, além da separação patrimonial, há, ainda, a separação regulatória ou separação para fins de imputação (*veil peeking*), que cumpre uma função econômica (PARGENDLER, 2021, p. 577):

Para além de permitir a estabilidade do regime jurídico de companhia cujas ações são detidas por acionistas numerosos e transitórios, a separação regulatória também permite o uso da forma societária como mecanismo de escolha do regime jurídico mais favorável (*regulatory arbitrage*).

¹⁸³ Ainda na seara processual, quanto ao financiador: “O exemplo do financiador é rico e relevante para o presente estudo também porque em alguns casos o financiamento – e, por consequência, a participação oculta – pode decorrer de motivos distintos (e não por interesse econômico), como em razão de vínculos afetivos, para proteção de sujeitos vulneráveis, para sanar déficit e disparidade entre litigantes, para assegurar padrão decisório, dentre outras razões” (TEMER, 2020, p. 422-423).

¹⁸⁴ Assim ponderou o Min. Marco Aurélio Bellizze: “o terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, pois ‘o comportamento do terceiro não pode manifestamente interferir, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes. Nesse último sentido, o terceiro não pode se associar a uma das partes para descumprir com a obrigação. Nesse caso, seria um terceiro-cúmplice no inadimplemento daquela prestação’ (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 36-37)” (STJ, REsp 1.895.272, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 26.04.2022, DJ 29.04.2022).

Como sabido, a desconsideração da personalidade jurídica funciona como uma exceção à autonomia da pessoa jurídica, mais precisamente afetando a separação patrimonial. Nesse compasso, igualmente, o ente coletivo poderá ser atingido pela prática desconsiderante sob o matiz da separação regulatória, que são situações excepcionais, segundo Pargendler (2021, p. 579), “[...] via de regra aplicáveis exclusivamente aos sócios controladores”, tendo em vista a definição dos lindes entre as empresas pelo controle societário (PARGENDLER, 2021, p. 582).

Nesse trilhar, a forma societária pode vir a ser utilizada como espécie de evasão regulatória, a permitir a escolha de regime mais favorável, influenciando a atuação regulatória estatal. Esse é um custo que acompanha a separação regulatória (PARGENDLER, 2021, p. 582). Tanto é assim que adverte Pargendler (2021, p. 582):

[...] o *tradeoff* essencial entre separação regulatória e desconsideração regulatória está relacionado aos benefícios de reduzir os custos regulatórios e facilitar a transferência de ações, por um lado, e o dano potencial à eficácia da regulação, por outro”.

Vale rememorar o quanto dito sobre a difusão da técnica. O caso *Bank of United States v. Deveaux* tem sido trabalhado como a primeira situação de desconsideração regulatória, examinado pela Suprema Corte norte-americana em 1809, desconsideração esta que se perfaz pela atribuição de certos deveres ou direitos dos acionistas à pessoa jurídica, como se fosse uma espiada pelo véu (*veil peeking*), visando atingir os resultados postos pelo legislador ou que dimanam da relação contratual (PARGENDLER, 2021, p. 579-580 e 583-585)¹⁸⁵.

Ainda como exemplo da desconsideração regulatória, imputando-se uma característica do sócio à sociedade, mencione-se o caso *Daimler Co., Ltd. v. Continental Tyre e Rubber Co (Great Britain) Ltd.*, julgado pela *House of Lords*, no qual a argumentação esteve focada no equacionamento do regime de regência das pessoas físicas e das pessoas naturais, já que estas poderiam, por viver em território inimigo, assumir o lado do oponente, tornando-se rivais (PARGENDLER, 2021, p. 587-588).

Mesmo diante das alterações da LLE, a desconsideração regulatória não foi tratada pela legislação brasileira, tendo aplicação, portanto, em casos de colmatação de lacunas legais e contratuais, não sendo exigida a caracterização do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, prescritos no art. 50 do CC/02. Deve ser observado o norte buscado pela lei ou pelo contrato, a depender da relação jurídica em análise. Ao final, sua aplicação não vem a excluir a

¹⁸⁵ A desconsideração regulatória também é trabalhada inversamente, como leciona Pargendler (2021, p. 579): “A desconsideração regulatória inversa, ainda menos comum, imputa certos direitos ou deveres da sociedade aos seus acionistas, que podem reclamá-los em nome próprio”.

responsabilização pela desconsideração patrimonial, não sendo, portanto, excludentes (PARGENDLER, 2021, p. 588-591).

Assim, vê-se que a desconsideração regulatória se aproxima da concepção da desconsideração atributiva, inclusive no tocante à ausência de previsão legal, sendo buscada a resolução por meio do suprimento de eventuais lacunas, respeitados os objetivos traçados na relação jurídica-base, com vistas à imputação de direito, deveres, conhecimentos e qualidades do sócio à pessoa jurídica e resolvendo-se a situação da crise instalada.

3.9 OS EFEITOS, A EXTENSÃO SUBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL: A INTERSECÇÃO

Quando da fixação do conceito da desconsideração, conforme o item 3.4, pôde-se perceber o imbricamento entre os efeitos consequenciais e a própria definição da figura jurídica.

De logo, igualmente, restou assente que a aplicação da teoria da desconsideração está localizada no plano da eficácia¹⁸⁶, não se tratando de promover o fim da pessoa jurídica e não se confundindo, como dito, com o fenômeno da despersonalização. Em termos outros, há a preservação do negócio jurídico em sua completude, considerando-se a normalidade das coisas e não prejudicando, com isso, as relações entabuladas com terceiros não abarcados pela teoria da superação.

Isso porque, como aludido, a desconsideração da personalidade jurídica está adstrita ao caso concreto, sendo de aplicação restritiva e excepcional, como ressaltou Requião (1988, p. 84) ao aludir à aplicação nos EUA: “Que nos sirva de exemplo, [...], a cautela dos juízes norteamericanos na aplicação da *disregard doctrine*, tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais”.

Nesse particular, Parentoni (2014, p. 53) ressalta tal delimitação e a necessidade de comprovação por parte dos demais interessados componentes de relação jurídica diversa da questionada:

¹⁸⁶ Para melhor compreensão, traz-se a lição de Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 49): “O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia própria* ou *típica*, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. Feita essa advertência preliminar, e antes de tratarmos da situação normal, que é a da eficácia dos atos válidos, lembremos duas situações excepcionais: a eficácia do ato nulo e a ineficácia do válido. Ambas são, ao nosso ver, provas cabais de que não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz como, também, o nulo eficaz”.

Em consequência, caso seja aplicada em proveito de determinado credor, tal fato, por si só, não autoriza que incida também a favor dos demais credores do sujeito desconsiderado. Pelo contrário, incumbirá a cada um deles provar a presença dos pressupostos dessa teoria, no respectivo caso concreto, para que também em relação a eles seja declarada a ineficácia da limitação de responsabilidade patrimonial do devedor.

Tal entendimento de há muito é aplicado pelo STJ, valendo destacar o REsp 1.169.175/DF¹⁸⁷, no qual o Min. Massami Uyeda pontuou que “a desconsideração não importa em *dissolução da pessoa jurídica*, mas se constitui apenas em um ato de efeito *provisório*, decretado para determinado caso concreto e objetivo [...]” (grifos do original).

Dá-se ênfase ao caráter limitador e à definição junto ao caso concreto da teoria, porquanto, assim como há entendimento que sustenta a “[...] suspensão episódica do ato de constituição da sociedade”, como expõe Coelho (2021, n. p.), existe posicionamento com perspectiva outra, como o de Diniz (2012, p. 151), que aduz a “sanção jurídica da ilimitação da responsabilidade”¹⁸⁸, ambos igualmente válidos e com enfoque diverso.

¹⁸⁷ RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – ARTIGOS 472, 593, INCISO II, E 659, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA – MEDIDA EXCEPCIONAL – OBSERVÂNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS – ABUSO DE PERSONALIDADE – DESVIO DE FINALIDADE – CONFUSÃO PATRIMONIAL – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE – ATO EFEITO PROVISÓRIO QUE ADMITE IMPUGNAÇÃO – BENS DOS SÓCIOS – LIMITAÇÃO ÀS QUOTAS SOCIAIS – IMPOSSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS COM TODOS OS BENS PRESENTES E FUTUROS NOS TERMOS DO ART. 591 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. I – A ausência de explicitação precisa, por parte do recorrente, sobre a forma como teriam sido violados os dispositivos suscitados atrai a incidência do Enunciado nº 284 da Súmula do STF. II – A desconsideração da personalidade jurídica é um mecanismo de que se vale o ordenamento para, em situações absolutamente excepcionais, desencobrir o manto protetivo da personalidade jurídica autônoma das empresas, podendo o credor buscar a satisfação de seu crédito junto às pessoas físicas que compõem a sociedade, mais especificamente, seus sócios e/ou administradores. III – Portanto, só é admissível em situações especiais quando verificado o abuso da personificação jurídica, consubstanciado em excesso de mandato, desvio de finalidade da empresa, confusão patrimonial entre a sociedade ou os sócios, ou, ainda, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência desta Corte Superior, nas hipóteses de dissolução irregular da empresa, sem a devida baixa na junta comercial. Precedentes. IV – A desconsideração não importa em dissolução da pessoa jurídica, mas se constitui apenas em um ato de efeito provisório, decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no pólo passivo da demanda, de meios processuais para impugná-la. V – A partir da desconsideração da personalidade jurídica, a execução segue em direção aos bens dos sócios, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50 do Código Civil e não há, no referido dispositivo, qualquer restrição acerca da execução, contra os sócios, ser limitada às suas respectivas quotas sociais e onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo. VI – O art. 591 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que os devedores respondem com todos os bens presentes e futuros no cumprimento de suas obrigações, de modo que, admitir que a execução esteja limitada às quotas sociais levaria em temerária e indevida desestabilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica que vem há tempos conquistando espaço e sendo moldado às características de nosso ordenamento jurídico. VII – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido (STJ, REsp 1.169.175, rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 17.02.2011, DJ 04.04.2011).

¹⁸⁸ Nesse ponto, rememora-se a ideia, agora, sob a advertência de Didier (2021, p. 657): “A limitação da responsabilidade tem suas origens vinculadas a critérios de conveniência econômica [...]. Isso assim o é porque limitação da responsabilidade não é elemento constitutivo da personalidade jurídica. Pode existir personalidade jurídica independentemente do alcance obrigacional da responsabilidade daqueles que formam

Daí é que essa suspensão episódica conduz ao influxo no regime de limitação da responsabilidade, possibilitando a superação patrimonial com integral acesso ao patrimônio do praticante do abuso da personalidade jurídica, o que orienta, como se vê, para a demarcação da extensão subjetiva. Ao final, não se pode descurar da adoção, pelo CC/02 (art. 50), da desconsideração para fins de responsabilidade patrimonial, como já abordado.

Por essa razão, extrai-se da previsão “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”, inserida no art. 50, *caput*, do CC/02, a intersecção necessária para a concretude da teoria da desconsideração, que diz com sua eficácia social.

Em sendo assim, da própria extensão dos efeitos de certas e determinadas relações obrigações, denota-se, a um só tempo, o alargamento em relação a terceiros e, ainda, o mencionado caráter episódico e excepcional que faz ressoar a dimensão do enfoque dado a “certas e determinadas relações de obrigações”.

Melhor elucidando, destaca-se o apontamento de Parentoni (2014, p. 58), quanto à teoria da superação, quando ressalta que: “é a declaração de ineficácia parcial e temporária da limitação de responsabilidade dos membros de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, no caso concreto [...]”.

Constata-se, da definição parcialmente trazida¹⁸⁹, a adoção do critério restritivo da interpretação, dando-se proeminência à autonomia da pessoa jurídica, já que a própria extensão dos efeitos da relação de obrigação necessitará ser demarcada pela abusividade, não abarcando, portanto, toda e qualquer obrigação.

Nesse sentido, importante frisar a linha de entendimento trazida por Miragem (2021, p. 298):

Por *certas e determinadas obrigações* tem-se em vista aquelas cujos credores requeiram a extensão de seus efeitos, demonstrando o preenchimento das condições legais, e seu efetivo prejuízo em razão do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial devidamente caracterizada. Toma-se em conta, igualmente, a espécie de pessoa jurídica e a situação concreta de sua atuação [...] (grifos do original).

o ente jurídico. A responsabilidade limitada e a responsabilidade ilimitada não são determinantes para a existência da autonomia da pessoa jurídica. Apenas algumas delas são caracterizadas pela limitação da responsabilidade obrigacional das pessoas que a formam”.

¹⁸⁹ Traz-se, aqui, em sua inteireza: “desconsideração da personalidade jurídica é a declaração de ineficácia parcial e temporária da limitação de responsabilidade dos membros de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, no caso concreto, atribuindo-lhes obrigação formalmente contraída por este centro, em razão de não ter ocorrido a perda do poder direto de disposição sobre o patrimônio que o compõe, ou em decorrência da imputação legal de riscos” (PARENTONI, 2014, p. 58).

Depreende-se que a interpretação e a aplicação da extensão das relações obrigacionais fincadas não pode estar desvinculada dos pressupostos pertinentes ao abuso da personalidade, tendo em mira, como assentado, a importância da separação patrimonial, no caso posta com personalização, para a redução dos custos transacionais.

Ainda nesse ponto, reforça-se a linha interpretativa da intersecção, haja vista a dicção do *caput* do art. 50 do CC/02, alterado pela Lei nº 13.874/2019, conduzir para a fixação da responsabilidade patrimonial, já que se está a tratar de desconsideração para fins de responsabilidade, não obstante, contudo, a colmatação de lacunas como atividade ínsita ao intérprete¹⁹⁰.

Diz-se isso porque, como mencionado, não há que se buscar um sentido técnico para o vocábulo “desconsideração”, visto que o sentido mesmo da disposição normativa está posto em contexto com sua finalidade, a razão teleológica também aqui aludida.

Nesse contexto, antes de problematizar a alusão ao ato de declarar “episodicamente – ineficazes os atos constitutivos de determinadas pessoas jurídicas”¹⁹¹ ou a “suspensão dos efeitos da personificação”¹⁹² –, deve-se buscar o sentido e alcance do texto legal na linha de interpretação possível, que é a objetividade do direito, não se podendo olvidar que o juiz faz parte desse caminhar, como ensina Grau (2021, p. 21-22)¹⁹³.

Nesse ponto, há de se ressaltar que os efeitos das relações de obrigações, na forma delimitada pelo CC/02, são formatados pela composição de diversos comportamentos dos sujeitos da relação obrigacional (credor e devedor), a denotar a maior amplitude do conteúdo desta.

Quer-se dizer, com isso, que a projeção no plano da eficácia deve observar os lindes da relação obrigacional, já que a pretendida extensão dos efeitos provém do incumprimento do

¹⁹⁰ Conquanto já exposto o entendimento, convém reforçar o quanto dito com a lição de Salomão Filho (2019, p. 388): “Evidentemente, a desconsideração é reduzida às hipóteses de responsabilidade patrimonial. Há, no entanto, possibilidade de seleção e imputação de relações obrigacionais específicas para aplicação da teoria. [...]”.

¹⁹¹ “A decisão quanto à desconsideração da personalidade jurídica não tem a força de anular ou declarar nulos os atos constitutivos da pessoa jurídica. A aptidão para tal decisão circunscreve-se apenas a declarar – episodicamente – ineficazes os atos constitutivos de determinadas pessoas jurídicas para estender os efeitos de determinadas obrigações destas últimas aos bens particulares dos seus integrantes” (SOUZA, 2009, p. 151).

¹⁹² “A desconsideração significa tão-somente a suspensão dos efeitos da personificação relativamente a algum ato específico, a algum período determinado da atividade da sociedade ou ao relacionamento específico entre a sociedade e certa (s) pessoa (s)” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 56).

¹⁹³ “[...] a lei é *abstrata e geral*, devendo ser interpretada e aplicada a cada caso. A afirmação do jovem Marx [2006:62] quanto a este ponto é primorosa: a lei é universal: o caso que deve ser decidido através da lei é individual; para submeter o individual ao universal é necessário um julgamento; o julgamento é problemático; o *juiz* também faz parte da lei; se as leis fossem aplicadas por si mesmas, os tribunais seriam supérfluos. O intérprete está vinculado pela objetividade do direito” (GRAU, 2021, p. 21-22).

dever de prestar por parte da pessoa jurídica¹⁹⁴. Daí é que essa expansão do vínculo para terceiros, que promoveram o abuso da personalidade jurídica, vem a envolver, também em caráter consequencial – portanto, como efeito –, os bens particulares dos administradores ou sócios.

Vê-se, nessa ordem, que a estrutura da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, em sua forma tradicional, resta caracterizada pelo imbricamento entre a relação obrigacional da pessoa jurídica, a limitação da responsabilidade e a utilização de modo abusivo da pessoa jurídica (abuso da personalidade jurídica), caracterizado de acordo com as respectivas regras de direito material, a denotar a sobredita intersecção e a visão holística da teoria da superação.

Portanto, visualizada em seus efeitos, a desconsideração da personalidade jurídica propriamente não desnatura a pessoa jurídica, mantidos seus atos constitutivos e preservando-se sua posição na relação obrigacional, quando da aplicação, a ser agregada em seu alcance e dentro dos parâmetros da responsabilidade patrimonial.

No tocante à extensão subjetiva, pode-se dizer que, com a LLE, houve o acréscimo objetivando-se a limitação dos efeitos aos bens particulares dos sócios ou administradores que venham a ser beneficiados direta ou indiretamente com o abuso. Em outros termos, decota-se a possibilidade de amplificação genérica dos efeitos.

Com isso, propõe-se balizar a aplicação da doutrina da desconsideração com a conjugação dos pressupostos caracterizadores do abuso e do benefício, direto ou indireto, em virtude daquele, o que “[...] justifica-se em razão da variabilidade interna das diferentes pessoas jurídicas, em especial quanto à participação dos sócios nas vantagens que podem decorrer do abuso da personalidade jurídica” (MIRAGEM, 2021, p. 290).

Tem-se que a leitura conjugada se faz necessária, porquanto se propõe a leitura do abuso da personalidade jurídica em sua inteireza e dentro da interpretação restritiva que deve nortear a aplicação da *Disregard Doctrine*, até porque a possibilidade de configuração do benefício indireto é por demais ampla, dando ensanchas a múltiplos enquadramentos, não dispensando, porém, sua concretização.

Assim é que não se pode concordar com Frazão (2020, p. 480) quando defende a possibilidade de atingimento dos bens daqueles que participaram do desvio, mesmo sem o

¹⁹⁴ Elucidando, ressalta-se com brevidade o conceito estrito de obrigação, que ainda será apurado: “Em sentido restrito *obrigação* é uma categoria de relações jurídicas, que se contrapõe a outras categorias como os direitos reais. Tem de característico achar-se determinada pessoa adstrita a fazer ou não fazer algo no interesse de outra, também determinada. Este algo designa-se tecnicamente por *prestação*” (TELLES, 1989, p. 9-10).

beneficiamento do abuso¹⁹⁵, justamente em virtude da amplitude do benefício indireto e da possibilidade da responsabilização por instrumental outro que não a teoria da superação, o que merecerá maior reflexão específica por parte da doutrina e da jurisprudência.

Nesse ponto, enfatizando a situação dos sócios minoritários, Neves (2020, p. 458-459) leciona:

Com isso, procura-se encerrar a situação injusta de um sócio minoritário, sem qualquer participação na vida da sociedade, ficar vinculado e ter seus bens comprometidos por uma ação de abuso dos majoritários, sobre a qual ele não teve ingerência e, muito menos, colheu proveito, mesmo indireto. [...].

É importante notar que, antes mesmo da alteração, a doutrina já caminhava nesse trilhar, inclusive como sedimentado no Enunciado nº 7 da Jornada de Direito Civil do CJF: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

Frazão (2020, p. 480) bem destaca que a controvérsia de então, antes da Lei nº 13.874/2019, trazia um desincentivo ao investimento passivo, sobrelevando a figura dos sócios investidores, que, conquanto não participassem da gestão, poderiam vir a ser atingidos pela desconsideração.

Quanto a tal consideração, designadamente, crê-se que não há como mensurar a impossibilidade de eventual aplicabilidade, notadamente diante da variedade de expressões e vocábulos abertos, sem descurar do caráter multiforme de casos.

Diz-se isso, inclusive, em contexto com a situação dos sócios minoritários, que não dispõem do poder de controle e podem vir a ser abrangidos pela aplicação indistinta da doutrina da desconsideração no caso concreto. Aqui, tem-se que o norte a ser adotado perpassa, a depender do tipo societário, pelo controle das manifestações em atos decisórios e pelo exercício efetivo do poder de controle, pois assim não se exclui o exercício do abuso da minoria, o qual, embora excepcional, não se pode descartar.

Nesse diapasão, secunda-se o posicionamento de Diniz (2012, p. 237), que, malgrado aborde especificamente a subcapitalização, pode ser aplicado substancialmente, a saber:

¹⁹⁵ Pela relevância, expõe-se a visão de Frazão (2020, p. 480): “Questiona-se, apenas, se o critério do benefício não deveria ter sido acompanhado, igualmente, critério do envolvimento no desvio de finalidade. Afinal, havendo administradores ou sócios direta ou indiretamente envolvidos no abuso da personalidade jurídica, a circunstância de não terem tido benefícios não afasta, por si só, o desrespeito à autonomia da pessoa jurídica e os reflexos sobre a insuficiência patrimonial que irá prejudicar os credores sociais. Como nem sempre os que participaram do desvio terão benefícios, o mais adequado seria que fossem atingidos os bens não apenas dos que se beneficiaram pelo abuso, mas também de todos os que o praticaram”.

[...] nas sociedades limitadas é possível verificar que o nível de acesso e participação do sócio nas decisões tomadas pelo órgão social de administração pode ser critério de atribuição de responsabilidade [...]. Assim, estaria excluído da responsabilidade pessoal o sócio que não participou direta ou indiretamente das decisões societárias [...].

Outro enfoque se tem na sociedade anônima aberta, mas isso não desvincula a análise da estrutura de poder decisório. De um lado, os acionistas minoritários sem acesso efetivo aos órgãos sociais pela dissipação acionária não podem ser responsabilizados pessoalmente [...]. De outro lado, estão os acionistas do grupo de controle, que geram o abuso de personalidade [...].

Após análise jurisprudencial, Frazão (2012, p. 507) ressalta que prioritariamente os sócios controladores e os administradores devem ser atingidos pela desconsideração, mas observa que não resta claro se tal responsabilização seria apenas em decorrência dessa condição.

Interessa trazer ao cotejo uma situação que, embora com particularidade determinante, apontou a indicação do posicionamento do STJ quanto ao sócio minoritário, no REsp 1.315.110¹⁹⁶. A Min. Nancy Andrighi, em seu voto, averbou o afastamento da responsabilidade dos sócios minoritários não praticantes do ato, *in verbis*:

[...] em que pese não existir qualquer restrição no art. 50 do CC/02, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica apenas deve incidir sobre os bens dos administradores ou sócios que efetivamente contribuíram na prática do abuso ou fraude na utilização da pessoa jurídica, devendo ser afastada a responsabilidade dos sócios minoritários que não influenciaram na prática do ato.

A sobredita particularidade do julgado em voga diz com o reconhecimento da inexistência de sócio minoritário, haja vista a composição da sociedade limitada unicamente entre a mãe e sua filha, cada uma com cinquenta por cento das quotas sociais, confundindo-se, por vezes, a titularidade das quotas e os atos gerenciais.

Ainda quanto às sociedades limitadas, houve o julgamento do REsp 1.250.582¹⁹⁷, no qual o Min. Luis Felipe Salomão reconheceu que: “Para efeitos da desconsideração da

¹⁹⁶ PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE LIMITADA. SÓCIA MAJORITÁRIA QUE, DE ACORDO COM O CONTRATO SOCIAL, NÃO EXERCE PODERES DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE. 1. Possibilidade de a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada atingir os bens de sócios que não exercem função de gerência ou administração. 2. Em virtude da adoção da Teoria Maior da Desconsideração, é necessário comprovar, para fins de desconsideração da personalidade jurídica, a prática de ato abusivo ou fraudulento por gerente ou administrador. 3. Não é possível, contudo, afastar a responsabilidade de sócia majoritária, mormente se for considerado que se trata de sociedade familiar, com apenas duas sócias. 4. Negado provimento ao recurso especial (STJ, REsp 1.315.110/SE, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 28.05.2013, DJ 06.06.2013).

¹⁹⁷ RECURSOS ESPECIAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. AFRONTA AO ARTIGO 535 DO CPC. INOBSERVÂNCIA. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO. RAMIRES TOSATTI JÚNIOR. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. DESCABIMENTO. LIMITAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AOS SÓCIOS QUE EXERCEM CARGO DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA. IMPOSSIBILIDADE. MULTA. ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AFASTAMENTO. RECURSOS PARCIALMENTE

personalidade jurídica, não há fazer distinção entre os sócios da sociedade limitada. Sejam eles gerentes, administradores ou quotistas minoritários [...]”. Mais especificamente quanto ao sócio minoritário, assim elucidou:

[...] não pode o sócio minoritário, para se eximir dessa responsabilidade, alegar desconhecimento dos fatos abusivos praticados pela empresa. Mesmo tendo pequena parcela de quotas, é dever de cada sócio gerir as atividades e os negócios realizados pela sociedade.

Não obstante a conclusão, entende-se, da leitura do voto, que a consideração atinente ao sócio minoritário foi formulada em contexto com a peculiaridade do caso, que, como ressaltou o Relator, consistia em uma captação irregular de poupança popular (contrato de investimento coletivo) travestido de compra e venda de avestruzes.

Tem-se que o caso desborda, e muito, da ordem natural de coisas, não se podendo alegar desconhecimento por situação patentemente desviante, inclusive poderia ser exercido o direito de resistir, motivo pelo qual se compreende que o caso é deveras específico para gerar uma conclusão geral.

Com efeito, acredita-se que a posição do STJ se manterá no sentido do quanto esposado no REsp 1.315.110, mormente diante da alteração legislativa a delimitar a extensão dos efeitos. Isso porque, como visto quando do exame da teoria menor, especialmente na menção ao REsp 1.862.557, verificou-se a exclusão da responsabilização daquele que não houvera atuado na condição de gestor, de modo a reforçar a maior cautela em sendo o caso pertinente à teoria maior da desconsideração.

Tal entendimento se aplica, igualmente, no tocante às sociedades anônimas, sendo ponderado por Parentoni (2014, p. 74):

Os mencionados limites da desconsideração bem demonstram que ela incide exclusivamente sobre quem manipula a limitação de responsabilidade, por meio de indevida ingerência na autonomia da atividade societária. Tenderia, assim, a atingir somente o titular do controle, principalmente nas companhias abertas, em que o

PROVIDOS. 1. Recurso interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais. [...]. 1.2. Estão presentes os requisitos para a concessão do dano moral coletivo, já que, na espécie, restou demonstrada a prática de ilegalidade perpetrada pelo Grupo empresarial, a qual afeta não apenas a pessoa do investidor (indivíduo), mas todas as demais pessoas (coletividade) que na empresa depositaram sua confiança e vislumbraram a rentabilidade do negócio. 1.3. Diante das nuances que se apresentam no caso em comento, estar-se-ia adequado à função do dano moral coletivo fixar a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a ser revertida ao fundo constante do artigo 13 da Lei nº 7.347/85. 2. Recurso interposto por Ramires Tosatti Júnior. 2.1. Não se vislumbra a alegada violação ao artigo 535 do CPC, pois não caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade, o fato de o tribunal ter adotado outro fundamento que não aquele defendido pela parte. 2.2. Para os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, não há fazer distinção entre os sócios da sociedade limitada. Sejam eles gerentes, administradores ou quotistas minoritários, todos serão alcançados pela referida desconsideração. [...]. 3. Recursos parcialmente providos (STJ, REsp 1.250.582/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 12.04.2016, DJ 30.05.2016).

minoritário geralmente busca apenas retorno financeiro de seu investimento, sem qualquer ingerência nos negócios sociais (“acionista rendeiro”).

Nesse particular, tem-se caso de amplo espectro, secundado empós no AgInt no AREsp 331.644¹⁹⁸, sendo afirmado pelo Min. Luis Felipe Salomão, no REsp 1.412.997¹⁹⁹, que a regra de responsabilização apenas dos administradores e o acionista controlador, pelos atos de gestão de pela utilização abusiva do poder, ressaltando-se que a necessidade de conjunto probatório firme quanto à direção e orientação das atividades sociais da companhia. Traz-se à baila importante excerto do voto:

[...] é de curial importância reiterar que, principalmente nas sociedades anônimas, impera a regra de que apenas os administradores da companhia e seu acionista controlador podem ser responsabilizados pelos atos de gestão e pela utilização abusiva do poder; sendo certo, ainda, que a responsabilização deste último exige prova robusta de que “esse acionista use efetivamente o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar os órgãos da companhia” (MARTINS, 2010, p. 403).

Verifica-se, da análise dos julgados mencionados, o delineamento do poder de controle societário como aparato de imputação da responsabilidade por meio da desconsideração da personalidade jurídica, havendo que se fazer a correlação entre as atividades inerentes ao

¹⁹⁸ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE APENAS DOS ADMINISTRADORES E SEUS ACIONISTAS CONTROLADORES. ENUNCIADO 7 DA I JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF. SÚMULA 83 DO STJ. FRAUDE À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 1. O entendimento das instâncias ordinárias está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, o qual afirma que apenas os administradores da sociedade anônima e seus acionistas controladores podem ser responsabilizados pelos atos de gestão e pela utilização abusiva da empresa. Precedente: REsp 1.412.997/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 8/9/2015, DJe 26/10/2015. 2. Não se admite o recurso especial quando a questão federal nele suscitada não foi enfrentada no acórdão recorrido. Incidem as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (STF). 2. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no AREsp 331.644/SP, rel. Min. Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 06.02.2018, DJ 08.02.2018).

¹⁹⁹ PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE EXECUÇÃO DE VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE VÍCIO DE CITAÇÃO. [...] 9. Nos termos do art. 50 do CC/02, o decreto de desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade somente pode atingir o patrimônio dos sócios e administradores que dela se utilizaram indevidamente, por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. 10. É de curial importância reiterar que, principalmente nas sociedades anônimas, impera a regra de que apenas os administradores da companhia e seu acionista controlador podem ser responsabilizados pelos atos de gestão e pela utilização abusiva do poder; sendo certo, ainda, que a responsabilização deste último exige prova robusta de que esse acionista use efetivamente o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar os órgãos da companhia. 11. No caso, o recorrente retirou-se da administração da sociedade em 1984 e dos quadros sociais em 1985, ou seja, 4 ou 5 anos antes dos fatos geradores do decreto de desconsideração. A decisão é de 2009, vale dizer, 24 anos após sua saída da Cobrasol, restando inequívoca, a meu juízo, a impossibilidade de que a supressão da personalidade jurídica da aludida empresa possa atingir seu patrimônio. [...]. 13. Recurso especial de Solano Lima Pinheiro e outro não provido. Recurso especial de Naji Robert Nahas provido (STJ, REsp 1412997/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 08.09.2015, DJ 26.10.2015).

controlador e o esmorecimento cumprimento da finalidade social da sociedade, de modo a poder-se afirmar que a responsabilização do sócio minoritário tende a ser excepcional.

Outra questão que desponta é a possibilidade de responsabilização dos ex-sócios, por meio da teoria da superação, quanto ao potencial ato abusivo praticado quando ainda na condição de sócio²⁰⁰.

Nesse passo, tem-se, estreme de dúvidas, que o ex-sócio deve responder por eventuais atos abusivos quando ainda se encontrava na condição de sócio, senão se estaria a gerar uma crise de irresponsabilidade balizada pela retirada da sociedade, o que é ilógico.

Após verificação pontual, Frazão (2012, p. 509) esclarece que se estabeleceu, pelo STJ, como critério preponderante, para efeitos de desconsideração, a “[...] prática da ilicitude na condição de sócio, não sendo suficiente para ensejar a exoneração da responsabilidade que a dívida em si tenha sido contraída após a saída do sócio”.

Realmente, o STJ assentou a inaplicabilidade dos arts. 1.003²⁰¹ e 1.032²⁰², ambos do CC/02, quando se está a tratar de atos abusivos por parte do sócio então integrante da estrutura societária, não se coadunando, portanto, tais dispositivos legais ao modelo jurídico da teoria da desconsideração²⁰³.

²⁰⁰ Por certo, não se desconhece a possibilidade de responsabilização do sócio em casos de inadimplemento pela sociedade – seja antes da integralização, seja posteriormente –, todavia, está a destoar do exame aqui proposto, pelo que a análise será formatada da conjunção entre o incumprimento e o abuso da personalidade jurídica.

²⁰¹ Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

²⁰² Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não requerer a averbação.

²⁰³ AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SÓCIO. FALTA DE CITAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. PARTICIPAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA. ATO FRAUDULENTO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. CONFUSÃO PATRIMONIAL. PRESCRIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A falta de citação do sócio, por si só, na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, não induz nulidade, que somente deve ser reconhecida nos casos de efetivo prejuízo ao exercício da ampla defesa, o que não ocorreu no caso em apreço. Inaplicabilidade do art. 135 do Código de Processo Civil de 2015 à luz do princípio *tempus regit actum*. 3. Hipótese em que a retirada do sócio ocorreu quando já havia ação judicial em curso, relativa a débitos locatícios contemporâneos à época em que ainda integrava a sociedade. [...]. 5. Presente a hipótese de abuso da personalidade jurídica da sociedade executada, caracterizado pela confusão patrimonial, é viável a desconsideração da personalidade jurídica de modo a recair a execução sobre o patrimônio pessoal dos sócios. 6. Não incidem as disposições contidas nos arts. 1.003 e 1.032 do Código Civil na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, que tem como fundamento o abuso de direito por parte do sócio quando ele ainda fazia parte do quadro societário da pessoa jurídica. Precedentes. [...]. 9. Agravo interno não provido (STJ,

Ainda nesse sentido, há julgado outro, o REsp 1.312.591²⁰⁴, no qual fora reconhecida a ausência de previsão legal para a ampliação da aplicação dos enunciados normativos em epígrafe e do art. 1.057 do CC/02²⁰⁵ em caso de desconsideração da personalidade jurídica, ressaltando-se que o pleito de desconsideração pode ser realizado a qualquer tempo. Vale, aqui, trazer as ponderações postas no voto do Min. Luis Felipe Salomão:

Ocorre que tais dispositivos dizem respeito às obrigações dos sócios para com a sociedade e não à conduta abusiva de direitos qualificada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial entre os bens da empresa e dos sócios ou de empresas coligadas, requisitos da desconsideração da personalidade jurídica.

[...]

Assim, de se notar que, na hipótese dos autos, não se trata da relação de obrigação existente entre a pessoa do sócio retirado da sociedade e determinado credor, mas de responsabilidade pela conduta abusiva de direitos, qualificada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial entre os bens da empresa e dos sócios ou de empresas coligadas [...].

Deste modo o prazo de dois anos previsto nos referidos artigos referente às obrigações dos sócios para com a sociedade não se aplica ao caso em comento.

Assim é que os dispositivos legais referidos (CC/02, arts. 1.003, 1.032 e 1.057) não têm aplicação quando se está a tratar da desconsideração da personalidade jurídica, estando adstritos à relação de responsabilidade ordinária entre os sócios e a sociedade e sendo de rigor reconhecer inadequação quanto à utilização dos prazos dispostos nos sobreditos artigos em se tratando do desconhecimento da pessoa jurídica.

AgInt nos EDcl no REsp 1.422.020/SP, rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j, 24.04.2018, DJ 27.04.2018).

²⁰⁴ DIREITO CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DIREITO POTESTATIVO QUE NÃO SE EXTINGUE PELO NÃO-USO. PRAZO PRESCRICIONAL REFERENTE À RETIRADA DE SÓCIO DA SOCIEDADE. NÃO APLICAÇÃO. INSTITUTOS DIVERSOS. REQUISITOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica consistente na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica – *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto social da empresa –, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade. 2. Ao se pleitear a superação da pessoa jurídica, depois de verificado o preenchimento dos requisitos autorizadores da medida, é exercido verdadeiro direito potestativo de ingerência na esfera jurídica de terceiros – da sociedade e dos sócios –, os quais, inicialmente, pactuaram pela separação patrimonial. 3. Correspondendo a direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inegotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo. 4. Descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos prescricionais previstos para os casos de retirada de sócio da sociedade (arts. 1003, 1.032 e 1.057 do Código Civil), uma vez que institutos diversos. [...]. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido (STJ, REsp 1.312.591/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 11.06.2013, DJ 28.06.2013).

²⁰⁵ Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

Parágrafo único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes.

Logo, constata-se, quanto aos ex-sócios, que o abuso da personalidade jurídica, o momento de sua efetivação, está a fixar a possibilidade de imputação da responsabilidade patrimonial, acaso tenha sido praticado quando ainda detinha o *status* de sócio, por meio da doutrina da desconsideração.

Retomando-se a responsabilização daqueles que tiveram o beneficiamento, traz-se a reboque uma possível discussão atinente à comprovação do correspondente benefício ao sócio ou administrador, o que, conquanto necessário, deve ser debatido no âmbito processual. Miragem (2021, p. 290) externa o entendimento no sentido de que “[...] conduz a mais um ônus dos credores que pretendam reconhecê-la para eventual satisfação de seus créditos, que é demonstrar em favor de quem reverteu o benefício”.

Em verdade, crê-se que a discussão mesma acerca da aplicação da teoria da desconsideração perpassa por questões probatórias, e que propriamente o ônus deverá ser analisado caso a caso, afeito à dinamicidade da relação jurídica exposta, de modo a não obstar, a um só tempo, a prova do fato constitutivo e o direito de defesa.

Miragem (2021, p. 290-291) ressaltou outro ponto relevante, a partir dos resultados caracterizadores do abuso da personalidade jurídica, tendo asseverado que: “Ao delimitar-se a legitimidade da pretensão creditória apenas em relação aos beneficiados pelo abuso, dissocia-se com mais vigor as posições dos administradores e dos sócios, associados ou instituidores, conforme o caso”.

Ainda assim, é pertinente a crítica de Rodrigues Júnior e Leonardo (2021, p. 603-604), ao aludirem ao equívoco posto no art. 49-A do CC/02, que coloca o administrador no mesmo patamar que os demais, ressaltando-se que o vínculo tem natureza diversa, inclusive pela possibilidade de se tratar de pessoa não integrante do quadro societário, no caso das sociedades.

Realmente, isso é relevante, pois está a delimitar a aplicabilidade ou não da teoria da desconsideração para responsabilização do administrador, tendo já sido apontada por Frazão (2012, p. 507) a ausência de clareza da jurisprudência quanto aos critérios para o enquadramento.

Igualmente, Parentoni (2014, p. 145) registra o regime diferenciado de responsabilidade do administrador, defendendo a inaplicabilidade da teoria da desconsideração por seu caráter subsidiário:

[...] existe profunda diferença de fundamento entre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e as regras que disciplinam a conduta dos administradores societários. Enquanto aquela teoria engloba também componentes objetivos, como a confusão patrimonial e a subcapitalização, estas regras orientam-se pela ideia de culpa, vedando a responsabilidade objetiva do administrador. Tanto que o *business*

judgment [sic] rule incide justamente para protegê-lo nos casos em que o resultado de suas escolhas for prejudicial à sociedade, desde que ela tenha agido de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

[...] mesmo se o administrador atuar *ultra vires* ou com violação da lei, sua responsabilidade será pessoal e direta, por força das normas específicas que regem a espécie. Todo o seu patrimônio pode ser atingido, sem necessidade de invocar a *disregard doctrine*.

Ainda, Parentoni (2014, p. 145-146) ressalta que se está a tratar de terceiro não sócio, não havendo óbice à aplicação da doutrina da desconsideração quando da cumulação das atribuições de sócio e administrador.

Tratando da temática da responsabilidade pessoal do administrador, e com lastro na teoria do *business judgment rule*, Gonçalves Neto (2021, n. p.) leciona:

Por isso, na determinação da culpa, em qualquer de suas manifestações (*in eligendo, in vigilando*, por imprudência, negligência ou imperícia), com ou sem dolo, é preciso muita cautela para não inviabilizar o exercício dessa nobre função. É indispensável, na verificação da conduta do administrador, analisar sua postura profissional no cumprimento das suas obrigações, comparando-a com aquela que outra pessoa em igual posição faria se estivesse em seu lugar.

Com efeito, há que ponderar a conduta do administrador nas sociedades anônimas e limitadas, respectivamente, com lastro no art. 121 da Lei nº 6.404/1976 (LSA)²⁰⁶ e no art. 1.072 do CC/02²⁰⁷, considerando-o como representante legal da sociedade, apto a externar a manifestação desta. Ainda, quanto à responsabilização, imperioso notar as previsões expressas do art. 158 da LSA²⁰⁸ e do art. 1.016 do CC/02²⁰⁹, sem descuidar da possibilidade de regência supletiva da sociedade limitada pela LSA, na forma do art. 1.053, parágrafo único, do CC/02²¹⁰.

Dessa contextualização legislativa, verifica-se a existência de disposições normativas específicas, inclusive com a previsão da ação de responsabilidade civil em face do administrador (LSA, art. 159²¹¹), as quais, contudo, não estão a obstar a utilização da teoria da

²⁰⁶ Art. 121. A assembleia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

²⁰⁷ Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembléia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.

²⁰⁸ Art. 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.

²⁰⁹ Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

²¹⁰ Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

²¹¹ Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

desconsideração. Isso porque, como visto, os requisitos são diversos, cabendo ao intérprete, quando do exame do caso, formular o correto encaixe fático nos enunciados normativos correspondentes.

Quando se trata da teoria da desconsideração, a incorreção da conduta perpetrada pelo administrador será analisada nos moldes do art. 50 do CC/02, devendo, portanto, ser caracterizado o abuso da personalidade jurídica por meio do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial. Para além, faz-se necessária a observância da comprovação do benefício, direto ou indireto, alcançado pelo administrador, benefício este que é proveniente do abuso.

Assim é que o eventual exercício irregular das atribuições do administrador será esquadrihado diante dos requisitos específicos do instrumental previsto em lei, havendo, inclusive, a possibilidade da responsabilização cumulativa nas diferentes esferas, sem prejuízo da exclusão da responsabilidade norteadas pela aplicação da regra comportamental da boa-fé objetiva, compatível em ambas as vertentes²¹², o que vai ao encontro das alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019.

Por seu turno, quando da apreciação do abuso da personalidade jurídica, releva perquirir a concretização mesma do benefício direto ou indireto com vistas ao atingimento dos bens particulares dos sócios ou dos administradores.

Como dito, o benefício, direto ou indireto, provém da atividade abusiva, estando enlaçado com o desvio de finalidade ou com a confusão patrimonial, caracterizadores do abuso. Ou seja, há uma conjunção de fatores para a própria determinação do que é o abuso da personalidade jurídica.

Oportuno anotar que Salomão Filho (2019, p. 386-387) já havia abordado o ponto do beneficiamento ligado ao exercício da atividade social, com o direcionamento da sociedade a fins diversos, elencando um duplo critério para a aplicação da teoria da desconsideração: “[...] (i) de um lado, deve haver o benefício econômico (típico da condição de sócio); (ii) de outro, deve haver a prática de atos que levem à confusão de esferas ou que sejam ilícitos”.

Nesse passo, acredita-se que o ponto nodal está na especificação do que pode vir a ser o benefício direto ou indireto, sendo de rigor a precisão do conceito, como observa Miragem (2021, p. 291).

²¹² Art. 159. [omissis]

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

Embora remonte ao ano de 2019, a LLE é relativamente nova e a afirmação peremptória, no mais das vezes, não condiz com definições que necessitam do balizamento fático para aflorar.

Dentro dessa perspectiva, a fixação da participação dos sócios ou dos administradores na atividade abusiva, com o respectivo beneficiamento, será determinante na imputação da responsabilidade, o que não diz necessariamente com a posição majoritária que, *v.g.*, o sócio possa vir a exercer, acreditando-se na maior influência no contexto do exercício do poder de controle, sempre observando-se o enquadramento típico do art. 50 do CC/02.

Nesse contexto, traz-se parte do voto da Min. Nancy Andrighi no REsp 1.325.663²¹³, expondo que: “[...] os efeitos da desconsideração deve *[sic]* alcançar apenas aqueles sócios ou diretores que efetivamente participaram ou se beneficiaram com o ato ilícito ou abusivo”. Vê-se, aqui, que, mesmo antes da LLE, laborava-se com os critérios da participação e do beneficiamento, a denotar a introjeção jurisprudencial na legislação.

De todo modo, o problema, ainda atual, encontra-se na determinação do benefício, notadamente do indireto, ante a variedade de situações fáticas, o que invariavelmente desaguará na esfera interpretativa.

Todavia, não se quer dizer, com isso, que se pode tudo com as possibilidades que dimanam da interpretação, mas sim que o ato de interpretar deverá ser consentâneo com o próprio caráter da doutrina da desconsideração, que é excepcional e, portanto, merece interpretação restritiva.

Ao referir-se ao benefício direto, Miragem (2021, p. 291) aponta a necessidade de verificação da “[...] relação direta entre uma das hipóteses que autorizam a desconsideração [...] como causa ou consequência da satisfação do interesse específico e determinável destes cujo

²¹³ PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALCANCE DO SÓCIO MAJORITÁRIO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. [...]. 3. A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 50 do CC/02, consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. 4. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. 5. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido (STJ, REsp 1.325.663/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 11.06.2013, DJ 21.06.2013).

patrimônio se deva alcançar”, devendo o credor demonstrar a caracterização (MIRAGEM, 2021, p. 298).

Quanto ao benefício indireto, ao reconhecer a dificuldade ínsita a sua identificação, Miragem (2021, p. 291) leciona: “Pode, em tese, abranger as vantagens econômicas que tenha a pessoa jurídica e venham a ser distribuídas ou favorecer sócios que não intervenham na administração, e não tenham qualquer participação no ato que dá causa [...]”. Relata, ainda, que o beneficiamento deve relacionar-se com o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, indicando ser ônus do credor a comprovação, não se podendo estabelecer a presunção de uma vantagem (MIRAGEM, 2021, p. 291 e 298-299).

Ressaltando a necessidade de cautela quanto à identificação do beneficiário indireto, Coelho (2021a, p. 551-552) afirma que ambos, direto e indireto, serão alcançados pela ineficácia da sanção:

Dos primeiros (diretos), não parece haver maiores dúvidas: são os sócios (geralmente, o controlador) ou administradores que manipularam fraudulentamente a autonomia patrimonial, incorrendo de modo direto na prática do ilícito de confusão patrimonial abusiva ou de desvio abusivo de finalidade.

E os indiretos, quem seriam eles? [...].

Desde logo, deve-se descartar qualquer pessoa que, mesmo tendo algum ganho com a sociedade desconsiderada, sempre agiu em boa-fé e não participou de nenhum modo do ilícito que é objeto da sanção imposta por meio da desconsideração. [...].

Só pode ser considerado um “beneficiário indireto” quem tiver participado do ilícito.

Além disso, Coelho (2021a, p. 552) ainda trabalha com a hipótese de considerar beneficiário indireto aquela pessoa que, mesmo não figurando como sócio ou administrador, venha a participar do ilícito promovente dos pressupostos caracterizadores da desconsideração. Aqui, crê-se no possível enquadramento do sócio oculto e dos financiadores, a viabilizar a desconsideração expansiva, como alinhavado²¹⁴.

Revela-se, nesse contexto, o predomínio do caráter casuístico da definição do beneficiamento, sendo múltiplos os caminhos, como aludido, para que se possa encontrar a escorreita subsunção. Relembre-se, por isso, que o ônus probatório, notadamente as possibilidades com a distribuição dinâmica, será fundamental para a operacionalidade dos conceitos em testilha, não se podendo determinar, de logo, a incumbência, sob pena de subtração do poder de participação e influência nas decisões judiciais.

É importante asseverar que, uma vez delimitados aqueles que serão atingidos pelos efeitos da desconsideração, não há que se falar em limitação da responsabilidade dos sócios à

²¹⁴ O exemplo citado é daquele que dolosamente contrata com a sociedade para viabilizar a prática irregular prosrita pela doutrina da desconsideração (COELHO, 2021a, p. 552).

participação societária respectiva, pois o art. 50 do CC/02 não faz qualquer distinção quanto ao ponto, consoante explicitado no retromencionado REsp 1.169.175/DF, sendo, igualmente, observada a dicção do art. 789 do CPC/15²¹⁵.

Nesse sentido, uma vez aplicada a desconsideração ao ente, passa-se a “[...] responsabilizar sócios ou administradores de modo *pessoal, imediato e ilimitado* pela *totalidade* das dívidas que oneram o patrimônio dele” (ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 121).

Exsurge, assim, a discussão acerca da responsabilidade patrimonial daquele que é atingido pela ineficácia relativa da desconsideração da personalidade jurídica, mais precisamente se o caso se tratar de responsabilidade primária ou secundária.

O debate concernente à responsabilidade patrimonial perpassa pelo direito obrigacional, que aqui será contextualizado especificamente diante da amplitude mesma da Teoria Geral das Obrigações.

Pereira (2022, p. 7), após trazer a conceituação de diversos autores, apresenta formulação de sua autoria, expondo que: “[...] obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”. Ressalta o autor os elementos essenciais da obrigação e, no particular, menciona a dualidade entre o débito e a responsabilidade, adotada pela concepção moderna.

Essa dita concepção moderna refere-se à teoria dualista, formulada pelo alemão Aloiz Brinz, no século XIX, tendo sido apresentada a distinção da obrigação, enquanto elemento estático, e a responsabilidade, como elemento dinâmico (DINAMARCO, 2019a, p. 326).

Ao trazer a visão de Brinz, Pereira (2022, p. 26) expõe a noção dualista, na qual se vislumbra na obrigação um débito (*Schuld*) e uma garantia (*Haftung*), ressaltando, nessa ordem, que:

O primeiro [débito] é o dever de prestar, que facilmente se identifica, mas que não deve ser confundido com o objetivo da obrigação. Este *debitum* (*Schuld*) mora na essência mesma, e exprime o dever que tem o sujeito passivo da relação obrigacional de prestar, isto é, de realizar uma certa atividade em benefício do credor, seja ela um *dare*, um *facere* ou um *non facere*. Fundamentalmente traduz o dever jurídico que impõe ao devedor um pagamento, e que se extingue se esta prestação é executada espontaneamente.

Em contraposição, o sujeito ativo tem a faculdade de reclamar do *reus debendi* a prestação daquela atividade ou de exigir o pagamento e mobilizar forças cogentes do Estado no sentido de assegurar o cumprimento da obrigação. Nesta existe, portanto, um princípio de responsabilidade que o integra (*Haftung*) e permite ao credor carrear uma sanção sobre o devedor, sanção que outrora ameaçava a sua pessoa e hoje tem sentido puramente patrimonial, já que não é lícito impor a alguém a prestação específica de um fato (*nemo ad factum precise cogi potest*). Embora os dois elementos *Schuld* e *Haftung* coexistam na obrigação normalmente, o segundo (*Haftung*) habitualmente aparece no seu inadimplemento [...].

²¹⁵ Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Ainda nesse sentido, ao se debruçar sobre a relação jurídica obrigacional, Liebman (2003, p. 52), destaca a distinção sobredita:

O *débito*, isto é, o dever da pessoa obrigada de cumprir a prestação, ao qual corresponde do lado ativo o direito de exigir o seu cumprimento; e a *responsabilidade*, isto é, a destinação dos bens do devedor a garantir a satisfação coativa daquele direito, à qual corresponde do lado ativo o direito de conseguir tal satisfação à custa desses bens, ou seja, o direito de agressão ao patrimônio do devedor (grifos do original).

Como se depreende da exposição de Pereira (2022, p. 26-27), pode ser afirmado que normalmente há correlação entre o débito e a responsabilidade, ambos caminham juntos, podendo haver, contudo, a desvinculação. É o que Comparato e Salomão Filho (2014, p. 423) denominaram dissociação subjetiva:

Abre-se, com isso, mais um caso de dissociação subjetiva entre dívida e responsabilidade no direito moderno. A análise dualista da obrigação já havia demonstrado que, tanto do lado ativo da relação obrigacional, isto é, entre crédito e garantia, quanto do lado passivo, a vida jurídica oferecia exemplos de uma dissociação subjetiva.

Tal dissociação permite visualizar a figura do responsável também sob a perspectiva daquele não integrante da relação obrigacional, tornando-se mais clara nos casos de obrigação sem responsabilidade²¹⁶ e de responsabilidade sem obrigação²¹⁷, como assevera Dinamarco (2019a, p. 329). Resta assente que se tem a responsabilidade patrimonial como uma relação das atividades exercidas pelo Estado-juiz, tendo um viés dinâmico quanto à operacionalização dos direitos pela via executiva (DINAMARCO, 2019a, p. 327-328).

Nesse particular, leciona Liebman (2003, p. 56):

A responsabilidade, ao invés de ser elemento da relação jurídica obrigacional, [...], é vínculo de direito público processual, consistente na sujeição dos bens do devedor a serem destinados a satisfazer o credor, que não recebeu a prestação devida, por meio da realização da sanção por parte do órgão judiciário (grifos do original).

Assim é que se entremostra a distinção da relação entre o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor), secundando Pereira (2022, p. 7), naquela relação atinente à responsabilidade, que diz com o vínculo coativo formatado pelo Estado-juiz e o expropriado, já que a relação de direito material não dispõe dos meios necessários em face da ausência de

²¹⁶ Parentoni (2014, p. 56) menciona, como exemplo, as obrigações morais, como no caso das dívidas prescritas “[...] em que de fato houve a relação jurídica lícita que deu origem ao débito (*debitum*), porém, não pode o credor exigir a sujeição patrimonial do devedor para que promova o adimplemento (*obligatio*)”.

²¹⁷ Ainda com Parentoni (2014, p. 56): “Na fiança, por exemplo, a responsabilidade patrimonial (*obligatio*) é atribuída ao fiador, mesmo tendo sido o inquilino – e não ele, o fiador – quem deu causa à responsabilidade pelo pagamento da dívida incumbe a sujeito diverso do que a contraiu formalmente [...]”.

adimplemento. É posto à disposição do credor o direito de ação para o alcance da satisfação por intermédio do órgão judicial (LIEBMAN, 2003, p. 56)²¹⁸.

Nesse passo, caminha-se para a delimitação pertinente entre a responsabilidade patrimonial primária e a secundária, rememorando a dicção do art. 789 do CPC/15, que prescreve que o devedor responderá por seus bens presente e futuros no tangente ao cumprimento das obrigações, salvante as exceções legais.

Vale, ainda, trazer a lume o art. 790 do CPC/15²¹⁹, que se refere, embora não integralmente, às hipóteses de responsabilidade patrimonial secundária, nas quais “[...] acaba por responder pela obrigação com seu patrimônio quem não é parte na relação material, quem não é sujeito das obrigações e sequer figura no título executivo [...]” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 169).

Para melhor situar a distinção da responsabilidade patrimonial primária e secundária, calha trazer a definição de Didier Júnior *et al.* (2021, p. 349):

A responsabilidade primária é aquela que recai sobre bens do devedor obrigado [...]. A responsabilidade secundária incide sobre bens de terceiro não obrigado, quando a responsabilidade se desprende da obrigação e vai recair sobre terceiro [...] (grifos do original).

Em termos outros, como antedito, a responsabilidade primária diz com o compasso da obrigação com a responsabilidade, estando, por sua vez, a responsabilidade secundária por alcançar terceiro, que não faz parte da relação obrigacional, e a imputação observa as disposições inseridas na legislação.

²¹⁸ Em complemento, ao tratar da responsabilidade executória e destacar seu caráter processual, expõe Liebman (2003, p. 107-108): “A maior parte da doutrina privatística costuma considerar esta situação dos bens do devedor como elemento integrante da relação obrigacional. É mérito indiscutível de Carnelutti ter demonstrado sua natureza processual, realizando a separação dos elementos material e processual que iam anteriormente confusos na relação jurídica e esclarecendo que a responsabilidade subsiste apenas em face do Estado, único titular do poder de pôr as mãos sobre os bens do executado para fins da execução, nos limites fixados pelo título”.

²¹⁹ Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

- I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;
- II – do sócio, nos termos da lei;
- III – do devedor, ainda que em poder de terceiros;
- IV – do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida;
- V – alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;
- VI – cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;
- VII – do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Daí, então, advém o questionamento acerca da natureza da responsabilidade patrimonial concernente à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, havendo, como pondera Parentoni (2014, p. 57), influxo tanto na vertente material quanto na processual.

De logo, afirma-se que a questão é controversa. Parentoni (2014, p. 57) defende a ideia de que aquele que sofre os efeitos da desconsideração, o desconsiderado, seria obrigado direto, ressaltando que o desrespeito à autonomia da sociedade vem a criar a responsabilidade pessoal diante da conduta adotada. E, assim, conclui:

Portanto, *não pode ser incluído no processo apenas na fase de execução* (como ocorreria se houvesse responsabilidade patrimonial subsidiária, que se manifesta justamente nessa fase). Ao contrário, deverá participar integralmente do contraditório, para que se prove a existência e o alcance da obrigação contra ela exigida. No plano do direito material, a consequência é que *o desconsiderado não possui direito de regresso*, pois arca com dívida própria, e não mera sujeição patrimonial à dívida de outrem (grifos do original).

Igualmente, Souza (2009, p. 58-59) afirma expressamente ser o caso de responsabilidade primária, expondo que “decorre da aplicação da *disregard doctrine* que a pessoa jurídica e seu integrante, [...], são na realidade uma só pessoa, ambos devedores e responsáveis pelo adimplemento da mesma dívida”.

Ganacin (2020, p. 64) sustenta a posição da pessoa atingida pela desconsideração como codevedora, explicitando que “[...] a fonte da sua obrigação estará no ato ilícito de abuso da personalidade jurídica”. E vai além: “A desconsideração provoca uma alteração no polo passivo da relação obrigacional [...], incluindo o sócio onde primitivamente só se encontrava a sociedade”.

Nesse ponto, transparece a ideia defendida pela teoria unitária da obrigação, não havendo que se falar em distinção de vínculos com a responsabilidade.

Varella (2000, p. 156), nesse diapasão, assim explicita:

Todas as diversas facetas que reveste o poder do credor e, correlativamente, o dever do obrigado são elementos do mesmo *processo*, parcelas da mesma *unidade global*, moléculas do mesmo *corpo* ou *organismo*, a que muitos autores reconduzem figurativamente a relação obrigacional.

[...] só a concepção *unitária* da *relação obrigacional* se mostra capaz de retratar aquilo que pode chamar-se a unidade *ontológica* da obrigação, através das mais diversas vicissitudes a que o vínculo obrigacional está sujeito – unidade que se reflete em múltiplos aspectos do regime de relação (grifos do original).

Telles (1989, p. 14) também expressa que a correção está com a teoria unitária, inclusive mencionando que não há que se falar em direito autônomo sobre o patrimônio do devedor²²⁰.

Salomão Filho (2019, p. 392-393) aponta a impossibilidade de confusão entre a desconsideração e a concepção dualista da obrigação:

A desconsideração entendida como *método* não pode ser confundida com uma aplicação da teoria dualista da obrigação, ou seja, da imputação da responsabilidade a pessoa diferente.

Importante para os defensores desse tipo de equiparação é, sobretudo, distinguir os casos de desconsideração das soluções baseadas na aplicação do direito civil. Não pode ser esse o caráter distintivo. [...]

Característica fundamental da responsabilidade sem dívida é a possibilidade de ressarcimento do sujeito obrigado a pagar perante o devedor. [...].

Não é esse, portanto, o elemento distintivo da desconsideração. Nela, o sujeito responde por dívida própria, decorrente não de um ato, mas de uma atividade abusiva (grifos do original).

Diante das exposições atinentes à responsabilidade patrimonial primária, vê-se que os argumentos se alicerçam, em síntese, na propensão de o ato ilícito do sócio transmutar a relação obrigacional. Por conseguinte, o sócio passa a integrá-la, em face da irregularidade promovida, com influxo na esfera do credor.

Por certo, do cometimento de atos ilícitos surgirá a obrigação de reparação, mas não necessariamente pela via da desconsideração da personalidade jurídica, e, em sendo o caso da sua aplicação, verifica-se o vínculo obrigacional preexistente entre a sociedade e os credores eventualmente prejudicados, que, com a interferência irregular do sócio ou administrador, está a apontar para o caso da responsabilidade sem obrigação.

Nesse particular, Dinamarco (2019a, p. 395-397) trata os incisos II e VII do art. 790 do CPC/15 como casos de responsabilidade sem obrigação, mais precisamente “responsabilidade executiva além do patrimônio do obrigado” (DINAMARCO, 2019a, p. 389), a denotar a caracterização da responsabilidade patrimonial secundária²²¹.

Bedaque (2012, p. 454-455), igualmente, leciona que a aplicação da desconsideração não vem a vincular o terceiro à obrigação, afirmando expressamente que se trata de responsabilidade patrimonial secundária.

²²⁰ Telles (1989, p. 14-15) contextualiza tal ponderação, ao dizer: “Quando o devedor não cumpre, o credor, com o concurso do tribunal, obtém, à custa do referido patrimônio, a prestação que lhe é devida: ou a prestação *originária*, se ainda é possível (cumprimento específico); ou no caso oposto uma *indenização*, que toma o lugar da primeira e passa a ser a prestação devedora. Duma maneira ou doutra, realiza o próprio crédito, como ele existe quando a execução se inicia”.

²²¹ Ao tratar do IDPJ, assim explicita Dinamarco (2019b, p. 492): “[...] terá o efeito de expor a possíveis constrições executivas *todo o patrimônio* penhorável de um terceiro sem que este seja ligado ao possível credor por qualquer relação de direito material e sem que esteja incluído como obrigado no título executivo (CPC, art. 779, inc. I)”.

Ao comentar os efeitos do acolhimento do pleito de desconsideração, depreende-se a adoção da responsabilidade patrimonial secundária por Câmara (2015, p. 104), quando faz menção à “[...] extensão da responsabilidade patrimonial a um responsável não devedor [...]”.

Rodrigues Filho (2016, p. 171) bem pondera que o caso está a tratar de violação indireta de direitos de terceiros, não sendo eles, o sócio ou administrador, sujeitos da relação obrigacional, o que conduz para o caso de responsabilidade sem obrigação. Mais à frente, complementa o autor: “É o caso, [...], de responsabilidade secundária, porque, se a obrigação já preexistia e se referia unicamente à pessoa jurídica, ela está desvinculada da responsabilidade do sócio ou administrador [...]” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 173).

Além disso, vale reavivar o quanto dito por Oliveira (1979, p. 610), já trazido neste trabalho, ao assentir com a necessidade de delimitar a técnica desconsiderante, reforçando a aplicação do princípio da subsidiariedade, com lastro na teoria dualista da obrigação, e externando o caráter da “responsabilidade subsidiária por dívida alheia”.

Nessa ordem, não obstante as relevantes razões elencadas pela teoria unitária, tem-se que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica deve ser tratada como hipótese de responsabilidade patrimonial secundária, que decorre de previsão legal ou de disposição negocial expressa nesse particular.

Compreende-se que a ilicitude promovida pelo sócio ou administrador, na forma do art. 50 do CC/02, não vem a alterar propriamente a obrigação então existente, inserindo codevedores, sendo a teoria da desconsideração um adendo à preservação do direito creditório com vistas, a um só tempo, à estabilização da relação negocial atingida e ao reforço da figura da pessoa jurídica como centro autônomo de decisões.

Nesse ponto, inclusive, outros instrumentos podem ser utilizados para o combate à irregularidade, a exemplo da responsabilização civil, que não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica, que dimana da atividade abusiva, sendo o caso de responsabilidade societária, conforme Salomão Filho (2019, p. 393). Vale trazer, aqui excerto do voto da Min. Nancy Andrighi no REsp 1.036.398²²²: “[...] a desconsideração não é

²²² DIREITO PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SUJEITA À LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS AUTOS DE SUA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. A CONSTRICÇÃO DOS BENS DO ADMINISTRADOR É POSSÍVEL QUANDO ESTE SE BENEFICIA DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

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

propriamente uma regra de responsabilidade civil, mas uma técnica pela qual se permite definir quem está diretamente vinculado a certa obrigação”.

Para além, sobrelevando o caráter episódico e segmentado da teoria da desconsideração, anote-se que a pessoa jurídica mantém as demais relações negociais não abarcadas pelos efeitos da desconsideração, como aludido.

Tal ponderação reforça a interpretação restritiva da doutrina da superação, que tem propriamente o condão de promover a extensão dos efeitos de certas e determinadas relações de obrigações, consoante o art. 50 do CC/02, e não a alteração no elemento subjetivo da obrigação, o que se coaduna com a responsabilidade patrimonial.

Ainda nesse trilhar, e examinando o direito de regresso, fundamenta-se que, em se tratando de responsabilidade por dívida alheia, o sócio ou administrador pode vir a ser ressarcido, diante das previsões constantes no art. 346, III, do CC/02²²³ e no art. 778, § 1º, IV, do CPC/15²²⁴ (GANACIN, 2020, p. 73). Para melhor compreensão, necessário trazer o conceito da sub-rogação.

O CC/02 traz, em seus arts. 346 a 351, o pagamento com sub-rogação na perspectiva pessoal e ativa.

Segundo Pereira (2022, p. 218), a sub-rogação é “a transferência da qualidade creditória para aquele que solveu obrigação de outrem ou emprestou o necessário para isto”.

– O administrador, mesmo não sendo sócio da instituição financeira liquidada e falida, responde pelos eventos que tiver praticado ou omissões em que houver incorrido, nos termos do art. 39, Lei 6.024/74, e, solidariamente, pelas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão até que estas se cumpram, conforme o art. 40, Lei 6.024/74. A responsabilidade dos administradores, nestas hipóteses, é subjetiva, com base em culpa ou culpa presumida, conforme os precedentes desta Corte, dependendo de ação própria para ser apurada.

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

Recurso Especial provido (STJ, REsp 1.036.398/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 16.12.2008, DJ 02.02.2009).

²²³ Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

[*omissis*]

III – do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

²²⁴ Art. 778. Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo.

§ 1º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário:

[*omissis*]

IV – o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

Tem-se que não há que falar-se em direito de regresso diante da autorização expressa em lei para extensão dos efeitos aos sócios ou administradores, conforme prescrição do art. 50 do CC/02.

Ao prever a extensão de certas e determinadas relações de obrigações, no art. 50 do CC/02, o legislador optou por tratar especificamente os efeitos da teoria da desconsideração, tendo como móvel propulsor o abuso da personalidade jurídica.

Em sendo a sub-rogação – seja legal (CC/02, art. 346), seja convencional (CC/02, art. 347)²²⁵ – lastreada pela legalidade, não há que se falar em aplicação em caso de configuração do abuso da personalidade jurídica. Caso contrário, estar-se-ia a laborar em descompasso com a lealdade que dimana da boa-fé objetiva, promovendo-se a expansão do comportamento contraditório e beneficiando-se a torpeza em detrimento dos fins sociais e das exigências do bem comum (LINDB, art. 5º). Desse modo, a relação obrigacional é vista em sua totalidade, como um sistema de processos, na trilha de Silva (2006, p. 17)²²⁶.

Assim é que, conquanto não expreso, entende-se pela ausência do dever de ressarcimento daquele que se beneficiou, direta ou indiretamente, do abuso da personalidade jurídica, sendo a opção específica do legislador quanto à extensão dos efeitos, visto que, com a teoria da desconsideração, pretende-se a retomada da normalidade da relação negocial atingida com a preservação dos interesses creditórios envolvidos.

Acresça-se, por oportuno, que a responsabilidade patrimonial secundária, ante a previsão legal, traz maior previsibilidade no trato interpessoal diuturno, impulsionando a segurança jurídica pretendida pelos integrantes das relações negociais, com influxo nos custos dos serviços e produtos a serem disponibilizados no mercado.

²²⁵ Art. 347. A sub-rogação é convencional:

I – quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

II – quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

²²⁶ É oportuno mencionar a visão de Silva (2006) da obrigação como processo, abarcando toda a relação obrigacional, perpassando pelo dever principal, dever secundário e os deveres anexos, mantida a perspectiva de completude. Assim leciona Silva (2006, p. 20-21): “Com a expressão ‘obrigação como processo’, tencionase sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. [...]. A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação. Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo”.

Preserva-se, ainda, o direito de influência do sócio ou administrador no tocante à possibilidade de discussão ampla acerca da situação disfuncional imputada, e também não deixa de ser um adendo ao dever de cuidado no exercício das atribuições.

Nesses termos, assim como na responsabilidade primária disposta no art. 789 do CPC/15, infere-se, da leitura conjugada do art. 790, II e VII, e do art. 795²²⁷, ambos do CPC/15, que se está diante de casos de responsabilidade patrimonial secundária, sendo, inclusive, apontado o instrumental quanto à desconsideração da personalidade jurídica (CPC/15, art. 795, § 4º).

Rodrigues Filho (2016, p. 172) bem sintetiza a sistemática da responsabilidade patrimonial secundária:

Nos casos de responsabilidade secundária respondem esses terceiros (pessoas diferentes do devedor) e, quando se forma o título executivo, nele não há referência ao responsável secundário, que se tornará parte legítima para a execução apenas em vista de disposição legal que autoriza que a responsabilidade recaia sobre ele, mas não antes de serem observados o contraditório e a ampla defesa, para aferir se é devida ou não a sujeição patrimonial.

Percebe-se, nesse viés, que a desconsideração da personalidade jurídica melhor se amolda à hipótese de responsabilidade patrimonial secundária, estando, inclusive, assim posto como opção legítima do legislador, como se depreende da leitura dos enunciados normativos sobreditos, não descurando da existência da visão intermediária²²⁸.

Fixado tal ponto, vale esclarecer, ainda, que a responsabilidade do sócio em relação à sociedade, quando da aplicação da doutrina da desconsideração, é subsidiária. Não há, portanto,

²²⁷ Art. 795. 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.

§ 2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito.

§ 3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo.

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

²²⁸ Compreende-se que Didier Júnior *et al.* (2021, p. 348-349) adota uma visão intermediária, assim fundamentando: “[...] é preciso distinguir as diversas funções que as regras sobre responsabilidade patrimonial podem exercer. Uma regra sobre responsabilidade patrimonial, ao determinar qual é o sujeito que deve responder pelo cumprimento da obrigação, é uma regra de Direito material. Cuida de regular o processo obrigacional, definindo as posições jurídicas que os sujeitos devem assumir em determinada relação jurídica. Serve ao órgão jurisdicional como diretriz para a tomada de suas decisões. É o Direito material que determina quem é o responsável pela obrigação. Uma norma de direito material é uma norma de decisão: serve para a solução do problema jurídico posto à apreciação do órgão jurisdicional. E as regras sobre responsabilidade patrimonial têm essa função. As regras que estabelecem *limitações* à responsabilidade patrimonial, [...], são, porém, *regras processuais*, pois servem de controle ao exercício da função jurisdicional executiva. Uma regra é processual quando serve para definir o *modo* pelo qual o poder pode ser exercido. [...]”.

que se falar em solidariedade, diante da ausência de previsão legal pertinente aos enunciados normativos que cuidam da desconsideração, o que se coaduna com a prescrição do art. 265 do CC/02²²⁹. Assim, não terá o sócio, na forma do art. 283 do CC/02²³⁰, o direito de ressarcimento do *quantum* pago, em se tratando de desconsideração (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 175-176).

Nesse sentido, ainda, Bedaque (2012, p. 454) destaca a subsidiariedade, afirmando que a responsabilidade do terceiro, em se tratando de desconsideração da personalidade jurídica, será reconhecida no caso de insuficiência dos bens do devedor.

Impende destacar a posição de Frazão (2012, p. 504-505), mesmo considerando o caráter subsidiário em relação à sociedade, quanto à solidariedade entre os sócios ou administradores atingidos pela desconsideração, lastreando-se no art. 942, *caput*, do CC/02²³¹. Não obstante a relevância, como antedito, tem-se que não se pode confundir a desconsideração da personalidade jurídica com as situações pertinentes à responsabilidade civil, que, no caso, é extracontratual. Tem-se que mais producente é seguir a responsabilização total dos sócios pela dívida do ente coletivo, todavia tendo como regra motriz o art. 50 do CC/02, que não fez distinção outra atinente ao ponto, como já aventado, de modo a manter os trilhos da interpretação restritiva.

Como visto, logo no limiar do presente tópico, fez-se menção à intersecção entre os efeitos, a extensão subjetiva e a responsabilidade patrimonial. Ao longo da exposição aqui esgrimida, pôde-se verificar, em verdade, que tal imbricamento não se refere apenas a tais pontos, mas sim à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica como um todo.

Isso porque é necessário, diante da facticidade e da interação interpretativa, que estão a nortear a teoria da superação, que se vislumbre um todo orgânico com vistas à unidade funcional. Em termos outros, é preciso, para desconsiderar, promover a análise acerca dos influxos na própria consideração da pessoa jurídica, como centro autônomo de imputação.

Para tanto, fez-se presente a contextualização com características balizadoras da pessoa jurídica com o necessário avanço sob o âmbito substancial do instituto, o que se seguiu, de igual forma, com a figura da desconsideração, para que, fomentando os critérios fundantes, se possa ampliar os horizontes pertinentes aos aspectos finalísticos, porém agora em perspectiva mais específica, sem, contudo, esquecer da importância do todo.

²²⁹ Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

²³⁰ Art. 283. O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores.

²³¹ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Com isso, pretende-se, no capítulo seguinte, ter em consideração uma breve contextualização do aspecto processual da desconsideração da personalidade jurídica com vistas ao enquadramento do novo arquétipo introduzido pela Lei nº 14.112/2020 no processo falimentar, o que permitirá, dentro deste ambiente específico, uma diferenciação das formas outras de responsabilização e a formatação dos meios de controle de aplicabilidade da *Disregard Doctrine*.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO FALIMENTAR

Optou-se, até aqui, por trazer o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, perpassando pela consideração mesma da pessoa jurídica e suas características fundamentais e trabalhando o alicerce constitucional que a regula e transforma, bem como trilhando os aspectos substanciais que norteiam a aplicação da *Disregard Doctrine*, diante da multiplicidade de regras materiais que informam a figura jurídica.

Tal proceder tem uma razão de ser, haja vista a necessidade de olhar o todo para, só então, buscar as especificidades atinentes aos sistemas específicos de aplicação, mesmo em se considerando o art. 50 do CC/02 como a regra geral que comunica a efetivação da medida, notadamente na seara cível e empresarial.

Nesses termos, foi necessário caminhar pelo panorama geral, observando-se as alterações imprimidas pela Lei da Liberdade Econômica, para que se pudesse percorrer as sendas particulares do Direito Falimentar.

Quer-se dizer que, não obstante o princípio da especialidade, a Lei nº 11.101/2005, alterada pela Lei nº 14.112/2020, pauta-se em regras pretéritas com vistas à efetivação da desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar.

Com fins no art. 82-A da Lei nº 11.101/2005²³², vê-se que a desconsideração da personalidade jurídica, para fins de responsabilização, está balizada, em seu aspecto material, pelo art. 50 do CC/02, bem assim em sua perspectiva processual, pelo Capítulo IV do CPC/15, que trata do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ), decotada a suspensão prescrita no art. 134, § 3º, do CPC/15.

Assim é que, no presente tópico, pretende-se, com lastro na fundamentação teórica de outrora, avançar com o exame das linhas gerais do procedimento prescrito pelo CPC/15 para, com isso, abordar, em breves anotações, o processo falimentar, evoluindo-se, posteriormente, com a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica na falência. Tratar-se-á aqui, ainda, de suas disfunções, alcançando-se, ao final, a construção ou, pelo menos, uma tentativa

²³² Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo a desconsideração da personalidade jurídica.

Parágrafo único. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

de aporte interpretativo para o (des)controle de legalidade que permeia a teoria da desconsideração.

4.1 O CONTEXTO PROCESSUAL DA DESCONSIDERAÇÃO: LINHAS GERAIS

Inicialmente, anote-se que a pretensão é formular linhas gerais acerca do procedimento trazido pelo CPC/15 com o objetivo de melhor amparar o entendimento da aplicação da teoria da desconsideração no processo falimentar.

Dito isso, enalteça-se que a introjeção do IDPJ veio a contribuir para o incremento da segurança jurídica na relação processual, em face da variedade de entendimentos na prática forense, a denotar a difusão de meios e medidas processuais para o alcance do fim pretendido pela teoria da desconsideração, que é, para o exame que aqui se propõe, a responsabilização patrimonial.

Basicamente, havia a divergência no tocante à necessidade de processo autônomo ou o incidente no processo de conhecimento ou do processo/fase de execução, trazendo influxo no devido processo legal, diante da necessidade da efetiva ampla defesa e do contraditório.

Rodrigues Filho (2016, p. 178) bem ilustra que a defesa pelo processo autônomo se dava justamente pela observância da preservação das garantias constitucionais e a formação do título executivo que se pretendia efetivar com a desconsideração da personalidade jurídica.

Todavia, a forma incidental também permite a observância do devido processo legal, não se podendo imaginar, como ressalta Theodoro Júnior (2012, p. 317), que “[...] a solução do incidente se dê de surpresa para a parte [...]”.

Igualmente, Comparato e Salomão Filho (2014, p. 453) já sustentavam a desnecessidade de processo autônomo para a obtenção da desconsideração, inclusive na modalidade inversa, no processo de execução, ressaltando-se que a medida poderia evitar, em alguns casos, a falência e seus prejuízos à comunidade.

Em verdade, entende-se que o pano de fundo da divergência se refere ao momento da perfectibilização da ampla defesa e do contraditório, o que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), era postergado para momento posterior à adoção de eventuais medidas constritivas, com lastro na celeridade e na prevenção dos danos patrimoniais.

Tanto é assim que Souza (2009, p. 124), sob a égide do CPC/73, já aduzia a inexistência de óbice procedimental à aplicação incidental da desconsideração da personalidade jurídica, abarcando-se os procedimentos de execução e cautelar, haja vista a preservação do princípio do contraditório.

Nessa vertente, quando da vigência do CPC/73, o STJ pontuou a desnecessidade da ação autônoma e, conseqüentemente, a possibilidade de decretação incidente no processo em curso, balizando-se no combate ao abuso de direito e à fraude com vistas a imprimir celeridade e evitar danos aos credores. Aqui, vale trazer à baila as ponderações da Min. Nancy Andrighi, externadas no REsp 1.954.015²³³, sobre o tema:

[N]a vigência do CPC/73, a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser decretada de forma incidental no processo, dispensando-se o ajuizamento de ação autônoma.

[A] justificativa para a declaração incidental encontrava-se no fato de que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é destinado a combater o abuso de direito e a fraude, razão pela qual a atuação jurisdicional, diante da ocorrência de abuso da autonomia patrimonial, deverá ser célere, para impedir a consumação dos danos aos credores.

[...]

[O] exercício do direito de defesa era feito em momento subsequente à adoção de medidas expropriatórias incidentes sobre o patrimônio dos atingidos, que deveriam tomar a iniciativa de reverter a decisão que autoriza a prática de medidas constitutivas sobre seus bens individuais, pelos meios processuais adequados [...].

Da leitura do excerto, nota-se a existência do contraditório diferido, após a tomada de medidas judiciais expropriatórias, de modo a minorar o prejuízo do credor. Contudo, a postergação do contraditório, igualmente, poderia trazer prejuízos àquele afetado em seu patrimônio, haja vista a imediatidade da restrição sem o pleno conhecimento do caso em testilha.

Por essa razão, mais do que a forma de implementação, diz-se que a relevância do contraditório efetivo desponta como ponto nodal ao descortinar da responsabilização,

²³³ RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADES DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. INTIMAÇÃO APÓS A VIGÊNCIA DO CPC/2015. CONTRADITÓRIO PRÉVIO. DIREITO INTERTEMPORAL. *TEMPUS REGIT ACTUM*. [...]. 2- O propósito recursal consiste em dizer se é possível o decreto de desconsideração da personalidade jurídica, sem o prévio contraditório, quando a referida decisão foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, tendo a parte, no entanto, sido intimada somente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015. 3- À luz do princípio *tempus regit actum* e da Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, os atos do processo devem observar a legislação vigente ao tempo de sua prática, sob pena de indevida retroação da lei nova para alcançar atos pretéritos. Nesse sentido, as normas processuais incidem imediatamente nos processos em curso, mas não alcançam atos processuais anteriores. Precedentes. [...]. 5- A aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, nos termos previstos no art. 133 do CPC/2015, não é exigível ao presente caso, pois a decisão que procedeu à desconsideração da executada originária foi proferida em meados de 2014, isto é, enquanto vigente o CPC/1973. 6- Não é possível defender o argumento no sentido de validar uma intimação ocorrida 5 (cinco) anos depois da decisão de desconsideração, entre empresas do mesmo grupo econômico, objetivando anular todos os atos processuais, com fulcro na vigência do CPC/2015, quando esse ato guarda, inequivocamente, nexos imediato e inafastável com o próprio ato praticado sob o regime da lei anterior, consubstanciando na decisão propriamente dita de desconsideração. Deve-se, pois, ser respeitada a eficácia do ato processual pretérito. 7. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.954.015/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 26.10.2021, DJ 28.10.2021).

permitindo-se, a um só tempo, a resolução da querela de ordem patrimonial e preservando-se a segurança jurídica nas relações com terceiros, o que vai ao encontro do escopo social da jurisdição. Inclusive, em recente trabalho, Bueno (2022, p. 66-67) assim se manifestou: “[...] a questão sempre se resumiu à devida concretização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no plano do processo”.

Nesse contexto, o CPC/15 veio instrumentalizar o IDPJ, em seus arts. 133 a 137²³⁴, contribuindo, assim, para a sedimentação do procedimento a ser trilhado na aplicação da desconsideração.

Tamanho a sua importância que Dinamarco (2019a, p. 491) assim expôs:

[E]sse incidente veio com manifesto escopo de pôr fim a uma desenfreada tendência dos juízes e tribunais a invadir arbitrariamente o patrimônio de terceiros, nessas circunstâncias, sem prévio contraditório, sem que o indigitado responsável esteja incluído no título executivo (CPC, art. 779, inc. I) e quase sempre sem sua citação.

Percebe-se que a previsão do IDPJ veio a contribuir para o alcance não só da efetividade pretendida como também da funcionalidade do sistema de responsabilização, promovendo a tão esperada segurança jurídica, pela simples observância do devido processo legal.

Comunga-se da ideia de que se trata de incidente processual, e não de processo incidente²³⁵, como assevera Dinamarco (2019a, p. 544), entendimento também trilhado por Souza e Medeiros Neto (2022, p. 610), que o denominam incidente cognitivo.

²³⁴ 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.

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.

²³⁵ Sobre a distinção, explicita Dinamarco: “Os incidentes do procedimento diferem fundamentalmente das questões incidentes por não serem questões mas modos de resolvê-las. Também não se confundem com os processos incidentes, porque estes têm autonomia como relação processual, e os meros incidentes não – os quais fazem parte do processo em que são suscitados e o ato que os julga é decisão interlocutória e não sentença, porque não põe fim a processo algum (CPC, art. 203, §§ 1º-2º)” (DINAMARCO, 2019a, p. 544).

Além disso, reconhece-se ser o caso de demanda incidental (BUENO, 2022, p. 76), que é aquela em que se postula a desconsideração, conquanto não se possa falar em nova relação processual. Nesse ponto, expõe Yarshell (2015, p. 216-217):

[...] não há dúvida de que o pleito de desconsideração [...] é deduzido e resolvido de forma *incidental*. A desconsideração não é o objeto do processo em que a medida é pretendida. O objeto do processo em se que pretende a desconsideração consiste [...] na edição de provimento que imponha a determinada pessoa um *dever de prestar* (plano do débito) [...].

O caráter incidental reconhecido pela lei, contudo, não limita o tema da desconsideração a simples *questão* [...] acerca da responsabilidade patrimonial [...].

A pretensão de desconsideração dirigida ao terceiro, com efeito, envolve exercício do direito de ação. [...] imputa-se ao demandado a qualidade de *devedor* e, portanto, de *responsável patrimonial*.

Trata-se, portanto, de demanda (incidental) resultante do exercício do direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo (cujo objeto, como se viu, é outro) (grifos do original).

Assim é que se vê a suficiência do incidente processual no tangente à desconsideração da personalidade jurídica, sendo desnecessária a utilização do processo autônomo, salvo hipóteses outras de responsabilização. É de rigor a observância do contraditório e da ampla defesa (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 182-183), afinal, cuida-se, “[...] antes, do mesmo débito, da mesma obrigação que espera o credor ver cumprida” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 185).

Antes de examinar o aspecto procedimental, vale ressaltar que o CPC/15 não trouxe previsão pertinente ao direito material no que se refere ao IDPJ. Ao revés, há previsão, no art. 133, § 1º, no sentido de que deverão ser seguidas as regras materiais correlatas a cada seara, o que, na dicção do Código, refere-se aos pressupostos previstos em lei. Portanto, limitou-se o CPC/15 a trazer as prescrições de ordem procedimental, o que é salutar, diante das especificidades dos variados ramos do Direito.

Em sendo assim, vale dizer que o IDPJ deverá ser instaurado a pedido da parte ou, se for o caso, do Ministério Público, consoante o art. 133, *caput*, do CPC/15.

Diante desse enunciado normativo, compreende-se que não cabe a atuação de ofício do magistrado no tocante à desconsideração da personalidade jurídica. Em verdade, com a vigência do CPC/15, entende-se que nem mesmo as previsões anteriores de direito material, mesmo considerando as regras de ordem pública, devem trilhar a senda oficiosa, o que está em compasso, inclusive, com as alterações sofridas pelo art. 50 do CC/02.

Nesse particular, Adamek e França (2021, p. 127) e Bueno (2022, p. 67) observam a necessidade de observância do princípio dispositivo, prescrito no art. 2º do CPC/15²³⁶. Para além, Adamek e França (2021, p. 127) ponderam a observância obrigatória do procedimento previsto (CPC, art. 795, § 4º).

Pela relevância, traz-se posição contrária ao quanto exposto, posição esta defendida por Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2020, p. 299): “[N]ada 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”.

Como antedito, compreende-se que o legislador fez uma opção clara acerca do procedimento, justamente com vistas não só a preservar o contraditório como também equacionar a efetividade da responsabilização com a segurança jurídica das relações sociais. Assim, crê-se que o art. 133, *caput*, do CPC/15 trouxe uma previsão geral pertinente à legitimação ativa, o que se coaduna com a preservação da imparcialidade do julgador.

Por regra, em interpretação conjunta do art. 50, *caput*, do CC/02 e do art. 133, *caput*, do CPC/15, os legitimados ativos são a parte ou o Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

Tem-se que a expressão “parte” fora utilizada em sentido amplo, de modo a ser delimitada em consonância com a relação jurídica de direito material em discussão. Aqui, como dito, a análise perpassa pela regra geral, que está inserta no CC/02.

Nesse passo, tem-se que o vocábulo “parte” pode ser considerado o credor, como “[...] sujeito lesado, seja ele legitimado ativo à postulação da desconsideração da personalidade, agindo na defesa de direito próprio [...]” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 217).

Rodrigues Filho (2016, p. 218-219) traz situações interessantes quanto aos sócios. Ao indagar acerca da possibilidade de o sócio minoritário vir a ser parte legítima para o pleito de desconsideração da pessoa jurídica em face de um controlador diante da execução proposta pelo credor, o autor promove distinções. Por primeiro, afirma que, em havendo patrimônio social suficiente, o potencial descumprimento deve ser resolvido como assunto interno, não havendo, portanto, que se falar em aplicação da teoria da desconsideração. Por seu turno, em sendo insuficiente, o sócio pode trazer as razões que impulsionam a desconsideração, já que o credor social será beneficiado com eventual bem constricto, não havendo empeco, porém, quando o sócio vier a ser também credor da sociedade.

²³⁶ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Nesse ponto, da legitimidade do sócio, vale abordar o reconhecimento, pelo STJ, no REsp 1.980.607²³⁷, do interesse e da legitimidade do sócio devedor para, no incidente de desconsideração inversa, impugnar a decisão e até mesmo a presença dos pressupostos autorizadores. Melhor elucidando, traz-se o excerto do voto do Min. Marco Aurélio Bellizze:

[P]ortanto, sobressaem hialinos o interesse e a legitimidade do sócio devedor tanto para figurar no polo passivo do incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica, quanto para impugnar a decisão que lhe ponha fim – seja na condição de parte vencida, seja na condição de terceiro em relação ao incidente – em interpretação sistemática dos arts. 135 e 996 do CPC/2015, notadamente para questionar sobre a presença ou não, no caso concreto, dos requisitos ensejadores ao deferimento do pedido.

Além disso, mencione-se que a própria pessoa jurídica, com vistas a resguardar seus interesses em caso de abuso da personalidade jurídica, poderá invocar a teoria da desconsideração, o que, inclusive, foi reconhecido no Enunciado nº 285 da Jornada de Direito Civil do CJF²³⁸. Contudo, tal legitimidade diz com a defesa da autonomia que lhe é inerente e com a regularidade da administração, não se podendo confundir com os interesses dos sócios e/ou administradores. Nesse sentido, com as devidas adaptações, caminha a jurisprudência do STJ ao reconhecer excepcionalmente o interesse recursal da pessoa jurídica em tais situações²³⁹.

²³⁷ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE DO SÓCIO EXECUTADO. LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL DO SÓCIO PARA RECORRER DA DECISÃO. EXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. **1.** O propósito recursal consiste em definir, além da ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, a legitimidade e o interesse recursal do sócio executado para impugnar a decisão que deferiu o pedido de desconsideração inversa da personalidade jurídica dos entes empresariais dos quais é sócio. **2.** Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional. **3.** A jurisprudência desta Corte Superior assenta-se no sentido de que, sendo deferido o pedido de desconsideração, o interesse recursal da empresa devedora originária é excepcional, evidenciado no propósito de defesa do seu patrimônio moral, da honra objetiva, do bom nome, ou seja, da proteção da sua personalidade, abrangendo, inclusive, a sua autonomia e a regularidade da administração, inexistindo, por outro lado, interesse na defesa da esfera de direitos dos sócios/administradores. **4.** Na desconsideração inversa da personalidade jurídica, por sua vez, verifica-se que o resultado do respectivo incidente pode interferir não apenas na esfera jurídica do devedor (decorrente do surgimento de eventual direito de regresso da sociedade em seu desfavor ou do reconhecimento do seu estado de insolvência), mas também na relação jurídica de material estabelecida entre ele e os demais sócios do ente empresarial, como porventura a ingerência na *affectio societatis*. **5.** Desse modo, sobressaem hialinos o interesse e a legitimidade do sócio devedor, tanto para figurar no polo passivo do incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica, quanto para recorrer da decisão que lhe ponha fim, seja na condição de parte vencida, seja na condição de terceiro em relação ao incidente, em interpretação sistemática dos arts. 135 e 996 do Código de Processo Civil de 2015, notadamente para questionar sobre a presença ou não, no caso concreto, dos requisitos ensejadores ao deferimento do pedido. **6.** Recurso especial conhecido e parcialmente provido (STJ, REsp 1.980.607/DF, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 09.08.2022, DJ 10.08.2022).

²³⁸ “A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor.”

²³⁹ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. PEDIDO DEFERIDO. IMPUGNAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Já quanto à legitimidade ativa do Ministério Público, para o pedido de descon sideração da personalidade jurídica, releva anotar que o art. 133, *caput*, do CPC e o art. 50 do CC/02 não trouxeram qualquer limitação, como regras gerais que são.

Nada obstante, tem-se que a atuação do *Parquet* deve ser pautada em conjunto com o art. 127 da CF/88²⁴⁰ e o art. 178 do CPC/15²⁴¹. Isso porque uma grande gama dos pedidos de descon sideração da personalidade jurídica está relacionada estritamente a relações de direitos patrimoniais disponíveis, não havendo uma interação necessária com as atribuições do órgão Ministerial.

Acredita-se ainda, em observância da independência funcional do membro do Ministério Público, que a análise lhe competirá do que desponta do caso concreto, não devendo o Juízo incursionar nesse particular. Quando muito, poderá, em casos limítrofes, delimitar as

NÃO PROVIDOS. 1. Trata-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão que decide legitimidade da pessoa jurídica para interpor recurso de pronunciamento judicial que descon sidera a personalidade jurídica. 2. No caso, entendeu-se que, diante do rol de legitimados à interposição de recursos (arts. 499 do Código de Processo Civil de 1973 e 996 do Código de Processo Civil de 2015), do qual emerge a noção de sucumbência fundada no binômio necessidade/utilidade, a pessoa jurídica detém a mencionada legitimidade quando tiver potencial bastante para atingir o patrimônio moral da sociedade. Fundamenta-se tal entendimento no fato de que à pessoa jurídica interessa a preservação de sua boa fama, assim como a punição de condutas ilícitas que venham a deslustrá-la. 3. Os fundamentos trazidos no acórdão recorrido estão mais condizentes com a própria noção de distinção de personalidades no ordenamento jurídico pátrio. A pessoa jurídica, como ente com personalidade distinta dos sócios que a compõem, também possui direitos a serem preservados, dentre eles o patrimônio moral, a honra objetiva, o bom nome. De fato, o argumento da falta de interesse na reforma da decisão, tendo em vista o fato de que apenas os sócios seriam prejudicados com a resolução (já que é sobre os seus bens particulares que recairia a responsabilidade pelas obrigações societárias), mostra-se frágil. 4. “O interesse na descon sideração ou, como na espécie, na manutenção do véu protetor, pode partir da própria pessoa jurídica, desde que, à luz dos requisitos autorizadores da medida excepcional, esta seja capaz de demonstrar a pertinência de seu intuito, o qual deve sempre estar relacionado à afirmação de sua autonomia, vale dizer, à proteção de sua personalidade. Assim, é possível, pelo menos em tese, que a pessoa jurídica se valha dos meios próprios de impugnação existentes para defender sua autonomia e regular administração, desde que o faça sem se imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios/administradores incluídos no polo passivo por força da descon sideração” (REsp 1.421.464/SP, Rel. Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 24/4/2014, DJe 12/5/2014) 5. Embargos de divergência conhecidos, aos quais se nega provimento (STJ, EREsp 1.208.852/SP, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. 04.05.2016, DJ 20.05.2016).

²⁴⁰ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

²⁴¹ 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.

questões relevantes indicativas da não atuação do Ministério Público, em observância do princípio da cooperação processual e do dever de consulta (CPC/15, arts. 9º²⁴² e 10º²⁴³).

Igualmente, esclareça-se que o dever de cooperação abarca todos os sujeitos do processo, justamente visando a uma decisão de mérito em tempo razoável (CPC/15, art. 6º²⁴⁴), de modo a ressaltar o comprometimento do órgão do *Parquet* com o exame da pertinência da respectiva atuação em cada caso.

Com efeito, não se pode desprezar que uma situação de aplicação da teoria da desconsideração é capaz de expor até mesmo questões de ordem criminal, seara de atuação proeminente do Ministério Público, que venha a demandar pelo menos, na área cível, o exercício das atribuições como fiscal da ordem jurídica, nem que seja para posterior remessa ao ofício correlato.

De todo modo, compreende-se que a atuação do *Parquet* deverá estar lastreada na interpretação contextual dos artigos sobreditos, devendo despontar o interesse público ou social do caso em exame, o que se faz mais patente na maioria das situações a envolver os direitos transindividuais.

Por entender que o IDPJ atende ao interesse exclusivo da parte com vistas à ampliação do patrimônio a perfazer o adimplemento, Lucon (2020, p. 523) externa a seguinte posição: “[...] na condição de fiscal da lei, o Ministério Público não é parte legítima para instaurar o incidente, exceto nos casos de ação coletiva proposta por outro legitimado coletivo”.

Dinamarco (2019a, p. 502) leciona que, na condição de fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público nada postula para si, para os sujeitos processuais, tampouco adiciona pedido ou fundamento outro. Aqui, importa ressaltar que, por vezes, a atuação como *custos juris* poderá possibilitar o deslinde de matéria afeta a sua atuação, motivo pelo qual restará aberto o exercício do direito de ação.

O quanto sustentado no pertinente à atuação do *Parquet* em muito se assemelha à opção doutrinária formulada no Enunciado nº 123 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC)²⁴⁵, no qual se entendeu pela atuação do Ministério Público no IDPJ como fiscal da ordem jurídica, nas hipóteses prescritas no art. 178 do CPC/15. E, ressalte-se, acrescentando-se

²⁴² Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

²⁴³ 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.

²⁴⁴ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁴⁵ Enunciado nº 123 do FPPC: “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”.

a conotação social do interesse (CF/88, art. 127), haja vista a importância do direito material para firmar a legitimidade e o interesse processual, como assevera Lucon (2020, p. 524).

Assim, a atuação do órgão Ministerial deverá ser examinada, pelo respectivo membro, em observância das particularidades do caso concreto, não se justificando a adoção de concepção excludente amparada no pretenso desinteresse de atuação e no aspecto temporal. Cabe, se for o caso, atuar institucionalmente para melhor otimizar globalmente a postura a ser adotada.

A seu turno, com esteio na ordem trazida pelo CPC, pontue-se que o IDPJ é cabível no processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução de título executivo extrajudicial, nos termos no art. 134, *caput*, do CPC/15, podendo ser postulado a qualquer tempo, excepcionado o princípio da estabilização da demanda (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 258-259), nos moldes do art. 329 do multicitado Código²⁴⁶. Inclusive, no contexto dos direitos potestativos, já foi reconhecido pelo STJ que o pleito de desconconsideração da personalidade jurídica pode ser realizado a qualquer tempo, em face da inexistência de previsão legal²⁴⁷.

Em sendo cabível nas mais diversas fases ou no processo de execução, e considerando a natureza da demanda incidental, como dito, que promove a ampliação do objeto litigioso do processo (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 662), o ato de postular deverá seguir os pressupostos legais da teoria da desconconsideração (CPC/15, art. 134, § 4º), disposição normativa que deve ser lida em conjunto com o art. 133 § 1º, do sobredito Código, observando-se, portanto, a regras de direito material respectivas e o procedimental traçado pela codificação processual.

Em face da ausência de descrição do procedimento, quando do pleito de desconconsideração da personalidade jurídica no bojo da petição inicial, opta-se por principiar a análise pelo procedimento incidental.

Antes, contudo, mencione-se que o IDPJ foi previsto, no CPC/15, como modalidade de intervenção de terceiros, uma intervenção coata, na dicção de Dinamarco (2019a, p. 491), que “[...] consiste em trazer à relação processual pendente um terceiro ao qual o demandante atribui a responsabilidade patrimonial por obrigações do demandado”.

²⁴⁶ Art. 329. O autor poderá:

I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;
 II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

²⁴⁷ O Min. Luis Felipe Salomão assim externou: “[A] desconconsideração da personalidade jurídica é uma das hipóteses em que não há prazo – decadencial, se existisse – para o exercício desse direito potestativo. À minguada de previsão legal, o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer momento” (STJ, REsp 1.312.591/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 11.06.2013, DJ 28.06.2013).

Como intervenção de terceiro que é, reforça-se sua caracterização como incidente do processo, como visto, “[...] pois terceiro ingressa em processo existente, impondo-lhe alguma modificação e dele passando a fazer parte” (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 613).

Ainda, mencione-se que o procedimental não apenas pode ser utilizado para o atingimento dos bens dos sócios, visando garantir o pagamento do débito social, como também é possível a consecução da extensão da responsabilidade patrimonial para alcançar os bens da sociedade, em razão das dívidas dos sócios, sendo esta a denominada desconsideração inversa (CÂMARA, 2015, p. 97), na forma do art. 133, § 2º, do CPC/15.

Pois bem.

Havendo o requerimento do IDPJ, a postulação deverá observar os pressupostos legais específicos da teoria da desconsideração, que são correspondentes às regras de direito material, como aludido.

Caracterizado como demanda incidental, o pleito deve observar, para além dos arts. 133, § 1º, e 134, § 4º, o art. 319, todos do CPC/15, de modo a trazer os fatos que justifiquem a aplicação da teoria da desconsideração, possibilitando, assim, o exercício do direito de defesa (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 262).

A ausência da descrição dos fatos nos moldes sobreditos deve ser objeto de emenda (CPC/15, art. 321²⁴⁸). Não havendo a correção, passível de indeferimento da petição inicial (BUENO, 2022, p. 75), pela caracterização da inépcia, em face da ausência de causa de pedir, nos termos do art. 330, § 1º, do CPC/15²⁴⁹ (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 662).

Tem-se, nesse ponto, que não há exigência acerca da existência da prova pré-constituída, como defendem Souza e Medeiros Neto (2022, p. 611), em face da dificuldade mesma do descortinar probatório em casos desse jaez, havendo o momento oportuno para tanto. O que deve ser analisado é o manancial documental existente ou elementos outros em conjunto com a descrição fática minudenciada na peça inicial, sob pena de tolher a instrumentalização desse importante meio. Assim, não havendo minimamente a descrição fática pertinente, mesmo diante da documentação posta no processo pendente, haverá que ser indeferido o pleito após a oportunização da emenda.

²⁴⁸ Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

²⁴⁹ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:
I – for inepta.

Tanto é assim que Câmara (2015, p. 100), ao referir-se aos elementos mínimos de prova, expõe: “[É] preciso, então, que sejam fornecidos elementos de prova que permitam ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca da presença de tais requisitos”.

Com a instauração do incidente, há prescrição no sentido da determinação da comunicação ao cartório distribuidor para as devidas anotações, na forma do art. 134, § 1º, do CPC/15. Assim, dá-se a necessária publicidade, permitindo que terceiros tenham conhecimento da pendência do incidente e de eventual responsabilização patrimonial do demandado e, por conseguinte, da potencial caracterização da fraude de execução, conforme o art. 137 do CPC/15 (CÂMARA, 2015, p. 98-99).

Nesse ponto, vale aduzir a divergência acerca da consideração do momento em que instaurado o incidente.

Para Câmara (2015, p. 98), não deve ser seguida a interpretação literal do art. 134, § 1º, do CPC/15, já que deverão ser analisados os requisitos postos no art. 134, § 4º, do mesmo Código. Tendo em mira o juízo de admissibilidade prévio, a comunicação ao distribuidor, segundo o autor, só poderá ser determinada após a admissão do incidente pelo juiz.

Já Bueno (2022, p. 72) sustenta que não se depende do juízo de admissibilidade, sendo suficiente o pedido, pois, independentemente da eventual litigância de má-fé, consegue-se preservar os interesses e direitos de terceiros de boa-fé, nos moldes do art. 137 concomitantemente com o art. 792, § 3º²⁵⁰, ambos do CPC/15.

Comunga-se do entendimento doutrinário exposto por Bueno (2022), porquanto, não obstante a logicidade da sustentação de Câmara, a publicidade inerente à distribuição imprime maior efetividade ao que se pretende evitar, que é a alienação ou oneração fraudulenta com efeitos na esfera de terceiros.

Uma vez efetuado o requerimento do IDPJ, e aferidos os específicos pressupostos (CPC/15, art. 134, § 4º), haverá a suspensão do processo, ressalvando-se a hipótese da postulação no bojo da petição inicial, consoante o art. 134, § 3º, do CPC/15.

A suspensão do curso do processo, nessa hipótese, é denominada suspensão imprópria por Dinamarco (2019a, p. 740), já que “[...] o processo como um todo não está propriamente suspenso, porque os incidentes fazem parte dele e não são outro processo [...]”.

²⁵⁰ Art. 792. [omissis]

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende considerar.

Ainda nessa linha, expõe Câmara (2015, p. 100): “[O] que se tem é, apenas, a vedação à prática de certos atos do processo (aqueles que não integram o procedimento do incidente), o que perdurará até que o incidente de descon sideração seja decidido”.

Como se vê, quando da instauração do IDPJ, haverá a suspensão do curso da prática de atos do processo pendente, a exemplo dos atos executivos em face do sócio ou, no caso da descon sideração inversa, da sociedade (BUENO, 2022, p. 74), excetuando-se a prática de atos urgentes (BUENO, 2022, p. 74; CÂMARA, 2015, p. 100), na forma do art. 314 do CPC/15²⁵¹, coadunando-se com o Enunciado nº 110 da II Jornada de Direito Processual Civil do CJF²⁵².

Em sentido diverso, Adamek e França (2021, p. 134) defendem a suspensão do processo em sua completude, sustentando que o terceiro, que comporá a relação processual, poderá participar com “[...] a mesma posição que teria na demanda principal ao início do incidente, sem preclusões ou perdas de faculdades processuais de qualquer espécie”.

Com o julgamento do incidente, por meio de decisão interlocutória (CPC/15, art. 136), cessa a suspensão, tendo em mira a ausência de efeito suspensivo *ope legis* do recurso de agravo de instrumento, na forma dos arts. 995, *caput*²⁵³, e 1.019, I²⁵⁴, ambos do CPC/15 (BUENO, 2022, p. 75).

Além disso, uma vez instaurado o incidente, haverá a citação dos sócios e/ou administradores, no caso de descon sideração direta, ou da sociedade, em se tratando de descon sideração inversa, sendo estes, em regra, os legitimados passivos para os quais se postula a extensão de certas e determinadas relações de obrigação, na forma do art. 50 do CC/02 em conjunto com o art. 135 do CPC/15.

Vê-se, para além da ampliação do objeto do processo com a cumulação ulterior de pedidos (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 662), que haverá também a ampliação do polo passivo, haja vista a inclusão do terceiro cujos bens se pretende atingir, caracterizando o litisconsórcio

²⁵¹ 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 suspeição.

²⁵² Enunciado nº 110: “A instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica não suspenderá a tramitação do processo de execução e do cumprimento de sentença em face dos executados originários”.

²⁵³ Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

²⁵⁴ Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:
I – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

facultativo ulterior entre sócios e administradores (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 662; RODRIGUES FILHO, 2016, p. 296)²⁵⁵.

Em relação ao sócio, é importante anotar a digressão de Rodrigues Filho (2016, p. 232) quanto à desnecessidade da desconsideração da personalidade jurídica em relação ao sócio solidário, diante da vinculação de dois anos após a retirada, a partir da averbação da saída no registro próprio, em conformidade com o art. 1.003, parágrafo único²⁵⁶, e o art. 1.032²⁵⁷, ambos do CC/02. Daí a relevância, como visto, do momento da feitura do ato que consubstancia o pleito de desconsideração (ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 128).

Com a citação, há a extensão da relação processual com a chegada de terceiro, que não compunha o processo pendente, e, a partir de então, passará a ser parte, tendo contra si uma pretensão formulada e podendo sofrer os efeitos da decisão proferida (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 263).

Nesse passo, uma vez completada a relação jurídica processual com a citação, os sócios e/ou administradores ou, no caso de desconsideração inversa, a sociedade, estes poderão apresentar contestação, que é a manifestação aludida no art. 135 do CPC/15, requerendo a produção das provas pertinentes, no prazo de quinze dias.

Verifica-se que não há previsão de realização de audiência de conciliação, na forma do art. 334 do CPC/15²⁵⁸, o que foi uma opção legítima do legislador, sendo considerada uma técnica de simplificação, como aduz Rodrigues Filho (2016, p. 264). Não há, contudo, prejuízo da tentativa de autocomposição pelo julgador (CPC/15, art. 139, V²⁵⁹), desde que preservada a duração razoável do processo.

Nesse passo, tendo sido citados os demandados no incidente, eles poderão apresentar, querendo, a contestação. Transcorrendo o prazo sem a defesa, aplicar-se-ão os efeitos da revelia, havendo presunção relativa em relação aos fatos (CPC/15, art. 344). Nesse particular,

²⁵⁵ Enunciado nº 125 do FPPC: “Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica. Juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no processo em curso”.

²⁵⁶ Art. 1.003. [omissis].

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

²⁵⁷ Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

²⁵⁸ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

²⁵⁹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [omissis].

V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Câmara (2015, p. 102) informa que “[...] ficará o requerente isento do ônus de provar que suas alegações acerca da presença dos requisitos da desconsideração são verdadeiras”.

Com a apresentação da contestação, porém, será analisada a necessidade de produção probatória, diante da existência de questões preliminares e de pontos controvertidos (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 265), sendo possível, inclusive, a realização de audiência de instrução e julgamento, pois, como expõe Câmara (2015, p. 102), “[...] a decisão acerca da desconsideração deve basear-se em cognição exauriente”.

Nesse momento, até mesmo para posterior verificação da amplitude da defesa, é oportuno delimitar o pleito incidental na fase de conhecimento e na fase ou no processo de execução. Para tanto, são pertinentes as lições de Câmara (2015, p. 98):

Caso o incidente se instaure no curso de um processo cognitivo (ou na fase de conhecimento de um processo “sincrético”), e vindo a ser proferida decisão que desconsidere a personalidade jurídica, o sócio (ou a sociedade, no caso de desconsideração inversa) passará a integrar o processo como demandado. Consequência disso é que a sentença poderá afirmar sua condição de responsável pela obrigação, o que tornará possível fazer com que a execução atinja seu patrimônio, nos termos do art. 790, VI.

De outro lado, não tendo sido instaurado o incidente durante o processo de conhecimento, sempre será possível postular a desconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento de sentença. Nesse caso, assim como ocorrerá quando o incidente for instaurado no curso de execução fundada em título extrajudicial, sendo proferida decisão que desconsidera a personalidade jurídica, o sócio (ou a sociedade, no caso de desconsideração inversa) assumirá a posição de executado, de modo que sobre seu patrimônio passará a ser possível incidir a atividade executiva.

Fica claro que, na fase de conhecimento, estando pendente um pedido em face da sociedade, haverá a ampliação do objeto com a instauração do IDPJ, já que se postula contra o sócio e/ou administrador (desconsideração direta), que, em caso de acolhimento do pleito de desconsideração, passará a ser demandado no processo pendente.

Ainda, vale mencionar, aqui, que o IDPJ não está necessariamente vinculado ao resultado do processo principal, lecionando Rodrigues Filho (2016, p. 267) que o incidente deverá ser julgado concomitante ou posteriormente à sentença daquele. Resume o autor: “[...] a questão deduzida no processo de conhecimento é preliminar à desconsideração [...]”.

No tocante à fase de conhecimento, vê-se que, tendo havido a desconsideração, o sócio e/o administrador passarão a figurar como executados, de forma se submeter às medidas constritivas. Nesse ponto, releva trazer à baila a colocação de Ganacin (2020, p. 96), ao aludir à distinção dos objetos do processo:

[A]ssim, a partir da instauração do incidente de desconsideração na fase de cumprimento de sentença, comporão o objeto do processo dois pedidos e natureza

substancialmente distintas: em face da sociedade, estará deduzido pedido satisfativo, pois contra ela o título executivo já terá sido formado na fase processual cognitiva; em face do sócio, o *petitum* será condenatório, já que contra ele o título executivo ainda precisará ser constituído.

Ainda, ressalta Ganacin (2020, p. 96) que a decisão no IDPJ, nessa fase, terá que dar uma resposta ao pleito em face do sócio, tendo em mira a ausência de momento posterior para análise.

Percebe-se que, nas situações sobreditas, fora observada a ampla defesa e o contraditório, com possibilidade de participação efetiva. Não há que se falar em prejuízo ao devido processo legal, sendo oportuna a análise do conteúdo da resposta.

Quando da defesa na fase de conhecimento, na via incidental, entende-se que deverá ser apresentada no bojo da contestação, abarcando-se todos os fundamentos fáticos e jurídicos, em observância do princípio da eventualidade, sendo possível, dentre outros, a arguição da incompetência, da falsidade documental, a impugnação ao valor da causa, em suma, as defesas processuais e de mérito, excluindo-se a reconvenção, por não haver correlação entre o direito material do lesado e os sócios e/ou administradores da pessoa jurídica (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 315-316). Destaca-se o entendimento contrário, externado por Adamek e França (2021, p. 140), no sentido de que a defesa, no incidente, deverá limitar-se ao quanto imputado na petição inicial, não sendo cabível adentrar ao quanto exposto no processo principal.

Quanto à fase executiva ou no processo de execução, ainda considerando a via incidental, e tendo sido observado o devido processo legal e a aplicação da teoria da desconsideração, tem-se que, uma vez tornando-se partes, os sócios e/ou administradores poderão opor os embargos, sendo o caso de execução de título extrajudicial ou, em caso de cumprimento de sentença, a impugnação, sem prejuízo da exceção de pré-executividade para questões de ordem pública e sem dilação probatória (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 318-319).

Acaso não tenha participado da fase de conhecimento, no tocante ao cumprimento de sentença, deverá ser permitido o exercício da ampla defesa em sua completude, o que se aplica, igualmente, no tangente à execução por título extrajudicial, não sendo aplicáveis os efeitos da coisa julgada, já que não foram partes da relação processual até então (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 322-323). Com isso, preserva-se o devido processo legal, oportunizando-se a efetiva participação dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica, o que se coaduna com a previsão do art. 506 do CPC/15²⁶⁰, mesmo com a possibilidade de julgamento logicamente diversos (GANACIN, 2020, p. 100).

²⁶⁰ Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Por sua vez, a desconsideração da personalidade jurídica poderá, ainda, ser requerida na petição inicial, na forma do art. 134, § 2º, do CPC/15, quando não há que se falar em suspensão do processo, conforme o § 3º do art. 134 da sobredita codificação, devendo, igualmente, ser observados os arts. 319, 133, § 1º, e 134, § 4º, todos do CPC/15.

Nesse caso, com a citação do sócio e/ou administrador (desconsideração direta) ou da sociedade (desconsideração inversa), haverá a cumulação do pedido em face da pessoa jurídica com o pleito de desconsideração da personalidade jurídica em face dos referidos integrantes daquela. Ainda, em sendo assim postulado, perfaz-se o litisconsórcio passivo originário, na trilha do já mencionado Enunciado nº 125 do FPPC.

Expõem Adamek e França (2021, 136): “[...] neste caso, o próprio pedido condenatório da demanda principal deverá contemplar o pedido de condenação do imputado, junto com o devedor original”.

Compreende-se, uma vez concretizada a citação dos sócios e/ou administradores, que a resposta em forma de contestação deverá ser apresentada abarcando toda matéria defensiva de mérito, ou não, em observância ao princípio da eventualidade, na forma dos arts. 336²⁶¹ e 337²⁶², ambos do CPC/15, entendimento que vai ao encontro do Enunciado nº 248 do FPPC²⁶³.

Após a apresentação da peça contestatória, serão examinadas as questões prévias e delimitados os pontos controvertidos, quando, então, será verificada a pertinência ou não da instrução probatória para além do manancial documental já constante nos autos.

Estando o feito apto para julgamento, comunga-se do entendimento de Rodrigues Filho (2016, p. 267) no sentido de que, malgrado a ausência de previsão legal, o pleito de

²⁶¹ Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

²⁶² Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

I – inexistência ou nulidade da citação;

II – incompetência absoluta e relativa;

III – incorreção do valor da causa;

IV – inépcia da petição inicial;

V – perempção;

VI – litispendência;

VII – coisa julgada;

VIII – conexão;

IX – incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

X – convenção de arbitragem;

XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual;

XII – falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;

XIII – indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça. [*omissis*].

²⁶³ Enunciado nº 248 do FPPC: “Quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou à pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa”.

desconsideração deverá ser decidido na mesma sentença que examinar a pretensão contrária à sociedade, possibilitando-se a formação de um conjunto probatório coeso, com maior amplitude, diante da participação dos sujeitos processuais, já que a aplicação da *Disregard Doctrine* não exclui a responsabilidade da pessoa jurídica (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 301), sendo cabível, nesse caso, o recurso de apelação (FPPC, Enunciado nº 390²⁶⁴).

Para que se chegue ao julgamento final, é relevante atentar para as provas a serem produzidas, haja vista a amplitude dos meios de prova, considerando-se a redação do art. 369 do CPC/15²⁶⁵.

Como cediço, o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito, bem assim ao réu no que se refere ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC/15, art. 373, I e II)²⁶⁶. Todavia, a prática demonstrou a insuficiência dessa disposição, possibilitando distribuição diversa, tendo em mira previsões legais ou peculiaridades dos feitos, permitindo ao juiz, fundamentadamente, a atribuição de modo diverso do ônus probatório, nos moldes do art. 373, § 1º, do CPC/15²⁶⁷, o que vem sendo denominado, como aduzem Didier Júnior, Braga e Oliveira (2021, p. 150), distribuição dinâmica do ônus da prova, “[...] uma alteração da regra legal de distribuição do ônus da prova [...]”.

Tal possibilidade, de dinamização, está conectada com as regras de direito material previstas na legislação ou as particularidades do caso em liça atinentes à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo dito comum, para além do maior acesso à obtenção da prova contrária, como se depreende da leitura do art. 373, § 1º, do CPC/15.

Sobre o tema, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2021, p. 277) lecionam:

[E]m primeiro lugar, essas peculiaridades podem referir-se à *maior facilidade na obtenção da prova* por um ou outro sujeito processual. Aqui, a rigor, a regra se alinha ao conceito de economia processual [...]. Em suma, nesse caso se parte da lógica de que aquele que pode facilmente trazer uma prova para os autos, mas não faz, deve suportar os ônus daí decorrentes. A situação se aperfeiçoa à ideia de que a ausência de certa conduta, que é esperada da parte, deve refletir em seu prejuízo.

²⁶⁴ Enunciado nº 390 do FPPC: “Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação”.

²⁶⁵ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

²⁶⁶ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

²⁶⁷ Art. 373. [omissis]

§ 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.

O segundo dos casos que pode determinar peculiaridades do caso que admitem a modificação do ônus da prova é a *impossibilidade o [sic] a excessiva dificuldade* de uma das partes em trazer as provas para o processo, especialmente daquelas cujo ônus lhe é atribuído.

Obviamente, essa situação só pode gerar a modificação do ônus probatório se a prova que a parte tem dificuldade de produzir possa ser trazida pela parte contrária. [...]. *Nessa perspectiva, a modificação do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo, ou quando o autor tem condições de fazer a prova da inexistência do fato extintivo, modificativo ou impeditivo* (grifos do original).

Vê-se que a regra da distribuição dinâmica tem o condão de permitir que o ônus da prova, que se direciona às partes e ao magistrado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 273), tem o condão de buscar a maior proximidade da verdade possível, que se pretende extrair do processo. E isso é relevante diante das próprias limitações processuais, pois deve-se “[...] levar em conta as especificidades que o direito e o processo impõem à noção de prova [...]”. Tais limitações decorrem do processo judicial, da coisa julgada e das regras acerca das provas (BELTRÁN, 2017, p. 60).

Daí exsurge a dificuldade que dimana do entrelaçamento entre os fatos e o direito, tendo em mira a prolação da decisão judicial, já que a identificação do fato em discussão será feita de acordo com norma jurídica utilizada como critério para decisão (TARUFFO, 2014, p. 16). Ainda com Taruffo (2014, p. 19), é relevante destacar a característica retrospectiva dos fatos, que traz em si a limitação da reconstrução:

[E]m verdade, os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realidade empírica ou material: em geral esses já ocorreram e, assim, pertencem ao passado. Em consequência, salvo alguns elementos de prova circunstancial, os fatos não podem ser percebidos pelo juiz: esses devem ser reconstruídos pelo julgador com base na prova disponível. Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente. [...]. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio.

Verifica-se, nesse passo, que as técnicas atinentes ao ônus da prova estão conectadas com a necessidade de amainar a subjetividade inerente à interpretação, de modo a balizar a valoração racional da prova, por meio da decisão tecnicamente fundamentada, após o exercício da ampla defesa e do contraditório em sua inteireza, sem descurar das próprias limitações tracejadas pelo curso do tempo.

Nesse contexto, a desconsideração da personalidade jurídica, vista sob a perspectiva da responsabilidade patrimonial, também traz suas nuances, haja vista a necessidade de adaptação ao direito material discutido e as particularidades trazidas pelos casos a serem solucionados.

Com fincas no art. 50 do CC/02, em linhas atrás, explicitou-se a adoção da teoria maior, tanto em sua vertente objetiva (confusão patrimonial) quanto na subjetiva (desvio de finalidade), no tocante à aplicação nas relações cíveis e empresariais.

Na ocasião, fora mencionado que a resolução da *quaestio* se dará pela análise do caso concreto e suas particularidades, tendo a produção probatória importância invulgar na delimitação da atividade interpretativa do julgador, diante da ampla participação dos sujeitos parciais.

Mais especificamente quanto ao ônus probatório, fora explicitado que a teoria maior objetiva vem a auxiliar a produção de provas, tendo em vista a inexistência de alusões ao elemento anímico, não se descurando do caráter multiforme da confusão patrimonial e da acessibilidade de elementos para comprovação.

Já o desvio de finalidade traz em si, como antedito, o elemento subjetivo, que se exterioriza pela expressão “propósito de lesar credores”, prescrita no § 1º do art. 50 do CC/02, tendo em conta a atividade da pessoa jurídica para comprovação do desvirtuamento e observando-se a *ratio* do art. 187 do CC/02, malgrado as posições contrárias já expostas.

Tendo em mira o elemento intencional, há maior necessidade de laborar com as regras processuais, exurgindo, para além das presunções, a distribuição dinâmica do ônus da prova, que conduz, como expõem Didier Júnior, Braga e Oliveira (2021, p. 151), ao equilíbrio entre as partes.

Anote-se, ainda, a necessidade de comprovação do benefício direto ou indireto, o que, igualmente, pode implicar a técnica da distribuição do ônus probatório, desde que observada a prescrição do art. 373, § 1º, do CPC/15.

Por essa razão, não se concorda com a imutabilidade embasada em suposta aplicação da interpretação restritiva, que segue como norte da teoria da desconsideração. Quando da busca da responsabilização patrimonial, há que observar também a possibilidade de convencimento efetivo do magistrado, independentemente do polo que se esteja a ocupar. Afinal, com a observância do devido processo legal, não se poderá posteriormente alegar uma pretensa nulidade de bolso ou algibeira.

Silva (2020, p. 217) traz digressão acerca da temática:

[N]a hipótese específica da desconsideração da personalidade jurídica, incumbe à parte interessada elucidar as peculiaridades que, no caso concreto, justificam a existência de um cenário de impossibilidade ou de excessiva dificuldade de comprovação dos fatos constitutivos do seu direito. [...].
Um bom critério a seguir é o do esgotamento das possibilidades probatórias à disposição do credor; isto é, a redistribuição do ônus da prova pode ocorrer diante da

permanência de um estado de convencimento duvidoso mesmo após o esgotamento das investigações levadas a efeito pelo credor. Também se deve considerar que as possibilidades instrutórias do credor são diretamente proporcionais ao seu nível de conhecimento da estrutura de funcionamento da pessoa jurídica envolvida na desconsideração, de maneira que se admite a redistribuição do ônus da prova quando o próprio emaranhado de relações encetadas pela pessoa jurídica constitua, por si só, o entrave à descoberta de uma possível confusão patrimonial.

Entende-se que, no mais das vezes, a própria organização estrutural da pessoa jurídica poderá vir a ser um empecilho para a busca do manancial probatório, de modo que a tendência, mesmo em se tratando das relações cíveis e empresais, é a utilização da regra da distribuição do ônus da prova.

É necessário ter em mente, tanto na demanda inicial quanto na incidental, que se busca uma cognição exauriente, de sorte que a atividade probatória em si tem um papel relevante para o alcance da verdade processual possível, tendo-se como norte a ampla defesa e o contraditório, sempre atentando para não se criar um encargo impossível ou excessivamente difícil ao *ex adverso* (CPC, art. 373, § 2º²⁶⁸).

Nesse passo, não se pode desconsiderar a situação de dificuldade mútua para a produção da prova, devendo-se solver a contenda em compasso com as regras de direito material, em face da impossibilidade de esclarecimento, respeitado o devido processo legal (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 277-278).

Assim é que, não se conseguindo a comprovação dos pressupostos da desconsideração, tampouco do beneficiamento, dentro do viés restritivo de interpretação, deve-se dar prevalência à autonomia patrimonial, imprimindo a necessária segurança jurídica às relações negociais.

Retomando a hipótese julgamento, agora do incidente, prescreve o art. 136, *caput*, do CPC/15 que, uma vez concluída a instrução, quando necessária, haverá a resolução do incidente por decisão interlocutória, sendo cabível a interposição do recurso de agravo de instrumento, como já dito. Ressalte-se, ainda, que, sendo o feito de competência originária do tribunal, caberá “[...] ao relator processá-lo e decidi-lo monocraticamente” (CÂMARA, 2015, p. 103), sendo cabível o agravo interno em face do ato judicial (CPC, art. 136, parágrafo único). Vê-se, assim, que a competência poderá ser do Juízo de primeiro grau no qual tramita o processo pendente ou, em sendo o caso, originariamente do tribunal.

Com o julgamento, e tendo sido acolhido o pleito de desconsideração, promove-se a extensão da responsabilidade aos bens dos sócios ou, em caso de desconsideração inversa, aos

²⁶⁸ Art. 373. [omissis]

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

bens da pessoa jurídica, sendo legítima, a partir de então, a constrição patrimonial (CÂMARA, 2015, p. 104; BUENO, 2022, p. 81).

Ao tratar da decisão de acolhimento do pedido de descon sideração, Câmara (2015, p. 104) destaca dois efeitos processuais, sendo o primeiro a dita extensão da responsabilidade patrimonial ao terceiro não devedor e tendo como segundo efeito a ineficácia da alienação ou oneração de bens, em relação ao postulante, preenchidos os requisitos da fraude de execução.

Quanto ao segundo efeito, percebe-se que o CPC/15 trouxe, em seu art. 137, a previsão acerca da ineficácia em relação ao requerente da alienação ou oneração de bens em fraude de execução.

Da leitura do art. 137 do CPC/15 vê-se que a fraude à execução está posta no ato de alienação ou oneração de bens do devedor, devendo ser observadas, para sua caracterização, as prescrições do art. 792²⁶⁹ da sobredita codificação. Atente-se, ainda, a que a fraude de execução constitui atividade atentatória à dignidade da justiça, conforme o art. 774, I²⁷⁰, do CPC/15.

Percebe-se, nesse passo, a gravidade do ato fraudulento, não só por causar prejuízo ao credor como também pelos efeitos deletérios aos atos jurisdicionais. Ao tratar do tema, Assis (2020, p. 365) leciona:

[S]eja como for, na hipótese de o executado dispor de algum bem na pendência de processo, como parece curial, a fraude adquire superlativa gravidade. O eventual negócio dispositivo não agride somente o círculo potencial de credores. Entra em cena, a par desses interesses particulares, a própria efetividade da atividade jurisdicional do Estado. Os negócios jurídicos de disposição do devedor contemporâneos à litispendência caracterizam fraude contra a execução, recebendo a conduta reprovável reação mais severa e imediata.

²⁶⁹ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I – quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II – quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III – quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV – quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V – nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

§ 3º Nos casos de descon sideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende descon siderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

²⁷⁰ Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I – fraudar a execução.

Conforme Rodrigues Filho (2016, p. 115), são considerados requisitos da fraude à execução a alienação ou oneração de bens que conduz à insolvência e o processo pendente, “[q]uer executivo, quer de conhecimento, monitório ou mesmo antecedente – cujo desfecho possa conduzir à imposição de medidas sobre o bem alienado ou gravado (CPC, art. 792)” (DINAMARCO, 2019, p. 405). Por fim, ressalte-se que não se faz necessário o propósito de fraudar (*consilium fraudis*), como se exige para a fraude contra credores, para a caracterização da fraude à execução (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 115).

Nesse ponto, vale dizer que esses dois tipos de fraude do devedor – quais sejam, fraude à execução e fraude contra credores – não se confundem, estando a fraude contra credores, como previsão nos arts. 158 a 165 do CC/02²⁷¹, afeta apenas ao atingimento dos interesses particulares dos credores.

Não obstante a divergência acerca da caracterização da invalidade ou ineficácia do negócio jurídico (YARSHELL, 2015, p. 219), Dinamarco (2019, p. 404-405) assim expôs sobre a fraude contra credores:

A fraude contra credores, que é lesiva a estes mas não ultraja o Poder Judiciário porque é praticada quando não há um processo em curso, depende, para se caracterizar em cada caso concreto, do duplo requisito da *insolvência* criada ou agravada pelo ato mais o *consilium fraudis*, que é o concerto de intenções e condutas conscientes entre o devedor que aliena ou grava o bem e o terceiro que o recebe (grifos do original).

²⁷¹ 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.

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Art. 160. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados. Parágrafo único. Se inferior, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real.

Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

Art. 162. O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu.

Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.

Parágrafo único. Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada.

Dinamarco (2019, p. 405) sustenta ser a hipótese de ineficácia do ato, podendo o bem ser penhorado diante do impulso do credor, o que se dará a partir da prolação da sentença, após o processo de conhecimento, por meio da ação pauliana, amoldando-se ao disposto no art. 790, VI, do CPC/15. Yarshell (2015, p. 219), igualmente, pondera que, sem a propositura da ação pauliana, não há como reconhecer a disfunção do ato de alienação.

Realmente, verifica-se a maior gravidade da fraude à execução, em face do desrespeito ao interesse público que dimana da atividade jurisdicional. Talvez por essa razão o legislador tenha optado por reconhecer a ineficácia em relação ao exequente, como dito, “[s]em a necessidade de uma sentença destinada a pô-lo sob a mira das medidas executivas (art. 790, inc. V)” (DINAMARCO, 2019, p. 405). Permite-se, assim, o reconhecimento incidental na fase ou processo de execução (YARSHELL, 2015, p. 219).

Pelo didatismo, vale trazer à colação a sintética distinção formulada por Dinamarco (2019, p. 406):

[...] a) a fraude contra credores, que visa a lesar somente o credor, depende da *insolvência* e do *concerto fraudulento* com o adquirente, precisando ser previamente reconhecida em sentença proferida em *ação pauliana*; b) a fraude de execução em relação a obrigações de pagar dinheiro, que além da lesão ao credor é ultrajante à dignidade da Justiça, depende também da *insolvência* mas não da intenção fraudulenta do adquirente, devendo ser reconhecida já no processo ou na fase executiva, sem necessidade de prévia sentença que reconheça; [...]; d) a disposição de bem constrito, que visa a lesar o credor e também constitui atrevida rebeldia a um ato judicial já realizado, independente da insolvência e da intenção do adquirente, não impedindo que a execução prossiga (grifos do original).

É oportuno salientar que, antes do reconhecimento da fraude à execução, com a declaração de ineficácia (CPC/15, art. 792, § 1º), o magistrado deverá intimar o terceiro adquirente para, querendo, opor os embargos de terceiro, concretizando-se a ampla defesa e o contraditório, nos moldes do art. 792, § 4º, do CPC/15, além de optar por priorizar a figura do adquirente quando tenha adotado as cautelas regulares (DINAMARCO, 2019, p. 431), a exemplo do quanto previsto no art. 792, § 2º, do multicitado Código.

Feitas tais digressões, é importante buscar a correlação mesma entre a desconsideração da personalidade jurídica e a fraude à execução, notadamente ante a previsão do art. 792, § 3º, do CPC/15.

Para tanto, é preciso ter em mente que, salvo as exceções previstas em lei, o devedor responde com seus bens presentes e futuros com vistas ao cumprimento de suas obrigações (CPC/15, art. 790), devendo, no ponto, atentar ao fato de que estão sujeitos à execução os bens do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica (CPC/15, art. 790, VII). Com isso, expõem-se os bens do responsável, não integrante de relação originária e não

figurando no título executivo, aos atos constritivos inerentes à execução em face da pessoa jurídica (DINAMARCO, 2019, p. 401).

Nesse trilhar, ressalte-se que as hipóteses de fraude à execução e a desconsideração da personalidade jurídica têm como ponto de confluência a declaração de ineficácia, não se tratando, portanto, de situações de invalidade (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 117).

Em sendo assim, da análise conjunta do art. 137 e do art. 792, § 3º, ambos do CPC/15, percebe-se que a opção legislativa por fixar como marco para a configuração da fraude à execução a citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar, sendo esse o entendimento fixado no Enunciado nº 52 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)²⁷².

Nesse sentido, igualmente, caminha Assis (2020, p. 291-292):

[A] pesar da redação pouco feliz, o art. 137 não é incompatível com o art. 792, § 3º. Haverá fraude contra a execução, resultante dos negócios dispositivos do responsável (art. 790, VII), uma vez acolhido o pedido de desconsideração (art. 137), a partir da citação “da parte que se pretende desconsiderar”, quer dizer, da parte originária do feito.

Vale ressaltar que a posição não é uníssona, havendo aqueles que defendam a citação do sócio que deve ser considerada, justamente para preservar os terceiros de boa-fé (SOUZA; MEDEIROS NETO, 2022, p. 619). Assim exemplificam Souza e Medeiros Neto (2022, p. 619):

[...] o terceiro que comprar um bem do sócio *antes* de instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não poderia sequer saber que o integrante da pessoa jurídica era parte de um processo capaz de reduzi-lo à insolvência, pois o *distribuidor* só deve ser comunicado da incidência do referido incidente após a sua instauração (CPC, art. 134, § 1º) (grifos do original).

Ainda nessa toada, Adamek e França (2021, p. 146-147) sustentam que a literalidade do texto do art. 792, § 3º, do CPC/15 só se amoldaria a desconsideração inversa, não sendo suficiente quando se trata da desconsideração tradicional. É necessária uma leitura em conformidade com a Constituição com vistas a observar as garantias processuais. Considerando que há o rompimento das duas esferas da personalidade, da pessoa natural e da pessoa jurídica, pontuam os autores que ambas são tratadas como se fossem apenas uma e por isso afirmam que a citação, mencionada no sobredito artigo, é pertinente àquele que será alcançado pela desconsideração.

²⁷² Enunciado nº 52 da ENFAM: “A citação a que se refere o art. 792, § 3º, do CPC/15 (fraude à execução) é a do executado originário, e não aquela prevista para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 135 do CPC/2015)”.

É de reconhecer que a temática é tormentosa, sobretudo considerando as relações negociais potencialmente atingidas e o déficit legislativo, pelo menos no tocante ao teor redacional imprimido no enunciado normativo.

Nada obstante, e considerando a redação do art. 793, § 3º, do CPC/15, tem-se que pretendeu o legislador fazer expressa menção ao ocupante da relação originária de direito material.

Embora o caso traga peculiaridades, o STJ reconheceu a suficiência da citação da sociedade, o que faz ressoar a ciência, pelo sócio, acerca da demanda capaz de reduzir à insolvência. Na ocasião, assim ponderou o Min. Luis Felipe Salomão, no REsp 1.763.376²⁷³, em seu voto:

²⁷³ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. DISPONIBILIDADE DE BEM PELO SÓCIO, QUE JÁ TINHA CIÊNCIA DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONDUTA FRUSTRANDO A ATUAÇÃO/DIGNIDADE DA JUSTIÇA, COM CIÊNCIA DA ADQUIRENTE. FUNDAMENTADA CONVICÇÃO MANIFESTADA PELA CORTE LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONCLUSÃO DA ARREMATACÃO. AFETAÇÃO DA EFICÁCIA DO ATO E DOS INTERESSES DO ARREMATANTE, QUE SEQUER INTEGRA O POLO PASSIVO. INEXISTÊNCIA. 1. É incontroverso, e consonante com o apurado pela Corte local, que: a) desde a inicial da ação de cobrança, a autora alertou ao juízo que a empresa requerida não possuía bem registrado em seu nome, requerendo, liminarmente, antecipação dos efeitos da tutela para desconstituir a personalidade jurídica da sociedade empresária demandada e bloquear o imóvel rural de propriedade do sócio; b) a petição inicial se fez acompanhar de declaração emitida por pessoa da região noticiando ter tomado conhecimento por meio de corretores de imóveis que o sócio tentava alienar a Fazenda arrematada; c) a autora ajuizou, em 13/07/2011, a ação de protesto contra alienação de bens, no bojo da qual foi reiterado o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica da devedora; d) em vista do indeferimento, pelo Juízo de primeira instância, do pedido formulado na ação de protesto, houve interposição de agravo de instrumento, tendo sido acolhido o pedido, em 30/08/2011, determinando a averbação no registro do imóvel; e) o Instrumento Particular de Promessa de Venda e Compra e Outras Avenças de bem de valor vultoso não foi lavrado por escritura pública, e não consta qualquer reconhecimento de firma ou autenticação, no aludido instrumento, que comprove que ele foi celebrado antes da citação ou que é preexistente à data da citação da empresa requerida na ação de cobrança. 2. Por um lado, como são os bens presentes e futuros – à exceção daqueles impenhoráveis – que respondem pelo inadimplemento da obrigação, caracteriza fraude à execução a disponibilidade de bens pelo demandado que frustre a atuação/dignidade da Justiça. Por outro lado, o caso tem peculiaridades relevantes, pois: I) a alienação ocorreu quando o sócio – na pessoa de quem a ré foi citada – já tinha tomado conhecimento da ação de cobrança, com causa de pedir e pedido requerendo a desconconsideração da personalidade jurídica e o arresto imediato do bem alienado; II) segundo apurado, o sócio também teve ciência da ação de protesto aludindo a desconconsideração da personalidade jurídica e necessidade de protesto a envolver o bem imóvel alienado para satisfação do crédito perseguido na ação de cobrança; III) estão presentes pressupostos objetivos necessários à caracterização desse tipo de fraude, que é correr contra o devedor demanda e o ato praticado frustrar a atuação da justiça. 3. A Corte local aponta que são “inúmeros os fatos ocorridos isoladamente que, quando analisados em conjunto, demonstram a ocorrência da fraude à execução, conforme posteriormente reconhecido pelo Magistrado a quo já na fase de cumprimento de sentença”, assim como demonstra a fundamentada convicção, à luz dos elementos contidos nos autos e desencadeamento dos fatos, da ciência da adquirente da fraude. Incidência da Súmula 7/STJ, a impedir o conhecimento do recurso especial. 4. Como segundo fundamento autônomo, no recurso especial é reconhecido que já ocorreu a hasta pública do imóvel penhorado. Com o intuito de conferir estabilidade à arrematação, o artigo 694, *caput*, do CPC/1973 estabelece que, assinado o auto pelo juiz, arrematante e serventuário da Justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável. No mesmo diapasão, na vigência do CPC/2015, o art. 903 do CPC estabelece que qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma (anulatória) de que trata o § 4º deste

[N]o caso ora em julgamento, há peculiaridade que reputo deveras relevante, pois a alienação ocorreu quando o único sócio – na pessoa de quem a credora originária foi citada – tomou conhecimento da ação de cobrança, com causa de pedir e pedido requerendo a desconsideração da personalidade jurídica e o arresto imediato do bem alienado.

Ademais, segundo apurado, também teve ciência da ação de protesto aludindo a desconsideração da personalidade jurídica e necessidade de protesto a envolver o bem imóvel alienado para satisfação do crédito perseguido na ação de cobrança.

Assim é que, para configuração da fraude à execução, deve-se tomar como marco a citação da pessoa jurídica nos casos de aplicação da teoria da desconsideração, havendo que se ressaltar a prevalência das relações negociais, tidas pelos terceiros de boa-fé, por isso a identificação da fraude merece apuração caso a caso (BUENO, 2022, p. 84), utilizando-se os elementos balizadores constantes do CPC/15 (v.g., art. 134, § 1º, e art. 792, § 2º).

De sua vez, importa recobrar que a decisão que resolve o incidente, acolhendo-o ou rejeitando-o, é tida como decisão de mérito, resolvendo o pedido, apta, portanto, à produção da coisa julgada material (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 663; ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 144-145). É possível a interposição do recurso de agravo de instrumento, ressaltando-se o caso da demanda inicial, quando decidida na sentença, cabendo a interposição do recurso de apelação (ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 142).

Saliente-se, aqui, que a decisão que venha a acolher o pleito de desconsideração, reconhecendo a ineficácia da separação patrimonial, aplica-se ao caso em testilha, não podendo ser generalizada, de modo automático, em situações outras a envolver a mesma pessoa jurídica e/ou sócios, por ser necessária a comprovação dos elementos da demanda para a aplicação dos efeitos da coisa julgada de outrora (ADAMEK; FRANÇA, 2021, p. 144; BUENO, 2022, p. 82), o que diz com os efeitos reflexos da sentença e o alcance da coisa julgada²⁷⁴.

Destaca-se, a seu turno, que o pleito de desconsideração formulado como demanda inicial (CPC/15, art. 134) será resolvido por sentença, aplicando-se o regime de sucumbência previsto no CPC/15. Quanto ao pleito incidental, contudo, o STJ firmou posicionamento no

artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos. 5. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.763.376/TO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 18.08.2020, DJ 13.11.2020).

²⁷⁴ Em complemento, vale trazer a distinção sustentada por Tomazette (2022, p. 297): “[A] eficácia natural da sentença, a indiscutibilidade do comando estatal para a solução do caso concreto, atinge a todas as pessoas, isto é, ela é *erga omnes*. Ninguém pode mais discutir uma decisão que já tenha transitado em julgado, salvo nas hipóteses legais de ação rescisória. Já a autoridade da coisa julgada somente abarca a relação jurídica entre as partes, não afetando terceiros, que, se prejudicados pela sentença, poderão a ela se opor. Os terceiros que não foram partes da relação processual podem sim sofrer os efeitos da sentença, mas apenas os efeitos reflexos dela, podendo ainda contestar sua eficácia, caso venham a ser prejudicados no caso concreto”.

sentido da impossibilidade da condenação em honorários advocatícios, em face da ausência de previsão legal²⁷⁵.

Firmada a ótica processual, tem-se que a inserção do IDPJ no CPC/15 veio a contribuir para a efetivação do contraditório, possibilitando-se o debate da aplicabilidade da teoria da desconsideração em sua inteireza, além de conformar tal aplicação, evitando-se casuísmos (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 386).

Desse modo, com lastro na regra geral posta pelo CPC/15, busca-se a aplicabilidade do instituto no Direito Falimentar, com as adaptações atinentes à especialidade da legislação, sendo necessário, para tanto, obter uma visão panorâmica acerca do rito da falência.

4.2 O RITO DO PROCESSO FALIMENTAR: BREVES ANOTAÇÕES

Antes de adentrar propriamente ao processo falimentar, entende-se oportuno trazer um delineamento sintético pertinente a sua evolução para bem posicionar o escopo do presente tópico. Para tanto, inicia-se com a noção da empresa.

Segundo Asquini (1943, p. 109), o conceito de empresa diz com a noção de um fenômeno econômico poliédrico, sendo composto por diversos elementos e perfis quando analisado tal fenômeno sob o aspecto jurídico.

²⁷⁵ RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SUCESSÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO AUTÔNOMA. NECESSIDADE AFASTADA. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir (i) se a prestação jurisdicional foi falha, (ii) se a matéria relativa à existência de sucessão está acobertada pela coisa julgada, (iii) a possibilidade de rediscutir matéria já apresentada como defesa em execução; (iv) se era necessária o ajuizamento de ação revocatória na hipótese, (v) se a pretensão está prescrita ou atingida pela decadência, (vi) a ocorrência de julgamento extra petita, (vii) se o acórdão local carece de fundamentação e (viii) o cabimento da condenação em honorários advocatícios. 3. Não há falar em falha na prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível, ainda que em desacordo com a expectativa da parte. 4. A formação da coisa julgada deve levar em conta os limites de cognição do instrumento processual em que analisada a matéria. Os anteriores pronunciamentos quanto à existência de sucessão não analisaram a ocorrência de fraude, diante da necessidade de dilação probatória, motivo pelo qual não se pode falar em sua imutabilidade. 5. A desconsideração da personalidade jurídica para apuração da existência de sucessão irregular prescinde de ação autônoma, podendo ser requerida incidentalmente na falência. 6. A desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os seus requisitos, pode ser requerida a qualquer tempo. 7. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os pedidos formulados pelos recorrentes devem ser analisados a partir de uma interpretação lógico-sistemática, não podendo o magistrado se esquivar da análise ampla e detida da relação jurídica posta em exame. 8. No incidente de desconsideração da personalidade jurídica não cabe a condenação nos ônus sucumbenciais diante da ausência de previsão legal. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido (STJ, REsp 1.943.831/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 14.12.2021, DJ 16.12.2021).

Dessa perspectiva jurídica surgem seus contornos, traçados ante a análise da legislação da Itália, sendo expostos em quatro perfis da empresa, que, em suma, assim foram explicitados: a) perfil subjetivo: partindo do art. 2.082 do CC italiano²⁷⁶, relaciona-se a empresa com a figura do empresário, como se sinônimo fosse, imprimindo um sentido subjetivo, portanto; b) perfil funcional: visualiza-se a empresa enquanto atividade empresarial, a dita “[...] força em movimento [...] dirigida para um determinado escopo produtivo”; c) perfil patrimonial e objetivo: vê-se a empresa como a conjunção do patrimônio específico (“patrimônio especial distinto”) e o estabelecimento, entendido como complexo de bens; e, por fim, d) perfil corporativo: entende-se a empresa como instituição, constituída pelos empresários, empregados e colaboradores (ASQUINI, 1943, p. 114-124).

Da exposição formulada por Asquini, infere-se a conexão da empresa com a área econômica para só então pensar na interlocução com o aspecto jurídico. Não poderia ser diferente, já que, como fenômeno social, é necessário ter uma visão retrospectiva, não se relegando o passado, com vistas à construção do novo, que, no caso, é sua normatização.

Nesse caminhar, o CC/02 trouxe a noção de empresário e sociedade empresária, respectivamente, no art. 966²⁷⁷ e no art. 982²⁷⁸, podendo-se extrair daí que a empresa é “[a] atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado” (TOMAZETTE, 2022, p. 66).

Percebe-se, da leitura do conceito de empresa, a aproximação com o estudo de Asquini, sobrelevando-se seu perfil funcional e reconhecendo-se a importância do aspecto econômico no cenário jurídico.

Rumando para a figura do empresário, tem-se, igualmente, sua correlação com a perspectiva econômica, já que será aquela pessoa, natural (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária), que exercerá profissionalmente a atividade econômica organizada, visando à produção ou circulação de bens ou de serviços, conforme o art. 966 do CC/02.

Verifica-se, nesse passo, que é o empresário quem está a exercer a atividade, o que comumente se confunde quando se está a tratar de pessoas jurídicas, chamadas

²⁷⁶ Art. 2.082. É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens ou serviços.

²⁷⁷ 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.

²⁷⁸ Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.
Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

inadvertidamente de empresas, tampouco se confundido com as posições dos sócios ou administradores.

Esclareça-se que a atividade exercida pelo empresário deve ser exercida com profissionalidade, sujeitando-se aos riscos do empreendimento e buscando o intento lucrativo com o exercício da atividade econômica, por meio da produção ou circulação de bens ou serviços direcionados ao mercado, de forma organizada com vistas ao alcance do desenvolvimento da finalidade comum (SACRAMONE, 2021, p. 60-61; TOMAZETTE, 2022, p. 72-74).

Pondera-se, ainda, o caráter de exclusão imprimido com a redação do art. 966, parágrafo único, do CC/02, ao prever o não enquadramento como empresários daqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que com auxílio de terceiros.

Tal exclusão, longe de apontar uma dificuldade para o exercício do mister, realça a especificidade que norteia as atividades aludidas, considerando como ponto de toque o caráter singular da personalidade, assumindo a organização, como aduz Tomazette (2022, p. 75), um papel secundário.

Interessante notar, contudo, a ressalva feita no art. 966, parágrafo único, do CC/02 ao dispor que, caso o exercício da atividade intelectual, científica, literária ou artística viesse a constituir elemento de empresa, então poderia vir a ser amoldada a atividade empresarial. Isso porque, a partir do momento em que passa a ser mais um elemento fundacional, a individualidade, a personalidade, que marcam o exercício da atividade, restam descaracterizadas, o que fora objeto do Enunciado nº 194²⁷⁹ e do Enunciado nº 195²⁸⁰, ambos da III Jornada de Direito Civil do CJF.

Já em relação às sociedades empresárias, nota-se que, em razão do exercício da atividade econômica organizada, atuarão na condição de empresários, observando-se o respectivo registro, nos moldes do art. 982 do CC/02, com a correlata autonomia perante os sócios e administradores.

O parágrafo único do art. 982 do CC/02 prescreve que, independentemente do objeto, as sociedades anônimas serão empresárias, assim como as cooperativas serão simples, portanto não empresárias.

²⁷⁹ Enunciado nº 194 da CJF: “Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”.

²⁸⁰ Enunciado nº 195 da CJF: “A expressão ‘elemento de empresa’ demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial”.

Oportuno rememorar a necessidade de inscrição no registro próprio de seus atos constitutivos para aquisição da personalidade jurídica, consoante o art. 985 do CC/02, coadunando-se com a adoção da já mencionada teoria da realidade técnica (CC/02, art. 45). Acresça-se que poderão ser adotados os tipos societários, no tocante às sociedades empresárias, na forma do art. 983 do multicitado Código²⁸¹.

Com esse breve apanhado, que tem por mote o enlace com o art. 1º da Lei nº 11.101/2005²⁸², passa-se a um breve exame do contexto histórico do instituto da falência.

De logo, é importante mencionar que não se tem a pretensão de exaurir os aspectos históricos, não só por destoar dos lindes do presente trabalho mas, sobretudo, considerando que a história é moldada pela diversidade inerente ao humano, o que também promove influxo na responsabilização por dívidas.

Na Antiguidade, havia a possibilidade de o credor, no mais das vezes, tomar providências em face do devedor à margem da atuação jurisdicional, aprisionando-o, escravizando-o e até mesmo executando-o, em caso de inadimplemento, o que faz ressoar o caráter eminentemente punitivo (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 34).

Trazendo frações dos fatos desnudados pela história, expõe-se que na Índia desenvolveu-se o *Manusmrti*, que permitia que o devedor viesse a ser tratado como escravo, fazendo-se distinções pelas castas. Já o Código de Hamurabi trouxe previsão atinente à possibilidade de venda do devedor, bem como sua submissão à escravidão para o adimplemento da dívida. Quanto ao Egito, havia um imbricamento com a religião, que possibilitava, inclusive, a tomada do cadáver pelo credor, privando o devedor dos ritos fúnebres, o que fazia os familiares buscarem os meios para pagamento da dívida. Por fim, na Grécia havia a servidão pessoal do devedor, caso caracterizada a impossibilidade de pagamento da dívida, sem descurar dos momentos mais extremos, nos quais se possibilitaram a alienação e a morte do devedor por seus débitos (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 34-36).

No Direito Romano, por sua vez, veem-se os primeiros caracteres do direito concursal (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 41), não obstante a presença das penas corporais em face das dívidas. Nesse primeiro período havia previsão da Lei das XII Tábuas,

²⁸¹ Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se à normas que lhe são próprias.

Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.

²⁸² Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

sendo determinado, após a confissão em juízo ou a condenação ao pagamento, o cumprimento em trinta dias. Com o transcurso do prazo, e o não adimplemento, o devedor seria submetido ao procedimental da *manus iniectio* (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 557), considerada uma das ações, pertinente ao período da *legis actiones*, o que fez despontar o processo de execução em sua fase inicial (BEZERRA FILHO, 2021, p. 61).

Depreende-se, nessa toada, que a dívida trilhava o caminho da execução propriamente pessoal, não guardando vínculo estrito com o patrimônio do devedor, em caso de inadimplemento. Ressalte-se, ainda, que nem mesmo a utilização do *vindex*, com assunção por outrem da defesa e responsabilidade pelo devedor, alterava o cenário quanto ao alcance do fim último (pagamento), já que o terceiro, caso não tivesse acolhida sua defesa, responderia pelo dobro do valor do débito inicial (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 557-558).

Com a permanência da dívida, o procedimento caminhava para a prolação da sentença (*iudicatus*), sem exclusão do próprio reconhecimento (*confessus*), momento no qual era decretado o *nexum*, que fazia o devedor vir a prestar serviços ao credor como se escravo fosse pela adjudicação (*addictus*), por um período de sessenta dias. Esse cenário faz ressoar o caráter pessoal da execução, não obstante a possibilidade, durante tal lapso, da negociação da dívida (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 558; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 47; BEZERRA FILHO, 2021, p. 61-62).

Com o passar do lapso temporal referido, sem a obtenção de um acordo, poderia o devedor ser levado, já na condição de escravo, à feira para ser vendido ou, eventualmente, libertado pelo pagamento da dívida, até mesmo por seus parentes. Passadas três feiras em sequência, e não tendo ocorrido o pagamento ou o resgate, o devedor perderia sua capacidade civil (*capitis diminutio maxima*), sendo considerado propriedade do credor. Este poderia negociá-lo para além dos limites de Roma (*trans Tiberim*), bem como matá-lo e esquartejá-lo em havendo múltiplos credores (*Tertiis mundinis partes secanto*), embora não se tenha notícia da aplicação da pena capital (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 558; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 48-49).

Nota-se, nessa primeira fase, a predominância do caráter pessoal da penalidade, que beirava a crueldade, visto que, para alcançar o pagamento da dívida, permitia-se a decisão, na esfera privada, acerca da própria existência da pessoa natural, o que está em descompasso com o objeto mesmo do que se pretendia – o adimplemento.

Percebendo que se laborava com o extremo, entre 326 a.C. e 428 a.C., com a *Lex Poetelia Papiria*, houve a proscrição do *nexum*, da usura e da servidão, para além da mercancia das pessoas dos devedores e da extirpação de suas vidas, levando ao reconhecimento da

liberdade civil, em Roma, com a superação da execução pessoal pela execução patrimonial. Inaugurou-se, nessa segunda fase, o sistema de responsabilidade patrimonial (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 559; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 51-52).

Com o suplantar da fase de responsabilização pessoal, surgiram, nessa terceira fase, a *Lex Aebutia* e, em sequência, a *Lex Iulia*, trazendo um novo procedimental, denominado sistema de formulário, pondo termo ao *legis actiones*. Nesse período, adveio a *venditio bonorum*, com inspiração no procedimento estatal de cobrança conhecido como *bonorum sectio*, permitindo-se, com a *venditio bonorum*, a formulação de pleito perante o pretor, que não era magistrado, para que se alcançasse a entrega e o apossamento dos bens dos devedores. Nesse contexto, era possibilitada a utilização da *missio in bona*, analisada por um magistrado e decretada com o fim de acautelar os bens desapossados do devedor, sem alteração, contudo, de sua propriedade (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 559; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 54-55).

Com o afastamento do devedor da administração de seus bens, que ficavam sob os cuidados de um curador, evitava-se a dissipação e evoluía-se para a publicação de editais, visando dar conhecimento a outros credores em concorrência. Estabelecia-se o prazo de trinta dias ou de quinze dias, caso, respectivamente, vivo ou morto o devedor, o que possibilitava o pagamento por eventuais interessados (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 559; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 55).

Com a expiração do prazo editalício, caminhava-se para a fase executiva, propriamente a *venditio bonorum*, sendo escolhido pelos credores, dentre eles, o *magister bonorum*, que teria a incumbência da venda dos bens arrolados. A venda era feita ao melhor ofertante, o *bonorum emptor*, o qual, com a oferta do maior valor, adjudicava o patrimônio do devedor (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 559; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 56-57), sem responder pelo eventual remanescente, cuja responsabilidade seria do devedor. Disso se pode extrair a proximidade com o processo falimentar atual, com a prevalência da responsabilidade patrimonial, malgrado a nota de infâmia, inclusive com a possibilidade de o devedor de boa-fé oferecer seu patrimônio total para pagamento, sem que os credores pudessem rejeitá-lo, o que se denominou *cessio bonorum* (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 58-60).

Do perpassar dessas fases, verifica-se uma série de implementações, que as leis romanas oportunizaram aos credores, mesmo sem a distinção entre comerciantes e não comerciantes, como a disposição dos bens do falido e a igualdade da divisão entre os credores, organização do procedimento e meio para combater eventuais desfalques, tais como a *actio pauliana in personam* e o *interdictum fraudatorium* (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 62-63).

Após o período de influência do Direito Romano, diz-se que o Direito Medieval apresenta uma proximidade histórica mais presente no hodierno direito concursal, compreendendo o período da Idade Média entre os séculos V e XV, com o declínio do Império Romano (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 65-67). Explicitam, contudo, os sobreditos autores (2018, p. 69) que: “Foi um período marcado pela intensa fragmentação política, pela baixa densidade demográfica, pela evasão das cidades, pela ruralização e pelo forte declínio da atividade comercial [...]”.

Nessa época, fez-se presente com maior intensidade a influência da religião, por meio do Direito Canônico, na seara da insolvência, que passou a estar agregada à ideia de pecado. Tanto que houve, de certo modo, um recrudescimento do não pagamento das dívidas, diante da punição pela perda da cidadania e da responsabilização dos herdeiros (COSTA; MELO, 2021, p. 21), o que, uma vez mais, indicava a adoção da execução pessoal em caso de inadimplemento.

Todavia, a partir do século IX, houve uma retomada e uma nova visão do comércio, permitindo-se “[o] renascimento comercial, financeiro e jurídico ocorrido, sobretudo, entre os anos 1300 e 1450 na Itália [...]” (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 75-76), considerando a fragmentação política, que propiciava o estabelecimento de um regime de competição (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 79).

Com o impulsionamento das negociações, na Itália, retomaram-se os estudos do Direito Romano, com o procedimento de execução coletiva, notadamente em Veneza, Florença, Milão e Gênova, passando-se a adotar regras para a insolvência, a exemplo da assembleia de credores, verificação e classificação de créditos, além de disciplinar a situação dos comerciantes. Despontava, assim, o direito falimentar moderno (COSTA; MELO, 2021, p. 21; CALÇAS; SILVA, 2021, p. 560; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 86).

Com o surgimento da Idade Moderna em França, viu-se, ainda, a influência dos costumes e do ordenamento italiano, até o surgimento de textos legislativos, a partir do século XVI, destacando-se as Ordenações de Colbert em 1673, com previsão no título XI pertinente às falências e bancarrotas, impondo-se tratamento rigoroso ao falido (COSTA; MELO, 2021, p. 23; CALÇAS; SILVA, 2021, p. 560-561; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 117).

Após a Revolução Francesa de 1789, surgiu, então, o Código Comercial Francês de 1807, pertinente ao período de Napoleão Bonaparte, reconhecendo-se a falência como aplicável apenas ao comerciante, além de distingui-la da bancarrota, na qual era considerada a presença da culpa grave ou fraude e tida como infração penal. Assim, foi adotado um entendimento severo em relação ao falido (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 561; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 118), havendo o abrandamento no final do século XIX, em razão da

classe burguesa, considerando-se as situações de boa-fé dos comerciantes, além da criação do instituto da liquidação judicial com as concordatas simples e por abandono (COSTA; MELO, 2021, p. 23).

É chegado o momento do exame da historicidade do regime falimentar no Brasil, tendo como característica a fragmentariedade e considerando as tentativas de resolução, por meio legislativo, das crises econômicas (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 155).

No período colonial, o país seguia o sistema imposto por Portugal, que limitava a atuação, já que o comércio somente poderia ser feito com a metrópole, não sendo possibilitada a concorrência com esta. Assim, como colônia portuguesa, o Brasil teve como lastro o direito português, tendo em mira de aplicação aos Ordenações do Reino, quais sejam, as Ordenações Afonsinas (1500-1514), as Manuelinas (1514-1603) e as Filipinas (1603-1916), consoante Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2018, p. 157-158).

No tocante às Ordenações Afonsinas, pode-se dizer que traziam a influência do Direito Romano e dos estatutos medievais italianos, cujo tratamento da falência estava inserido na área criminal, decorrendo daí seu rigorismo, prevendo penas graves ao devedor, inclusive com a possibilidade de prisão com a sentença de quebra (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 561; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 159).

Com as Ordenações Manuelinas, a rigidez do tratamento se perpetuou, não havendo inovações mais largas. Seu surgimento se deu em razão da vontade de Dom Manuel de destacar-se com a nova legislação (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 160).

As Ordenações Filipinas, que remontam ao ano de 1603, foram mais constantes, tendo sido promulgadas no reinado de Dom Felipe II. Equiparavam os falidos aos criminosos, havendo, contudo, a previsão da concessão do prazo de cinco anos ao devedor para pagamento, assemelhando-se à concordata. Ressalte-se, ainda, que houve modificação por meio do Alvará de 13 de novembro de 1756, da lavra do Marquês de Pombal, ato no qual se previu a instituição do processo de falência exclusivo aos comerciantes, além da concessão de dez por cento dos bens aos devedores falidos, sendo, porém, possibilitada a pena de morte ou de degredo ao falido fraudador (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 160-164).

Com a Proclamação da Independência do Brasil, houve a previsão da Lei da Boa Razão, de 20 de outubro de 1823, estabelecendo-se a continuidade da aplicação da legislação de Portugal, além do Código Napoleônico, até posterior substituição, a denotar a influência francesa em nosso ordenamento (CALÇAS; SILVA, 2021, p. 561; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 165).

Sobreveio então, em 1850, o Código Comercial brasileiro, com previsão específica quanto às quebras, sendo considerada a primeira fase do direito falimentar do país. Dirigia-se apenas aos comerciantes e previa o direito material, já que o procedimento falimentar estava albergado pelo Decreto nº 738/1850, havendo previsão somente da concordata suspensiva (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 167-169).

Com o Decreto nº 917/1890, com vistas ao controle das fraudes nas falências, tentou-se estabelecer novos contornos, o que marcou a segunda fase da legislação falimentar no mais, com a previsão de meios preventivos. Houve, contudo, uma série de práticas delitivas e fraudulentas nesse período (COSTA; MELO, 2021, p. 24; SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 177-178).

Com vistas a suplantarem tais ilícitos, foi editada a Lei nº 859/1902, que sofreu ainda mais críticas do que o anterior diploma legal, extinguindo a moratória e a cessão de bens: “[...] fracassou em praticamente todos os desideratos que pretendia concretizar” (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 117; COSTA; MELO, 2021, p. 24).

Posteriormente, surgiu a Lei nº 2.024/1908, demarcando-se a terceira fase do direito falimentar do Brasil, observando-se o caráter mercantil da falência, com extensão às sociedades anônimas, além de possibilitar a presunção da insolvência pela impontualidade e pela feitura de determinados atos. Foram mantidos os dois tipos da concordata (suspensiva e preventiva), além da definição dos crimes falimentares (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 117; COSTA; MELO, 2021, p. 24). A lei em apreço foi alterada pelo Decreto nº 5.746/1929, diante da crise financeira mundialmente instalada, tendo sido mantidas a impontualidade caracterizadora do estado de falência e a previsão dos atos falimentares dispostos em lei, para além da formulação de acréscimos, dentre os quais a extinção do número de síndicos e a revisão de verificação de créditos (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 187-189), não obstante as críticas ao projeto, que, se não alterado, poderia dar causa a um magnífico pandemônio (VALVERDE, 1962, p. 18).

Demarcando a quarta fase do direito falimentar pátrio, sobreveio o Decreto-lei nº 7.661/1945, sob a égide do Estado Novo, com aplicabilidade restrita aos comerciantes (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 190). Tal ato normativo tomou como alicerce o anteprojeto elaborado por Trajano de Miranda Valverde, publicado no *Diário Oficial* de 26 de janeiro de 1940, com posteriores alterações pela comissão de juristas destacada pelo Ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho, que substituíra Francisco Campos (VALVERDE, 1962, p. 18-19). Houve, com a novel legislação, um estímulo maior ao papel do magistrado, reduzindo-se a participação dos credores. Foi inclusive suplantada a característica

contratual da concordata, que passou a ser aplicada pelo juiz em observância do preenchimento dos requisitos previstos em lei, o que provocou letargia, regrado-se os crimes falimentares, além de promover a distinção entre sociedade e seu titular (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 191-192; COSTA; MELO, 2021, p. 24).

Não obstante a sistematização, as previsões do Decreto-lei nº 7.661/1945 se mostraram insuficientes em face do descompasso com a realidade econômica, sem descurar da maior intervenção estatal, que provocou morosidade na resolução das situações de crise, a exemplo do que ocorreu com a concordata, que se tornou um ato preparatório para a falência (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 192-193; COSTA; MELO, 2021, p. 25).

Nesse passo, após sessenta anos de vigência (LREF, art. 200²⁸³), houve a substituição do Decreto-lei nº 7.661/1945 pela Lei nº 11.101/2005, que inaugura uma nova fase do sistema falimentar, em compasso com as orientações do Banco Mundial, reconhecendo-se a função social da empresa e buscando-se preservá-la por meio da recuperação (judicial e extrajudicial). Assim, substituiu-se a concordata, dando maiores possibilidades de resolutividade às crises (COSTA; MELO, 2021, p. 25).

Com a Lei nº 11.101/2005, ao contrário dos anteriores diplomas, procurou-se superar a dualidade de outrora, no aspecto pendular entre credor e devedor, objetivando-se o equacionamento dos interesses dos credores e devedores com a tutela do interesse social, tendo este como prevalente, já que a crise da empresa, para além da atividade empresarial, afeta aspectos econômicos e sociais do corpo social. Tem-se, assim, que a atual legislação adota a preservação da empresa como objetivo primacial (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 199; COSTA, 2014; COSTA; MELO, 2021, p. 25-26).

Após quinze anos de vigência, com algumas alterações pontuais, a LREF foi modificada pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, cuja vigência remonta a 23 de janeiro de 2021. Esse diploma promoveu alterações substanciais, diante da crise econômica imprimida pela pandemia da Covid-19, aproximando, mais uma vez, o Brasil das boas práticas internacionais de superação da crise. Para além de mecanismos de financiamento, da possibilidade de reinserção célere e retorno da atividade e de disposições sobre a insolvência transnacional, dentre outros temas, a Lei nº 14.112/2020 introduziu, em especial, o regramento da desconsideração da personalidade jurídica na falência, que será adiante trabalhado.

Diante desse breve apanhado histórico, o que se percebe é a obviedade de que o tempo da vida não caminha em compasso com a realidade legislativa. Conquanto realidades – seja a

²⁸³ Art. 200. Ressalvado o disposto no art. 192 desta Lei, ficam revogados o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, e os arts. 503 a 512 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

dos fatos, seja a do ordenamento –, vê-se que a experiência molda a aplicação das leis, não na velocidade que se requer, mas naquela que é possível em face da natural falibilidade humana. Assim é que, no que toca às falências, permanece atual a digressão de Valverde (1962, p. 17): “[U]ma lei de falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude”.

Passa-se, assim, a uma breve contextualização do rito do processo falimentar, explicitando, antes, o que se entende propriamente por falência.

Nesse ponto, é oportuno trazer a delimitação atinente aos institutos da recuperação judicial e da falência, cujos objetivos e princípios de regência estão postos, respectivamente, no art. 47²⁸⁴ e no art. 75²⁸⁵, ambos da LREF.

Para melhor elucidação, opta-se por trazer a conceituação doutrinária dos sobreditos institutos, iniciando pela recuperação judicial, consoante exposição de Sacramone (2021, p. 239):

[A] recuperação judicial deve ser definida, assim, justamente com base nessa finalidade de propiciar o comportamento colaborativo de todos os credores em prol da superação da crise empresarial. É o instituto jurídico criado para permitir ao devedor rediscutir com os seus credores, num ambiente institucional, a viabilidade econômica da empresa de sua condução pelo empresário para a satisfação das obrigações sociais, conforme plano de recuperação proposto e que, se aprovado pelos credores em Assembleia Geral, implicará novação de suas obrigações.

Rumando para a definição da falência, ressalta-se o quanto esgrimido, ainda sob a égide do Decreto-lei nº 7.661/1945, por Valverde (1962, p. 12-13):

[O] instituto da falência é o complexo de regras jurídicas, técnicas ou construtivas, que definem e regulam uma situação especial, de ordem econômica, a falência. Juridicamente, a falência se caracteriza por atos ou fatos que denotam, comumente, um desequilíbrio no patrimônio do devedor.

²⁸⁴ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

²⁸⁵ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

I – preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

II – permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

III – fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 1º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 2º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Essas regras técnicas ou construtivas são uma criação da lei positiva e têm na norma geral de que o patrimônio do devedor é garantia comum dos credores o seu fundamento.

Elas procuram assegurar a execução da norma geral, fixando os princípios reguladores do novo estado jurídico e preestabelecendo os meios pelos quais se tornará realizável a garantia do direito dos credores.

São regras de fundo e de forma, destinadas a tutelar, não só o interesse privado, mas também o interesse público, ambos em íntima e estreita relação no estado de falência.

Já sob a vigência da Lei nº 11.101/2005, tem-se o conceito, formulado em linhas gerais, adotado por Bezerra Filho (2021, p. 347-348):

[...] a falência destina-se ao empresário ou à sociedade empresária, que a lei chama de “devedor” (art. 1º), em estado de crise econômico-financeira. Ou seja, o devedor está em crise financeira porque não tem dinheiro suficiente para pagar as dívidas que estão vencidas. Em tal situação de crise financeira, terá título seu levado a protesto, protesto que será efetivado ante a ausência de dinheiro para pagamento da dívida já vencida e que está sendo exigida. No entanto, além da crise financeira, está também em situação de crise econômica insolúvel, ou seja, o giro do seu negócio não é suficiente para que possa atender a todas as obrigações que estão vencidas ou estão para vencer, e não está também em condições de reverter tal situação.

Nota-se, da leitura dos conceitos, o norte do sistema legislativo atual, dotado de especificidade, tendo a recuperação judicial mais próxima da preservação da empresa, e a falência, por sua vez, aplicável em casos de inviabilidade do soerguimento da empresa, o que faz ressoar, pela proximidade, a importância da atividade interpretativa do magistrado diante do caso em debate, viabilizando-se o melhor enquadramento.

Não se pode descartar, contudo, a utilização da falência como mecanismo de preservação da empresa, haja vista a interpretação conjunta do inciso II com o § 2º, ambos do art. 75 da Lei nº 11.101/2005, possibilitando a conservação dos benefícios econômicos e sociais da atividade empresarial, por meio de uma liquidação célere, o que permitirá a realocação eficiente dos recursos em face do reconhecimento da inviabilidade.

Com isso, verifica-se ligação com a função do próprio Direito Comercial, que não tem por escopo proteger os agentes econômicos em sua individualidade, mas sim o conjunto de suas relações, a plena atividade do mercado, já que “[o] interesse da empresa é protegido na medida em que implica o bem do tráfico mercantil” (FORGIONI, 2021, p. 14-15).

Como aludido, diante da redação do art. 1º da LREF, a atual legislação falimentar somente se aplica aos empresários, abarcados tanto os empresários individuais quanto as sociedades empresárias (CC/02, art. 44, II²⁸⁶). É aplicável aos devedores não empresários o

²⁸⁶ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
[omissis]
II – as sociedades.

procedimento da insolvência civil (CPC/73, art. 748²⁸⁷), quando o ativo é menor que o passivo (insolvência econômica), consoante a previsão do art. 1.052 do CPC/15²⁸⁸, o que difere da insolvência jurídica reconhecida na falência, ante as prescrições objetivas específicas da Lei nº 11.101/2005. Ainda aqui, há que se observar a exclusão da aplicação da legislação falimentar nos moldes do seu art. 2º²⁸⁹, para além das cooperativas²⁹⁰ ante a previsão da Lei nº 5.764/1971.

Todavia, tem-se em comum a formação do concurso de credores, que, se não houvesse regramento próprio, levaria a uma profusão de demandas individuais para cercar o conjunto de bens para a solver as dívidas, bens estes que, em se tratando da falência, são insuficientes, o que faz ecoar a necessidade da execução coletiva concursal para otimização, em face da dificuldade do *common pool of assets*, na dicção de Jackson (2001, p. 14)²⁹¹.

Com lastro no procedimento de reconhecimento da insolvência, adota-se a expressão “processo falimentar” para abarcar a fase pré-falimentar, a fase falimentar propriamente dita e a pós-falimentar. Secundando a posição de Tomazette (2018, p. 293-294), na fase pré-falimentar é analisada a aplicabilidade ou não dos pressupostos para a decretação da falência, iniciando com o pedido de falência ou recuperação judicial e findando-se com a sentença. Havendo a decretação, passa-se à fase falimentar, que diz com o processo de execução coletiva, com a apuração do passivo e do ativo, bem como a realização deste, o pagamento dos credores e medidas outras necessárias à complementação. Por fim, na fase pós-falimentar, avistam-se os

²⁸⁷ Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor.

²⁸⁸ Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

²⁸⁹ Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

²⁹⁰ A título de esclarecimento, vale mencionar a exclusão do óbice quanto às cooperativas médicas, no tocante à recuperação judicial, conforme o art. 6º, § 13, da LREF.

²⁹¹ Ressalte-se uma passagem do texto de Jackson (2001, p. 14), ao citar o exemplo dos peixes no lago, quando expõe: “[T]hus, the most obvious reason for a collective system of creditor collection is to make sure that creditors, in pursuing their individual remedies, do not actually decrease the aggregate value of the assets that will be used to repay them”.

efeitos atinentes à falência, especialmente a inabilitação do falido, podendo-se, aqui, pleitear a extinção das obrigações, conforme o previsto nos arts. 158²⁹² e 159²⁹³ da LREF.

Como dito, pretende-se trazer um panorama geral, com o intuito de situar o leitor no tópico subsequente, e para tanto será dada maior ênfase às duas primeiras fases (pré-falimentar e falimentar), restringindo-se à autofalência e ao pedido de falência, ainda que não exaustivamente.

Nesse passo, opta-se por abordar o aspecto da competência do Juízo, tendo em mira a especificidade trazida pelo art. 3º da LREF²⁹⁴.

Trazendo o conceito de competência, assim leciona Dinamarco (2020, p. 542): “Competência é o conjunto das atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidos pela Constituição e pela lei [...]”.

O ponto de toque está na definição do que seria o local do principal estabelecimento do devedor. Aqui, como sedimentado pelo STJ, importa dizer que o foro competente para a decretação da falência é aquele local com o maior volume de negócios, o local mais importante sob o ponto de vista econômico²⁹⁵.

²⁹² Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, após realizado todo o ativo, de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários, facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir a referida porcentagem se para isso não tiver sido suficiente a integral liquidação do ativo; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020).

III – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

IV – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

V – o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

VI – o encerramento da falência nos termos dos arts. 114-A ou 156 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

²⁹³ Art. 159. Configurada qualquer das hipóteses do art. 158 desta Lei, o falido poderá requerer ao juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença.

§ 1º A secretaria do juízo fará publicar imediatamente informação sobre a apresentação do requerimento a que se refere este artigo, e, no prazo comum de 5 (cinco) dias, qualquer credor, o administrador judicial e o Ministério Público poderão manifestar-se exclusivamente para apontar inconsistências formais e objetivas. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 3º Findo o prazo, o juiz, em 15 (quinze) dias, proferirá sentença que declare extintas todas as obrigações do falido, inclusive as de natureza trabalhista. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 4º A sentença que declarar extintas as obrigações será comunicada a todas as pessoas e entidades informadas da decretação da falência.

§ 5º Da sentença cabe apelação.

§ 6º Após o trânsito em julgado, os autos serão apensados aos da falência.

²⁹⁴ Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

²⁹⁵ CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO INTERNO. PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 3º DA LEI Nº 11.101/2005. 1. Nos termos do art. 3º da Lei nº 11.101/2005, o foro competente para o processamento da recuperação judicial e a decretação de falência é

Conquanto a regra de competência faça menção ao local, que está normalmente vinculado aos critérios de competência relativa, no caso, trata-se de regra de competência funcional, hipótese, portanto, de competência absoluta, ante o interesse público do procedimento falimentar, que deve ser verificada quando da propositura da demanda, não podendo ser derogada pela vontade das partes, na forma do art. 43 do CPC²⁹⁶.

Nesse sentido, ainda, mencione-se o Enunciado nº 466 da V Jornada de Direito Civil do CJF: “Para fins de Direito Falimentar, o local do principal estabelecimento é aquele de onde partem as decisões empresariais, e não necessariamente a sede indicada no registro público”. Isso porque tal modo de fixação permitirá, na falência, maior eficiência na arrecadação dos bens com vistas ao adimplemento das dívidas (TOMAZETTE, 2018, p. 64).

Havendo, contudo, o encerramento das atividades, haverá maior dificuldade em determinar o local do principal estabelecimento. Pela excepcionalidade da situação, o Juízo competente para o pedido de falência deverá ser o da sede constante no Registro Público de Empresas Mercantis (CAMPINHO, 2022, p. 58).

Enalteça-se, ainda, que o art. 3º da Lei nº 11.101/2005 menciona o local da filial da empresa que tenha sede no Brasil. No caso, a definição da sociedade estrangeira se dá por exclusão, diante do conceito de sociedade nacional prescrito no art. 1.126, *caput*, do CC/02²⁹⁷ (CAMPINHO, 2022, p. 61). Para a atuação no Brasil, o empresário estrangeiro, com sede fora do país, deverá obter autorização, nos moldes do art. 1.134 do CC/02, observando-se os requisitos do art. 1.136, § 2º²⁹⁸, do sobredito código e submetendo-se aos tribunais brasileiros,

aquele onde se situe o principal estabelecimento da sociedade, assim considerado o local onde haja o maior volume de negócios, ou seja, o local mais importante da atividade empresária sob o ponto de vista econômico. Precedentes. [...]. 3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no CC 147.714/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 22.02.2017, DJ 06.03.2017).

²⁹⁶ Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

²⁹⁷ Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.

²⁹⁸ Art. 1.136. A sociedade autorizada não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que se deva estabelecer.

[*omissis*]

§ 2º Arquivados esses documentos, a inscrição será feita por termo em livro especial para as sociedades estrangeiras, com número de ordem contínuo para todas as sociedades inscritas; no termo constarão:

I – nome, objeto, duração e sede da sociedade no estrangeiro;

II – lugar da sucursal, filial ou agência, no País;

III – data e número do decreto de autorização;

IV – capital destinado às operações no País;

V – individuação do seu representante permanente.

na forma do art. 1.137, *caput*²⁹⁹, do CC/02 (TOMAZETTE, 2018, p. 65). Assim é que, para a falência, o Juízo competente será o da filial da sociedade estrangeira situada no país, com autonomia e administração própria. Em sendo o caso de mais de uma filial, fixa-se a competência pelo local da principal filial, que concentra os atos de administração (CAMPINHO, 2022, p. 61-62).

Além disso, vê-se que, observada a localidade do principal estabelecimento, a primeira distribuição faz incidir a regra da prevenção, em interpretação conjunta do art. 3º e do art. 6º, § 8º³⁰⁰, ambos da LREF, o que possibilita maior controle diante da eventual multiplicidade de demandas em desfavor do devedor comum, além da maior eficiência na execução coletiva. Tanto é assim que expõem Costa e Melo (2021, p. 29): “[a] partir desse momento, incidirá a unidade e indivisibilidade, formando-se o juízo universal”.

Nesse contexto, a indivisibilidade, a unidade e a universalidade podem ser extraídas da leitura conjunta do art. 76³⁰¹ e do art. 126³⁰², ambos da LREF.

Com efeito, tendo em linha a universalidade do Juízo da falência, verifica-se a competência deste para as demandas que envolvam os bens e relações negociais da massa falida, para além da suspensão das execuções individuais, viabilizando-se o processo coletivo concursal e a igualdade do tratamento entre os credores da mesma classe (*par conditio creditorum*), em razão dessa aptidão atrativa (COELHO, 2021c, n. p.; SACRAMONE, 2021, p. 404).

No tocante à indivisibilidade, esta indica que haverá um único Juízo competente – no caso, o falimentar – para o processamento e julgamento das demandas nas quais o falido figure no polo passivo, o que vem a promover maior celeridade e a evitar decisões conflitantes (SACRAMONE, 2021, p. 404).

²⁹⁹ Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.

³⁰⁰ Art. 6º [omissis]

§ 8º A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial ou a homologação de recuperação extrajudicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de falência, de recuperação judicial ou de homologação de recuperação extrajudicial relativo ao mesmo devedor.

³⁰¹ Art. 76. O juízo de falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

³⁰² Art. 126. Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 75 desta Lei.

Interessa anotar, nesse ponto, as exceções trazidas ao princípio da universalidade (COELHO, 2021c, n. p.) e, para outros, ao princípio da indivisibilidade (SACRAMONE, 2021, p. 404-406).

O art. 76 da LREF prescreve expressamente a exclusão da competência do Juízo falimentar para as causas trabalhistas, as fiscais e as não reguladas pela Lei nº 11.101/2005 em que o falido figure no polo ativo da demanda.

Pois bem. Quanto às ações trabalhistas, a exclusão se dá em razão da competência constitucional disciplinada no art. 114 da CF/88, o que se coaduna com a previsão do art. 6º, § 2º, da LREF³⁰³. As execuções fiscais, igualmente, tramitarão no Juízo correlato, quer propostas antes ou depois da decretação da falência, nos moldes do art. 187 do CTN³⁰⁴, o que se aplica aos créditos não tributários (SACRAMONE, 2021, p. 406; COELHO, 2021c, n. p.). Por fim, as demandas não reguladas pela LREF em que o falido venha a figurar no polo ativo, como autor ou litisconsorte ativo, salvante exceção específica.

Para além, existem os casos de ações que buscam quantias ilíquidas, as ditas ações de conhecimento contra o devedor, já propostas quando da decretação da falência (LREF, art. 6º, § 1º³⁰⁵): continuarão em tramitação no Juízo respectivo, conforme o art. 99, V³⁰⁶, da LREF (SACRAMONE, 2021, p. 404; COELHO, 2021c, n. p.), o que igualmente se aplica para tais ações mesmo quando propostas após a decretação da falência (SACRAMONE, 2021, p. 405).

Acresçam-se, ainda, as demandas em que figurem a União, suas autarquias e empresas públicas, tendo em mira a competência do Juízo Federal para o processar e julgar o feito, nos moldes do art. 109, I, da CF/88, ressalvadas “[...] as ações com pedido de decretação da falência ou as ações disciplinadas pela própria legislação falimentar [...]” (SACRAMONE, 2021, p. 406).

Quanto à unidade, merece especial atenção a cláusula geral elencada no art. 126 da LREF, porquanto está conduzir o julgador, nos casos de lacuna, em busca da aplicação

³⁰³ Art. 6º [omissis]

§ 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

³⁰⁴ Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

³⁰⁵ Art. 6º [omissis]

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

³⁰⁶ Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

[omissis]

V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei.

otimizada da legislação específica, observando-se sua principiologia (COSTA; MELO, 2021 p. 273). A unidade se refere ao conjunto de ativos, à consideração de que a massa falida é una, com vistas à potencialização do valor dos ativos e à satisfação dos credores (SACRAMONE, 2021, p. 541), o que permitirá a já aventada igualdade de tratamento dos credores.

Assim é que, nos termos postos, devem ser observadas a regras de fixação de competência em epígrafe com vistas a não ocasionar o retardamento no processar do feito, em descompasso com a celeridade que deve nortear o procedimento (LREF, art. 75, § 1º³⁰⁷), sobretudo no caso de competência absoluta, que acarretará, em sendo reconhecida a incompetência, a remessa dos autos com a possibilidade ou não da conservação dos atos praticados (CPC/15, art. 64, §§ 3º e 4º)³⁰⁸.

Com vistas a dirimir as dúvidas existentes, prevenindo-se irregularidades no curso do processo, a Lei nº 11.101/2005, alterada pela Lei nº 14.112/2020, trouxe previsão expressa acerca da aplicação subsidiária do CPC/15 nos procedimentos nela previstos, além de firmar a contagem de prazos em dias corridos, como também dispor sobre o cabimento do agravo de instrumento, sem descuidar da forma da manifestação da vontade nos negócios jurídicos processuais, conforme o seu art. 189³⁰⁹. Assim, contribuiu-se com o aperfeiçoamento das práticas judiciais, em conformidade com a celeridade que se espera e a priorização sobre todos os atos judiciais, na forma do art. 189-A da LREF³¹⁰.

³⁰⁷ Art. 75 [omissis]

§ 1º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

³⁰⁸ Art. 64. [omissis]

[omissis]

§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.

§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

³⁰⁹ Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 1º Para os fins do disposto nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

I – todos os prazos nela previstos ou que dela decorram serão contados em dias corridos; e (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

II – as decisões proferidas nos processos a que se refere esta Lei serão passíveis de agravo de instrumento, exceto nas hipóteses em que esta Lei previr de forma diversa. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 2º Para os fins do disposto no art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a manifestação de vontade do devedor será expressa e a dos credores será obtida por maioria, na forma prevista no art. 42 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

³¹⁰ Art. 189-A. Os processos disciplinados nesta Lei e os respectivos recursos, bem como os processos, os procedimentos e a execução dos atos e das diligências judiciais em que figure como parte empresário individual ou sociedade empresária em regime de recuperação judicial ou extrajudicial ou de falência terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo o habeas corpus e as prioridades estabelecidas em leis especiais.

Em linha com essas considerações, caminha-se para a análise do processo falimentar, em sua primeira fase, a saber, a fase pré-falimentar. E, aqui, é relevante pontuar que a falência não se confunde com a insolvência jurídica, sendo esta um estado de fato, passível de confissão ou presumido. Já a falência, como situação de direito, demanda a decretação pelo magistrado, que identificará a insolvência, a legitimidade passiva própria e a inexistência de fatos impeditivos. Assim, o empresário pode estar insolvente sem ser considerado falido (TOMAZETTE, 2018, p. 334).

Não obstante a natureza de execução concursal, essa primeira fase em muito se assemelha ao processo de conhecimento, tendo em conta o caráter especial da lei, bem assim o procedimento de autofalência e o pedido de falência adiante examinados.

Iniciando-se pelo pedido de falência, quando postulado por terceiros, tem como legitimados ativos: (i) o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro ou o inventariante, em caso de falecimento do empresário individual; (ii) o quotista ou acionista; e, ainda, (iii) qualquer credor. Tudo isso em consonância com o art. 97 da LREF³¹¹, ressalvando-se a abordagem posterior da autofalência (art. 97, I).

Registre-se, quanto ao quotista ou acionista, que deverá ser observada a lei própria ou as disposições do ato constitutivo. A presente hipótese é considerada incomum, porquanto, em havendo interesse e se a maioria dos sócios assim pretender, podem deliberar o pedido pela própria sociedade (autofalência). Ainda, os sócios minoritários, embora possam ter interesse, costumam optar pela dissolução parcial para a conservação de seus interesses (COELHO, 2021c, n. p.). De todo modo, com a formulação do pedido, tal requerimento deverá estar alicerçado em alguma das situações prescritas no art. 94 da LREF³¹² (COSTA; MELO, 2021, p. 239).

³¹¹ Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;

II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;

III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;

IV – qualquer credor.

§ 1º O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades.

§ 2º O credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei.

³¹² Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

Pela dicção do art. 97, IV, da LREF, qualquer credor, empresário ou não, poderá requerer a falência do devedor, o que acontece em regra. Para tanto, igualmente, deverá observar as hipóteses dispostas no art. 94 da Lei nº 11.101/2005. Ainda, em sendo o credor empresário, deverá comprovar sua regularidade³¹³, apresentando certidão do registro respectivo, na forma do art. 97, § 2º, da sobredita lei. Caso não seja domiciliado no Brasil, o credor deverá prestar caução pertinente às custas e ao pagamento de eventual indenização (LREF, art. 101³¹⁴), nos moldes do art. 97, § 3º, da multicitada legislação.

Compreende-se oportuno, nesse ponto, abordar a situação da Fazenda Pública, haja vista ser um credor fiscal que poderia ser enquadrado na previsão do art. 97, IV, da LREF. Como salienta Sacramone (2021, 470), a Lei nº 11.101/2005 não traz qualquer óbice, decorrendo a impossibilidade da existência de leis específicas, a exemplo do art. 187 do CTN e da Lei nº 6.838/1980, para a cobrança do crédito fiscal. Inclusive, nesse particular, há o Enunciado nº 56 da Jornada de Direito Comercial do CJF³¹⁵.

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

§ 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do *caput* deste artigo.

§ 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar.

§ 3º Na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

§ 4º Na hipótese do inciso II do *caput* deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

§ 5º Na hipótese do inciso III do *caput* deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

³¹³ Em complemento, nesse ponto, traz-se a ponderação de Sacramone (2021, p. 470): “[O] requisito legal procura estimular que o empresário credor tenha situação regular e registre seus atos constitutivos na Junta Comercial. O registro irregular no Registro Civil impede, ainda que desenvolva atividade empresarial, nos termos do art. 966 do Código Civil, que o empresário irregular figure como autor de pedido de falência”.

³¹⁴ Art. 101. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.

§ 1º Havendo mais de 1 (um) autor do pedido de falência, serão solidariamente responsáveis aqueles que se conduziram na forma prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º Por ação própria, o terceiro prejudicado também pode reclamar indenização dos responsáveis.

³¹⁵ Enunciado nº 56: “A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário”.

Todavia, com o advento da Lei nº 14.112/2020, o entendimento pode vir a ser alterado, tendo em mira a possibilidade de convalidação da recuperação judicial em falência pelo descumprimento dos parcelamentos ou transações tributários e pela liquidação substancial da empresa, hipóteses previstas, respectivamente, no art. 73, V e VI, da LREF³¹⁶, o que pode desaguar, *v.g.*, na situação abstrata prescrita no art. 94, II, da referida lei.

Acredita-se, diante da alteração legislativa antedita, que exsurge a possibilidade de renovar o debate, sobretudo considerando a importância do recolhimento dos tributos para a coletividade e para o sistema de concorrência do mercado (SACRAMONE, 2021, p. 470-471), malgrado a posição ainda prevalecente seja no sentido da impossibilidade, a qual será adotada ao longo do trabalho.

Nessa linha, vê-se que o legitimado ativo poderá ser empresário ou não. Contudo, o legitimado passivo deverá ser empresário – seja empresário individual, seja sociedade empresária –, como disciplina o art. 1º da LREF, considerando-se, aqui as exceções já tratadas, notadamente o art. 2º da legislação em apreço.

Para além da legitimação específica, de rigor a identificação das hipóteses de insolvência, a insolvência jurídica, que não se confunde com a insolvência econômica, como exposto, estando as hipóteses prescritas nos incisos do art. 94 da LREF, quais sejam: a impontualidade injustificada (inciso I), a execução frustrada (inciso II) e a prática dos atos de falência.

Nesse sentido, expõe Coelho (2021c, n. p.):

[U]m dos pressupostos da instauração deste específico processo judicial de execução é, portanto, a insolvência. Atente-se que não deve ser entendido esse pressuposto em sua acepção econômica, ou seja, como estado patrimonial de insuficiência de bens de um sujeito de direito para a integral solução de suas obrigações. Deve ser a insolvência compreendida num sentido jurídico preciso que a lei falimentar estabelece. Para que o devedor empresário se submeta à execução concursal falimentar, é rigorosamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Não é necessário ao requerente da quebra demonstrar o estado patrimonial de insolvência do requerido para que se instaure a execução concursal falimentar, nem, por outro lado, se livra da execução concursal o empresário que lograr demonstrar eventual superioridade do ativo em relação ao passivo. Note-se que a prova da solvência econômica pelo devedor civil tem o efeito de afastar a instauração de sua execução concursal (CPC-73, art. 756, II; CPC-15, art. 1.052), mas isso não acontece no âmbito do pedido de falência.

³¹⁶ Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: [omissis]

V – por descumprimento dos parcelamentos referidos no art. 68 desta Lei ou da transação prevista no art. 10-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; e (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

VI – quando identificado o esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Passa-se agora a trazer uma visão geral acerca do art. 94 da Lei nº 11.101/2005, considerando-se os lindes do presente trabalho.

Como antecipado, o art. 94, I, da LREF trata da impontualidade injustificada, que se caracteriza pelo não pagamento de obrigação líquida documentada em título ou títulos executivos (judiciais ou extrajudiciais), que estejam protestados e cujo valor ou a soma ultrapasse quarenta salários mínimos, não havendo relevante razão de direito para o inadimplemento. Ainda, os credores poderão reunir-se em litisconsórcio para atingir o montante em epígrafe (LREF, art. 96, § 1º). Tem-se, assim, a necessária observância dos seguintes requisitos: a) a obrigação líquida, que diz com a valor identificável da dívida; b) a documentação por título executivo judicial ou extrajudicial; c) o regular protesto³¹⁷, para fins falimentares ou cambial (COELHO, 2021c, n. p.); e, por fim, d) que o valor do débito ultrapasse quarenta salários mínimos, criando-se um parâmetro para evitar pleitos disfuncionais, como se cobranças fossem³¹⁸.

Além disso, deverá inexistir relevante razão de direito a justificar a impontualidade. Isso porque, em havendo fundamento hábil, o devedor poderá se opor ao pagamento da dívida em discussão. A Lei nº 11.101/2005, em seu art. 96³¹⁹, prescreve um rol exemplificativo, dada a

³¹⁷ Súmula nº 361 do STJ: “A notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu”.

³¹⁸ Sobre o ponto, assim ponderou o Min. Luis Felipe Salomão em voto: “[O]s pedidos de falência por impontualidade de dívidas aquém desse piso são legalmente considerados abusivos, e a própria lei encarrega-se de embaraçar o atalhamento processual, pois elevou tal requisito à condição de procedibilidade da falência (art. 94, inciso I). Porém, superando-se esse valor, a ponderação legal já foi realizada segundo a ótica e prudência do legislador. Não cabe ao Judiciário obstar pedidos de falência que observaram os critérios estabelecidos pela lei, a partir dos quais o legislador separou as situações já de longa data conhecidas, de uso controlado e abusivo da via falimentar” (STJ, REsp 1.433.652/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 18.09.2014, DJ 28.10.2014).

³¹⁹ Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do *caput*, desta Lei, não será decretada se o requerido provar:

I – falsidade de título;

II – prescrição;

III – nulidade de obrigação ou de título;

IV – pagamento da dívida;

V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;

VI – vício em protesto ou em seu instrumento;

VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei;

VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.

§ 1º Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor.

§ 2º As defesas previstas nos incisos I a VI do *caput* deste artigo não obstem a decretação de falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere o limite previsto naquele dispositivo.

possibilidade de outras razões, que pode ser utilizado pelo devedor para resistir à pretensão. Impede-se, com a comprovação, a decretação da falência, ressalvados os casos dos incisos I a VI do *caput*, do art. 94, em que, mesmo com o acolhimento, venham a sobejar obrigações que superem o valor de quarenta salários mínimos (LREF, art. 96, § 2º).

Por seu turno, na forma do art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005, tem-se a denominada execução frustrada, que ocorre quando o executado, em se tratando de dívida líquida, não paga, não deposita e não nomeia bens à penhora dentro do prazo previsto. Vê-se, aqui, a existência do processo de execução ou cumprimento de sentença, não havendo o estabelecimento de valor mínimo para formular o pleito. Em verdade, nesse caso, deverá o pedido de falência ser instruído com a certidão da unidade judicial na qual está a tramitar o feito (LREF, art. 94, § 4º). Por fim, o pleito de falência deverá comprovar a suspensão da execução frustrada, evitando-se o trâmite conjunto, já que o crédito será habilitado posteriormente (COSTA; MELO, 2021, p. 232)³²⁰.

De sua vez, a Lei nº 11.101/2005, em seu art. 94, III e respectivas alíneas, prevê taxativamente os atos de falência, nos quais se presume a insolvência do devedor, salvo a previsão do ato no plano de recuperação judicial. Diz-se que se trata de presunção absoluta (COELHO, 2021c, n. p.), configurando-se objetivamente, sendo desnecessária, portanto, a comprovação da intenção, exceto previsão legal expressa (SACRAMONE, 2021, p. 462). Tais atos “[p]or poderem esvaziar o patrimônio ativo do devedor, representam efetiva ameaça à esfera jurídica dos credores, a qual deve ser objeto da apreciação legal” (FRANCO; STAJN, 2008, p. 94). Por fim, a prática dos atos de falência, para que reste caracterizada, demanda, para além da narrativa fática fundante, a juntada das provas documentais existentes, sem prejuízo da especificação para posterior instrução (LREF, art. 94, § 5º).

Nessa ordem, a petição inicial, para além de observar no que couber o art. 319 do CPC/15 (LREF, art. 189), deverá vir instruída em consonância com a respectiva causa de pedir elencada no art. 94 da Lei nº 11.101/2005. Por oportuno, traz-se a exposição de Coelho (2021c, n. p.):

[V]aria a instrução da petição inicial de acordo com o tipo de insolvência jurídica indicada como causa de pedir. Se fundada na impontualidade injustificada, ela será instruída com os títulos executivos devidamente protestados que tenham por valor pelo menos 40 salários-mínimos. Quando baseada na tríplice omissão, pela certidão expedida pelo cartório em que se processou a execução frustrada. Por fim, caso o pedido se alicerce em ato de falência, todas as provas que o demandante tiver devem ser apresentadas na petição inicial, cabendo, somente nessa hipótese, especificar outras que serão produzidas.

³²⁰ Súmula nº 48 do TJSP: “Para ajuizamento com fundamento no art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005, a execução singular anteriormente aforada deve ser suspensa”.

Verificados os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem assim as condições da ação, o magistrado, não sendo o caso de emenda da inicial, determinará a citação do devedor para apresentar, no prazo de dez dias, contestação (LREF, art. 98³²¹).

Conquanto não explicitada especificamente a forma de citação, tem-se por aplicável o CPC/15 nesse ponto, diante da redação do art. 18, da LREF. Compreende-se, ainda, que poderão ser utilizadas todas as modalidades de citação, não havendo óbice à citação pelo correio, já que, com o CPC/15, passou a ser viabilizada tal possibilidade (SACRAMONE, 2021, p. 472; OLIVEIRA FILHO, 2021, p. 672), podendo o autor, contudo, pleitear outra forma (CPC/15, art. 247, V³²²).

Considerando as peculiaridades do processo falimentar, entende-se que não faltarão justificativas para formular o pleito da citação por meio de oficial de justiça, nos moldes do art. 247, V, concomitante com o art. 249³²³, ambos do CPC/15, devendo a diligência ser realizada apenas na sede do estabelecimento empresarial, que deve estar atualizada no Registro Público de Empresas Mercantis. Possibilita-se, acaso não encontrado, a citação por edital³²⁴ (SACRAMONE, 2021, p. 472; OLIVEIRA FILHO, 2021, p. 672; COELHO, 2021c, n. p.).

Perfectibilizada a citação, o devedor poderá pugnar pela recuperação judicial (LREF, art. 95), realizar o depósito elisivo (LREF, art. 98, parágrafo único), apresentar a contestação simplesmente, permanecer em inação e, até mesmo, reconhecer o pedido (TOMAZETTE, 2018, p. 348-349).

Ainda nesse sentido, pertinente à apresentação da contestação, ilustra Pacheco (2007, p. 237):

[N]esse prazo, poderá o devedor:

I – nos pedidos baseados no art. 94, I: a) apresentar, em defesa, conforme o caso, uma das matérias mencionadas nos incisos I a VI do art. 96; b) apresentar, quando viável, pedido de recuperação judicial (art. 96, inciso VII); c) depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção, juros e honorários advocatícios (art. 98, parágrafo único, 1ª parte);

³²¹ Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do *caput* do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.

³²² Art. 247. A citação será feita por meio eletrônico ou pelo correio para qualquer comarca do País, exceto: *[omissis]*;

V – quando o autor, justificadamente, a requerer de outra forma.

³²³ Art. 245. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.

³²⁴ Súmula nº 51 do TJSP: “Nos pedidos de falência, se o devedor não for encontrado em seu estabelecimento será promovida a citação editalícia independentemente de quaisquer outras diligências”.

II – nos pedidos fundados no art. 94, II, ou seja, concernente à execução frustrada, apresentar, no prazo de dez dias, o depósito do valor total do crédito cobrado, corrigido e acrescido de juros e honorários advocatícios (art. 98, parágrafo único, 2ª parte);

III – nos pedidos alicerçados no art. 94, III: a) apresentar, quando viável e oportuno, o pedido de recuperação, quando os credores com isso concorrem ou, principalmente, quando o fato apontado fizer parte de plano de eventual recuperação.

Com efeito, compreende-se que, ante o princípio da eventualidade, poderá o devedor apresentar a contestação e o pedido de recuperação judicial, em conformidade com o princípio da eventualidade (SACRAMONE, 2021, p. 465), não havendo, portanto, que se falar em contrariedade³²⁵, tampouco no caráter excludente do art. 95 da LREF, que abre mais uma opção ao devedor.

Optando-se por apresentar o pedido de recuperação judicial, este deverá ser feito em ação própria, a qual, pela prevenção, será distribuída ao Juízo falimentar com vistas à apreciação dos requisitos e a documentação para o processamento. Sendo deferido, acarretará a suspensão do processo falimentar (SACRAMONE, 2021, p. 464; COSTA; MELO, 2021, p. 236), tendo tramitação normal os pedidos formulados por credores não abrangidos³²⁶.

Quanto ao depósito elisivo, entende-se que poderá ser realizado nas hipóteses de impontualidade injustificada e execução frustrada, devendo ser efetuado o pagamento do valor total devido com o acréscimo de correção monetária, juros e honorários advocatícios, na forma do art. 98, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005.

Compreende-se que o depósito elisivo poderá ser feito em conjunto com a apresentação da contestação, não havendo incompatibilidade. É, inclusive, prudente que assim se proceda para acautelar-se, estando a decretação da falência afastada, como pondera Coelho (2021c, n. p.). Com a contestação, deverá o magistrado apreciar o pedido de falência para a definição atinente ao levantamento do valor³²⁷.

³²⁵ Em sentido contrário, expõe Bezerra Filho (2021, p.410): “[O] pedido de recuperação judicial não poderá ser cumulado com a contestação de mérito, pois são argumentos excludentes entre si. Caso a contestação seja apresentada dessa forma, deve o juiz desde logo afastar o pedido de recuperação por incompatível com a contestação e determinar o processamento apenas considerando os argumentos de defesa. No entanto, é possível que o devedor queira contestar parte dos títulos que instruem a inicial e quanto ao restante, pretenda pedir recuperação, o que é admissível”.

³²⁶ Em complemento, informa-se com Sacramone (2021, p. 464-465): “[C]omo qualquer outra execução, o procedimento falimentar permanecerá apenas suspenso e poderá ser retomado caso haja a desistência do processo de recuperação judicial pelo devedor, com a anuência da maioria dos credores se após a decisão de processamento. [...]. Concedida a recuperação judicial, haverá a novação das obrigações, o que permitirá a extinção da execução coletiva, da mesma forma que ocorrida com as execuções individuais, ressalvada a hipótese de pedido fundado em prática de ato falimentar. Convolada a recuperação judicial em quebra, o anterior pedido falimentar perderá o interesse jurídico de forma superveniente, o que também resultará na extinção do feito”.

³²⁷ Súmula nº 40 do TJSP: “O depósito elisivo não afasta a obrigação do exame do pedido de falência para definir quem o levanta”.

Poderá, ainda, ser efetuado o depósito, mesmo sem a apresentação da defesa em forma de contestação, em claro reconhecimento do débito, quando, então, ao credor será oportunizado o levantamento do valor, sendo elidido o pedido de falência (TOMAZETTE, 2018, p. 352).

No tocante aos atos falimentares (LREF, art. 94, III), verifica-se que não foram albergados pela possibilidade da realização do depósito elisivo. Tem-se, no caso, o imbricamento com o princípio da boa-fé objetiva e o descompasso com o interesse da coletividade (SACRAMONE, 2021, p. 474; TOMAZETTE, 2018, p. 352), os quais são malferidos pelas ações no mínimo temerárias que caracterizam a prática dos atos de falência, não obstante a existência de posicionamento no sentido de que a realização do depósito ocasionaria a perda no interesse do concurso falimentar (COELHO, 2021c, n. p.).

Apresentada tão somente a contestação, por sua vez, o devedor poderá sustentar toda matéria defensiva – seja de mérito, seja de cunho processual –, observando-se o princípio da concentração e do ônus da impugnação especificada, manifestando-se precisamente sobre as alegações de fato arguidas, nos moldes do art. 341 do CPC/15³²⁸.

Nesses termos, ao magistrado caberá o exame dos fundamentos fáticos e jurídicos alinhavados na petição inicial e na contestação com vistas ao julgamento do feito, seja para extingui-lo sem resolução do mérito, seja para julgá-lo procedente, decretando-se a falência, ou, então, para julgá-lo improcedente, analisando antes, porém, a necessidade da instrução probatória, notadamente no que se refere aos atos falimentares dispostos no art. 94, III, da LREF.

O devedor poderá, ainda, permanecer inerte ou reconhecer o pedido. Em caso de inércia, caracterizado estará o instituto da revelia (CPC/15, art. 344³²⁹), cabendo ao juiz o exame do acervo probatório constante dos autos para a aplicação ou não dos efeitos, não sendo o caso de aplicação automática da decretação da falência (TOMAZETTE, 2018, p. 354). Reconhecendo-se o pedido, a seu turno, ainda assim caberá ao julgador analisar os pressupostos específicos para o acolhimento do pleito, o qual “[...] depende dos pressupostos específicos que não se preenchem exclusivamente pela manifestação das partes” (TOMAZETTE, 2018, p. 354).

³²⁸ Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

I – não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III – estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

³²⁹ Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Com a produção probatória ou reconhecida a suficiência do manancial documental, o juiz julgará a demanda, como aduzido. Em sendo julgado improcedente o pedido, não sendo o caso de decretação da falência, haverá a resolução do mérito por sentença, cabível a interposição do recurso de apelação (LREF, art. 100³³⁰). Deve ser lembrado aqui que o pleito será julgado improcedente em caso de depósito elisivo, possibilitando-se, contudo, o levantamento da quantia pelo autor (TOMAZETTE, 2018, p. 355), embora haja, nessa situação, o posicionamento pela procedência, reconhecendo-se elidida a falência (SACRAMONE, 2021, p. 473).

Releva anotar que, quando da improcedência do pedido de falência, poderá restar caracterizada a atuação dolosa do demandante, nos termos do art. 101 da Lei nº 11.101/2005, o que não diz com apenas aos transtornos ocasionados pela só existência do pleito.

Caberá, então, ao magistrado, quando da prolação da sentença de improcedência, examinar a conduta do demandante. Em sendo patente o dolo, poderá condená-lo ao pagamento de indenização ao devedor, ante a existência de pedido no bojo da contestação (COSTA; MELO, 2021, p. 245), com a posterior apuração dos valores em liquidação de sentença (COELHO, 2021c, n. p.). Há a previsão da solidariedade, caso exista mais de um autor (LREF, art. 101, § 1º).

Não havendo elementos hábeis no processo falimentar, o demandado poderá intentar ação própria, visto que a limitação probatória não poderá delimitar o direito de ação, mas, quando muito, a forma de exercício. Nesse ponto, Coelho (2021c, n. p.) sustenta a possibilidade de propositura de ação própria, não falimentar, quando não manifesta a conduta, como também em caso de culpa ou abuso de direito, sem prevenção do Juízo falimentar (TOMAZETTE, 2018, p. 357). Vale anotar que Bezerra Filho (2021, p. 430) admite tal ação apenas em caso de culpa, salvo para terceiros, para os quais seria possível o dolo ou culpa. Por fim, realça-se que a indenização poderá abarcar tanto os danos materiais (dano emergente e lucro cessante), que deverão ser comprovados quanto os danos morais, aplicáveis às pessoas jurídicas, como referido, com lastro na Súmula nº 227 do STJ.

Com a procedência do pedido, o magistrado decretará a falência do devedor, procedendo-se, dentre outras, com as determinações do art. 99 da Lei nº 11.101/2005. Inicia-se, assim, a fase falimentar propriamente dita, já que, como estado de direito, instaura-se com o ato judicial (TOMAZETTE, 2018, p. 359). Deste caberá a interposição do agravo de instrumento, na forma do art. 100 da LREF.

³³⁰ Art. 100. Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação.

Nesse particular, da natureza do ato judicial, anote-se que a previsão legal denomina decisão, contudo a jurisprudência do STJ sedimentou que se trata de sentença de natureza predominantemente constitutiva, sendo passível inclusive de ação rescisória³³¹.

Para além dos elementos essenciais da sentença trazidos no CPC/15, pela extensão do art. 99 da LREF, opta-se por trazer a síntese exposta por Coelho (2021c, n. p.):

Já pela norma da lei de quebras, a sentença deve ostentar: *a*) síntese do pedido, identificação do devedor, bem como a designação dos representantes legais (os administradores das sociedades limitadas e os diretores das anônimas); *b*) o termo legal de falência; *c*) a determinação ao falido que entregue em cartório a relação dos seus credores; *d*) a explicitação do prazo para as habilitações de crédito; *e*) ordem de suspensão das ações e execuções contra o falido; *f*) a proibição da prática de atos de disposição ou oneração de bens do falido sem prévia autorização judicial; *g*) as diligências a serem adotadas para salvaguarda dos interesses das partes envolvidas, incluindo a prisão preventiva dos representantes legais da sociedade devedora, se presentes elementos que indiquem a prática de crime falimentar; *h*) ordem à Junta Comercial e à Secretaria Especial da Receita Federal para a anotação da falência; *i*) nomeação do administrador judicial; *j*) determinação de expedição de ofícios a órgãos e repartições públicas ou entidades que, de acordo com o perfil do falido, possam fornecer informações sobre os bens e direitos deste; *l*) ordem de lacração do estabelecimento do falido, se houver risco à execução da arrecadação ou preservação do bens da massa ou interesses dos credores; *m*) autorização para a continuação provisória da empresa com o administrador judicial, se considerar cabível; *n*) se for o caso, convocação da Assembleia dos Credores para a constituição do Comitê; *o*) determinação da intimação do Ministério Público e expedição de cartas às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para conhecimento da falência (grifos do original).

Com o início do procedimento de execução concursal, a partir da decretação da falência, entende-se oportuno tangenciar tópicos pontuais do art. 99 da LREF com vistas à sistematização.

Nesse passo, a identificação do falido e dos administradores da pessoa jurídica se faz relevante diante da distinção anteriormente abordada, já que o falido é o empresário, entendido como empresário individual, ou a sociedade empresária, podendo ser abarcados os sócios das sociedades com responsabilidade ilimitada, nos moldes do art. 81 da Lei nº 11.101/2005³³². Não

³³¹ Traz-se à colação o excerto do voto da Min. Nancy Andriighi: “[T]al sentença é classificada pela doutrina majoritária como de caráter predominantemente *constitutivo*, pois sua prolação faz operar a dissolução da sociedade empresária, conduzindo à inauguração de um regime jurídico específico, o falimentar. [...]. [D]e todo modo, [...], a doutrina e a jurisprudência, desde há muito, entendem que à expressão ‘sentença’, veiculada no dispositivo precitado, deveria ser conferida uma abrangência mais ampla, de modo a alcançar também decisões interlocutórias” [grifo no original] (STJ, REsp 1.780.442/MG, rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. 03.12.2019, DJ 04.12.2019).

³³² 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 solvidas até a data da decretação da falência.

se podendo descurar daqueles que atuam concretamente pela sociedade, os administradores, compreendendo aqui os administradores e os diretores das sociedades anônimas, conforme explicitam Sacramone (2021, p. 477) e Tomazette (2018, p. 360). Por fim, a identificação do falido será importante para a fixação dos bens, quando da arrecadação, o que dará ensejo à formação da massa falida (TOMAZETTE, 2018, p. 360).

Quanto ao termo legal da falência, previsto no art. 99, II, da LREF, tem-se que possibilitará a verificação do “[...] período anterior à decretação da quebra, que serve de referência para a auditoria dos atos praticados pelo falido” (COELHO, 2021c, n. p.). Trata-se de um lapso temporal que deve ser analisado com cautela, em face dos possíveis atos de dilapidação patrimonial, demarcando, segundo Tomazette (2018, p. 360), o termo legal o início, que terá como fim a decretação da falência.

Percebe-se, da leitura do art. 99, II, da LREF, que o juiz terá margem de discricionariedade para a delimitação do termo legal, já que o enunciado normativo apenas fixa o limite máximo de noventa dias, o qual deverá ser contado: (a) do pedido de falência; (b) do pedido de recuperação judicial, quando convolada em falência; ou (c) do primeiro protesto por falta de pagamento, excluindo-se os cancelados.

Para além da presunção de fraude das negociações entabuladas durante o período, há igual relevância para a ineficácia objetiva, perante a massa falida, dos atos praticados pelo devedor, independentemente de fraude ou má-fé (COELHO, 2021c, n. p.; SACRAMONE, 2021, p. 477; TOMAZETTE, 2018, p. 362), nos moldes do art. 129 da Lei nº 11.101/2005³³³.

§ 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.

³³³ 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.

Ressalte-se, por oportuno, a determinação da suspensão das ações ou execuções em face do falido, salvante o quanto explicitado linhas atrás no tocante às ações previstas no art. 6º, §§ 1º e 2º, da LREF, sendo, por conseguinte, sobrestado o curso do prazo prescricional, como expõe Tomazette (2018, p. 366).

Será ainda, na sentença, proibida a prática dos atos de disposição ou de oneração dos bens do falido, nos moldes do art. 99, VI, da LREF, já que perderá o direito de administração e de disposição de seus bens, conforme o art. 103 da sobredita lei³³⁴, o que conduz à necessidade de nomeação do administrador judicial, na forma do art. 99, IX, da Lei nº 11.101/2005, observando-se o art. 21 da multicitada legislação³³⁵.

Outra importante previsão diz com a continuação provisória das atividades pelo administrador judicial ou a lacração do estabelecimento (LREF, art. 99, XI), hipóteses não excludentes. A continuação provisória deve ser vista como excepcionalidade, de modo a potencializar recursos para o ativo, devendo, portanto, ser breve (COELHO, 2021c, n. p.). Resta, ainda, a lacração dos estabelecimentos, quando haja risco para o desenvolvimento da arrecadação ou a preservação dos bens da massa falida ou dos interesses dos credores (LREF, art. 109³³⁶).

O § 3º do art. 99 da LREF traz relevante inovação, pertinente à apresentação do plano de realização do ativo, a ser apresentado pelo administrador judicial no prazo de até sessenta dias, contados da nomeação, explicitando como se procederá à realização do ativo, observado o prazo máximo de cento e oitenta dias. Otimiza-se, assim, o valor dos bens do falido.

Por fim, trazendo maior publicidade ao procedimento falimentar, o § 1º do art. 99 da Lei nº 11.101/2005 prescreveu a publicação da íntegra do ato judicial em edital eletrônico, fazendo-se constar a relação de credores apresentada pelo falido, sem prejuízo da intimação eletrônica do Ministério Público e das Fazendas Públicas (federal, estadual e municipal), nos termos do § 2º do sobredito dispositivo legal.

³³⁴ Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

³³⁵ Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

³³⁶ Art. 109. O estabelecimento será lacrado sempre que houver risco para a execução da etapa de arrecadação ou para a preservação dos bens da massa falida ou dos interesses dos credores.

Como se pôde verificar ao longo do texto, a decretação da falência produz alguns efeitos quanto ao falido, a seus bens, aos contratos e ações, para além de influenciar na esfera dos direitos do credor. Assim, passa-se a trazer aspectos pontuais tidos como relevantes para o presente trabalho.

Vale rememorar que o falido é o devedor empresário, seja ele o empresário individual (pessoa natural) ou a sociedade empresária (pessoa jurídica), abarcando, ainda, as então existentes Empresas de Responsabilidade Ilimitada (EIRELI) e os sócios de sociedade de responsabilidade ilimitada com esteio no art. 81 da LREF (SACRAMONE, 2021, p. 486; TOMAZETTE, 2018; p. 374).

Dito isso, esclareça-se que o falido não se confunde com o que se entende por massa falida, sendo esta considerada o complexo patrimonial arrecadado (massa falida objetiva) com vistas ao atendimento dos interesses dos credores (massa falida subjetiva). Segundo Valverde (1962, p. 259): “[A] massa falida não é outra coisa, repetimos, senão o patrimônio do falido submetido a um novo regime legal”³³⁷.

Nesse passo, uma vez decretada a falência, o falido estará inabilitado para exercer a atividade empresarial até eventual sentença que venha extinguir suas obrigações, observado o influxo do cometimento de crime falimentar, na forma do art. 102 da LREF³³⁸, e tornado o falido um “morto-vivo”, na dicção de Bezerra Filho (2021, p. 432). É, todavia, relevante para evitar o agravamento da crise, prejudicando ainda mais os credores (SACRAMONE, 2021, p. 487).

Como mencionado, o falido perderá o direito de administração e disposição de seus bens com a decretação da falência, podendo, contudo, fiscalizar a administração da falência e a conservação dos bens, sendo consectário do direito de propriedade (SACRAMONE, 2021, p. 488), conquanto estejam sob a responsabilidade do administrador judicial, na forma do art. 103 da Lei nº 11.101/2005.

³³⁷ Entende-se pertinente, em perspectiva complementar, trazer a elucidação acerca da massa falida exposta por Valverde (1962, p. 259): “[E]nquanto, como administrador, mantinha o falido, dentro da lei, o equilíbrio das relações jurídicas patrimoniais, não era lícito a nenhum credor, sob qualquer pretexto, intervir em seus negócios, para averiguar o estado dos mesmos, a situação real do patrimônio. Positivada, porém, a falência desse patrimônio, por sinais exteriores, ato, ou fatos previstos na lei, a consequência lógica e jurídica da declaração da falência havia de ser para o falido a perda do direito de administrar o seu patrimônio, porquanto neste não figuram somente os seus bens, mas igualmente bens, valores, interesses de terceiros, uma parte mesmo, diremos, do patrimônio dos credores, que o falido não soube, ou não conseguiu acautelar. Esse patrimônio, restrito aos direitos e obrigações compreendidos na falência, constitui a massa falida, pelo que, é evidente, nesta se não de encontrar todos os elementos daquele, elementos que autorizam e justificam as medidas legais tendentes a assegurar a equitativa liquidação do patrimônio do devedor”.

³³⁸ 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.

Vale, aqui, ressaltar que o falido não se torna incapaz, não tendo capacidade apenas para atos de conteúdo patrimonial (COELHO, 2021c, n. p.), embora possa pugnar pela intervenção com vistas à conservação e fiscalização de seus bens ou direitos (LREF, art. 103, parágrafo único), já que, com a decretação da falência, a massa falida o substituirá, passando a ser representada pelo administrador judicial (SACRAMONE, 2021, p. 489).

Além disso, uma série de deveres é imposta ao falido, que, se não observada após intimação para tanto, poderá acarretar a configuração do crime de desobediência, diante da anterior assinatura do termo de comparecimento, consoante o art. 104 da Lei nº 11.101/2005³³⁹.

Pondere-se que a decretação da falência figura como “[o] marco inicial da extinção da sociedade” (TOMAZETTE, 2018, p. 398), dando ensejo ao processo de dissolução, que acarretará a liquidação da sociedade falida por meio do procedimento disposto na Lei nº 11.101/2005 (TOMAZETTE, 2018, p. 398).

³³⁹ Art. 104. A decretação da falência impõe aos representantes legais do falido os seguintes deveres: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

I – assinar nos autos, desde que intimado da decisão, termo de comparecimento, com a indicação do nome, da nacionalidade, do estado civil e do endereço completo do domicílio, e declarar, para constar do referido termo, diretamente ao administrador judicial, em dia, local e hora por ele designados, por prazo não superior a 15 (quinze) dias após a decretação da falência, o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

- a) as causas determinantes da sua falência, quando requerida pelos credores;
- b) tratando-se de sociedade, os nomes e endereços de todos os sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores, apresentando o contrato ou estatuto social e a prova do respectivo registro, bem como suas alterações;
- c) o nome do contador encarregado da escrituração dos livros obrigatórios;
- d) os mandatos que porventura tenha outorgado, indicando seu objeto, nome e endereço do mandatário;
- e) seus bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento;
- f) se faz parte de outras sociedades, exibindo respectivo contrato;
- g) suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu;

II – entregar ao administrador judicial os seus livros obrigatórios e os demais instrumentos de escrituração pertinentes, que os encerrará por termo; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

III – não se ausentar do lugar onde se processa a falência sem motivo justo e comunicação expressa ao juiz, e sem deixar procurador bastante, sob as penas cominadas na lei;

IV – comparecer a todos os atos da falência, podendo ser representado por procurador, quando não for indispensável sua presença;

V – entregar ao administrador judicial, para arrecadação, todos os bens, papéis, documentos e senhas de acesso a sistemas contábeis, financeiros e bancários, bem como indicar aqueles que porventura estejam em poder de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

VI – prestar as informações reclamadas pelo juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público sobre circunstâncias e fatos que interessem à falência;

VII – auxiliar o administrador judicial com zelo e presteza;

VIII – examinar as habilitações de crédito apresentadas;

IX – assistir ao levantamento, à verificação do balanço e ao exame dos livros;

X – manifestar-se sempre que for determinado pelo juiz;

XI – apresentar ao administrador judicial a relação de seus credores, em arquivo eletrônico, no dia em que prestar as declarações referidas no inciso I do *caput* deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

XII – examinar e dar parecer sobre as contas do administrador judicial.

Parágrafo único. Faltando ao cumprimento de quaisquer dos deveres que esta Lei lhe impõe, após intimado pelo juiz a fazê-lo, responderá o falido por crime de desobediência.

Ademais, consigne-se que a decretação da falência promove o vencimento antecipado das obrigações do falido, com influxo na esfera dos direitos dos credores, conforme o art. 77 da LREF³⁴⁰, já que terão “[...] seu direito atendido, ou não, após a consolidação do quadro geral de credores, observada a ordem de classificação de créditos” (COELHO, 2021c, n. p.).

Assim, como efeito automático da decretação da falência, a antecipação do vencimento promove o atingimento da universalidade de créditos, coadunando-se com a previsão do art. 1.425, II, do CC/02³⁴¹ (CAMIÑA, 2021, p. 575-576).

Importa mencionar, quanto aos contratos do falido, que a regra está posta na Lei nº 11.101/2005, em seus arts. 117³⁴² e 118³⁴³, que disciplinam, respectivamente, os contratos bilaterais e os contratos unilaterais.

Quanto aos contratos bilaterais, tais avenças não se resolvem pelo advento da falência, devendo o administrador judicial analisar a conveniência da continuidade do cumprimento com vistas ao melhor aproveitamento para a massa falida, por meio de autorização do Comitê de Credores, acaso exista (BEZERRA FILHO, 2021, p. 452). Ao contratante resta ressalvada a possibilidade de interpelação do administrador judicial, no prazo de até noventa dias, contado da subscrição do termo de nomeação, para que informe, em dez dias, o interesse ou não no cumprimento. O silêncio do administrador, além da declaração negativa, confere ao contratante direito à indenização, a ser apurado em processo próprio (LREF, art. 117, §§ 1º e 2º). Por fim, mencione-se que, caso já cumpridas algumas obrigações, restará ao contratante habilitar-se e participar do concurso de credores (COELHO, 2021c, n. p.).

No tocante aos contratos unilaterais, igualmente, será dada ao administrador judicial, com autorização do Comitê de Credores, a possibilidade dar seguimento ao cumprimento, caso seja proveitoso para a massa falida.

³⁴⁰ Art. 77. A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei.

³⁴¹ Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:
[omissis]

II – se o devedor cair em insolvência ou falir.

³⁴² Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

§ 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato.

§ 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

³⁴³ Art. 118. O administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada.

Ainda quanto aos contratos, o art. 119 da LREF³⁴⁴ traz hipóteses específicas que seguem a prescrição especial do presente enunciado normativo, observando-se as peculiaridades das relações contratuais estabelecidas, a exemplo da compra e venda mercantil, da locação, dentre outras que desbordam dos lindes da presente exposição.

Com a perda da administração dos bens após a decretação da falência, o administrador, com a assinatura do termo de compromisso, procederá à arrecadação dos bens e da documentação, fazendo a avaliação respectiva, separadamente ou em bloco, nos locais em que estejam situados, excetuando-se os bens absolutamente impenhoráveis, conforme o art. 108 da Lei nº 11.101/2005³⁴⁵.

³⁴⁴ Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

I – o vendedor não pode obstar a entrega das coisas expedidas ao devedor e ainda em trânsito, se o comprador, antes do requerimento da falência, as tiver revendido, sem fraude, à vista das faturas e conhecimentos de transporte, entregues ou remetidos pelo vendedor;

II – se o devedor vendeu coisas compostas e o administrador judicial resolver não continuar a execução do contrato, poderá o comprador pôr à disposição da massa falida as coisas já recebidas, pedindo perdas e danos;

III – não tendo o devedor entregue coisa móvel ou prestado serviço que vendera ou contratara a prestações, e resolvendo o administrador judicial não executar o contrato, o crédito relativo ao valor pago será habilitado na classe própria;

IV – o administrador judicial, ouvido o Comitê, restituirá a coisa móvel comprada pelo devedor com reserva de domínio do vendedor se resolver não continuar a execução do contrato, exigindo a devolução, nos termos do contrato, dos valores pagos;

V – tratando-se de coisas vendidas a termo, que tenham cotação em bolsa ou mercado, e não se executando o contrato pela efetiva entrega daquelas e pagamento do preço, prestar-se-á a diferença entre a cotação do dia do contrato e a da época da liquidação em bolsa ou mercado;

VI – na promessa de compra e venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva;

VII – a falência do locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato;

VIII – caso haja acordo para compensação e liquidação de obrigações no âmbito do sistema financeiro nacional, nos termos da legislação vigente, a parte não falida poderá considerar o contrato vencido antecipadamente, hipótese em que será liquidado na forma estabelecida em regulamento, admitindo-se a compensação de eventual crédito que venha a ser apurado em favor do falido com créditos detidos pelo contratante;

IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

³⁴⁵ Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias.

§ 1º Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade daquele, podendo o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens.

§ 2º O falido poderá acompanhar a arrecadação e a avaliação.

§ 3º O produto dos bens penhorados ou por outra forma apreendidos entrará para a massa, cumprindo ao juiz deprecar, a requerimento do administrador judicial, às autoridades competentes, determinando sua entrega.

§ 4º Não serão arrecadados os bens absolutamente impenhoráveis.

§ 5º Ainda que haja avaliação em bloco, o bem objeto de garantia real será também avaliado separadamente, para os fins do § 1º do art. 83 desta Lei.

Anote-se que ao falido será possibilitado o acompanhamento aos atos de arrecadação e avaliação, podendo inclusive figurar como depositário dos bens arrecadados, que estão sob a guarda do administrador judicial (LREF, art. 108, §§ 1º e 2º).

Tais bens arrecadados formam a massa falida objetiva, como aludido, e estarão descritos no auto de arrecadação, constituído do inventário e do laudo de avaliação correlato, subscrito pelo administrador judicial, pelo falido e por quem vier a presenciar o ato (LREF, art. 110, *caput*³⁴⁶).

Reafirme-se que os bens em arrecadação são aqueles pertinentes ao devedor empresário e, no caso das sociedades empresárias, não se confundem com os bens de seus integrantes, salvo daqueles que tenham responsabilidade solidária ou ilimitada, devendo a arrecadação abarcar todos os bens da sociedade falida, tanto os que não se encontrem sob sua posse quanto os que se encontrem e não sejam de sua propriedade (COELHO, 2021c, n. p.). Pode ser utilizado quanto a estes o pedido de restituição ou, a depender do caso, os embargos de terceiro (COSTA; MELO, 2021, p. 254).

Havendo necessidade de melhor conservação e guarda, o juiz poderá autorizar a remoção dos bens arrecadados, quando permanecerão sob a responsabilidade do administrador judicial, mediante compromisso (LREF, art. 112), valendo ressaltar a necessidade de venda antecipada dos bens perecíveis, que poderão sofrer grande desvalorização ou cuja conservação seja dispendiosa ou arriscada. Sendo esse o caso, tais bens poderão ser postos à venda, após ouvidos o Comitê de Credores e o falido, mediante autorização judicial (LREF, art. 113³⁴⁷), que poderá moldar o procedimento (COELHO, 2021c, n. p.).

Possível, ainda, é a venda sumária dos bens arrecadados, que se dará em razão dos custos e no interesse da massa falida, com a autorização do magistrado, após oitiva do Comitê de Credores, para que os credores, individual ou coletivamente, venham a adquirir ou a adjudicar os aludidos bens, pelo valor da avaliação, observando-se a regra de classificação e preferência entre os credores (LREF, art. 111³⁴⁸).

³⁴⁶ Art. 110. O auto de arrecadação, composto pelo inventário e pelo respectivo laudo de avaliação de bens, será assinado pelo administrador judicial, pelo falido ou seus representantes e por outras pessoas que auxiliarem ou presenciarem o ato.

³⁴⁷ Art. 113. Os bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos à considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa, poderão ser vendidos antecipadamente, após a arrecadação e a avaliação, mediante autorização judicial, ouvidos o Comitê e o falido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

³⁴⁸ Art. 111. O juiz poderá autorizar os credores, de forma individual ou coletiva, em razão dos custos e no interesse da massa falida, a adquirir ou adjudicar, de imediato, os bens arrecadados, pelo valor da avaliação, atendida a regra de classificação e preferência entre eles, ouvido o Comitê.

Acresça-se que ao administrador judicial, autorizado pelo Comitê de Credores, é possibilitado alugar ou celebrar contrato diverso, pertinente aos bens da massa falida, com vistas à produção de renda (LREF, art. 114, *caput*³⁴⁹), sendo “[u]ma forma de continuação do negócio [...]” (BEZERRA FILHO, 2021, p. 449).

Há, também, a possibilidade de insuficiência de bens arrecadados ou mesmo a insuficiência destes para arcar com as despesas processuais, tendo a Lei nº 14.112/2020 estabelecido a necessidade de informação imediata ao juiz, que, após ouvido o *Parquet*, possibilitará, por meio de edital, a manifestação dos interessados, no prazo de dez dias. Não havendo requerimento, e promovida a venda dos bens arrecadados, com a apresentação do relatório, será a falência, por decisão, encerrada, já que é pouco crível a assunção dos custos da continuidade por algum credor (LREF, art. 114-A³⁵⁰).

Feita a arrecadação, os bens de terceiros que estão sob a posse do falido poderão ser atingidos, já que serão abrangidos quando da decretação da falência, sendo cabível o pedido de restituição. Pode, ainda, ser postulada a restituição de coisa vendida a crédito ao falido e entregue a ele nos quinze dias anteriores ao pedido de falência, caso não alienada, nos termos do art. 85 da Lei nº 11.101/2005³⁵¹. Tem, assim, por finalidade “[...] evitar o enriquecimento da massa falida em detrimento do real proprietário [...]” (FRANCO; SZTAJN, p. 158, 2008).

No que importa, guardadas as delimitações do tema, o pedido de restituição deverá ser fundamentado e descrever a coisa pretendida, tramitando em autos apartados com a instrução documental respectiva, o que possibilitará a manifestação do falido, do Comitê, dos credores e do administrador judicial, na forma do art. 87 da LREF³⁵². Esclareça-se ainda que será possível

³⁴⁹ Art. 114. O administrador judicial poderá alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida, com o objetivo de produzir renda para a massa falida, mediante autorização do Comitê.

³⁵⁰ Art. 114-A. Se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, o administrador judicial informará imediatamente esse fato ao juiz, que, ouvido o representante do Ministério Público, fixará, por meio de edital, o prazo de 10 (dez) dias para os interessados se manifestarem. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 1º Um ou mais credores poderão requerer o prosseguimento da falência, desde que paguem a quantia necessária às despesas e aos honorários do administrador judicial, que serão considerados despesas essenciais nos termos estabelecidos no inciso I-A do *caput* do art. 84 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 2º Decorrido o prazo previsto no *caput* sem manifestação dos interessados, o administrador judicial promoverá a venda dos bens arrecadados no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para bens móveis, e de 60 (sessenta) dias, para bens imóveis, e apresentará o seu relatório, nos termos e para os efeitos dispostos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 3º Proferida a decisão, a falência será encerrada pelo juiz nos autos. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

³⁵¹ Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

³⁵² Art. 87. O pedido de restituição deverá ser fundamentado e descreverá a coisa reclamada.

a oposição dos embargos de terceiros, observando-se o CPC/15, caso a situação não se amolde aos lindes do pedido de restituição, resguardando, assim, os direitos dos credores (LREF, art. 93³⁵³). Por fim, consigne-se que, quando da arrecadação, além da aventada situação dos sócios de sociedade de responsabilidade ilimitada (LREF, art. 81), há situações de ineficácia de atos anteriores à decretação da falência, os quais demandam análise para preservação dos direitos dos credores, e que serão abordados no tópico subsequente.

Ao final, quanto aos efeitos da decretação da falência, mencione-se que, com a prolação da sentença, fixa-se o Juízo universal e indivisível, nos moldes do art. 76 da LREF, já tendo sido estabelecidas as nuances atinentes ao ponto em momento anterior.

Após finalizada a arrecadação dos bens, definindo-se o ativo do falido descrito no respectivo auto, passa-se à realização do ativo (LREF, art. 139³⁵⁴), por meio da alienação, que deverá observar a ordem preferencial prevista no art. 140 da LREF³⁵⁵. Pode ser adotada mais de uma forma de alienação, o que poderá ocorrer mesmo antes da formação do quadro geral de credores, sendo priorizada a venda em bloco com vistas à preservação dos bens intangíveis (*goodwill*), consoante Costa e Melo (2021, p. 283).

§ 1º O juiz mandará autuar em separado o requerimento com os documentos que o instruírem e determinará a intimação do falido, do Comitê, dos credores e do administrador judicial para que, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, se manifestem, valendo como contestação a manifestação contrária à restituição.

§ 2º Contestado o pedido e deferidas as provas porventura requeridas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, se necessária.

§ 3º Não havendo provas a realizar, os autos serão conclusos para sentença.

³⁵³ Art. 93. Nos casos em que não couber pedido de restituição, fica resguardado o direito dos credores de propor os embargos de terceiros, observada a legislação processual civil.

³⁵⁴ Art. 139. Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo.

³⁵⁵ Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV – alienação dos bens individualmente considerados.

§ 1º Se convier à realização do ativo, ou em razão de oportunidade, podem ser adotadas mais de uma forma de alienação.

§ 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro-geral de credores.

§ 3º A alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos.

§ 4º Nas transmissões de bens alienados na forma deste artigo que dependam de registro público, a este servirá como título aquisitivo suficiente o mandado judicial respectivo.

Haverá intimação do Ministério Público e das Fazendas Públicas, independentemente da modalidade (LREF, art. 142, § 7º³⁵⁶), possibilitando-se, ainda, a apresentação de impugnações no prazo de quarenta e oito horas (LREF, art. 143³⁵⁷).

Com vistas à otimização dos ativos, foi inserido o § 2º-A³⁵⁸, pela Lei nº 14.112/2020, no art. 142 da LREF, permitindo-se que a alienação venha a ocorrer independente da conjuntura do mercado e da consolidação do quadro geral de credores. É possível obter auxílio de profissionais especializados, o que impulsiona a venda no prazo máximo de cento e oitenta dias, contados da lavratura do auto de arrecadação, não sendo aplicável o conceito de preço vil, o que obsta arguições nesse particular.

Ainda na trilha da reforma legislativa, o art. 144-A da LREF³⁵⁹ permite a doação de bens nos casos em que as vendas restem frustradas e não haja interesse na assunção por parte dos credores, facultando a destinação ao falido se não houver interessados na doação.

³⁵⁶ Art. 142. [omissis]

§ 7º Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público e as Fazendas Públicas serão intimadas por meio eletrônico, nos termos da legislação vigente e respeitadas as respectivas prerrogativas funcionais, sob pena de nulidade (Incluído pela Lei nº 14.112/2020).

³⁵⁷ Art. 143. Em qualquer das modalidades de alienação referidas no art. 142 desta Lei, poderão ser apresentadas impugnações por quaisquer credores, pelo devedor ou pelo Ministério Público, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da arrematação, hipótese em que os autos serão conclusos ao juiz, que, no prazo de 5 (cinco) dias, decidirá sobre as impugnações e, julgando-as improcedentes, ordenará a entrega dos bens ao arrematante, respeitadas as condições estabelecidas no edital.

§ 1º Impugnações baseadas no valor de venda do bem somente serão recebidas se acompanhadas de oferta firme do impugnante ou de terceiro para a aquisição do bem, respeitadas os termos do edital, por valor presente superior ao valor de venda, e de depósito caucionário equivalente a 10% (dez por cento) do valor oferecido. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 2º A oferta de que trata o § 1º deste artigo vincula o impugnante e o terceiro ofertante como se arrematantes fossem. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 3º Se houver mais de uma impugnação baseada no valor de venda do bem, somente terá seguimento aquela que tiver o maior valor presente entre elas. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 4º A suscitação infundada de vício na alienação pelo impugnante será considerada ato atentatório à dignidade da justiça e sujeitará o suscitante à reparação dos prejuízos causados e às penas previstas na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para comportamentos análogos. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

³⁵⁸ Art. 142. [omissis]

§ 2º-A. A alienação de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

I – dar-se-á independentemente de a conjuntura do mercado no momento da venda ser favorável ou desfavorável, dado o caráter forçado da venda; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

II – independerá da consolidação do quadro-geral de credores; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

III – poderá contar com serviços de terceiros como consultores, corretores e leiloeiros; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

IV – deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da lavratura do auto de arrecadação, no caso de falência; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

V – não estará sujeita à aplicação do conceito de preço vil. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

³⁵⁹ Art. 144-A. Frustrada a tentativa de venda dos bens da massa falida e não havendo proposta concreta dos credores para assumi-los, os bens poderão ser considerados sem valor de mercado e destinados à doação. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Parágrafo único. Se não houver interessados na doação referida no *caput* deste artigo, os bens serão devolvidos ao falido. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Vale mencionar, por fim, o desembaraço do objeto da alienação, não havendo que se falar em sucessão do arrematante no tocante às obrigações do devedor, designadamente as de natureza tributária, oriundas da legislação de trabalho e decorrentes de acidentes de trabalho, nos moldes do art. 141, II, com a exclusão prescrita pelo § 1º do mesmo artigo, da Lei nº 11.101/2005³⁶⁰, o que contribui para a maximização do valor e a adequada distribuição entre os credores³⁶¹.

Com a realização do ativo, já verificados os pedidos de restituição e consolidado o quadro geral de credores, passa-se ao pagamento dos credores, atendendo-se aos critérios da verificação e habilitação de créditos, em compasso com a classificação do art. 83 da Lei nº 11.101/2005³⁶².

³⁶⁰ Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata o art. 142: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

[*omissis*]

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

§ 1º O disposto no inciso II do *caput* deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

³⁶¹ Em consideração contextual com a Análise Econômica do Direito, expõe Saggi (2021, p. 369-370): “[A] sucessão resolve um problema sério no Brasil por um mecanismo *ex ante* legal e institucional de maior relevância. Isso pode ser classificado como ‘blindagem’ das empresas na fase de falência, ou seja, um mecanismo de proteção. Essa blindagem, no caso da falência, é desejável a fim de permitir que haja certa segregação do risco da sucessão de obrigações, sequência de pessoas jurídicas que se substituem, umas às outras, ininterruptamente ou com pequenos intervalos nos casos de alienação, cisão ou incorporação”.

³⁶² Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

II – os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

III – os créditos tributários, independentemente da sua natureza e do tempo de constituição, exceto os créditos extraconcursais e as multas tributárias; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

VI – os créditos quirografários, a saber: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; e (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

c) os saldos dos créditos derivados da legislação trabalhista que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

VIII – os créditos subordinados, a saber: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

a) os previstos em lei ou em contrato; e (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício cuja contratação não tenha observado as condições estritamente comutativas e as práticas de mercado; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

IX – os juros vencidos após a decretação da falência, conforme previsto no art. 124 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Com efeito, na sentença que decreta a falência, o magistrado determinará ao falido a apresentação da relação nominal dos credores, no prazo máximo de cinco dias, inclusive sob pena de crime de obediência, assim como será dado prazo para as habilitações de crédito, na forma do art. 99, III e IV, da LREF.

Nesses termos, ao administrador cabe a condução do procedimento de verificação e habilitação de créditos, fazendo-se publicar edital para que os credores, no prazo de quinze dias, possam apresentar suas habilitações ou divergências quanto aos créditos. Estabelece-se, após tal período, a relação de credores em até quarenta e cinco dias, na forma do art. 7º da LREF³⁶³. Da relação elaborada pelo administrador judicial caberá, no prazo de dez dias, impugnação, que poderá ser apresentada pelos legitimados dispostos no art. 8º da LREF³⁶⁴. Não havendo impugnação, a multicitada relação se perfectibiliza no quadro geral de credores (LREF, art. 14³⁶⁵), o qual será homologado pelo juiz (LREF, art. 18³⁶⁶).

§ 1º Para os fins do inciso II do *caput* deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 5º Para os fins do disposto nesta Lei, os créditos cedidos a qualquer título manterão sua natureza e classificação. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 6º Para os fins do disposto nesta Lei, os créditos que disponham de privilégio especial ou geral em outras normas integrarão a classe dos créditos quirografários. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

³⁶³ Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

§ 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do *caput* e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

³⁶⁴ Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, § 2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

Parágrafo único. Autuada em separado, a impugnação será processada nos termos dos arts. 13 a 15 desta Lei.

³⁶⁵ Art. 14. Caso não haja impugnações, o juiz homologará, como quadro-geral de credores, a relação dos credores de que trata o § 2º do art. 7º, ressalvado o disposto no art. 7º-A desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020).

³⁶⁶ Art. 18. O administrador judicial será responsável pela consolidação do quadro-geral de credores, a ser homologado pelo juiz, com base na relação dos credores a que se refere o art. 7º, § 2º, desta Lei e nas decisões proferidas nas impugnações oferecidas.

Parágrafo único. O quadro-geral, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência,

Já situadas a verificação e a habilitação, mesmo que sucintamente, retoma-se o pagamento do passivo da execução concursal, com as restituições e pagos os créditos extraconcursais (LREF, art. 84³⁶⁷), observando-se a antedita classificação do art. 83 da Lei nº 11.101/2005, na forma do art. 149, da LREF³⁶⁸.

Nota-se que o pagamento será feito de acordo com a disponibilidade de ativos da massa falida, sendo oportuno mencionar a necessária observância das classes de credores precedentes, na ordem estipulada na lei, para que se possa avançar com as demais (COSTA; MELO, 2021, p. 294).

As reservas de importância, atinentes à ordem judicial – seja do Juízo falimentar, seja do Juízo na qual tramita a ação que persegue quantia ilíquida – (COELHO, 2021c, n. p.), podem ser objeto de rateio suplementar, acaso não reconhecida ao final das demandas aludidas. Antes, porém, o administrador judicial deverá proceder ao pagamento das despesas indispensáveis à administração da falência, assim como aos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial

será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações.

³⁶⁷ Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, aqueles relativos: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

I-A – às quantias referidas nos arts. 150 e 151 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

I-B – ao valor efetivamente entregue ao devedor em recuperação judicial pelo financiador, em conformidade com o disposto na Seção IV-A do Capítulo III desta Lei; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

I-C – aos créditos em dinheiro objeto de restituição, conforme previsto no art. 86 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

I-D – às remunerações devidas ao administrador judicial e aos seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

I-E – às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

II – às quantias fornecidas à massa falida pelos credores; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

III – às despesas com arrecadação, administração, realização do ativo, distribuição do seu produto e custas do processo de falência; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

IV – às custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

V – aos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 1º As despesas referidas no inciso I-A do *caput* deste artigo serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 2º O disposto neste artigo não afasta a hipótese prevista no art. 122 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

³⁶⁸ Art. 149. Realizadas as restituições, pagos os créditos extraconcursais, na forma do art. 84 desta Lei, e consolidado o quadro-geral de credores, as importâncias recebidas com a realização do ativo serão destinadas ao pagamento dos credores, atendendo à classificação prevista no art. 83 desta Lei, respeitados os demais dispositivos desta Lei e as decisões judiciais que determinam reserva de importâncias.

§ 1º Havendo reserva de importâncias, os valores a ela relativos ficarão depositados até o julgamento definitivo do crédito e, no caso de não ser este finalmente reconhecido, no todo ou em parte, os recursos depositados serão objeto de rateio suplementar entre os credores remanescentes.

§ 2º Os credores que não procederem, no prazo fixado pelo juiz, ao levantamento dos valores que lhes couberam em rateio serão intimados a fazê-lo no prazo de 60 (sessenta) dias, após o qual os recursos serão objeto de rateio suplementar entre os credores remanescentes.

com vencimento nos três meses anteriores à decretação da falência, limitados ao valor de cinco salários mínimos por trabalhador, em interpretação conjunta dos arts. 150³⁶⁹ e 151³⁷⁰, ambos da LREF.

Caso identificado dolo ou má-fé por parte do credor quando da constituição do crédito ou garantia, será condenado à restituição em dobro, com acréscimo dos juros legais, na forma do art. 152 da LREF³⁷¹.

Ao final, com o pagamento de todos os credores, eventual saldo remanescente será devolvido ao falido (LREF, art. 153³⁷²). Tal monta é aquela definida “[d]epois que houver o pagamento do valor corrigido e com juros, até o momento do pagamento, desde que existisse numerário para tal fim” (BEZERRA FILHO, 2021, p. 514).

Com a conclusão da realização da totalidade do ativo e distribuído entre os credores, serão prestadas as contas, pelo administrador judicial, ao Juízo falimentar, no prazo de trinta dias, com tramitação em autos apartados e fazendo-se constar a documentação correlata, posteriormente apensados aos autos da falência (LREF, art. 154, § 1º). Após o apensamento, haverá publicação de aviso acerca das contas, quando, então, os interessados poderão apresentar impugnação, no prazo de dez dias, intimando-se o Ministério Público para manifestação, no prazo de cinco dias, com o decurso do prazo do aviso. É oportunizada, em caso de impugnação ou parecer contrário do *Parquet*, a manifestação do administrador judicial (LREF, art. 154, §§ 2º e 3º). Só assim o magistrado julgará, por sentença, as contas prestadas, havendo fixação da responsabilidade do administrador judicial caso rejeitadas, e sendo cabível a interposição do recurso de apelação (LREF, art. 154³⁷³, §§ 4º, 5º e 6º).

³⁶⁹ Art. 150. As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do *caput* do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.

³⁷⁰ Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

³⁷¹ Art. 152. Os credores restituirão em dobro as quantias recebidas, acrescidas dos juros legais, se ficar evidenciado dolo ou má-fé na constituição do crédito ou da garantia.

³⁷² Art. 153. Pagos todos os credores, o saldo, se houver, será entregue ao falido.

³⁷³ Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias.

§ 1º As contas, acompanhadas dos documentos comprobatórios, serão prestadas em autos apartados que, ao final, serão apensados aos autos da falência.

§ 2º O juiz ordenará a publicação de aviso de que as contas foram entregues e se encontram à disposição dos interessados, que poderão impugná-las no prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Decorrido o prazo do aviso e realizadas as diligências necessárias à apuração dos fatos, o juiz intimará o Ministério Público para manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual o administrador judicial será ouvido se houver impugnação ou parecer contrário do Ministério Público.

§ 4º Cumpridas as providências previstas nos §§ 2º e 3º deste artigo, o juiz julgará as contas por sentença.

Com o julgamento das contas, o administrador judicial terá dez dias para apresentar o relatório final da falência, no qual discriminará o valor do ativo e do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, além de especificar as responsabilidades que continuarão com o falido (LREF, art. 155³⁷⁴).

Apresentado o relatório final pelo administrador judicial, o juiz proferirá a sentença de encerramento da falência, publicada por edital, intimando-se o Ministério Público e as respectivas Fazendas Públicas, sendo passível da interposição do recurso de apelação (LREF, art. 156³⁷⁵). Não há que se falar em reinício do prazo prescricional, já que, com o encerramento da falência, extinguem-se, pela redação do art. 158 da LREF³⁷⁶, as obrigações do falido (SACRAMONE, 2021, p. 599).

Com efeito, a extinção das obrigações do falido se dá nas hipóteses descritas nos incisos do art. 158, quais sejam: a) pelo pagamento da totalidade dos créditos; b) pelo pagamento de mais de vinte e cinco por cento dos créditos quirografários, após a realização do ativo, facultando-se o depósito da quantia necessária para atingir o percentual em caso de insuficiência; c) pelo decurso de três anos da decretação da falência, ressaltando-se os bens arrecadados; e, por fim, d) pelo encerramento da falência nos moldes dos arts. 114-A ou 156 da LREF.

§ 5º A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.

§ 6º Da sentença cabe apelação.

³⁷⁴ Art. 155. Julgadas as contas do administrador judicial, ele apresentará o relatório final da falência no prazo de 10 (dez) dias, indicando o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, e especificará justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido.

³⁷⁵ Art. 156. Apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença e ordenará a intimação eletrônica às Fazendas Públicas federal e de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento e determinará a baixa da falida no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), expedido pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) Parágrafo único. A sentença de encerramento será publicada por edital e dela caberá apelação.

³⁷⁶ Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, após realizado todo o ativo, de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários, facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir a referida porcentagem se para isso não tiver sido suficiente a integral liquidação do ativo; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

[...]

V – o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

VI – o encerramento da falência nos termos dos arts. 114-A ou 156 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Para tanto, uma vez configurada uma das situações do art. 158, o falido poderá pleitear ao Juízo da falência a declaração da extinção de suas obrigações (LREF, art. 159, *caput*³⁷⁷), o que também se aplica ao sócio de responsabilidade ilimitada, na forma do art. 160 da Lei nº 11.101/2005³⁷⁸.

Trazida a síntese atinente ao pedido de falência, cabe tecer algumas considerações acerca da autofalência.

A autofalência, que é a falência pleiteada pelo próprio devedor e que será decretada judicialmente, está a tratar da situação em que se faz uma análise acerca da possibilidade de soerguimento, por meio dos requisitos postos para a recuperação judicial, porém o que se constata é a impossibilidade de continuidade da atividade empresarial. Em termos outros, é a “[...] confissão da situação de insolvência e da impossibilidade de superação desse estado” (TOMAZETTE, 2018, p. 335).

Diante disso, o primeiro ponto que se deve destacar é que se está a tratar de uma obrigação ou de uma faculdade por parte do devedor. Coelho (2021c, n. p.) e Sacramone (2021, p. 495) sustentam que não se trata de dever, haja vista a ausência de sanção, malgrado a utilização do verbo “dever”. Por outro lado, Bezerra Filho (2021, p. 439-440) compreende que, não obstante a aparente inexistência de sanção, a utilização do verbo “dever” está a indicar uma obrigação legal, ponderando que o fechamento de fato do estabelecimento, somado a circunstâncias do caso, poderá implicar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, o que esvazia o argumento de ausência de sanção.

Compreende-se, nesse ponto, que a autofalência se configura como um direito-dever (COSTA; MELO, 2021, p. 252), porquanto é possibilitado ao devedor fazer um juízo atinente à continuidade da atividade exercida, caracterizando um direito, assim como se trata de um dever para com os múltiplos interesses que norteiam o procedimento falimentar, mormente diante da possível impontualidade (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 107), com potencial responsabilização pela caracterização de ato ilícito, em face do descompasso com o princípio da boa-fé objetiva, que tem influxo nas relações negociais subjacentes.

Como dito, o pedido de autofalência deve ser feito pelo devedor empresário (LREF, art. 97, I), expondo as razões atinentes à impossibilidade da continuidade da atividade empresarial,

³⁷⁷ Art. 159. Configurada qualquer das hipóteses do art. 158 desta Lei, o falido poderá requerer ao juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença.

³⁷⁸ Art. 160. Verificada a prescrição ou extintas as obrigações nos termos desta Lei, o sócio de responsabilidade ilimitada também poderá requerer que seja declarada por sentença a extinção de suas obrigações na falência.

instruindo o pleito com a documentação disposta no art. 105 da Lei nº 11.101/2005³⁷⁹. Não se exige prova da regularidade por parte do empresário, como se vê na prescrição do art. 105, IV, da LREF (TOMAZETTE, 2018, p. 336; SACRAMONE, 2021, p. 495-496).

Com efeito, não há maiores peculiaridades quando o pedido é formulado por empresário individual, já que se trata de uma decisão deste. Contudo, no tocante às sociedades empresárias, há necessidade de o pleito vir a ser formulado pelos administradores, que deverão estar previamente autorizados pelos sócios ou acionistas, por destoar das atribuições ordinárias daquele (TOMAZETTE, 2018, p. 336; SACRAMONE, 2021, p. 496).

Nesse particular, das sociedades empresárias, fazem-se pertinentes algumas distinções. Por primeiro, nas sociedades limitadas, o requerimento somente se fará possível como expressão da vontade de mais da metade do capital social, tendo em mira a consequente dissolução da sociedade, nos termos do art. 1.071, VI e VIII, e do art. 1.076, II, ambos do CC/02³⁸⁰. Já nas sociedades anônimas, a assembleia geral deverá deliberar para tanto, sendo considerada a aprovação pela maioria dos votos presentes, na forma do art. 122, IX, da Lei nº 6.404/1976³⁸¹ (TOMAZETTE, 2018, p. 336-337; COSTA; MELO, 2021, p. 252).

³⁷⁹ Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:

I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório do fluxo de caixa;

II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos;

III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade;

IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais;

V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei;

VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária.

³⁸⁰ Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

[*omissis*]

VI – a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

[*omissis*]

VIII – o pedido de concordata.

Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061, as deliberações dos sócios serão tomadas (Redação dada pela Lei nº 13.792, de 2019)

[*omissis*]

II – pelos votos correspondentes a mais da metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV, V, VI e VIII do *caput* do art. 1.071 deste Código (Lei nº 14.451, de 2022).

³⁸¹ Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral:

[*omissis*]

Ainda, quanto às sociedades em nome coletivo e em comandita simples, tem-se que a decisão será atribuída à maioria absoluta dos votos contabilizados em conformidade com o capital social, nos moldes dos arts. 1.010, 1.040 e 1.046, todos do CC/02³⁸², considerando que tais sociedades contam com sócios de responsabilidade ilimitada (LREF, art. 81). É possível a discordância dos sócios na ocasião. Ao final, em se tratando de sociedade já em liquidação, incumbirá ao liquidante a atribuição para pugnar a autofalência, conforme o art. 1.103, VII, do CC/02³⁸³ e o art. 210, VII, da Lei nº 6.404/1976³⁸⁴, observando-se as formalidades quanto aos quóruns do tipo societário correlato (TOMAZETTE, 2018, p. 337).

Com a formulação do pedido, o magistrado verificará a regularidade, determinando a emenda da inicial, com o apontamento das eventuais irregularidades, conforme o art. 106 da LREF³⁸⁵, o qual deve ser lido em compasso com o art. 321 do CPC/15.

Estando em ordem, regularmente instruída a petição inicial, seguirá o juiz com seu processamento, não havendo previsão para citação. Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, inclusive já tendo sido, como antedito, possibilitada a manifestação da vontade coletiva (SACRAMONE, 2021, p. 500).

Vale observar, aqui, que Tomazette (2018, p. 340) sustenta a necessidade de citação dos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis em caso de discordância, com vistas à contestação do pedido, já que serão considerados falidos.

Nada obstante, acredita-se que não se está a tratar propriamente de contestação, mas sim de uma forma de possibilitar a participação efetiva, não havendo que se falar em eventual pecha, acaso inócua, porquanto a expressão da vontade coletiva fora perfectibilizada e não se extrai tal proceder da legislação. De todo modo, assim como aos demais sócios, eventual

IX – autorizar os administradores a confessar falência e a pedir recuperação judicial; (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)

³⁸² Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§ 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital.

Art. 1.040. A sociedade em nome coletivo se rege pelas normas deste Capítulo e, no que seja omissa, pelas do Capítulo antecedente.

Art. 1.046. Aplicam-se à sociedade em comandita simples as normas da sociedade em nome coletivo, no que forem compatíveis com as deste Capítulo.

Parágrafo único. Aos comanditados cabem os mesmos direitos e obrigações dos sócios da sociedade em nome coletivo.

³⁸³ Art. 1.103. Constituem deveres do liquidante:

[*omissis*]

VII – confessar a falência da sociedade e pedir concordata, de acordo com as formalidades prescritas para o tipo de sociedade liquidanda.

³⁸⁴ Art. 210. São deveres do liquidante:

[*omissis*]

VII – confessar a falência da companhia e pedir concordata, nos casos previstos em lei.

³⁸⁵ Art. 106. Não estando o pedido regularmente instruído, o juiz determinará que seja emendado.

oposição poderá ser feita, sendo os argumentos analisados pelo julgador, sem que, com isso, se crie a necessidade do ato citatório.

Poderá, ainda, o devedor pugnar pela desistência do pedido, antes da sentença, não havendo que se falar em óbice por eventual oposição apresentada (COELHO, 2021c, n. p.; SACRAMONE, 2021, p. 501).

Posteriormente, incumbirá ao magistrado, após o exame da documentação e pressupostos da falência, prolatar a sentença, decretando-a, observando o quanto disposto no art. 99 da LREF e sendo, então, aplicáveis as demais disposições pertinentes ao pedido de falência por credores (TOMAZETTE, 2018, p. 340).

Desse modo, foram assentadas algumas premissas necessárias ao contexto falimentar, o que permitirá o avanço no tocante ao descortinar da desconsideração da personalidade jurídica nessa seara, em conjunto com a aplicação do CC/02 e do CPC/15, o que será visto no tópico subsequente.

4.3 A APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA E SUA DISFUNÇÃO: O (DES)CONTROLE DE LEGALIDADE

É chegado o momento da verificação da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica na falência, tendo sido expostas as ideias fundantes para tanto, visto que a completude da compreensão do instituto lastreia sua acomodação nos contextos específicos.

Como verberado, a alteração mesma da Lei nº 11.101/2005, efetuada pela Lei nº 14.112/2020, traz consigo as balizas de regras pretéritas com vistas a amoldar a desconsideração da personalidade jurídica ao processo falimentar.

Para tanto, alicerçou-se nas disposições normativas do CC/02 e do CPC/15 inseridas, respectivamente, no art. 50 do CC/02 e no Capítulo IV do CPC/15, que trata do IDPJ. Utiliza-se, assim, da técnica da remissão, sem, contudo, deixar de modelar o âmbito do direito intertemporal, averbando a conformação do art. 82-A da LREF aos processos ajuizados após a vigência da Lei nº 14.112/2020³⁸⁶.

³⁸⁶ Art. 5º Observado o disposto no art. 14 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), esta Lei aplica-se de imediato aos processos pendentes.

§ 1º Os dispositivos constantes dos incisos seguintes somente serão aplicáveis às falências decretadas, inclusive as decorrentes de convação, e aos pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial ajuizados após o início da vigência desta Lei:

[omissis]

III – as disposições previstas no *caput* do art. 82-A da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Assim é que, neste momento, busca-se a evolução da análise atinente à especialidade do processo falimentar, permeando-se a aplicação procedimental em compasso com o direito material, sem prejuízo da necessária revisitação dos tópicos antecedentes.

Por relevante, não se está a cogitar da desconsideração da massa falida, considerada um núcleo unitário (GOMES, 2009, p. 178), sendo desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade falida, em razão da não observância, em sentido amplo, ao princípio da autonomia patrimonial (TOMAZETTE, 2018, p. 377).

Nada obstante, já sob a égide da Lei nº 11.101/2005, Salomão Filho (2019, p 360-361 e p. 395) sustenta a inadmissibilidade da aplicação da teoria do desconhecimento no âmbito falimentar, não pela impossibilidade da extensão dos efeitos da falência ao sócio limitadamente responsável, mas sim pelo viés teleológico, já que são conceitos antinômicos, por ser a desconsideração um método de continuidade da atividade social e de efetividade do processo executivo. Permite-se a penhora direta dos bens dos sócios, evitando-se a falência, o que vem a refletir beneficentemente junto ao corpo social.

Conquanto relevante o posicionamento em epígrafe, que traz reflexão acerca do custo social, compreende-se como aplicável a desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar, tendo em conta que a utilização excepcional vem a robustecer a preservação da pessoa jurídica enquanto centro de imputação de direitos e deveres, dotada, portanto, de autonomia perante seus integrantes, o que, igualmente, vem a promover influxos benéficos para com a comunidade.

Com a inserção do art. 82-A, entende-se que não há que cogitar a impossibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, estando, agora, expressamente abordada na legislação falimentar.

Considera-se que tal inserção, embora tímida, traz luzes a anterior confusão conceitual, de fundo e de forma, tendo em mira as interpretações a aproximar a extensão da falência ou de seus efeitos e a responsabilidade dos sócios de responsabilidade limitada, controladores e dos administradores da sociedade falida com a teoria da desconsideração em si, sem prejuízo da discussão pertinente à necessidade de processo autônomo, ou não, e até mesmo a atuação *ex officio* do juiz. Em sendo assim, opta-se por uma breve exposição sobre tais pontos, para melhor distinção temática, ressurtindo-se que o aspecto processual será trabalhado em momento próprio.

Nessa toada, toma-se como ponto basilar a extensão da falência ou a dita extensão de seus efeitos, o que, de logo, afirma a distinção.

Na atual legislação de regência, a Lei nº 11.101/2005, o art. 81 traz disposição específica concernente ao tema. Antes de examiná-lo, contudo, pertinente se faz a verificação da evolução legislativa pertinente.

Nesse contexto, da evolução legislativa, pontue-se que a Lei nº 2.024/1908³⁸⁷ e o Decreto nº 5.746/1929³⁸⁸ dispunham que a falência da sociedade, igualmente, atingia os sócios pessoal e solidariamente responsáveis, que são os sócios de responsabilidade ilimitada (SACRAMONE, 2021, p. 412; RODRIGUES FILHO, 2016, p. 126).

O Decreto-lei nº 7.661/45 veio a alterar tal cenário, prevendo, em seu art. 5º³⁸⁹, o atingimento dos sócios não pela falência, mas pela sujeição aos efeitos que a sentença de decretação da quebra viesse a produzir (PACHECO, 2007, p. 201). Não sendo falidos, respondem subsidiariamente pela satisfação das obrigações, observados os tipos societários, constituindo-se seus bens massa distinta daquela da sociedade (BATALHA; NETTO, 1999, p. 499).

Sobre o art. 5º do Decreto-lei nº 7.661/45, com considerações críticas, expõe Valverde (1962, p. 75-76):

³⁸⁷ Art. 6º A fallencia da sociedade acarreta a de todos os socios pessoal e solidariamente responsaveis. Incurrem em fallencia, tambem, os socios que se retiraram da sociedade, embora com ressalva dos outros socios, sem consentimento expresso de todos os credores então existentes, salvo si estes fizeram com os socios, que ficaram na sociedade sob a mesma ou outra firma, ou que individualmente assumiram as responsabilidades sociaes, novação do contracto, ou si continuaram a negociar com a sociedade ou com os socios sucessores, indicando ter confiança no seu credito.

§ 1º Nas sociedades em conta de participação sómente os socios ostensivos e gerentes podem ser declarados fallidos.

§ 2º Os socios commanditarios comprehendidos nos termos do art. 314 do Codigo Commercial não incidem nos efeitos da fallencia, mas respondem solidariamente com o fallido por todas as obrigações sociaes.

Esta responsabilidade tornar-se-ha effectiva mediante a acção summaria estabelecida no art. 238 do regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, applicada ao caso a disposição do art. 53, § 2º, da presente lei.

³⁸⁸ Art. 6º A fallencia da sociedade acarreta a dos socios pessoal e solidariamente responsaveis, mesmo os que della se houverem despedido, pelas obrigações contrahidas até esse momento, salvo si passados forem dous annos da retirada ou si os credores expressamente consentirem nella, fizerem novação de contracto ou continuarem a negociar com os socios remanescentes ou com a sociedade, sob a mesma firma ou firma nova.

§ 1º Nas sociedades em conta de participação sómente os socios ostensivos e gerentes podem ser declarados fallidos.

§ 2º Os socios commaditarios comprehendidos nos termos do art. 314 do Codigo Commercial não incidem nos efeitos da fallencia, mas respondem solidariamente com o fallido por todas as obrigações sociaes.

Esta responsabilidade tornar-se-ha effectiva, mediante acção summaria, applicada ao caso a disposição do art. 53, § 2º, desta lei.

³⁸⁹ Art. 5º Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, tôdas as obrigações que cabem ao devedor ou falido.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao sócio de responsabilidade solidária que há menos de dois anos se tenha despedido da sociedade, no caos de não terem sido solvidas, até a data da declaração da falência, as obrigações sociais existentes ao tempo da retirada. Não prevalecerá o preceito, se os credores tiverem consentido expressamente na retirada, feito novação, ou continuado a negociar com a sociedade, sob a mesma ou nova firma.

A lei revogada, *contra rationem juris*, mandava estender a falência da sociedade aos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais. No entanto, já era ponto assentado na doutrina e na jurisprudência nacional que tais sócios não eram, como não são, só por terem essa qualidade, comerciantes. Com efeito, eles não exercem o comércio em seu próprio nome; participam de uma pessoa jurídica, que tem existência distinta da dos seus membros, com patrimônio separado, responsável, em primeiro grau, pelas obrigações por ela assumidas no exercício do comércio para que foi especialmente constituída. Os membros que formam a entidade jurídica, embora solidária e ilimitadamente obrigados pelas dívidas sociais por efeito de disposições expressas da lei, que regula os diferentes tipos de sociedades mercantis, não agem em nome individual, porém como administradores ou gerentes de uma organização ou entidade com capacidade jurídica necessária, conforme reconhece a lei, à prática de atos, de que se originam direitos e obrigações, que entram na composição de seu patrimônio.

A circunstância, portanto, de revestir uma sociedade mercantil certa forma legal, que impõe aos sócios, ou a alguns deles, responsabilidades solidária e ilimitada, aliás, subsidiária, pelas obrigações ou dívidas sociais, não justificava o preceito da lei revogada, que os considerava falidos em consequência da falência da sociedade. A solidariedade nas obrigações não confunde os indivíduos, devedores solidários, cujos patrimônios continuam distintos, cada um com o seu dono.

O dispositivo atual consegue, sem a anterior anomalia, o objetivo visado – o desapossamento imediato dos bens de tais sócios, privando-os da sua disponibilidade até a liquidação definitiva do processo de falência da sociedade.

Vê-se que o art. 5º do Decreto-lei nº 7.661/45, rompendo com a diretriz da Lei nº 2.024/1908 e do Decreto nº 5.746/1929, submetia os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis aos efeitos da decretação da falência, possibilitando a arrecadação de seus bens separadamente, tendo em conta os credores particulares, que concorreriam com os credores sociais, apenas pelo valor residual de seus créditos, acaso insuficientes os bens da sociedade (VALVERDE, 1962, p. 76).

Já o art. 81 da LREF vem a reavivar os preceitos legais de outrora, ao prescrever que, ao decretar-se a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis, a falência destes também será considerada, sujeitando-os aos mesmos efeitos do ente coletivo, o que faz ressoar a problematização, suscitada acima por Valverde, no tocante à aplicação ao não empresário e ao desacordo com a autonomia patrimonial da sociedade. Instaura-se assim um procedimento liquidatório daqueles, conforme Pugliesi (2015, p. 502), pondo-se em relevo a precedência ou não do pagamento dos credores sociais em face dos particulares dos sócios (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 145).

Tem-se, pela redação do art. 81 da LREF, um âmbito de aplicação delimitado, tendo em mira que aos sócios de responsabilidade limitada, a exemplo das sociedades limitadas (CC/02, art. 1.052) e das sociedades anônimas (LSA, art. 1º³⁹⁰), não se aplica, em regra, tal preceito. Assim, resta aplicável o enunciado normativo aos sócios da sociedade em comum, aos sócios

³⁹⁰ Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

da sociedade em nome coletivo, aos sócios comanditados na sociedade em comandita simples – ressaltando-se, aqui, a aplicação aos comanditários que pratiquem atos de gestão (CC, art. 1.047, *caput*³⁹¹) – e aos sócios diretores na comandita por ações (LSA, art. 281, *caput*³⁹²), o que faz ressoar a pouca aplicabilidade prática, visto que pouco utilizados tais tipos societários na atualidade.

Além disso, a Lei nº 11.101/2005, em seu art. 81, resguarda o direito ao contraditório e à ampla defesa, ao mencionar que o sócio de responsabilidade ilimitada será citado para, querendo, apresentar contestação, daí que “[...] terão sua falência decretada *junto* com a da sociedade” (COELHO, 2021c, n. p.). Estabelece-se assim uma regra de procedimento (BEZERRA FILHO, 2021, p. 355), ressaltando-se que não há menção ao administrador, que, portanto, não poderá ser responsabilizado por essa via, observado o caráter restritivo da extensão (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 127-128).

Ressalte-se, ainda, a previsão do § 1º do art. 81 da LREF, ao prescrever, em consonância com o art. 1.032 do CC/02, a extensão da falência aos sócios que se retiraram ou foram excluídos há menos de dois anos da decretação da falência, acaso remanesçam dívidas da data do arquivamento da alteração contratual, existindo uma presunção de que não haveria a satisfação das obrigações sociais (SACRAMONE, 2021, p. 413).

Quanto ao § 2º do art. 81 da LREF, ao referenciar os administradores, está-se a dizer os que atuam concretamente pela sociedade empresária, não criando hipóteses de responsabilidade objetiva, tampouco direitos. Não são portanto, considerados falidos, pelo que responderão por seus atos por ação própria, na forma do art. 82 da LREF³⁹³, sem prejuízo da caracterização dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica (TOMAZETTE, 2018, p. 383; COELHO, 2021c, n. p.). Assim, a presente disposição legal está a tratar da representação para

³⁹¹ Art. 1.047. Sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as operações, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado.

³⁹² Art. 281. A sociedade poderá comerciar sob firma ou razão social, da qual só farão parte os nomes dos sócios-diretores ou gerentes. Ficam ilimitada e solidariamente responsáveis, nos termos desta Lei, pelas obrigações sociais, os que, por seus nomes, figurarem na firma ou razão social.

³⁹³ 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.

cumprimento das obrigações prescritas em lei após a falência decretada (BEZERRA FILHO, 2021, p. 358).

Comunga-se do entendimento esposado por Tomazette (2018, p. 375) no sentido de que deve ser procedido primeiramente à liquidação dos bens sociais, para, em caso de insuficiência, avançar junto ao patrimônio dos sócios, no que for necessário, a denotar o caráter subsidiário, o que, contudo, não consta expressamente na legislação falimentar (ZANINI, 2007, p. 353).

Da análise contextual da extensão da falência e da desconsideração da personalidade jurídica, nota-se que a extensão em si produz efeitos mais gravosos, porquanto vem a considerar o sócio como falido, implicando consequências de ordem patrimonial e, ainda, diversas restrições, a exemplo daquelas previstas no art. 99 da LREF, além do influxo quanto aos credores particulares considerando a não empresarialidade³⁹⁴ e, até mesmo, a inexistência de insolvabilidade.

Nesse sentido, releva trazer à colação excerto do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp 1.293.636³⁹⁵:

[...] a extensão dos efeitos da falência pressupõe a desconsideração da pessoa jurídica, mas é mais gravosa do que esta.
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 restrições de direito [...].

³⁹⁴ Em sentido complementar, traz-se a crítica de Campinho (2022, p. 263): “[N]utrimos simpatia pela visão de limitar a decretação da falência aos sócios que encarnarem a qualidade de empresário. Para os demais, não haveria propriamente a decretação de suas falências pessoais, mas tão somente a sujeição, fundamentalmente no âmbito patrimonial, aos mesmos efeitos jurídicos produzidos pela sentença em relação à sociedade. Essa interpretação encontra-se em plena sintonia com a regra do art. 1º da Lei de Recuperação e Falência, que adota o sistema restritivo do instituto, erigindo como sujeitos passivos o empresário individual e a sociedade empresária. Igualmente, mantém o padrão de consonância com o regramento do Código Civil de 2002, que preconiza não apenas formal, mas também substancialmente, a distinção entre empresário e não empresário e, no campo societário, entre sociedade empresária e sociedade simples. Não sendo os sócios empresários, não podem ser declarados falidos, quer por obrigações pessoais, de sua direta responsabilidade, ou por obrigações da sociedade de que participaram. A exegese sustentada afastaria a impropriedade maior do preceito”.

³⁹⁵ RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR. ENCOL S/A. FALÊNCIA REGIDA PELO DECRETO-LEI 7.661/45. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA AOS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. COISA JULGADA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO PARTICULAR NA MASSA FALIDA ESPECÍFICA DO ACIONISTA. CABIMENTO. 1. Controvérsia acerca da interpretação da sentença que, ao decretar a falência, estende os efeitos da quebra aos acionistas membros do conselho de administração. [...]. 3. Ausência de previsão legal, quer na lei antiga, quer na lei atual, de hipótese de extensão dos efeitos da falência a sócio de responsabilidade limitada. 4. Possibilidade de extensão dos efeitos após a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes. 5. Distinção entre “desconsideração da personalidade jurídica” e “extensão dos efeitos da falência”. 6. Necessidade de observância da coisa julgada, no caso concreto, em que a sentença determinou expressamente a extensão dos efeitos da falência aos membros do conselho de administração da falida. 7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO (STJ, REsp 1.293.636/GO, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 19.08.2014, DJ 05.09.2014).

[...] na atual lei de falências, o sócio com responsabilidade ilimitada é efetivamente “declarado falido” junto com a sociedade, conforme prevê o art. 81 da Lei 11.101/2005, diversamente da mera extensão dos efeitos da falência, prevista na lei anterior.

Compreende-se, nessa linha, que o art. 82-A da LREF veio a oportunizar a alteração do entendimento quanto à extensão da falência e de seus efeitos, que estava a descoberto, inclusive sob o aspecto procedimental.

Com efeito, não se vislumbra da interpretação conjugada do art. 81 e do art. 82-A, ambos da LREF, a possibilidade da aplicação da extensão dos efeitos da falência, mesmo considerando ser menos traumática que a extensão da falência, como aduzido³⁹⁶.

A vedação expressa à aplicação da extensão da falência ou de seus efeitos aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores não deve ser interpretada ampliativamente, haja vista seu caráter excepcional.

Nesse passo, lastreado na excepcionalidade, deve o intérprete conduzir a margem de aplicabilidade, que por vezes a lei lhe confere, à consideração da regularidade, ao enlace com a autonomia patrimonial.

Assim como não há como defender a decretação da falência da pessoa natural, sujeita a insolvência (BEZERRA FILHO, 2021, p. 361), não se pode criar um sentido que os lindes da legislação não permitem, diante do lastro das experiências pretéritas.

Como suscitado, pondera-se que não há mais a previsão de extensão dos efeitos, mas apenas da extensão da falência, aplicável aos sócios ilimitadamente responsáveis, nos moldes do art. 81 da LREF.

Para além, mesmo se considerados em conjunto os arts. 81, 82 e 82-A, todos da LREF, não se verifica a possibilidade de sustentar a aplicabilidade da extensão da falência para as sociedades, restringindo, assim, a aplicabilidade às pessoas dos sócios de responsabilidade limitada aos controladores e aos administradores da sociedade falida, que poderão vir a ser alcançados pela teoria da desconSIDERAÇÃO ou pela ação de responsabilização.

Ainda, relembre-se regra comezinha de interpretação no sentido de que os parágrafos devem ser interpretados em consonância com o *caput* dos artigos, implicando a impossibilidade da extensão da falência para terceiros, grupo, sócio ou administrador, mencionados no

³⁹⁶ Traz-se, pela sistematização, quanto ao ponto reavivado a exposição de Pugliesi (2015, p. 511): “[N]a extensão dos *efeitos* da falência o sócio de responsabilidade ilimitada respondia, com todos os seus bens pessoais (presentes e futuros), subsidiariamente, pelo passivo da falida não atendido pelos ativos arrecadados da sociedade. Havia, na extensão dos *efeitos* da falência, caracterização de responsabilidade subsidiária do sócio pelas obrigações não liquidadas da falida, até a sua quitação. No atual diploma, em que há *extensão da falência* [...], o resultado é a constituição de um novo *status jurídico* para o sócio de responsabilidade ilimitada, que vai além da responsabilidade subsidiária pelas dívidas”.

parágrafo único do art. 82-A da LREF, já que a cabeça do referido artigo traz a proscrição necessária e suficiente.

Com vistas à preservação das relações negociais, é preciso minimamente que os atores das avenças entabuladas tenham previsibilidade quanto aos instrumentos de tutela do crédito, o que vem a influenciar os custos da transação e a promoção das transformações sociais, daí a relevância na utilização da desconsideração para fins de responsabilidade patrimonial, consentânea com a lei e com menor onerosidade.

Não se pode olvidar que a decretação da falência produz efeitos quanto aos sócios, afinal se trata da crise sistêmica permeada pela insolvência jurídica da sociedade empresária. Todavia, isso não conduz ao entendimento de que a extensão seria aplicável em interpretação que, por vezes, ampara-se em atecnia legislativa, desconsiderando a proposição semântica por meio de uma pretensa aplicação analógica do art. 81 da LREF.

Desse modo, sem prejuízo do posterior exame do fenômeno grupal, sustenta-se que lacuna não há a demandar a colmatação com vistas à extensão da falência, que, como visto, distingue-se da desconsideração da personalidade jurídica. A aplicação da *Disregard Doctrine* é consentânea com o estado atual de coisas, com parâmetros expressos na legislação falimentar, propiciando a esperada segurança jurídica, que é relevante para a organização estrutural da atividade econômica.

Por seu turno, no art. 82 da LREF, a responsabilização pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida foi disposta em consonância com as respectivas leis que regem o direito material³⁹⁷, não sendo o caso de extensão da falência, como salienta Sacramone (2021, p. 415).

Observando-se a lei de regência, uma vez integralizado o capital social, os sócios ou administradores das sociedades anônimas e das sociedades limitada não serão responsáveis pelas obrigações sociais, não sendo o caso de responsabilidade secundária, tampouco lhe poderão ser imputados todos os danos – no caso, aos administradores –, já que estes atuam apresentando a pessoa jurídica (SACRAMONE, 2021, p. 415; ADAMEK, 2012, p. 95).

Como está a tratar de tema específico correlato à responsabilidade civil, os pressupostos do dever de indenizar são a conduta ilícita, o dano produzido e o nexo causal (ADAMEK, 2012,

³⁹⁷ Quanto ao ponto, explicita Pugliesi (2015, p. 504): “[...] constituirá o direito material a ser aplicado, respeitando-se o regime de fixação de responsabilidades dos administradores (arts. 158 e 159 da LSA; e arts. 1.011 e 1.016 do CC) e dos sócios controladores (arts. 116 e 117 da LSA; e art. 1080 do CC), conforme o caso”.

p. 96; PUGLIESI, 2015, p. 504), o que independe da realização do ativo e da prova da insuficiência deste para cobrir o passivo.

Os prejuízos provenientes da conduta do sócio ou administrador deverão estar lastreados na culpa *lato sensu*, abarcando a culpa propriamente dita e o dolo, quando do exercício das atribuições, o que, igualmente, se aplica quanto aos terceiros quando àqueles que vêm a exceder culposamente os poderes que lhes foram outorgados (SACRAMONE, 2021, p. 415). Portanto, vê-se que não se está a tratar de responsabilidade objetiva, e a responsabilização se dará perante a sociedade, sem prejuízo da responsabilidade direta, perante terceiros, nos casos de atuação exorbitante.

Por oportuno, traz-se a lição de Coelho (2021c, 2021, n. p.), que assim sintetiza:

[O] sócio da sociedade limitada responde em duas hipóteses.

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

Na segunda, o sócio responde solidariamente com os demais pela integralização do capital social (CC, art. 1.052). Aqui, a responsabilidade independe de ilícito. [...]. É a *ação de integralização* [...].

O administrador da sociedade limitada, por sua vez, responde quando descumprir o dever de diligência (CC, art. 1.011) e prejudicar, com isso, a sociedade. Não existe hipótese de responsabilidade objetiva do administrador da limitada. [...]. Sua obrigação é de meio [...].

O acionista controlador tem responsabilidade pelos danos que decorrerem de abuso no exercício do poder de controle (LSA, art. 117). Como o abuso de direito é ato ilícito (CC, art. 187), está-se cuidando aqui de hipótese de responsabilidade subjetiva. [...]. [...]

Por fim, o administrador de sociedade anônima responde quando incorrer num ato ilícito na condução dos negócios sociais (LSA, art. 158). Sua responsabilidade é sempre subjetiva (grifos do original).

De sua vez, mencione-se que o Juízo competente para o processamento do feito será o falimentar, seguindo o procedimento comum (CPC, art. 318), sendo a petição inicial distribuída por dependência (BEZERRA FILHO, 2021, p. 358-359), em razão da competência funcional. Isso promove maior celeridade ante o conhecimento do processo falimentar em curso, sendo considerada uma exceção ao art. 76 da LREF (CAMIÑA, 2021, p. 581), ressalvada a ação de responsabilidade proposta por terceiro pelos atos desbordantes do contrato social ou estatuto (SACRAMONE, 2021, p. 416).

Tratando-se de ação tida como social, cujo objeto é a reconstituição do patrimônio com consequente inserção na massa objetiva, caberá à massa falida sua propositura, por meio do administrador judicial (LREF, art. 22, III, *i, l, n e o*), o que independe de prévia manifestação colegiada (ADAMEK, 2009, p. 383-384), ressaltando-se, nesse ponto, o entendimento de que

o objeto do pedido, com esteio no art. 944 do CC/02, é o ressarcimento dos prejuízos ocasionados à massa falida (CAMPINHO, 2022, p. 273).

Em havendo omissão por parte do administrador judicial, este deverá ser destituído (ADAMEK, 2009, p. 385), sendo produtor, embora não obrigatório, dar ciência dos fatos, por meio de intimação no processo falimentar em curso, o que poderá implicar a otimização dos atos de recomposição. Ressalte-se que os credores não têm legitimidade para a propositura da demanda em liça, podendo, juntamente com o *Parquet*, requerer a destituição aludida, conquanto Campinho (2022, p. 272) sustente o interesse jurídico em caso de omissão do administrador judicial, com lastro em entendimento jurisprudencial esposado quando da vigência do art. 6º do Decreto-lei nº 7.661/45³⁹⁸, atual art. 82 da LREF.

Note-se que a extinção das obrigações do falido não vem a interferir na responsabilização dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida (CAMIÑA, 2021, p. 586), devendo ser observado o prazo prescricional de dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, para a propositura da ação de responsabilização (LREF, art. 82, § 1º), observando-se a não consumação do prazo prescricional quando do momento da quebra (ADAMEK, 2009, p. 298).

O art. 82, § 2º, da Lei nº 11.101/2005 traz previsão concernente à tutela provisória de urgência de caráter cautelar, inovando, quanto ao parágrafo único do art. 6º do Decreto-lei nº 7.661/1945, ao prescrever a possibilidade da ordem de indisponibilidade sem provocação da parte autora, o que está em descompasso com o atual CPC/15.

Compreende-se que mais produtor será a prevalência do princípio dispositivo, a robustecer a necessidade de fundamentação da parte autora a desnudar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (CPC/15, art. 300³⁹⁹), dando prevalência ao efetivo contraditório, mesmo que diferido, porquanto o demandado terá à

³⁹⁸ Art. 6º A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1º. Parágrafo único. O juiz, a requerimento do síndico, pode ordenar o sequestro de bens que bastem para efetivar a responsabilidade.

³⁹⁹ 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.

disposição as ideias fundantes tracejadas não só pelo magistrado como também pela parte adversa.

Ainda, não se pode olvidar que a parte autora – no caso, a massa falida – deverá ser responsabilizada pelos prejuízos que a efetivação da tutela de urgência ocasionar, em clara hipótese de responsabilidade objetiva⁴⁰⁰, o que poderá ocorrer nas hipóteses do art. 302 do CPC/15⁴⁰¹, com liquidação nos próprios autos, o que é pouco crível no processo falimentar. Rreforçando-se, assim, a necessidade da postulação da indisponibilidade em face da potencial irreversibilidade, já considerada, aqui, a relevância dos interesses em discussão, malgrado

⁴⁰⁰ RECURSO ESPECIAL (ART. 105, INC. III, “a”, CF/88) – AÇÃO CONDENATÓRIA – DANOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM IMPROCEDENTE O PEDIDO, SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. INSURGÊNCIA DA DEMANDANTE. **Hipótese:** Possibilidade de responsabilização da parte por prejuízos decorrentes do deferimento de cautelar preparatória, consubstanciada na retenção de embarcação por longo período, dada a posterior extinção do processo principal sem julgamento de mérito por força de cláusula compromissória arbitral. **1.** Na origem, a discussão afeta ao pleito condenatório decorrente da execução da medida cautelar limitou-se, em inegável desvirtuamento dos contornos jurídicos da matéria, ao reexame dos pressupostos de concessão da tutela de urgência deferida, tendo sido inadmitida a responsabilização da requerente em virtude de que, ao tempo do deferimento da tutela, verificava-se justa causa para o pedido cautelar e verossimilhança nas alegações da parte. **1.1** As medidas cautelares somente são concedidas se verificados plausibilidade jurídica e perigo de dano, motivo pelo qual, caso tais circunstâncias pudessem afastar a responsabilidade pelos prejuízos advindos do seu cumprimento, os respectivos requerentes jamais seriam responsabilizados, ou seja, a disciplina legal pertinente seria inócua. **1.2** Os ônus pelos danos decorrentes da medida cautelar relacionam-se com circunstâncias posteriores à decisão liminar, sobretudo, no que tange à confirmação ou não do direito de pronto salvaguardado, que nunca se viabiliza, por óbvio, se não o perseguir a parte requerente da tutela de urgência, razão pela qual a norma processual lhe impõe um dever a esse respeito. **2.** É entendimento desta Corte Superior que, por força da responsabilidade processual objetiva disciplinada nos artigos 811 c/c 808 do Código de Processo Civil de 1973, baseada na assunção do risco pela parte requerente, os danos causados com a execução de cautelar devem ser indenizados uma vez cessada a eficácia da medida pela extinção do processo principal, com ou sem julgamento do mérito. **2.1** Na hipótese, a ora recorrida, embora aparentemente cercada de boas razões quando do requerimento cautelar, não deu o devido prosseguimento ao caso, pois, após a extinção do processo sem julgamento de mérito por força da cláusula compromissória, não há notícia de que tenha instaurado a jurisdição arbitral, conforme adredemente ajustado. Descumpriu, assim, dever processual de provocar, no foro competente, um juízo definitivo de mérito a respeito do direito outrora acautelado liminar e provisoriamente. **2.2** No que tange, ademais, ao nexo de causalidade, não há como desconsiderar, como causa invencível da retenção da embarcação, a força da ordem judicial que a determinou, a qual, mesmo impugnada, restou mantida por longo interregno. **2.3** Concluir pelo afastamento do dever de reparação caracterizaria subversão, não apenas da literalidade dos arts. 808 e 811 do CPC/73, mas da própria lógica em que se fundam as decisões precárias do sistema de tutelas provisórias, mantido, em essência, no diploma processual em vigor. **3.** Recurso especial parcialmente provido para reconhecer o dever de indenizar e determinar a devolução dos autos ao Juízo de piso, para que proceda à liquidação por arbitramento (STJ, REsp 1.641.020/RJ, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 15.09.2020, DJ 22.10.2020).

⁴⁰¹ Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

- I – a sentença lhe for desfavorável;
- II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
- III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
- IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

posição, que se tem como majoritária, no sentido da prescindibilidade diante da sistematicidade do processo falimentar (ZANINI, 2007, p. 356).

Esclareça-se, por relevante, que a indisponibilidade não é cabível nos autos principais da falência, sendo limitada a medida ao valor do pretendido ressarcimento, o qual será descrito na ação de responsabilização (COELHO, 2021c, n. p.), conquanto não se vislumbre empeco na postulação da tutela provisória cautelar, em caráter antecedente (CPC/15, art. 305⁴⁰²), conforme Camiña (2021, p. 582). Deve-se, contudo, necessariamente seguir o procedimento comum, mesmo se configurada a inércia prescrita no art. 307 do CPC/15⁴⁰³, com renovação do ato citatório após o aditamento pela massa falida, o que promove efetividade e celeridade sem malferir os interesses contrapostos.

Por fim, ressalte-se que a responsabilização disposta no art. 82 da LREF se configura como hipótese de responsabilidade primária, com a responsabilização pessoal pelos prejuízos ocasionados pela prática da conduta ilícita, sem que haja extensão da falência (SACRAMONE, 2021, p. 419). Não se trata, aqui, de responsabilização pelo mero inadimplemento de obrigações pela sociedade falida, o que não necessariamente implica ato ilícito, na forma do art. 6º-C da LREF⁴⁰⁴ (CAMIÑA, 2021, p. 588).

Feita essa breve síntese, releva pontuar que a pretensa similitude da desconsideração da personalidade jurídica e a ação de responsabilização se dá mais sob o aspecto procedimental, porquanto utilizado o art. 82 da LREF para promover a extensão da falência aos sócios de responsabilidade limitada, desde que preenchidos os pressupostos da utilização desvirtuada da pessoa jurídica (TOMAZETTE, 2018, p. 377), em face da ausência de previsão legal à época⁴⁰⁵.

Todavia, como já referido, a responsabilização civil não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica, que se origina da atividade abusiva, configurando-

⁴⁰² Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

⁴⁰³ Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

⁴⁰⁴ Art. 6º-C. É vedada atribuição de responsabilidade a terceiros em decorrência do mero inadimplemento de obrigações do devedor falido ou em recuperação judicial, ressalvadas as garantias reais e fidejussórias, bem como as demais hipóteses reguladas por esta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

⁴⁰⁵ Traz-se em complemento a ideia de Rodrigues Filho (2016, p. 198): “[o] processo autônomo previsto na Lei de Falências objetiva a responsabilização de sócios e administradores da sociedade falida com base em obrigações específicas e genéricas, previstas nas leis relativas aos respectivos tipos societários, e, por objetivar essa demanda a proteção de toda a coletividade de credores, poderão ser veiculados os fundamentos fáticos que dão ensejo à *disregard doctrine*, resultantes do obstáculo oposto pelos sócios e administradores à atuação da pessoa jurídica em condições de normalidade, porque estes atingem toda a coletividade de credores da sociedade”.

se como hipótese de responsabilidade societária (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 393) e permitindo-se a identificação daquele que irá cumprir a obrigação.

Abordou-se, ainda, que a culpa não é um pressuposto da desconsideração da personalidade jurídica, podendo ser reconhecida nos autos da execução, singular ou coletiva, exigindo-se o beneficiamento daquele que tenha se aproveitado, o que desborda da ação de responsabilização, prevista no art. 82 da LREF, haja vista ser espécie de responsabilização civil subjetiva, a demandar a configuração da culpa ou dolo. Não se exige propriamente o benefício, mas sim o dano ocasionado pela conduta ilícita do sócio de responsabilidade limitada, controlador ou administrador da sociedade falida, o que se pode extrair, *mutatis mutandis*, do entendimento jurisprudencial do STJ posto em linhas pretéritas (REsp 1.036.398).

Além disso, reafirma-se que o art. 82 da LREF traz um caso responsabilidade primária, com a responsabilização pessoal pelos prejuízos acarretados pela prática da conduta ilícita, como dito. Já a desconsideração da personalidade jurídica, como visto, trabalha situação de responsabilidade secundária, pois proveniente de obrigação subjacente e pertinente à pessoa jurídica, sendo consectária de previsão legal, o que traz maior segurança jurídica às tratativas negociais diuturnas.

Vale trazer à baila, pela clareza, excerto do voto do Min. Luis Felipe Salomão, proferido no REsp 1.180.191⁴⁰⁶:

[...] não há como confundir a ação de responsabilidade dos sócios e administradores da sociedade falida (art. 6º do Decreto-lei nº 7.661/45 e art. 82 da Lei nº 11.101/05) com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

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

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

[...]

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

Portanto, compreende-se, diante da distinção apontada, que a utilização do art. 82 da LREF amparava, quando muito, a instrumentalização da desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar, sendo inconfundíveis os seus pressupostos.

⁴⁰⁶ STJ, REsp 1.180.191/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05.04.2011, DJ 08.06.2011.

Com vistas ao procedimento de arrecadação e formação do ativo, além da necessidade de evitar fraudes, a Lei nº 11.101/2005 traz, em sua Seção IX, a previsão acerca da ineficácia e irrevogabilidade dos atos praticados antes da falência, regravando-os mais especificamente nos arts. 129⁴⁰⁷ e 130⁴⁰⁸, ambos da referida lei, sendo elencados atos que traduzem o desespero por parte do falido, prejudicando o tratamento igualitário entre os credores (TOMAZETTE, 2018, p. 479), em face da dissipação patrimonial diante da crise sistêmica econômico-financeira da atividade empresarial, que possivelmente estava a se prostrar.

As medidas dispostas nos arts. 129 e 130, ambos da LREF, são tidas como de conservação da garantia patrimonial dos credores (TOMAZETTE, 2018, p. 479) ou de reconstrução do patrimônio ativo do falido (PUGLIESI, 2015, p. 499), atuantes no plano da eficácia.

Nesse ponto, da eficácia, não obstante a utilização do verbo “revogar” pela LREF (art. 130), tem-se que se está a tratar de caso de ineficácia perante a massa falida, sendo válidos e existentes os negócios jurídicos entabulados (SACRAMONE, 2021, p. 545)⁴⁰⁹. O art. 129 da LREF traz os casos de ineficácia objetiva, que independem de fraude; já o art. 130 da sobredita lei dispõe sobre as hipóteses de ineficácia subjetiva, devendo-se provar a fraude (BEZERRA

⁴⁰⁷ 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.

⁴⁰⁸ 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.

⁴⁰⁹ Em complemento, interessante a exposição de Franco e Sztajn (2008, p. 168) ao sustentar, após o exame da invalidade, da ineficácia, da impugnabilidade e da inoponibilidade, que o caso é de ineficácia parcial: “[M]as a inoponibilidade deve ser sempre declarada judicialmente. Não é oponível de pleno direito. Ora, no direito anterior, a ineficácia do ato deveria ser declarada *ex officio*. Este, porém, não é o entendimento atual, posto que a norma do parágrafo único, do art. 129, da LRE, inovou, estabelecendo que a ineficácia a que se refere o *caput* pode ser declarada de ofício. Se assim é, não se pode sustentar mais a permanência da tese da inoponibilidade. Reforça esse entendimento o fato da norma do art. 131 da LRE excepcionar, mantendo a validade dos atos descritos nos incisos I a III e Vi do art. 129 quando praticados durante a recuperação judicial. Resta, portanto, a tese da ineficácia parcial”.

FILHO, 2021, p. 471). Ressalte-se que, em ambas as situações, está-se diante da ineficácia *ex tunc* em face da massa falida (CALÇAS, 2021a, p. 743).

Destacando a distinção entre as situações em epígrafe, e também tratando-as como hipótese de ineficácia *ex tunc* do negócio jurídico perante a massa falida, assim expõe Sacramone (2021, p. 545-546):

[A] primeira hipótese é a disciplinada no art. 129, cujos negócios jurídicos apontados presumirão que o contratante sabia da condição de crise do devedor e que este pretendia fraudar seus credores. Nesse caso, o reconhecimento da ineficácia objetiva, independentemente do ânimo dos agentes, poderá ser realizado de ofício pelo juízo, nos próprios autos falimentares.

A segunda hipótese versa sobre os negócios jurídicos passíveis de ação revocatória, previstos no art. 130. Ao contrário dos casos de ineficácia objetiva, exigirão demonstração do conluio fraudulento entre as partes contratantes para prejudicar os credores, e terão os elementos apreciados mediante a promoção de ação revocatória pelo interessado.

Interessa anotar, antes do exame geral das disposições legais acima, que estas têm semelhança com o art. 52⁴¹⁰ e o art. 53⁴¹¹, ambos do Decreto-lei nº 7.661/1945, ponderando-se que, sob a égide do Decreto-lei nº 7.661/1945, a ação revocatória se fazia necessária para ambas as situações, não sendo o caso de declaração de ofício da ineficácia, como previsto no art. 129, parágrafo único, da LREF⁴¹².

⁴¹⁰ Art. 52. Não produzem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção dêste fraudar credores: I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal da falência, 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 da falência, 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 da falência, tratando-se de dívida contraída antes dêste termo; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; IV – a prática de atos a título gratuito, salvo os referentes a objetos de valor inferior a Cr\$1.000,00 desde dois anos antes da declaração da falência; V – a renúncia a herança ou a legado, até dois anos antes da declaração da falência; VI – a restituição antecipada do dote ou a sua entrega antes do prazo estipulado no contrato antenupcial; VII – as inscrições de direitos reais, as transcrições de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis, realizadas após a decretação do seqüestro ou a declaração da falência, a menos que tenha havido prenotação anterior; a falta de inscrição do ônus real dá ao credor o direito de concorrer à massa como quirografário, e a falta da transcrição dá ao adquirente ação para haver o preço até onde bastar o que se apurar na venda do imóvel; VIII – a venda, ou transferência de estabelecimento comercial ou industrial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a êsse tempo existentes, não tendo restado ao falido bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, dentro de trinta dias, nenhuma oposição fizeram os credores à venda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos.

⁴¹¹ Art. 53. São também revogáveis, relativamente à massa os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com êle contratar.

⁴¹² Traz-se, aqui, trecho do voto do Min. Moura Ribeiro sobre a temática: “[A] ação revocatória prevista no Decreto-lei nº 7.661/1945 era necessária tanto para atacar os atos praticados pelo falido e discriminados no seu art. 52, como para revogar os atos fraudulentos previstos no seu art. 53, não havendo que se falar em decretação de ofício da ineficácia do negócio, tampouco por simples decisão interlocutória no juízo da falência [...]” (STJ, REsp 1.662.359/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 23.05.2017, DJ 31.05.2017).

Nessa ordem, passa-se a considerar a exposição do art. 129 da LREF, em linhas gerais, ressaltando, de logo, que a disposição normativa traz rol taxativo quanto aos atos objetivamente ineficazes, como também o art. 45, § 8º, da LSA⁴¹³, praticados antes da decretação da falência e devendo ser interpretados restritivamente (CALÇAS, 2021a, p. 743 e 748-749; TOMAZETTE, 2018, p. 480-481). Isso independe, como dito, da comprovação da intenção das partes. Assim, mesmo que de boa-fé, o contraente ficará submetido à ineficácia do negócio perante a massa falida, tendo em conta a presunção absoluta, prescrita em lei, diante da prática do ato no período suspeito (SACRAMONE, 2021, p. 546). Nesse particular, Bezerra Filho (2021, p. 471-472) destaca tal presunção quanto aos incisos I, II, e III praticados no período do termo legal, a denotar o conhecimento da impossibilidade da prática⁴¹⁴.

Para além da desnecessidade da intenção fraudulenta ou conluio entre os contraentes (*consilium fraudis*), igualmente, não se perquire propriamente a comprovação do dano (*eventos damni*), que é presumido (CALÇAS, 2021a, p. 743), ressaltando-se que os atos praticados na forma do plano de recuperação judicial, mais precisamente dispostos nos incisos I, II, III e VI do *caput* do art. 129 da LREF, não serão declarados ineficazes, conforme o art. 131 da Lei nº 11.101/2005⁴¹⁵, conquanto haja posicionamento relativo à imprecisão desse dispositivo legal – seja quanto à utilização de vocábulo a tratar da ineficácia subjetiva, seja porque não cabe a manutenção de ato fraudulento, mesmo com previsão no plano (COELHO, 2021c, n. p.).

A análise das disposições específicas desborda dos lindes do presente trabalho, pelo que se avança ao aspecto procedimental. Aqui, mencione-se a necessidade de declaração judicial da ineficácia, demonstrando-se os elementos caracterizadores (SACRAMONE, 2021, p. 547; FRANCO, SZTAJN, 2008, p. 168). Pode ser alegada em defesa, pleiteada em ação própria – a declaratória de ineficácia (BEZERRA FILHO, 2021, p. 471 e 478) –, incidentalmente no curso do processo e, até mesmo, declarada de ofício pelo magistrado, nos moldes do art. 129,

⁴¹³ Art. 45. [*omissis*]

§ 8º Se, quando ocorrer a falência, já se houver efetuado, à conta do capital social, o reembolso dos ex-acionistas, estes não tiverem sido substituídos, e a massa não bastar para o pagamento dos créditos mais antigos, caberá ação revocatória para restituição do reembolso pago com redução do capital social, até a concorrência do que remanescer dessa parte do passivo. A restituição será havida, na mesma proporção, de todos os acionistas cujas ações tenham sido reembolsadas. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

⁴¹⁴ Quanto ao ponto, da presunção absoluta, releva anotar a posição acerca da possibilidade de presunção relativa, embora se reconheça a atipicidade, assim expondo Azzoni (2017, p. 121-122): “[N]o entanto, parece-nos que essa presunção de dano à massa falida não é absoluta e sim *relativa (juris tantum)*, de modo que poderá ser afastada em situações específicas, nas quais não houve nenhum efetivo prejuízo financeiro à massa falida e desde que não tenha configurado violação à *par conditio creditorum*. [...]. Essa situação, todavia, é atípica e não correspondente ao que ocorre usualmente nas falências de sociedades empresárias [...]”.

⁴¹⁵ Art. 131. Nenhum dos atos referidos nos incisos I, II, III e VI do *caput* do art. 129 desta Lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial ou extrajudicial será declarado ineficaz ou revogado. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

parágrafo único, da LREF, sendo tido como legitimados ativos os credores, o administrador judicial e o Ministério Público (CALÇAS, 2021a, p. 750).

Consigne-se que, caso seja proposta a ação declaratória de ineficácia, o pleito será julgado por sentença, sendo cabível o recurso de apelação. Em sendo formulado o pedido incidentalmente ou se houver o reconhecimento de ofício, ambos nos autos da falência, haverá de ser proferida uma decisão interlocutória, passível de agravo de instrumento (SACRAMONE, 2021, p. 548). De todo modo, será necessária a observância da ampla defesa e do contraditório, com vistas a evitar nulidades (CALÇAS, 2021a, p. 750), mesmo que de forma diferida, sendo relevante o poder de influenciar, com argumentos, o convencimento do julgador, o que também se aplica aos legitimados passivos, que são “[t]odos os que figuraram no ato ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados, contra seus respectivos herdeiros ou legatários” (CALÇAS, 2021a, p. 750).

Quanto à legitimidade passiva do terceiro adquirente, nos casos de ineficácia objetiva, comunga-se do entendimento de que estão sujeitos quando participem de negócio jurídico a título gratuito (TOMAZETTE, 2018, p. 492). Todavia, é preciso analisar a situação do terceiro adquirente de boa-fé, porquanto a massa falida poderá, por meio da ação indenizatória em face do vendedor, buscar o valor adimplido com a avença, inclusive pleiteando a tutela provisória de urgência visando à indisponibilidade do numerário, o que, a um só tempo, preserva a relação negocial e propicia maior solvabilidade para a arrecadação, malgrado se reconheça a possibilidade de propositura, já que a ineficácia é objetiva e ampla (CAMPINHO, 2022, p. 407).

Pontue-se, ainda, que os pedidos incidentais e a dita ação declaratória de ineficácia tramitarão perante o Juízo falimentar, com alicerce na universalidade e na indivisibilidade, seguindo, quanto a sobredita ação, o procedimento comum (TOMAZETTE, 2018, p. 492).

O ato judicial de declaração de ineficácia do ato, para os casos do art. 129 da LREF, fará com que os sujeitos retornem ao estado anterior ao negócio entabulado, na forma do art. 136 da Lei nº 11.101/2005⁴¹⁶, diante da eficácia *ex tunc* perante a massa, não beneficiando o devedor, porquanto haverá a arrecadação dos bens (SACRAMONE, 2021, p. 564). Com lastro no art. 135⁴¹⁷ da multicitada lei, Tomazette (2018, p. 493) sustenta, em aplicação analógica, a

⁴¹⁶ Art. 136. Reconhecida a ineficácia ou julgada procedente a ação revocatória, as partes retornarão ao estado anterior, e o contratante de boa-fé terá direito à restituição dos bens ou valores entregues ao devedor.

§ 1º Na hipótese de securitização de créditos do devedor, não será declarada a ineficácia ou revogado o ato de cessão em prejuízo dos direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador.

§ 2º É garantido ao terceiro de boa-fé, a qualquer tempo, propor ação por perdas e danos contra o devedor ou seus garantes.

⁴¹⁷ Art. 135. A sentença que julgar procedente a ação revocatória determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor de mercado, acrescidos das perdas e danos.
Parágrafo único. Da sentença cabe apelação.

possibilidade de opção, pelo terceiro – acresça-se, de boa-fé –, pela restituição em espécie ou o pagamento do valor de mercado do bem, já que a restituição se dará para além do quadro geral de credores, sem prejuízo da propositura da ação de perda e danos contra o devedor ou seus garantes, restando ao terceiro de má-fé a habilitação do valor como crédito quirografário, evitando-se o locupletamento ilícito da massa falida (SACRAMONE, 2021, p. 564).

No que concerne ao prazo para arguição ou para a declaração de ofício da ineficácia objetiva, em face da ausência de previsão legal, compreende-se que poderá ser declarada até o trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações (LREF, art. 159), já que, a partir de então, não mais haverá interesse processual para tanto (BEZERRA FILHO, 2021, p. 483), não obstante exista posicionamento pela aplicação do prazo disposto para a ação revocatória (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 169-170).

Por seu turno, o art. 130 da LREF traz a previsão da ineficácia subjetiva, na qual há necessidade da comprovação do *consilium fraudis* (conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro) e do *eventus damni* (efetivo prejuízo sofrido pela massa falida), a serem comprovados no trâmite da ação revocatória. É ônus do autor a demonstração do elemento subjetivo (intenção de prejudicar), sendo este passível de revelação indireta, tendo em mira as limitações quanto ao estado real das partes (CALÇAS, 2021a, p. 750-751; TOMAZETTE, 2018, p. 495), nada obstando, como sustentado, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova (CPC/15, art. 373, § 1º).

Consigne-se que o efetivo prejuízo (*eventus damni*), igualmente, deverá ser comprovado, sendo, portanto, efetivo. O dano deverá estar correlacionado com a avença encetada, provando-se, assim, o nexu causal (SACRAMONE, 2021, p. 557). Ainda, a insolvência do devedor e o decreto de falência já estão a indicar o prejuízo, malgrado exista a possibilidade da comprovação, pelo réu, da ausência daquele, o que implicará a improcedência do pedido da ação revocatória (BEZERRA FILHO, 2021, p. 479).

Como cediço, a ação revocatória confere proteção aos interesses da massa falida, primando pela escorreita arrecadação dos bens, tendo a LREF, em seu art. 132⁴¹⁸, conferindo legitimidade ativa para o administrador judicial, os credores e o Ministério Público. Trata-se de hipótese de legitimidade extraordinária, já que os interesses em liça são os da massa falida, conquanto caracterizada a legitimidade concorrente (TOMAZETTE, 2018, p. 496; SACRAMONE, 2021, p. 558).

⁴¹⁸ Art. 132. A ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei, deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência.

Ainda nessa linha, anote-se que o devedor falido, empresário individual ou sociedade empresária, ou seus sócios não têm legitimidade para a propositura da ação revocatória, podendo, contudo, a sociedade falida intervir no processo falimentar, nos moldes do art. 103, parágrafo único, da LREF (CALÇAS, 2021a, p. 752-753).

O art. 132 da LREF prevê, ainda, o prazo de três anos, contados da decretação da falência, para a propositura da ação revocatória. Trata-se de prazo decadencial, que não se interrompe ou se suspende, incidindo caso não tenha havido o trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações do falido (BEZERRA FILHO, 2021, p. 482; SACRAMONE, 2021, p. 559).

Os legitimados passivos, por sua vez, estão descritos no art. 133 da LREF, quais sejam: (i) todos que figuraram no ato ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados; (ii) os terceiros adquirentes, se tiverem conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores; e, por fim, (iii) os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas nos itens antecedentes.

Acresça-se que há posicionamento pela ocorrência de litisconsórcio passivo necessário entre o falido e os contratantes (SACRAMONE, 2021, p. 560). Porém, como o que se busca é a reestruturação da própria massa falida, não se vislumbra razão para a propositura em face do falido com a decretação da falência, sendo passível sua intervenção nos moldes do art. 103, parágrafo único, da LREF (AZZONI, 2017, p. 332-333; TOMAZETTE, 2018, p. 496-497; PACHECO, 2007, p. 322).

Nesse ponto, do polo passivo, destaque-se a situação do terceiro adquirente, que deverá ter conhecimento do intento do devedor em prejudicar os credores quando da realização da avença, não prejudicando, portanto, os que atuaram de boa-fé, que sequer figurarão na ação revocatória (SACRAMONE, 2021, p. 561; CALÇAS, 2021a, p. 753). Não se descure, por óbvio, da possibilidade de conluio do devedor com outrem, o que estará a ser desnudado na seara probatória (BEZERRA FILHO, 2021, p. 484-485).

No que se refere à competência, a ação revocatória será proposta perante o Juízo falimentar, em observância ao princípio da universalidade e da indivisibilidade, observando-se o procedimento comum do CPC/15, nos termos do art. 134 em compasso com o art. 76, ambos da LREF (COSTA; MELO, 2021, p. 280; CALÇAS, 2021a, p. 754).

Com a adoção do procedimento comum, o demandante deverá observar os ditames do art. 319 do CPC/15, trazendo a fundamentação fática e jurídica atinente ao pleito de ineficácia, apontando-se a respectiva pecha ao negócio jurídico, com vistas à observância do princípio da contraditório em sua inteireza, a ser exercido com a apresentação da contestação, sem

necessidade de designação de anterior audiência de conciliação (TOMAZETTE, 2018, p. 498), o que poderá ser proposto pelos sujeitos parciais ou, até mesmo, fomentado quando do início de eventual assentada instrutória, quando então será julgado o pleito autoral por sentença. Desta caberá a interposição do recurso de apelação a ser recebido em seu duplo efeito (BEZERRA FILHO, 2021, p. 486).

Em sendo julgado procedente o pedido, o magistrado determinará o retorno dos bens em espécie à massa falida, englobando seus acessórios, ou, não sendo possível, o valor de mercado com acréscimo das perdas e danos, como consectário da ineficácia da relação negocial perante a massa falida, consoante o art. 135 da LREF. Com isso, embora mantidos os efeitos entre os contraentes, os bens poderão ser arrecadados, mesmo estando em posse de terceiros, pois não houve desvinculação da propriedade daqueles. Poderão regressar, já que há uma opção conferida ao réu por restituir o valor de mercado, o que pode vir a ser mais produtora para ambos, sem prejuízo do pagamento das perdas e danos, caso reconhecido no bojo da demanda (SACRAMONE, 2021, p. 562-563; TOMAZETTE, 2018, p. 498).

No tocante à procedência do pedido da ação revocatória, as partes retornarão ao estado anterior ao negócio concretizado, nos moldes do art. 136 da LREF, observando-se a eficácia retroativa perante a massa falida. Recobre-se que ao terceiro de boa-fé será possibilitada a restituição em espécie dos valores ou bens, não necessitando habilitar-se no quadro geral de credores. Impõe-se a ao terceiro de má-fé a habilitação do valor como crédito quirografário para que não haja o enriquecimento ilícito da massa falida (SACRAMONE, 2021, p. 564), ressalvando-se a securitização de créditos, que se manterá hígida, propiciando maior segurança ao mercado diante da prévia emissão e aquisição dos valores mobiliários (TOMAZETTE, 2018, p. 500; CALÇAS, 2021a, p. 756).

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de concessão da medida cautelar de sequestro, com caráter preventivo, com o intuito de resguardar o patrimônio do devedor que esteja em poder de terceiros em virtude do negócio entabulado. Diferentemente da ineficácia objetiva, deverá haver, aqui, o pleito do autor da ação revocatória, nos moldes do art. 137 da LREF⁴¹⁹, o que se coaduna com a atual disposição do CPC/15, considerando a necessidade da exposição da argumentação fática a emoldurar a situação correlata para o deferimento da tutela provisória, preenchidos os requisitos postos no diploma processuale possibilitando-se o contraditório diferido.

⁴¹⁹ Art. 137. O juiz poderá, a requerimento do autor da ação revocatória, ordenar, como medida preventiva, na forma da lei processual civil, o seqüestro dos bens retirados do patrimônio do devedor que estejam em poder de terceiros.

Além disso, nas situações de ineficácia objetiva e subjetiva, existe a possibilidade da declaração a envolver o negócio jurídico lastreado em ato judicial, visto que, uma vez reconhecida a ineficácia daquele, inevitavelmente a sentença que nele se alicerçou sofrerá o influxo, não produzindo efeitos perante a massa falida, pelo que não se trata propriamente de rescisão. Pontue-se que as avenças com lastro no plano de recuperação, judicial e extrajudicial, serão mantidas, consoante previsão do art. 138 da Lei nº 11.101/2005⁴²⁰ (CALÇAS, 2021a, p. 758; SACRAMONE, 2021, p. 566-567).

Com essa breve apresentação atinente à ineficácia objetiva e à ação revocatória, percebe-se a distinção dos objetivos tracejados por estas e pela aplicação da teoria da desconsideração, já que nesta se pretende a responsabilização patrimonial daquele que atuou em desvio de finalidade ou confusão patrimonial, de modo a ressoar a utilização abusiva da personalidade jurídica, tida como escudo protetivo para iniquidades, que será superado episodicamente no caso concreto com a aplicação da teoria.

Em verdade, a ação revocatória mais se aproxima da ação pauliana, tendo em mira a fraude contra credores, tanto é assim que se diz que a demanda falimentar seria, diante das presunções, uma especialização da ação pauliana (CAHALI, 2002, p. 697). Assim complementa Cahali (2002, p. 698):

[...] aproveitando os materiais da ação pauliana, o direito comercial construiu o instituto da revogação dos atos do devedor na falência; para esse fim teve de, em pontos substanciais, modificar as normas do direito civil, pois a falência cria um estado de coisas que torna fácil a prova de fraude e coloca a massa não só em frente ao terceiro com quem o devedor tratou, como em frente ao credor singular que porventura iludira a soberana lei da igualdade.

Daí que não se pode esquecer da ponderação de Lima (1965, p. 31), ao expor que: “[O] ato fraudulento [...] não é uma aparência, um ‘fantasma’, mas um ato desejado e real, tal como se apresenta [...]”. O que só ressalta a necessidade de atenção quando da utilização das medidas à disposição no ordenamento jurídico para escoimá-lo.

Pela pertinência, traz-se à colação excerto do voto do Min. Luis Felipe Salomão no REsp 1.180.191/RJ⁴²¹, no qual estabeleceu distinções concernentes à ação pauliana, à ação revocatória e à desconsideração da personalidade jurídica:

⁴²⁰ Art. 138. O ato pode ser declarado ineficaz ou revogado, ainda que praticado com base em decisão judicial, observado o disposto no art. 131 desta Lei.

Parágrafo único. Revogado o ato ou declarada sua ineficácia, ficará rescindida a sentença que o motivou.

⁴²¹ Sublinhe-se, ainda, a existência de julgado outro pertinente à situação em apreço: STJ, REsp 1.180.714/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05.04.2011, DJ 06.05.2011.

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

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

[...]

Os atos praticados pelo devedor em detrimento de credores, se decretada a falência daquele, podem ser desfeitos nos termos dos arts. 52 e 53 do Decreto-lei nº 7.661/45, parcialmente correspondentes aos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101/05.

[...]

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

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

[...]

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

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

A primeira (revocatória) visa ao reconhecimento de ineficácia de determinado negócio jurídico tido como suspeito, e a segunda (pauliana) à invalidação de ato praticado em fraude a credores, servindo ambos os instrumentos como espécies de interditos restitutórios, no desiderato de devolver à massa, falida ou insolvente, os bens necessários ao adimplemento dos credores, agora em igualdade de condições [...].

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

Percebe-se, assim, a diversidade dos mecanismos de tutela ao crédito, diante das particulares características que os divisam – seja quanto aos pressupostos, seja quanto aos efeitos consequenciais.

Há, ainda, distinções outras de caráter procedimental, a exemplo da forma de utilização, dos legitimados, do reconhecimento de ofício, se considerado, sobretudo, que a desconsideração da personalidade jurídica é empregada, no processo falimentar, por intermédio da remissão às disposições normativas do CPC/15 e do CC/02, técnica legislativa que tende a deixar lacunas, como no caso presente.

Portanto, pela abordagem atinente à ação revocatória em cotejo com o que até aqui foi dito acerca da desconsideração da personalidade jurídica, resta assente que as medidas em voga não se confundem, conquanto componham o sistema de tutela ao crédito concursal, juntamente com a extensão da falência e a ação de responsabilização.

Evoluindo para o exame da desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar, faz-se de rigor, mesmo que em linhas gerais, questionar a aplicabilidade da teoria ao procedimental da recuperação judicial.

Como asseverado quando de sua conceituação, a recuperação judicial não se confunde com a falência, pautando-se em viabilizar a superação da crise econômico-financeira da empresa, permitindo a manutenção da atividade sem o afastamento das atividades negociais, com vistas à preservação da empresa e à promoção de sua função social, conforme dispõe o art. 47 da LREF.

Quando da alteração da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020, a inserção da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica se fez expressa no tocante à sociedade falida, como se verifica da redação do art. 82-A, não se podendo falar em interpretação extensiva de uma teoria designadamente excepcional.

Por óbvio, a discussão atinente à aplicabilidade da teoria da desconsideração não era novidade, não obstante os debates pertinentes à procedimentalização e ao espectro do direito material a ser utilizado.

Com a novel alteração legislativa, entende-se que o legislador fez uma opção clara ao não prever o ajustamento da teoria da desconsideração na recuperação judicial. Diz-se isso porque, ao amparar a aplicação no processo falimentar, o art. 82-A da LREF se apoia no art. 50 do CC/02, que traz como pressupostos, para a caracterização do abuso da personalidade jurídica, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

Tem-se que, configurado algum desses pressupostos, poderá restar configurada a prática de atos falimentares, nos termos do art. 94, III, da LREF, sem descuidar do fato de que aquele que quer dar continuidade à atividade empresarial não deve deliberadamente utilizar meios escusos, descumprindo, por via transversa, o plano de recuperação judicial com caráter negocial predominante.

Pondere-se, ainda, que se estaria a criar uma possível inclusão de pessoas naturais na recuperação judicial, o que vai de encontro ao art. 1º da LREF, não havendo, até então, construção legal que sustente tal proceder, mesmo que se cogitasse a hipótese de consolidação substancial, a denotar que mais oportuno seria, com o preenchimento de moldura normativa, a convação em falência dos devedores em consolidação substancial.

Nessa senda, da impossibilidade, mencione-se o enunciado nº 480 da Súmula do STJ⁴²², na qual se expressa a ausência de competência do Juízo da recuperação judicial para decidir

⁴²² Súmula nº 480 do STJ: “O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”.

sobre bens não abarcados pelo plano de recuperação, podendo ser tratado como exceção ao princípio da universalidade, em se considerando sua aplicação nesse particular. E, não estando o bem submetido ao plano de recuperação, nada obsta que venha a ser intentada a medida judicial pertinente perante o Juízo competente, preservando-se a celeridade e a regularidade do procedimento recuperacional.

Com efeito, acredita-se que exista, diante da recente alteração legislativa, uma opção legítima do legislador ou, quando muito, um silêncio eloquente, com alicerce na natureza da recuperação judicial, sendo as medidas de tutela ao crédito, aqui discutidas, dispostas para o âmbito falimentar.

Inclusive, nesse ponto, Guimarães (2022, p. 66-67) enfatiza que tais medidas (LREF, arts. 81, 82, 82-A, 129 e 130) são incompatíveis com a finalidade da recuperação judicial, sendo de aplicabilidade restrita aos casos de falência, ressaltando o custo de transação perante o risco assumido, em face do procedimento disposto para tanto, e considerando-se a insegurança jurídica do desvirtuamento do processo de reestruturação. Por fim, destaca-se a inutilidade da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial, já que os bens potencialmente atingidos trariam benefício apenas ao credor postulante, diante da inexistência da massa falida, o que destoaria da eficiência pretendida (GUIMARÃES, 2022, p. 71).

Destarte, compreende-se que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no processo de recuperação judicial está a indicar disfunções que desbordam das finalidades pretendidas pela reestruturação, podendo, inclusive, apontar para possível hipótese de convação em falência. O legislador optou, legitimamente, pela inaplicabilidade, diante da utilização de meios outros disponíveis, inclusive não abrangidos pelo Juízo da recuperação de empresas⁴²³.

⁴²³ Em sentido similar, traz-se julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: Recuperação judicial. Incidente de desconsideração de personalidade jurídica de recuperanda, objetivando ver reconhecido grupo de fato, integrado pela devedora e terceiros, com abuso de personalidade jurídica de seus membros, de forma a responsabilizá-los todos pelo passivo da recuperação judicial. Incidente extinto liminarmente, sem resolução de mérito. Agravo de instrumento da requerente. A previsão legal de consolidação substancial não importa na possibilidade de desconsideração de personalidade jurídica em recuperação judicial. “Na recuperação judicial de grupo, a consolidação, diferentemente do que ocorre na desconsideração, não busca a satisfação de um específico crédito e não atinge os administradores, mas, para os fins de saneamento da atividade e recuperação da empresa viável, visa a olhar para a empresa plurissocietária tal qual ela efetivamente se realiza. Se isso envolve, por confusão patrimonial ou desvio de finalidade, a atuação dessas sociedades como se só de uma se tratasse, então também assim a recuperação judicial tratará as devedoras para os fins específicos de reorganização empresarial e de reestruturação do passivo a ela sujeito.” (SHEILA NEDER CERZETTI). Requerente que, de todo o modo, careceria de interesse processual. Ausência de previsão legal da extensão dos efeitos da recuperação judicial nos moldes requeridos. Tivesse o legislador assim desejado, poderia ter incluído a possibilidade, como o fez para o procedimento falimentar (art. 82-A da Lei 11.101/2005, introduzido pela Lei 14.112/2020). Descabimento, ademais, de aplicação subsidiária dos arts. 133 a 137 do CPC em recuperação judicial. Incompatibilidade principiológica: enquanto a recuperação judicial é

Com a abordagem por meio da correlação dos institutos, pretendeu-se, a um só tempo, trazer uma visão relacional dos temas e explicitar brevemente pontos distintivos, já que os critérios fundacionais da teoria da desconsideração, substancial e formalmente, foram abordados em tópicos anteriores com maior vagar, o que se fez necessário diante da técnica utilizada quando da elaboração da Lei nº 14.112/2020.

Quando da introyeção dessa lei, como dito, optou-se por amoldar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar, com lastro no regramento do CC/02 e do CPC/15.

Por certo, tal formulação se baseia nos questionamentos anteriores, desde o debate acerca da aplicabilidade das teorias da desconsideração (menor e maior) até a forma como seria concretizada processualmente – seja pela via incidental, seja pela ação autônoma –, o que seguramente promoveu o imbricamento entre figuras distintas do sistema de tutela ao crédito concursal. Daí a importância da introdução do art. 82-A da Lei nº 11.101/2005, que vem, na medida das limitações das atividades legislativas, fixar parâmetros próprios a efetivação da medida intentada.

Nessa toada, o parágrafo único do art. 82-A da LREF veio esclarecer que a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida deverá observar o art. 50 do CC/02 e, no aspecto processual, o CPC/15, salvante quanto a este no tocante à suspensão prescrita no art. 134, § 3º.

Da leitura da disposição normativa sobredita, constata-se, na seara substancial, que deverá ser adotada a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica – seja na vertente subjetiva, seja na vertente objetiva –, já que albergada pelo art. 50 do CC/02, notadamente após as alterações da Lei da Liberdade Econômica (LLE).

procedimento predominantemente de jurisdição voluntária, orientado para homologação judicial de negócio jurídico-processual envolvendo o juiz e os interessados, a desconsideração de personalidade jurídica é procedimento típico de jurisdição contenciosa, pois objetiva a extensão da responsabilidade patrimonial para terceiros para satisfação de pretensão resistida pelo devedor originário. Inconveniência da admissão de incidentes de jurisdição contenciosa não previstos em lei no âmbito do processo recuperacional, no qual “há que se ter bastante rigor com a organização dos respectivos atos e com o respectivo encadeamento, sob pena de se comprometer a própria efetividade respectiva” (FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e FELIPE VIEIRA BATISTA). Argumento em torno de recente enunciado do Grupo de Câmaras Empresariais deste TJSP, fundado na efetividade processual (“É descabida a discussão, em habilitação ou impugnação de crédito em recuperação judicial ou falência, da validade de cláusulas do contrato que deu origem ao crédito, que deve ser travada nas vias ordinárias.”). Inexistência de Juízo universal de recuperação judicial. Súmula 480/STJ (“O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.”). Não cabe ao Juízo da recuperação deliberar acerca de incidente que terá o efeito de, em sendo julgado procedente, importar patrimônio de terceiros ao processo de insolvência coletiva. [...] (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2144067-92.2021.8.26.0000, rel. Des. César Ciampolini, 1ª CRDE, j. 07.12.2021, DJ 13.12.2021).

Para tanto, diante da concepção da teoria maior (CC/02, art. 50), far-se-á necessária a delimitação do abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, de modo a robustecer a prevalência da autonomia patrimonial nas relações civis e empresariais, sedimentando, assim, o caráter excepcional da teoria da desconsideração.

Além disso, como observado, tendo em conta a restrição aos efeitos de certas e determinadas relações de obrigações, a desconsideração deverá estar limitada àqueles que se beneficiaram direta ou indiretamente pela caracterização do abuso, de modo a trazer o liame entre os efeitos e o alcance subjetivo.

Ainda, em compasso com a opção do art. 50 do CC/02, o art. 82-A, parágrafo único, da LREF dispõe que a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida se dará para fins de responsabilização, estabelecendo-se a conexão com a responsabilidade patrimonial, sem, contudo, obstar o suprimento de lacunas pela atividade interpretativa, como expõe Salomão Filho (2019, p. 388).

Nesse ponto, traz-se a digressão do Min. Marco Aurélio Bellizze, exposta no voto pertinente ao REsp 1.455.636⁴²⁴:

[N]ota-se, portanto, que a aplicação da *disregard doctrine*, no âmbito do procedimento falimentar tal qual sua aplicação no direito civil, tem por finalidade estender a responsabilidade para aqueles que estariam, por lei, *a priori*, excluídos da responsabilização, mas que, no momento do levantamento em razão da autonomia do ente coletivo, são identificados na fotografia da realidade empresarial.

[O] instituto nascido da *disregard doctrine* tem o condão de ampliar a responsabilização pelos atos praticados, mas não de desconstituí-los por meio de uma substituição virtual e pretérita dos partícipes da relação contratual, para imposição de requisitos essenciais a terceiros (grifos do original).

Vale rememorar que a responsabilidade patrimonial, buscada com a teoria da desconsideração, diz com os casos de responsabilidade sem obrigação, de modo a caracterizá-

⁴²⁴ RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ESSENCIAL. [...]. 5. APRESENTAÇÃO DE CND DE SÓCIA CONTROLADORA. EXIGÊNCIA DECORRENTE DE POSTERIOR DECRETO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA DA SÓCIA CONTROLADORA. RETROATIVIDADE LIMITADA À EXTENSÃO DOS EFEITOS DA QUEBRA. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. [...]. 4. A desconsideração da personalidade jurídica para fins de extensão dos efeitos da quebra objetiva ampliar a responsabilização civil dos sócios e empresas de um mesmo grupo empresarial, incluindo no procedimento falimentar o patrimônio existente no momento do decreto de falência e impondo a eles a suspeição decorrente da fixação judicial do termo legal de falência. 5. O levantamento temporário e momentâneo do véu da autonomia empresarial não acarreta alteração dos atos praticados, tampouco resulta na imposição retroativa de requisitos essenciais à validade de atos e negócios concluídos pelas regras vigentes a seu tempo, salvo nas hipóteses de alegada fraude. 6. Recurso especial provido. Recurso adesivo prejudicado (STJ, REsp 1.455.636/GO, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 19.06.2018, DJ 28.06.2018).

la como hipótese de responsabilidade secundária, porquanto preexistente e desconectada daquela do sócio ou do administrador, não sendo a ilicitude promovida por estes suficiente em si para a alteração da obrigação existente. Assim, deve-se trilhar a efetivação da teoria da superação como meio a reforçar a estabilidade da relação negocial malferida e a destacar a pessoa jurídica como centro autônomo de direitos e obrigações.

Ainda nessa perspectiva, do direito material, há de se atentar ao cuidado necessário com a utilização de expressões vagas e genéricas pelo art. 50 do CC/02, o que trará maior margem para a atuação do intérprete, como já aludido, só que agora na seara do direito falimentar, observando-se suas particularidades, em face da multicitada técnica de remissão.

De outro vértice, pode ser dito que a previsão atinente à aplicação do IDPJ, consoante o art. 82-A, parágrafo único, da LREF, vem a trilhar o caminho da segurança procedimental, estabelecendo o norte a ser seguido e, com isso, possibilitando a efetiva aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, o que vinha sendo uma preocupação diuturna.

Nesse ponto, vale dizer que, ainda sob a vigência do CPC/73, a desconsideração da personalidade jurídica vinha sendo aplicada de modo incidental, a denotar a desnecessidade da propositura de ação autônoma, como referenciado, inclusive no âmbito do processo falimentar, conforme exposto em outras linhas, mais precisamente ao mencionar o REsp 1.954.015 e o REsp 1.943.831.

Com a instrumentalização do IDPJ pelo CPC/15, traz-se a segurança jurídica pretendida nas relações com os terceiros potencialmente envolvidos com o abuso da personalidade jurídica, que se manifestarão em contraditório prévio, possibilitando efetividade na responsabilização patrimonial, acaso configurados os pressupostos de direito material, pela fiel observância ao devido processo legal.

Todavia, anote-se que a Lei nº 14.112/2020, ao inserir o art. 82-A na LREF, trouxe uma necessária adaptação ao processo falimentar, visto que a suspensão do curso do processo, prevista no art. 134, § 3º, do CPC/15, não é aplicável, o que coaduna com a celeridade pretendida com a execução coletiva concursal e pode ser extraído da dicção do art. 189 da Lei nº 11.101/2005.

Nessa linha, Bezerra Filho (2021, p. 359 e 361) acresce que a não suspensão deriva a necessidade de atender ao interesse da coletividade de credores com a tomada de diversas obrigações simultâneas, sendo a localização e a arrecadação dos bens buscada pela desconsideração da personalidade jurídica, um dos ângulos do processo falimentar.

Para além, saliente-se, observada a técnica legislativa da remissão, que o CPC/15 não dispôs sobre o direito material aplicável, prevendo, em seu art. 133, § 1º, que deverão ser

atendidas as regras materiais pertinentes ao ramo do Direito. Assim, faz-se necessária a atenção para a aplicação dos ditames da Lei nº 11.101/2005, juntamente com as disposições normativas específicas correlatas ao caso, equacionando-se, pela via interpretativa, a aplicação sistemática.

Vê-se, nesse passo, que, não obstante o avanço, a formatação do enunciado normativo (LREF, art. 82-A) não foi a mais adequada, pois, mesmo alicerçado em diplomas anteriores, fixou-se mais em destacar a impossibilidade da extensão da falência ao sócio de responsabilidade limitada do que propriamente a trazer os complementos pertinentes à aplicação da teoria da superação, potencializando, por meio da propagação de lacunas, as intempéries da atividade interpretativa em face da legalidade estrita.

Dito isso, e evoluindo a análise da teoria no âmbito falimentar, rememore-se que, no atual contexto legislativo, não há que se falar em extensão da falência quando presentes os pressupostos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (RODRIGUES FILHO, 2021, p. 51), quando muito se podendo falar na extensão da responsabilidade patrimonial, e não do *status* de falido (TOMAZETTE, 2021, p. 105).

Trilhando a senda do processo falimentar, inicia-se a problemática atinente a uma suposta limitação da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida apenas pelo Juízo falimentar.

Compreende-se que a redação do parágrafo único do art. 82-A da LREF não dá azo a tal restrição. Isso porque, ao enunciar a aplicação da teoria da superação, quanto à sociedade falida, a disposição normativa expressa que o Juízo falimentar apenas poderá aplicar a sobredita teoria com lastro no art. 50 do CC/02 e utilizando-se do procedimental previsto no CPC/15.

É preciso observar a força normativa do art. 76 da LREF em compasso com as exceções prescritas na mesma lei, como também para preservar a competência estabelecida na CF/88, o que não diz com a não observância aos princípios da indivisibilidade e da universalidade.

Elucidando, basta pensar no caso das reclamações trabalhistas, com processamento perante a Justiça do Trabalho (CF/88, art. 114), e que tramitarão na justiça especializada até a apuração do respectivo crédito (LREF, art. 6º, § 2º). Até o accertamento do crédito, a ser habilitado no Juízo falimentar, o feito deverá ter sua tramitação pelo impulso oficial, sendo possível a utilização do desconhecimento da pessoa jurídica, podendo, inclusive, determinar-se a reserva da importância (LREF, art. 6º, § 3º).

Nessa linha, o TST reconheceu, nos casos de decretação da falência da executada, a competência da Justiça do Trabalho para julgar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, suplantando o entendimento do acórdão regional, na qual fora externada a

impossibilidade para o prosseguimento de qualquer medida executória com lastro no art. 82-A da LREF⁴²⁵.

Faz-se oportuno, aqui, demarcar a aplicação ora sustentada. Quer-se dizer que a possibilidade refere-se ao dito acerto, a liquidez do valor, cabendo posteriormente a inserção no quadro geral de credores, sem que se impeçam os atos correlatos para tanto e sem prejuízo do eventual controle de atos constitutivos pelo Juízo falimentar, o qual poderá, com vistas à otimização, trilhar a via da cooperação judicial⁴²⁶.

Assim é que caberá ao Juízo falimentar, ao aplicar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, pautar-se pelo art. 50 do CC/02, com lastro na teoria maior, o que é corroborado pelo art. 6º-C da LREF, não se devendo falar em exclusividade para tal mister (BEZERRA FILHO, 2021, p. 361-362; TOMAZETTE, 2021, p. 105).

De sua vez, mencione-se a ausência de previsão específica concernente à legitimidade ativa na Lei nº 11.101/2005, o que resvala, uma vez mais, na técnica implementada, possibilitando ao intérprete uma construção contextual.

Nessa ordem, o CPC/15 prevê, em seu art. 133, *caput*, que o IDPJ deverá ser instaurado a pedido da parte ou, em sendo o caso, do Ministério Público, quando cabível sua intervenção, o que se coaduna com o quanto disposto no art. 50, *caput*, do CC/02.

Compreende-se que o vocábulo “parte” fora utilizado em sentido amplo, demandando sua delimitação em conformidade com a relação jurídica de direito material em testilha, o que perpassa, aqui, pelas disposições do CC/02 e da Lei nº 11.101/2005. Por esse motivo, pode ser considerado parte credora ou apenas credor, buscando o direito que lhe é próprio.

Além disso, em compasso com o princípio dispositivo (CPC/15, art. 2º), entende-se que não está autorizada aplicação de ofício pelo magistrado, diante da adoção, pela Lei nº 11.101/2005, do procedimental previsto no CPC/15, o que vem a reforçar a preservação de imparcialidade do julgador.

Conquanto não se desconheça a posição pela utilização *ex officio* em face do direito material em que se lastreia (MARINONI; SILVA, 2015, p. 459), tem-se que tal proceder iria

⁴²⁵ Traz-se o excerto do voto da Relatora: “[n]a hipótese de decretação de falência ou de recuperação judicial de empresa executada, a Justiça do Trabalho tem competência para julgar pedido de desconsideração da personalidade jurídica, para fins de redirecionar a execução contra os bens dos sócios da empresa executada, haja vista que os bens dos sócios não se confundem com os bens da devedora principal. [...]” (TST, RR-114-70.2020.5.06.0413, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, j. 22.06.2022, DJ 24.06.2022).

⁴²⁶ Sobre o tema, traz-se passagem do voto da Min. Maria Isabel Gallotti: “[n]ão configura violação ao juízo atrativo da falência e da recuperação judicial o prosseguimento, perante a Justiça do Trabalho, de execuções contra sócios não atingidos pelo plano de recuperação ou pela decretação da falência, tendo em vista que, nesses casos, o patrimônio da empresa falida ou em recuperação não está sendo alvo de constrição.” (STJ, AgInt nos EDcl no CC 172.193/MT, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, j. 30.03.2021, DJ 13.04.2021).

de encontro, no âmbito falimentar, à adoção da teoria maior da desconsideração, que foi albergada pelo art. 50 do CC/02, com a inserção dos propósitos da Lei nº 13.874/2019, na qual fora explicitada a necessidade de requerimento.

Com isso, perfaz-se o entendimento pela legitimidade ativa dos credores, do administrador judicial (LREF, art. 22, III, *l, n e o*) e do Ministério Público.

Aqui, diante da lacuna da Lei nº 11.101/2005, entremostra-se uma possível discussão acerca da legitimidade dos credores e do Ministério Público, sobretudo considerando que a medida a ser intentada se dará em benefício da massa falida, o que se está a encaminhar para uma hipótese de legitimação extraordinária.

Tem-se que tal conjectura, embora lógica pela ausência de prescrição, é desprovida de propósito, tendo em vista a possibilidade de a legitimação extraordinária advir do ordenamento jurídico, considerado em sua sistematicidade, nos termos do art. 18 do CPC/15⁴²⁷.

Tal entendimento está em linha com a possibilidade de propositura da ação revocatória falimentar, nos moldes do art. 132 da LREF, que traz uma hipótese de legitimidade extraordinária concorrente, posição aplicável, igualmente, nos casos da teoria da desconsideração no processo falimentar.

Ainda, consigne-se que o posicionamento em voga labora com a expressa autorização do ordenamento jurídico, haja vista a remissão da Lei nº 11.101/2005 ao art. 50 do CC/02 e ao IDPJ previsto no CPC/15, aplicáveis às relações empresariais, para dar completude à desconsideração da personalidade jurídica na seara falimentar.

Portanto, vê-se que é plenamente factível o pleito de desconsideração da personalidade jurídica por parte dos credores e do Ministério Público no processo falimentar, estando caracterizada a legitimidade extraordinária concorrente, podendo enquadrar-se como caso de lacuna técnica, em face da “[...] indeterminação do caráter esquemático da norma [...]” (KELSEN, 2009, p. 276)⁴²⁸.

⁴²⁷ Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

⁴²⁸ Para melhor compreensão, assim expôs Kelsen (2009, p. 276): “[U]ma tal lacuna técnica apresenta-se quando o legislador omite normar algo que deveria ter normado para que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei. Simplesmente, porém, aquilo que se designa como lacuna técnica, ou é uma lacuna no sentido originário da palavra, quer dizer, uma diferença entre um Direito positivo e um Direito ideal, ou é aquela indeterminação que resulta do caráter esquemático da norma”.

Cabe, agora, ponderar eventual limitação quanto ao exercício desse mister por parte do credor e do Ministério Público, já que o administrador está a representar a massa falida⁴²⁹, preservando seu direito próprio.

Em relação aos credores, não se vislumbram maiores dificuldades, tendo em conta a disposição do art. 50, *caput*, do CC/02 e do art. 133, *caput*, do CPC/15 e o interesse na recomposição da massa falida com vistas ao recebimento do crédito habilitado, observada a *par conditio creditorum*.

Já no que concerne ao Ministério Público, é importante relevar que há uma espécie de condicionamento pertinente ao cabimento de sua intervenção no feito, o que depende não da leitura do art. 50, *caput*, do CC/02 e do art. 133, *caput*, do CPC/15, mas sim do veto ao art. 4º da LREF⁴³⁰.

Já se disse que a atuação do órgão Ministerial deve estar pautada pelas disposições do art. 127 da CF/88 e do art. 178 do CPC/15, mormente se considerado que os pleitos de desconsideração da personalidade jurídica estão relacionados estritamente com os direitos patrimoniais disponíveis, sem a correlação necessária com as atribuições do *Parquet*.

Quando do veto ao art. 4º da LREF, pretendeu-se imprimir maior celeridade aos processos a envolver o processo recuperacional e o falimentar, prestigiando-se uma atuação minimalista do órgão, que ficará restrita aos casos previstos em lei (COELHO, 2021c, n. p.), sendo no mesmo sentido o entendimento do STJ⁴³¹.

⁴²⁹ Impende destacar que há entendimento no sentido da impossibilidade de a massa falida pleitear a desconsideração da personalidade jurídica, pois, para tanto, poderia se valer da ação de responsabilização. Embora não se concorde com tal posição, uma vez que a responsabilidade civil não se confunde com a teoria da desconsideração, expõe-se o quanto dito por Sacramone (2021, p. 419): “[A] interpretação a ser feita é de que, de forma técnica, a parte requerente no feito não poderá ser a Massa Falida. Isso porque, por prejuízo direto a ela causado, a Massa Falida tem a ação de responsabilização dos sócios e administradores prevista no art. 82. [...]”.

⁴³⁰ Art. 4º O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência. Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta

⁴³¹ COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA AJUIZADO NA VIGÊNCIA DO DL Nº 7.661/45. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO CONEXA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DECRETA A QUEBRA. POSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DO PROCESSO. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE. 1. Na vigência do DL 7.661/45 era possível a intervenção do Ministério Público durante todo o procedimento de quebra, inclusive em sua fase pré-falimentar, alcançando também as ações conexas. 2. Com o advento da Lei 11.101/05, houve sensível alteração desse panorama, sobretudo ante a constatação de que o número excessivo de intervenções do Ministério Público vinha assoberbando o órgão e embaraçando o trâmite das ações falimentares. Diante disso, vetou-se o art. 4º da Lei 11.101/05, que mantinha a essência do art. 210 do DL 7.661/45, ficando a atuação do Ministério Público, atualmente, restrita às hipóteses expressamente previstas em lei. 3. Tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, a anulação do processo falimentar ou de ações conexas por ausência de intervenção ou pela atuação indevida do Ministério Público somente se justifica quando for caracterizado efetivo prejuízo à parte. 4. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.230.431/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 18.10.2011, DJ 17.11.2011).

No ponto, compreende-se que a ausência de *expertise* ou até mesmo de condição estrutural não deve servir de fundamento à não participação do *Parquet*, como se verifica do assoberbamento mencionado pelo STJ, tendo em conta que tais fatores se aplicam, igualmente, ao Poder Judiciário.

Em verdade, a solução perpassa pelo melhor aparelhamento e pelo fomento de criação de ofícios especializados, como já vem ocorrendo, inclusive no tocante à utilização de núcleos virtuais tanto pelo Ministério Público quanto pelo Poder Judiciário.

Como externado, sobrelevando-se a independência funcional do membro do Ministério Público, crê-se que fará uma análise detida acerca da necessidade de participação no caso concreto, não devendo o Juízo incursionar nessa senda. Pode, todavia, apontar questões relevantes, em situações díspares, indicativas da não atuação do órgão Ministerial, pautando-se pelo princípio da cooperação e observando o dever de consulta.

Além disso, vale rememorar que o dever de cooperação está a abranger todos os sujeitos processuais, trilhando a senda da resolução do mérito em tempo razoável (CPC/15, art. 6º) e destacando-se a atuação colaborativa do Ministério Público na análise da pertinência de sua participação no caso que se descortina.

Com efeito, não se pode descurar que os processos recuperacionais e de falência estão a envolver a situação da crise da empresa, com repercussão coletiva, a envolver o interesse público (BEZERRA FILHO, 2021, p. 90-91), de modo a apontar o potencial interesse para a atuação do *Parquet*. Considera-se aqui o objetivo de tutela ao crédito concursal que permeia a teoria da desconsideração, sem descurar das questões criminais porventura existentes.

Assim é que, com lastro nos enunciados normativos sobreditos, a atuação do Ministério Público deverá ser analisada em observância das particularidades do processo falimentar, não sendo justificável o tolhimento pela adoção de concepção excludente amparada no possível desinteresse de atuação e na perspectiva temporal, e sendo produtora a busca institucional para otimizar globalmente a postura a ser adotada.

Pondere-se, ainda, que não se antevê, pelo sócio, a possibilidade do pleito de desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar, salvo na condição de credor da sociedade falida, tendo em conta a especificidade do procedimento de liquidação e a disponibilidade de trazer os elementos que informem a efetivação da medida, não descutando da sustentação de tal intento por terceiros prejudicados (SACRAMONE, 2021, p. 419).

Na trilha do momento pertinente para a adoção do pleito de desconsideração, esclareça-se que a aplicação a qualquer tempo, coadunando-se com a *ratio* do art. 134, *caput*, do CPC/15 e excepcionado o princípio da estabilização da demanda, não há empeco, em face da ausência

de previsão legal e observada a perspectiva dos direitos potestativos, para tanto, como já aduzido. Daqui, sobreleve-se, podem ser extraídos dois pontos, quais sejam: a limitação específica ao processo falimentar e a inexistência do fator temporal.

Quanto à potencial existência de limitação específica, é oportuno referenciar que a desconsideração da personalidade jurídica está relacionada à sociedade falida, conforme o parágrafo único do art. 82-A da LREF, trazendo relevo àquela expressão (“sociedade falida”).

Nessa ordem, a sociedade passa a ser considerada falida quando da sentença de decretação da falência, iniciando-se a execução concursal do patrimônio do devedor. Tanto é assim que foi denominada de “sentença *janeira*” por Lacerda (1999, p. 90)⁴³². Assim, então, só se pode falar em sociedade falida com a decretação da falência por meio do ato judicial.

Com lastro nessa premissa, verifica-se que a desconsideração da personalidade jurídica apenas poderá ser pleiteada a partir desse momento, da decretação da falência, não se fazendo possível, portanto, durante o curso da fase pré-falimentar, não obstante a existência de entendimento, anterior à Lei nº 14.112/2020, no sentido de que poderia ser aplicada na própria sentença de decretação da falência (TOMAZETTE, 2018, p. 383).

Nessa linha, com a decretação da falência, a desconsideração poderá ser pugnada na petição de habilitação ao crédito (LREF, art. 99, § 1º, e art. 7º, § 1º) ou por incidente (SACRAMONE, 2021, p. 420), não havendo que se falar em suspensão do curso do processo diante da previsão legal. Para resguardar o patrimônio, poderá ser analisada a possibilidade da sustentação da ineficácia objetiva, que se aplica a atos anteriores à decretação da falência, inclusive com possibilidade de reconhecimento de ofício pelo magistrado.

No tocante à inexistência de prazo, conquanto externada a necessidade de previsibilidade quanto às relações negociais, prevalece a regra da perpetuidade, podendo o pedido de desconsideração de personalidade jurídica ser formulado a qualquer tempo, observando-se o contraditório prévio (SACRAMONE, 2021, p. 421), não sendo o caso de aplicação do prazo decadencial prescrito no art. 132 da LREF⁴³³.

⁴³² Quanto ao ponto, melhor se explicita a visão de Lacerda (1999, p. 89-90): “[N]ão se diga que ela apenas inicia o processo de falência. Seu papel é também de pôr fim ao processo preliminar, em que são investigadas as razões da situação do devedor. Há, [...], um processo prévio em que o juiz apurará se cabe ou não a declaração de falência. [...]. [P]or essa razão, é a sentença declaratória da falência também conhecida como sentença *janeira*, em homenagem a Janos [...]”.

⁴³³ Traz-se, nesse sentido, julgado atinente à seara falimentar, expondo o posicionamento ora articulado: DIREITO CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SEMELHANÇA COM AS AÇÕES REVOCATÓRIA FALENCIAL E PAULIANA. INEXISTÊNCIA. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA. DIREITO POTESTATIVO QUE NÃO SE EXTINGUE PELO NÃO-USO. DEFERIMENTO DA MEDIDA NOS AUTOS DA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INSTITUTO DIVERSO. EXTENSÃO DA DISREGARD A EX-SÓCIOS. VIABILIDADE.

A seu turno, postulando-se o IDPJ, o requerimento deverá observar os pressupostos legais específicos da teoria da desconconsideração, que são correspondentes às regras de direito material. Tanto é assim que, caracterizado como demanda incidental, o pleito deve observar, além dos arts. 133, § 1º, e 134, § 4º, o art. 319, todos do CPC/15, de modo a trazer os fatos que justifiquem a aplicação da teoria da superação. Possibilita-se, assim, o exercício do direito de defesa, sendo a ausência de descrição fática passível de emenda da inicial, que, se não fora cumprida, levará à extinção por inépcia, como já exposto.

Nesse trilhar, da observância do contraditório, será possibilitado o ato citatório dos terceiros, integrantes dos grupos econômicos, sócios (pessoas naturais ou jurídicas), controladores ou administradores, os quais tenham se beneficiado, direta ou indiretamente, pelo abuso perpetrado. São estes os legitimados passivos, visando atingir seus bens particulares, já que postulada a extensão de certas e determinadas relações de obrigações (CC/02, art. 50), em típico caso desconconsideração direta⁴³⁴.

Sobre o ponto, leciona Bezerra Filho (2021, p. 359):

[a] desconconsideração da personalidade jurídica visa atingir patrimônio de terceiros, que podem ser pessoas jurídicas ou pessoas naturais, ou seja: pode tratar-se de desconconsideração para atingir o patrimônio de sociedade empresária controladora ou o patrimônio de algum sócio ou administrador.

Reafirma-se a ocorrência da ampliação do objeto do processo, em razão da cumulação ulterior de pedidos, além da ampliação do polo passivo com a inclusão do terceiro cujos bens se pretende alcançar, concretizando-se o litisconsórcio facultativo ulterior. Assim, com a extensão da relação processual, os terceiros passarão a ser partes, já que terão uma pretensão formulada contra si, podendo sofrer os efeitos da decisão.

[...]. 2. A desconconsideração da personalidade jurídica, a sua vez, é técnica consistente não na ineficácia ou invalidade de negócios jurídicos celebrados pela empresa, mas na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica – *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto social da empresa –, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade. 3. Com efeito, descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconconsideração da personalidade jurídica os prazos decadenciais para o ajuizamento das ações revocatória falencial e pauliana. 4. Relativamente aos direitos potestativos para cujo exercício a lei não vislumbrou necessidade de prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à minguia de previsão legal, o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer momento. [...] (STJ, REsp 1.180.714/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05.04.2011, DJ 06.05.2011).

⁴³⁴ Não obstante tal sustentação, e considerando a redação confusa do parágrafo único do art. 82-A da LREF, há posição pela caracterização da desconconsideração inversa, assim expondo Verçosa (2022, p. 387): “[N]o seu lugar e para a mesma finalidade econômica operará a desconconsideração da personalidade jurídica, tendo o parágrafo único do art. 82-A se voltado especialmente para a chamada *desconconsideração inversa*, ou seja, a da sociedade em relação a terceiros, sejam eles grupos de sociedades dos quais faz parte a sociedade falida, sócio ou administrador, na forma da legislação própria indicada expressamente nesse dispositivo”.

Perfectibilizado o ato citatório, os legitimados passivos poderão apresentar a contestação, na senda do art. 135 do CPC/15, pugnando pela produção das provas que entendam relevantes, no prazo de quinze dias. Caso não apresentada, ficarão sujeitos aos efeitos da revelia, cuja aplicabilidade deverá ser analisada, pelo magistrado, em conjunto com o manancial probatório existente nos autos, em virtude do interesse público que permeia o processo falimentar. Pode, se necessário, ser determinada diligência complementar ou a produção da prova pertinente, a exemplo da pericial, na forma do art. 370 do CPC/15⁴³⁵.

O que pode parecer em desacordo com a celeridade que se espera do processo falimentar, em verdade, é a exata medida da ampla defesa e do contraditório, haja vista a oportunização da manifestação apenas quando instaurada a fase de execução concursal coletiva, a fase falimentar propriamente dita, de sorte que não se poderia suprimir a defesa técnica de quem até então não era considerado parte.

Uma vez apresentada a resposta, e em sendo fixados os pontos controvertidos, nada obsta, como dito, a realização da audiência de instrução e julgamento com vistas à comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, com esteio no art. 50 do CC/02 e no art. 369 do CPC/15, sem prejuízo de ser facultada a conciliação no início da assentada, a depender do contexto fático em discussão.

Em sendo o caso de produção probatória, deve ser, inicialmente, trilhada a perspectiva tradicional do ônus da prova, na qual caberá ao autor a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito. Ao réu é necessário comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 373, I e II, do CPC/15.

Contudo, como aludido, a insuficiência prática dessa disposição, possibilitou a evolução para maneira outra de distribuição distinta, com lastro nas previsões legais ou particularidades dos feitos, de modo a possibilitar ao julgador, fundamentadamente, a atribuição diversa do ônus probatório, na forma do art. 373, § 1º, do CPC/15, a já mencionada distribuição dinâmica do ônus da prova.

A dinamização está entrelaçada com as regras de direito material previstas na legislação ou as particularidades do caso em liça, concernentes à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo dito comum, para além do maior acesso à obtenção da prova contrária, o que se depreende da leitura do art. 373, § 1º, do CPC/15.

⁴³⁵ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Com a distribuição dinâmica do ônus da prova, busca-se a maior proximidade da verdade possível, o que é perfeitamente aplicável ao processo falimentar, notadamente quando se está a considerar os casos a envolver o potencial abuso da personalidade jurídica, conduzindo ao maior controle da subjetividade da interpretação e sedimentando a valoração racional da prova.

Com efeito, rememora-se que a teoria maior – seja em sua vertente objetiva, seja em sua perspectiva subjetiva – é aplicável a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, conforme a remissão ao art. 50 do CC/02 constante no art. 82-A, parágrafo único, da LREF.

Considerando o caráter excepcional da teoria da desconsideração, com influxo do caso concreto e de suas peculiaridades, a questão probatória tem particular importância no descortinar de seus elementos formativos, o que vem a influenciar não só quanto ao desvio de finalidade ou a confusão patrimonial como também na comprovação mesma do benefício direto ou indireto, a denotar a relevância das balizas processuais para a atividade interpretativa do magistrado.

Tais considerações foram abordadas com maior vagar nos tópicos atinentes aos aspectos substancial e processual da desconsideração da personalidade jurídica, sendo, aqui, trazidos mais sucintamente, diante do reenvio adotado pela Lei nº 14.112/2020.

Com tal proceder, preserva-se o devido processo legal, permitindo-se a participação efetiva no convencimento do magistrado, quando da busca da responsabilização patrimonial por meio do desconhecimento da pessoa jurídica, mormente quando se tem em mira sua organização estrutural, capaz de vir a camuflar irregularidades, que poderão ser desvestidas pela regra de distribuição dinâmica do ônus da prova⁴³⁶.

Nesse ponto, da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo falimentar, não se verifica incompatibilidade, tendo em mira a previsão do art. 189 da LREF, já que implica maior celeridade e efetividade ao impulso do feito (LREF, art. 75, § 1º), considerando que não poderá criar encargo impossível ou excessivamente difícil (CPC/15, art. 373, § 2º), sem descuidar dos casos de dificuldade mútua, a serem resolvidos em consonância com as regras de direito material, como aduzido.

⁴³⁶ Em passagem na qual trabalham a inversão do ônus da prova no contexto da responsabilidade do sócio, ponderam Warde Júnior e Ciampolini Neto (2010, p. 279): “[N]ão é incerto, todavia, o que seja a apropriação, pelos sócios de meios de produção da sociedade, ou mesmo os fatos que frequentemente a caracterizam. A alegação de fato a ser provada é conhecida. Difícil, mas não impossível, é o acesso dos credores – que o alegam para que seja imputada responsabilidade aos sócios – a sua prova. A dificuldade seria superada se, diante da prova frustrada, sem grande prejuízo ao sócio, fosse-lhe atribuído o ônus da prova negativa do fato constitutivo do direito do credor”.

Ressalte-se, com isso, que não se está a criar uma espécie de prova diabólica ou a laborar com o nexa probabilístico talhado nos casos de responsabilidade civil (RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 119-120), mas sim trazer a funcionalidade prescrita no direito processual para o encaixe do direito material em testilha, dando, assim, maior previsibilidade aos atores do processo, diante do contraditório efetivo.

Não se pode negar a influência do procedimento ao refundir os fatos, extraindo-se o conhecimento sobre estes da relação intersubjetiva, o que se perfaz no bojo do processo, como lecionam Arenhart e Marinoni (2019, p. 48-50), que assim complementam:

[...] tem-se uma *construção da verdade*, legitimada pelo procedimento adotado, que deve ser o de uma argumentação em colaboração (não em conflituosidade). As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de *construir* (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao Judiciário. Portanto, assume relevante papel dentro dessa ordem a noção e a extensão do contraditório. É esse elemento a válvula reguladora que permitirá estabelecer o nível de argumentação dialética e, conseqüentemente, a legitimação da construção da verdade (grifos do original).

Para além, é possível trabalhar com a imputação de conhecimento, no caso dos entes coletivos, como forma de verificação do estado subjetivo do conhecimento, dissociada da esfera da pessoa natural, caracterizando-se propriamente a dita imputação de conhecimento, como forma de atribuição dos efeitos jurídicos, sendo, portanto, sempre um juízo normativo (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 30-32 e 35).

Nessa linha, a aplicação do juízo de imputação vem a exsurgir da facticidade mesma do caso em exame, tendo em conta o caráter plurifuncional e aberto, demandando um juízo de prognose, que permitirá a concretização da alocação do risco (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 36-37).

Permite-se, nesse ponto, laborar com a noção de organização societária, sendo o conhecimento considerado um fator de risco, a conduzir ao risco de organização em face do exercício da atividade empresarial, pelo que “[a] sociedade [...] *deve* organizar-se de um *modo adequado* a garantir, não só a justa realização dos seus interesses, como a indução da menor perigosidade possível ao comércio” (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 77-78). Daí a importância organizacional, inclusive no tocante à divisão interna de tarefas, com vistas a controlar e mitigar a pulverização do conhecimento, que vem a ser suportado pelo ente moral (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 78-79).

Exsurge, nessa esteira, o problema da gestão de informação, em face do excesso desta (*information overload*), sendo o filtro realizado de acordo com o momento em causa (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 80), despontando o dever de organização adequada a correlacionar a

própria teoria do risco de organização como substrato da imputação, a demandar um juízo casuístico (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 86-87).

Com efeito, tem-se que a interação da sociedade com corpo social traz em si potenciais riscos, que deverão ser assumidos por aquela, o que está em linha com o princípio da alteridade, não se podendo transferir as externalidades negativas.

Todavia, ao imputar o conhecimento ao ente coletivo, quando da concretude dos fatos apresentados, é relevante ponderar os limites de tal aplicação, de sorte a propiciar maior controle aos atos da pessoa jurídica, já que apenas se pode atribuir “[o] conhecimento de que o sujeito (que atua por conta da sociedade) *dispõe* ou *deveria dispor* no quadro de uma organização adequada [...]” (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 93).

Nessa ordem, pode ser mencionado, como bloqueio da imputação, o dever de confidencialidade, já que, albergado por previsão normativa diversa, pode afastar tal imputação, excluindo a ilicitude. Trata-se de um conflito que passa ao largo da vontade social, considerando-se, aqui, a ponderação valorativa quanto à necessidade de manutenção daquele perante o dever de comunicar, a exemplo da necessária delimitação de informações para salvaguardar interesse público (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 94-96).

A seu turno, consigne-se que, mesmo pautada na organização adequada da sociedade, a imputação de conhecimento toma como lastro a subjetividade, não se podendo falar em atribuição objetiva, porquanto deve suportar os riscos atinentes às informações que detêm ou deveriam deter. Não há que se falar em uma forma de imputação ilimitada, o que vai de encontro à prestação eficiente de seu fim social, com reflexos para com a comunidade (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 98-100).

Releva, por fim, anotar que a disfunção no tráfego informacional, afetando a adequação da organização, é imputável à sociedade e somente por ela pode ser suportada por sua falha organizacional, não sendo atribuída a seus integrantes, que serão responsabilizados, se for o caso, no âmbito interno (GOMES; GONÇALVES, 2022, p. 102).

Diante da digressão atinente à imputação de conhecimento, compreende-se que a fundamentação do risco organizacional, no tocante ao dever informacional, caminha em compasso com a estruturação em si das pessoas jurídicas, mais propriamente das sociedades. Pode igualmente, ser utilizada para a responsabilização destas, em sentido amplo, o que pode, tanto na vertente material quanto na processual (probatória), ser serviente ao afastamento da desconsideração da personalidade jurídica, caracterizando a responsabilidade primária do ente coletivo, ou, até mesmo, para reforçar a aplicabilidade da teoria da superação, em face da impossibilidade de conhecimento no caso concreto.

Nesse contexto, ressalta-se que o abuso da personalidade jurídica e seus pressupostos foram abordados com maior vagar no tópico 3.6, no qual, quando da análise da teoria da desconsideração no plano substantivo, foram abordadas as nuances do abuso de direito, do desvio de finalidade e da confusão patrimonial, além de trazida a noção de subcapitalização, em conformidade com a teoria maior adotada pelo art. 50 do CC/02, aplicável ao processo falimentar por força do art. 82-A, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005.

Especificamente quanto ao âmbito falimentar, pode-se dizer que a orientação prescrita no art. 50 do CC/02, alterado pela Lei nº 13.874/2019, também traz, na medida do possível, maior objetividade ao aplicador, em face da anterior ausência de previsão legislativa expressa, sem prejuízo das considerações outrora pertinentes aos aspectos vagos e gerais das disposições normativas.

Isso porque, com o atual cenário legislativo, os pressupostos para aplicação da doutrina da desconsideração, na seara falimentar, estão delimitados pela descrição normativa do art. 50 do CC/02, não havendo que se falar, portanto, em hipóteses de aplicação diversa, de modo a dilatar o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, dando ares de extensão ao que deve ser tido por excepcional, já que, para tanto, existem medidas outras com delineamentos próprios, como fora exposto ao longo do texto.

Com efeito, entende-se que a teoria da desconsideração é permeada pela flexibilidade inerente à adaptação ao exercício da atividade societária, tendo em mira o possível desvirtuamento do critério teleológico, a finalidade comum para a qual foi constituída a sociedade, o que vem a implicar a autonomia patrimonial, diante dos pressupostos adotados pela Lei nº 11.101/2005.

Denota-se, nesses termos, que a resolutividade da *Disregard Doctrine* perpassa a análise do caso concreto e suas especificidades, a relevar a atividade probatória com o objetivo de melhor demarcar a atividade interpretativa, considerando-se o necessário equacionamento entre a largueza das expressões postas na legislação e a perspectiva restritiva que deve ser o norte da multicitada teoria, o que fora reforçado pela disposição do art. 6º-C da LREF.

Esclareça-se, uma vez mais, que a teoria maior objetiva e a teoria maior subjetiva não se excluem, antes se entrelaçam, já que podem coexistir na mesma situação fática, a depender, respectivamente, da concretude das hipóteses da confusão patrimonial e do desvio de finalidade, sem olvidar a demarcação a ser feita pelo benefício, direto ou indireto. Isso vem a refletir no alcance subjetivo, pois “[s]ó podem ser alcançados aqueles sujeitos que se beneficiaram direta ou indiretamente da confusão patrimonial ou do desvio de finalidade” (TOMAZETTE, 2021, p. 107).

Destarte, constata-se que o cenário probatório tem especial relevância diante da opção legislativa da Lei nº 14.112/2020, para desnudar a aplicabilidade da teoria da desconsideração, em face da disfunção organizacional exposta – seja pela confusão patrimonial, seja pelo desvio de finalidade –, devendo manter-se a coerência sistêmica, quando da introjeção das figuras formativas no âmbito falimentar, observando-se os critérios da lei especial (princípio da especialidade), e promovendo-se a preservação do devido processo legal para fins de equacionamento dos interesses conflitantes, o que permitirá, ao final, a responsabilização patrimonial.

Vale rememorar, por sua vez, a particular situação dos grupos econômicos, notadamente ante a redação do art. 50, § 4º, do CC/02, que, como visto no tópico 3.7, vem a reforçar a licitude da atividade empresarial grupal para melhor adaptação ao contexto global.

O § 4º do art. 50 do CC/02 fora inserido pela Lei de Liberdade Econômica, prescrevendo a necessidade da presença dos requisitos dispostos no *caput* para o enquadramento da teoria da desconsideração. Em outros termos, ressaltou-se que a existência do grupo econômico não induz, isoladamente, a qualquer ilegalidade.

Como aludido, os grupos econômicos, mais especificamente o de sociedades (LSA, art. 265), buscam, mantida a independência das sociedades componentes sob direção única, o ganho no tocante à produtividade, com o incremento na capacidade de negociação e comercialização, originários da conjunção interrelacional, promovendo-se maior lucratividade das atividades exercidas.

Tendo a direção única como elemento basilar, as sociedades integrantes dos grupos conservam as respectivas personalidades e patrimônios, o que fica claro da leitura do art. 266 da LSA quanto aos grupos de direito, que são raros na prática. Daí exsurge a concepção dos grupos de fato, diante da classificação doutrinária dual, haja vista a ausência de previsão legal, sendo examinados sob a perspectiva das relações societárias, conforme o Capítulo XX da Lei nº 6.404/1976, constituídos sem convenção escrita.

Como se está a tratar das relações entre empresários ou sociedades empresárias, reitera-se que a criação dos grupos teve por fim evitar a caracterização da solidariedade passiva⁴³⁷,

⁴³⁷ Ao comentar o Projeto de Lei, nesse ponto, Lamy Filho e Pedreira (1992, p. 250) pontuaram: “[N]o artigo 267, o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas da responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônios distintos”.

como consta no Enunciado nº 22 das Jornadas de Direito Comercial do CJF, de modo a reforçar a autonomia patrimonial nas relações internas do grupo.

Nesse trilhar, vê-se que a caracterização do fenômeno organizacional dos grupos não vem a prescindir da análise da situação fática, sem desconsiderar o necessário cotejo das disposições normativas com vistas ao exercício regular do poder de controle societário.

Com efeito, não se pode deixar de rememorar que, além da alocação dos riscos da atividade econômica, tem-se em linha a maior lucratividade inerente ao esforço conjunto, resguardando-se dos prejuízos em desalinho com a finalidade social de cada qual.

Diante de tal contexto, considerando-se a ausência de personalidade jurídica própria dos grupos e a manutenção de patrimônios distintos, tem-se que a dinamicidade da relação societária, formatada pela conjunção dos interesses das sociedades empresárias, vem a robustecer a figura dos grupos societários, organizados por uma direção única e permeados por trocas mais diversas, como rearranjo lícito e moldável, o que fora reforçado pela previsão do art. 50, § 4º, do CC/02, ao prever a presunção da separação patrimonial entre os grupos.

Trazendo as considerações formuladas, cumpre realçar a perspectiva trazida pela Lei nº 11.101/2005. Compreende-se, aqui, que não há propriamente previsão específica acerca da falência a envolver os grupos de sociedades, não obstante a previsão na Seção IV-B, introduzida pela Lei nº 14.112/2002, concernente à consolidação processual e à consolidação substancial no âmbito da recuperação judicial.

Nada obstante, o art. 82-A, parágrafo único, da LREF traz menção à desconsideração da personalidade jurídica, para fins de responsabilização, do grupo, o que melhor se amolda, em verdade, à sociedade integrante do grupo, haja vista a ausência de personalidade jurídica e a distinção patrimonial dessa forma organizacional.

Ao abordar a disciplina da relação entre sociedade controlada e controladora, considerando a aplicação jurisprudencial da teoria da desconsideração e a imputação àquele que se encontra no comando, Prado (2006, p. 146) destaca a utilização, no direito societário brasileiro, dos critérios legislativos da direção única e da relação de controle como parâmetro, ressaltando que se alcança, por meio destes, resultados semelhantes⁴³⁸.

⁴³⁸ Mais à frente, explicita Prado (2006, p. 147): “A disciplina do fenômeno que leva em consideração a estrutura do grupo como um todo exige, no próprio corpo da lei, o elemento ulterior à dependência que caracteriza a unidade econômica das sociedades juridicamente autônomas. Já a disciplina que parte do controle tem uma perspectiva da relação entre sociedades controladoras e controladas e da forma do exercício do poder de uma sociedade sobre outra. Neste caso, não interessam a estrutura do grupo e a sua unidade de direção, mas a conduta no exercício do poder de controle”.

Sob tal perspectiva, vê-se que o tratamento ao grupo societário poderá implicar a abertura do caminho para a aplicação da doutrina da desconsideração, o que se fazia, anteriormente ao art. 82-A da LREF, por meio da extensão dos efeitos da falência, no mais das vezes pela confusão patrimonial, como já exposto.

Com efeito, entende-se que o cerne da questão está em verdadeiramente delimitar a profusão de equívocos interpretativos que conectam o intercâmbio de fatores organizacionais, inerente ao fenômeno grupal, com a caracterização do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, muitas vezes por pensar isoladamente o que tem viés coletivo ou por cuidar “[d]a estrutura do grupo na sua patologia, mas não na sua fisiologia [...]” (PRADO, 2006, p. 146).

Tal perspectiva tem especial relevância, porquanto o efeito consequencial é expandir o conceito de solidariedade para um nicho que não lhe é impositivo, como ressaltado, trazendo a reboque a responsabilidade ilimitada, que não compõe as relações de controle e a direção unitária, propagando a imprevisibilidade organizacional.

Ao abordar o conceito de grupo, as noções de domínio e direção unitária, ressaltando-se a indefinição de critérios, assim expõe Antunes (2006, p. 46):

[...] esta situação é particularmente grave para as sociedades que se situam no vértice hierárquico dos grupos, expondo-as à permanente ameaça de se verem envolvidas em acções judiciais de responsabilidade por passivos alheios que podem colocar em cheque a estabilidade financeira do grupo e cuja sorte dependerá, em último termo, das idiosincrasias da construção jurisprudencial.

Depreende-se, nesse lastro, a preocupação da preterição da noção da relação grupal, como conduto da atividade interpretativa, alicerçada em trocas patrimoniais concernentes à própria consideração do grupo.

Tal preocupação é destacada do aspecto relacional de feixes contratuais mantidos para a consecução da finalidade social, de modo que, em sendo mantida a licitude da atividade do grupo societário, o “[...] terceiro contratante possui, como risco de inadimplemento do seu crédito, a garantia do patrimônio geral apenas da sociedade devedora” (SACRAMONE, 2021, p. 379), o que vai ao encontro da caracterização mesma do grupo, portanto sem imprevisões.

Com isso, preserva-se a previsibilidade que se almeja no tocante às relações negociais entabuladas, permitindo-se, em relação aos credores institucionais, que venham a “[...] informar-se sobre o risco envolvido na transação e, ao mesmo tempo, negociar esse risco com a sociedade” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 407).

Diante da alteração promovida pela Lei nº 14.112/2020, com o balizador do art. 50 do CC/02, crê-se que o controle das situações disfuncionais estará melhor assentado, até mesmo

considerando a indicação do instrumental necessário para tanto, que é o IDPJ, não mais sendo, portanto, a aplicação da extensão da falência com lastro no art. 82 da LREF.

Tem-se, nesse contexto, que a prática jurisprudencial, igualmente, foi absorvida substancialmente pela legislação atual, porquanto pautada no abuso da personalidade jurídica e, portanto, no desalinho com a preservação do princípio da autonomia patrimonial, a exemplo da caracterização da unidade gerencial, laboral e patrimonial⁴³⁹.

Frise-se, por relevante, que a aplicabilidade da teoria da desconsideração, nos casos dos grupos societários, lastreia-se em aspectos fáticos, a relevar o caráter particular e episódico da medida, de modo a preservar as relações negociais não atingidas pela atuação. Demanda, assim, a correlata adaptação do Poder Judiciário à complexidade das formas societárias⁴⁴⁰.

Além disso, anote-se que, na perspectiva de outrora, a propalada extensão da falência se dava no contexto da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, como efeito consequencial de sua aplicação.

⁴³⁹ Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

– Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.

– Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

– A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. [...] (STJ, RMS 12.872/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 24.06.2022, DJ 16.12.2002)

⁴⁴⁰ PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.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. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos. 5. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.259.018/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 09.08.2011, DJ 24.08.2011).

Nesse ponto, vale trazer uma passagem do voto da Min. Nancy Andrighi, ao mencionar a teoria da desconsideração, além de ressaltar a distinção da ação revocatória, no REsp 1.266.666⁴⁴¹:

[...] o que o juízo objetiva, com a extensão da falência, não é meramente a revogação dos atos de transferência de bens anteriormente praticados, para o que seria, de fato, necessário propor ação revocatória [...]. O que fez o juízo foi, verificando circunstâncias fáticas que apontavam para desvios de finalidade ou confusão patrimonial, promover a desconsideração da personalidade jurídica das diversas empresas envolvidas na alegada fraude e, a partir da desconsideração, estender a falência às diversas pessoas que figuravam como sócios ou administradores dessas empresas.

Aqui, uma vez mais, entremostra-se a contraposição entre a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão da falência ou, até mesmo, a extensão de seus efeitos, conforme exposto, só que agora perante relações grupais.

Nesse particular, antes da inserção do art. 82-A da LREF, Lobo (2009, p. 75-76 e 85) já defendia a desnecessidade da superação da personalidade jurídica, considerando a ausência de previsão legal e tendo em mira a existência de dispositivos da LSA (arts. 116 e 117) e na LREF (art. 82) para alcançar objetivo semelhante. Ressalta-se o dever de insurgência contra o desvirtuamento da teoria da desconsideração, notadamente quando se está a tratá-la para a extensão da falência ou de seus efeitos (LOBO, 2009, p. 80).

Como assentado, as consequências da aplicação das medidas são distintas, e, na quadra atual, deve ser observada a alteração legislativa concretizada pela Lei nº 14.112/2020, inclusive dentro dos objetivos postos no art. 82-A da LREF, não sendo o caso de recobrar a aplicabilidade do que antes se utilizava para fins de colmatação.

⁴⁴¹ 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 1.266.666/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 09.08.2011, DJ 24.08.2011).

Por oportuno, rememora-se a distinção com a exposição de Rodrigues Filho (2016, p. 130):

[A] extensão da falência leva ao regime de uma execução concursal, que incide sobre todos os bens daquele atingido por sua declaração; retira aos seus membros a possibilidade de administração da sociedade; sujeita-os a eventual responsabilização penal, principalmente daquelas condutas que têm como pressuposto a decretação da falência; obriga-os ao cumprimento de deveres previstos na Lei Falimentar; produz o vencimento antecipado de obrigações e, principalmente, leva-os à quebra [...]. A desconsideração da personalidade jurídica, tão somente com a extensão dos efeitos sobre as obrigações reconhecidas no quadro geral de credores da falência, aplicada durante o processo falimentar, aumenta a probabilidade de recebimento por parte dos credores e, de certa forma, melhora as chances de eventual recuperação econômica da sociedade falida, se ainda estiver em funcionamento, apesar da falência, hipótese prevista em lei (art. 75 da lei 11.101/2005).

Verifica-se, portanto, que existe uma substancial diferença consequencial entre as medidas aludidas, o que se espraia para o segmento da relação de grupos em suas relações com terceiros, mormente considerando, como assenta Munhoz (2004, p. 41), a afetação da estrutura patrimonial autônoma pela inserção no grupo de sociedades.

Nesse trilhar, é oportuna a digressão de Sacramone (2021, p. 420-421) no pertinente ao relacionamento das sociedades integrantes do grupo não só trazendo prejuízo a alguma daqueles em benefício de outra como também para configurar a atuação única perante terceiros. O autor defende um raciocínio similar à consolidação substancial, prevista no art. 69-J da LREF⁴⁴², ressaltando que, com a formatação de representação única, o terceiro contratante passa a analisar o risco da contratação em consonância com a apresentação do todo, conforme lhe foi apresentado. Após ressaltar algumas peculiaridades, a denotar a forma de atuação única (unidade de gestão, comunhão de empregados etc.), pondera que as sociedades devem ser consideradas como sócias de uma sociedade em comum⁴⁴³, por meio da aplicação da doutrina da desconsideração:

⁴⁴² Art. 69-J. O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia-geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, apenas quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses:

- I – existência de garantias cruzadas;
- II – relação de controle ou de dependência;
- III – identidade total ou parcial do quadro societário; e
- IV – atuação conjunta no mercado entre os postulantes.

⁴⁴³ Importa, aqui, notar a relevância do patrimônio especial, como expôs Marcondes (1970, p. 145): “[...] o dito patrimônio especial, preexistindo à personificação da sociedade, é, como tal, complexo das relações jurídicas que a *atividade social* tenha produzido e, por isso mesmo, *relações societárias*, quer entre os sócios, quer destes com terceiros”.

[C]omo nessa hipótese os sócios integrantes respondem com os bens pessoais ilimitada e solidariamente entre si pelas obrigações sociais contraídas no exercício da empresa, a decretação da falência dessa sociedade em comum, formada pelas diversas sociedades que operam com confusão patrimonial e que exerçam perante terceiros atividade sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, sem consideração aos respectivos interesses sociais, acarreta a extensão da falência a todas as suas sociedades integrantes.

Compreende-se que a explanação de Sacramone (2021, p. 384 e 421) é lógica, indo ao encontro da solução prescrita no art. 81 da LREF e em contexto com a interpretação dada pelo autor no tocante à consolidação substancial⁴⁴⁴. Mas, para tanto, desborda dos lindes prescritos no art. 82-A da Lei nº 11.101/2005, concernente aos que respondem limitadamente, em consonância com o seu *caput*. Em outros termos, desconsidera-se a própria natureza da realidade societária, que dimana da complexidade dos grupos, para atingir resposta diversa da atualmente prevista na legislação para a mesma disfunção, não descurando da impossibilidade da sociedade em comum nos grupos de fato, em face da vedação do art. 245 da LSA⁴⁴⁵ (FRANÇA, 2015, p. 525)⁴⁴⁶.

Interessante, ainda, ressaltar a posição de Diniz (2022, p. 737) no que denominou consolidação substancial falimentar, malgrado reconheça a previsão apenas na hipótese da recuperação judicial, para a aplicação da desconsideração de personalidade jurídica nos casos de falência em grupos:

[C]aracteriza-se, com a desconsideração da personalidade jurídica do art. 82-A, uma hipótese de consolidação substancial falimentar, cujo desenvolvimento precisará ser colmatado pela jurisprudência para: (a) respeitar o *par conditio creditorum* entre as classes de credores; (b) estabelecer filtros entre as unidades do grupo, de modo a identificar se o abuso da personalidade jurídica era identificável entre os credores “sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos” – para usar a terminologia do art. 69-J, aplicável à recuperação judicial; (c) estabelecida essa diferenciação, os credores de unidades solventes deverão ser tratados isoladamente, caso não tivessem condições

⁴⁴⁴ No que se refere à consolidação substancial, assim expôs Sacramone (2021, p. 384): “[A] consolidação substancial apenas se justifica diante de uma análise casuística, a depender das circunstâncias fáticas não apenas dos devedores, mas das relações jurídicas celebradas com os respectivos credores. Para além do grupo societário e da confusão patrimonial, circunstâncias de controle absoluto pelos devedores, é imprescindível que os diversos elementos do caso revelem que essa confusão patrimonial entre os devedores seja de conhecimento dos credores a ponto de se presumir que houve a mensuração dos respectivos riscos contratuais com base nesse conhecimento”.

⁴⁴⁵ Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.

⁴⁴⁶ Ainda quanto à sociedade em comum, sem desconsiderar a relação do grupo societário, aponta Diniz (2016, p. 212): “[...] eventual falência da sociedade controladora de sociedade em comum poderá resultar na ampliação de efeitos da falência para os bens dessa sociedade, uma vez comprovado o negócio jurídico societário não personificado”.

de aferir o abuso de personalidade jurídica ao fazer a contratação da dívida. Todos esses elementos visam à fixação de condições para que a consolidação substancial falimentar não gere prejuízo aos credores (grifos do original).

Depreende-se da leitura desse posicionamento que não se desconsidera a relação societária grupal, preservando-se a aplicação da doutrina da desconsideração. Aplica-se, em virtude do reconhecimento da lacuna, a necessária colmatação para a ordenação da medida, estabelecendo, para tanto, um nexos com a consolidação substancial e o conhecimento do abuso da personalidade jurídica pelo credor.

Por certo, diante da vedação ao *non liquet*, deverá o Poder Judiciário suplantar a lacuna posta em lei (LINDB, art. 4º⁴⁴⁷), daí a relevância da caracterização mesma desta. No ponto, tem-se que o legislador laborou em lacuna intencional⁴⁴⁸, já que a problemática da aplicabilidade da teoria da desconsideração demanda a flexibilidade, necessária à adaptação ao caso concreto, o que resta potencializado em se tratando de matéria relativa às relações negociais empresariais, cujo influxo da realidade viva somatiza a defasagem dos instrumentos legislativos.

Ainda, considera-se que a própria técnica de remissão contribuiu para tal ponto, porquanto claramente a disposição normativa do art. 82-A da LREF se direciona às regras de caráter geral – no caso, o CC/02 e o CPC/15 –, aplicáveis, portanto, não só à seara falimentar, sendo de rigor a utilização dos métodos integrativos, atentando-se, porém, para seus limites.

Não obstante o posicionamento aludido (DINIZ, 2022, p. 737), compreende-se que a trilha a ser seguida para o suprimento de eventual lacuna deve iniciar pelas disposições normativas referenciadas pelo art. 82-A da LREF, ressaltando-se aqui a propalada extensão dos efeitos de certas e determinadas relações de obrigações prescrita no art. 50 do CC/02 em conjunto com o direcionamento previsto no art. 126 da LREF.

Nessa ordem, tomando como lastro as relações de controle e a direção unitária, é indispensável a verificação do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, como pressupostos caracterizadores do abuso da personalidade jurídica, com vistas à aplicação da *Disregard Doctrine*.

⁴⁴⁷ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

⁴⁴⁸ A classificação entre lacuna intencional e lacuna não intencional é assim exposta por Ferraz Júnior (2022, p. 179): “[O] critério diferenciador está na vontade daquele que elabora o plano e que pode, conscientemente ou não, deixar uma questão em aberto. No primeiro caso, o legislador, por não se julgar em condições, atribui a outra pessoa (ao juiz, ao doutrinador) a tarefa de encontrar a regra específica. No segundo, diz-se que o legislador não chegou a perceber a problemática da questão de modo cabal (lacuna de previsão), seja porque as condições históricas não o permitiam (lacunas desculpáveis), seja porque seu exame do problema não foi suficientemente cuidadoso (lacunas não desculpáveis)”.

Em verdade, o que aparenta ser simples, diante da atual legislação, é necessariamente complexo, em face da correlação entre a abstração da lei e a concretude das relações cotidianas, o que está a apontar para a apuração probatória com o objetivo da delimitação dos efeitos das relações de obrigações a indicar o beneficiamento.

Verifica-se, nessa linha, que o aventado conhecimento dos credores pode ser utilizado, após a instrução probatória, para amoldar a concretização mesma dos pressupostos do abuso da personalidade jurídica, de modo a reforçar a medida excepcional em face da previsibilidade dos riscos, o que mais se aproxima da perspectiva dos credores negociais.

Em sendo apresentada como um todo único, em hipótese de confusão patrimonial total, diante da prévia determinação dos créditos, não há dúvidas de que, com a comprovação, as relações de obrigações deverão ser estendidas com a responsabilização subsidiária das demais sociedades componentes do grupo (RODRIGUES FILHO, 2021, p. 54), o que nada mais é que o encadeamento do efeito consequencial da desconsideração da personalidade jurídica com o desrespeito à estrutura grupal, não se podendo cogitar, aqui, a imprevisibilidade do que fora fomentado.

Com efeito, uma vez caracterizado um dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica, a situação que se descortina é a de sua aplicabilidade, com a extensão subjetiva de determinadas obrigações, compondo a massa falida, em observância do quadro geral de credores do processo falimentar, o que não se confunde, como visto, com as hipóteses da ação de responsabilização e da ação revocatória, tampouco com a extensão da falência (LREF, art. 81).

Possibilitando a recomposição da massa falida, por meio da teoria da desconsideração, considera-se que se está a preservar a igualdade de tratamento dos credores, prescrita no art. 126 da LREF, já que não configurado o risco de previsibilidade das relações negociais. Resta a via da responsabilização, no âmbito interno, daqueles que impulsionaram a atuação disfuncional.

Percebe-se, nessa linha, que a problemática, para além da complexidade das relações societárias em grupo, gira em torno da ausência de critérios, o que, inclusive gera uma série de incongruências no sistema falimentar⁴⁴⁹, de modo a sustentar a extensão da falência para casos extremos, como pondera Rodrigues Filho (2021, p. 52-53).

⁴⁴⁹ Elucidando, traz-se o exemplo de Rodrigues Filho (2021, p. 53): “[N]ote-se que, se um grupo está sob o regime da recuperação judicial e fora admitida a consolidação substancial em vista da confusão patrimonial, em caso de inadimplência pelo descumprimento do plano de recuperação, ainda que de parte das empresas, haverá a automática extensão da quebra a todas do grupo e, veja-se, algumas das causas da consolidação constituem

De todo modo, há de se reconhecer que a opção legislativa fora no sentido da vedação da extensão da falência (CAMIÑA, 2021, p. 594; RODRIGUES FILHO, 2021, p. 53), o que se confirma pela superação do texto da MP nº 881/2019⁴⁵⁰, com a introjeção da superação da personalidade jurídica nas hipóteses prescritas no art. 82-A da LREF.

Assim, tendo em conta o déficit legislativo do art. 50, § 4º, do CC/02 e do art. 82-A da LREF, tem-se que as soluções pretendidas continuarão a adotar um grau maior de maleabilidade perante a estrutura própria dos grupos societários e a atualidade das relações negociais. Deve-se atender, igualmente, ao parâmetro estabelecido pelo art. 50, *caput*, do CC/02 e à especificidade do contexto daqueles, em linha com o caráter excepcional da teoria da desconsideração, agora expressamente prevista como medida de sanção com vistas à alocação de riscos e ao atingimento dos fins comuns das sociedades nessa contextura organizacional.

Feito esse breve cotejo sobre o fenômeno grupal, observadas as limitações anteditas, sem desconsiderar o influxo da organização estrutural na busca do material probatório, antes de adentrar ao julgamento do IDPJ, oportuno ressaltar a possibilidade de deferimento da tutela provisória, uma vez caracterizados os elementos que venham a evidenciar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, na forma do art. 300 do CPC.

Rodrigues Filho (2016, p. 361) destaca o cuidado que se deve ter, quando do deferimento da tutela de urgência, nos casos a envolver pessoas jurídicas no polo passivo, em face do possível comprometimento de seu faturamento ou capital de giro, o que pode gerar anormalidades.

Reputa-se producente, no caso, a postulação da tutela de urgência de natureza cautelar com vistas a resguardar o resultado da execução concursal (BEDAQUE, 2021, p. 195), podendo ser efetivada qualquer medida idônea para assecuração do direito, nos moldes do art. 301 do CPC⁴⁵¹, com especial destaque para o arresto e a indisponibilidade de bens, o que auxiliará na conservação dos bens suficientes ao deslinde do feito, guardando-se sua autonomia funcional (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 364; BEDAQUE, 2021, p. 196). Assim, o cuidado maior deve

causas que autorizam a desconsideração da personalidade. Com a redação do dispositivo que vedou a extensão da falência, certamente há estímulo para os grupos econômicos não pleitearem a recuperação valendo-se da consolidação substancial, confessando a confusão patrimonial ou outras hipóteses que justificam a desconsideração da personalidade, porque enfrentar os pedidos de falência diretamente poderia eventualmente poupar algumas empresas do grupo de quebra, o que é até um desestímulo à utilização da recuperação judicial, ao menos para se valer da consolidação substancial”.

⁴⁵⁰ Art. 82-A. A extensão dos efeitos da falência somente será admitida quando estiverem presentes os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica de que trata o art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

⁴⁵¹ 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.

ser o respectivo equacionamento entre eventual dilapidação patrimonial e interferência anormal no exercício da atividade econômica, o que apenas a casuística irá apontar.

Evoluindo-se ao julgamento do IDPJ, não se perfaz distinção quanto ao procedimento descrito pelo CPC/15, havendo a resolução do incidente por decisão interlocutória, passível da interposição do recurso de agravo de instrumento. Em sendo acolhido o pleito de desconsideração, haverá a extensão da responsabilidade aos bens dos sócios, tida esta como secundária, com a declaração da ineficácia do negócio jurídico específico, não havendo que se falar em invalidade.

Considerando o procedimento especial do processo falimentar, entende-se que se deve tomar como marco a citação do devedor na fase pré-falimentar, como lastro para a configuração da fraude à execução concursal, haja vista o necessário e posterior reconhecimento do estado de insolvência por meio da sentença de decretação da falência. Ressalte-se que isso se dará após contraditório em fase anterior, sendo, portanto, de amplo conhecimento, notadamente dos sócios e administradores, de modo a evitar alegações de surpresa diante das hipóteses do art. 94 da LREF. Extrai-se tal entendimento da interpretação contextual do art. 137 e do art. 793, § 3º, ambos do CPC/15, conquanto se reconheça mais como um facilitador em termos de presunção, com vistas à celeridade, do que propriamente necessário ao procedimento em específico, já que associado ao reconhecimento da fraude.

Ademais, a decisão que resolve o incidente, com o acolhimento ou rejeição, é tida como decisão de mérito, resolvendo o pedido e própria à formação da coisa julgada material, como visto. Ainda, reitere-se que a ineficácia da separação patrimonial é episódica, aplicando-se ao caso concreto, especificamente quanto à relação negocial discutida. Não pode ser generalizada, automaticamente, tendo como parâmetro apenas a presença dos sócios e/ou administradores em situações diversas.

Pondere-se, ainda, a aplicação do entendimento da impossibilidade da condenação em honorários advocatícios, em face da ausência de previsão legal, o que, inclusive, já foi debatido, pelo STJ, em casos a envolver a desconsideração da personalidade jurídica na falência, como já mencionado⁴⁵².

⁴⁵² Em caráter complementar, especificamente quanto ao procedimento falimentar, Costa e Melo (2021, p. 216) fazem alusão à sucumbência, assim expondo: “[...] as despesas do processo de desconsideração devem ser quitadas pelo patrimônio particular do sócio falido antes dos ativos serem consolidados na massa falida. Dessa forma as custas processuais e a sucumbência proveniente do incidente de desconsideração da personalidade jurídica terão preferência sobre os demais créditos falimentares [...]”.

Ressalte-se que, por adotar o entendimento de que a desconsideração da personalidade jurídica apenas poderá ser pleiteada na fase falimentar propriamente dita, com a decretação da falência, compreende-se que resta descaracterizada sua configuração como demanda inicial, salvo se se considerar a petição de habilitação ao crédito, que pode desaguar em procedimento contencioso quando impugnado⁴⁵³, tramitando em separado (LREF, art. 13⁴⁵⁴), com possibilidade de instrução probatória (LREF, art. 15⁴⁵⁵). São aplicáveis, no ponto, as considerações tecidas no tópico 4.1, inclusive a condenação em honorários advocatícios (STJ, AgRg no REsp 958.620/SC⁴⁵⁶), preservando-se o procedimento traçado, pela LREF, para a verificação e habilitação de crédito (LREF, art. 189)⁴⁵⁷.

Com o acolhimento do pleito de desconsideração, cabe perquirir, na seara falimentar, a delimitação da responsabilidade em face da aplicação da teoria da desconsideração, em contexto com o tópico 3.9.

Reitere-se que a responsabilidade patrimonial, por meio da *Disregard Doctrine*, amolda-se à hipótese de responsabilidade sem obrigação, de modo a ressoar o caráter secundário, já que preexistente e diversa daquela do sócio ou do administrador, motivo pelo qual a superação da personalidade jurídica vem em reforço à estabilidade da relação negocial conspurcada, destacando a especial relevância do ente coletivo como centro autônomo de direitos e obrigações.

⁴⁵³ Esclarece Lacerda (1999, p. 198): “[O] processo de verificação de créditos é, de fato, verdadeira demanda judicial, é um processo contencioso”. Ainda nesse sentido: “[F]inalmente, cabe destacar que a atual legislação falimentar – Lei nº 11.101/2005 – manteve o caráter cognitivo e contencioso do procedimento de verificação e habilitação de crédito [...]” (STJ, REsp 992.846/PR, Min. Antônio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 27.09.2011, DJ 30.09.2011).

⁴⁵⁴ Art. 13. A impugnação será dirigida ao juiz por meio de petição, instruída com os documentos que tiver o impugnante, o qual indicará as provas consideradas necessárias.
Parágrafo único. Cada impugnação será autuada em separado, com os documentos a ela relativos, mas terão uma só autuação as diversas impugnações versando sobre o mesmo crédito.

⁴⁵⁵ Art. 15. Transcorridos os prazos previstos nos arts. 11 e 12 desta Lei, os autos de impugnação serão conclusos ao juiz, que: I – determinará a inclusão no quadro-geral de credores das habilitações de créditos não impugnadas, no valor constante da relação referida no § 2º do art. 7º desta Lei; II – julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação; III – fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos e decidirá as questões processuais pendentes; IV – determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

⁴⁵⁶ “Quanto à possibilidade de condenação em honorários advocatícios na habilitação de crédito falimentar [...] a jurisprudência deste Sodalício [...] prega ser devido tal encargo se no procedimento de habilitação houver impugnação” (STJ, AgRg no REsp 958.620/SC, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), 3ª Turma, j. 15.03.2011, DJ 21.03.2011).

⁴⁵⁷ Caminha-se com um viés restritivo, perante tal construção, porquanto a impugnação tem natureza de ação (COSTA; MELO, 2021, p. 87; SACRAMONE, 2021a, p. 145), havendo legitimados próprios, inclusive com a especialidade da intimação do credor para contestar em cinco dias, despontando a potencial incompatibilidade.

Ainda, deve-se cuidar, como dito, para a utilização de expressões vagas pelo art. 50 do CC/02, o qual concede maior amplitude à atividade interpretativa, mesmo pautando-se pelas peculiaridades do direito falimentar e observando-se o caráter excepcional e restritivo da teoria em liça. Não se pode perder de vista sua aplicação no plano da eficácia, de sorte a não prejudicar as relações com terceiros não compreendidos pela mácula negocial.

Daí que, observando-se o caráter limitador e a definição junto ao caso concreto, o levantamento do véu protetor, a dita suspensão episódica, vem a promover influxo no regime de limitação da responsabilidade, permitindo-se a superação da autonomia patrimonial com acesso aos recursos daquele que incide no abuso da personalidade jurídica.

Desponta nesse trilhar a importância da previsão “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”, inserta no *caput* do art. 50 do CC/02, para compreender a conjunção entre o alargamento em relação a terceiros e, mais uma vez, o reforço ao caráter excepcional da teoria.

Quando em compasso com o art. 82-A da LREF, percebe-se que o art. 50, *caput*, do CC/02, igualmente, enuncia a perspectiva restritiva com vistas à preservação da finalidade comum da sociedade, a destacar a razão teleológica.

Repise-se que a necessidade de observância dos lindes da relação obrigacional, tendo em conta o imbricamento da extensão dos efeitos com o incumprimento, de modo a albergar a expansão do vínculo para aqueles que promoveram o abuso, tendo como efeito o alcance de seus bens particulares. Assim, quanto à extensão subjetiva, os efeitos estão limitados aos bens daqueles que foram beneficiados, direta ou indiretamente, com o sobredito abuso.

Verifica-se, para a aplicação da teoria da superação, a necessária conjugação dos pressupostos caracterizadores do abuso e eventual beneficiamento decorrente deste, o que, além de buscar a leitura do abuso da personalidade jurídica em sua completude, está a recobrar a importância do princípio da autonomia patrimonial (CC/02, art. 49-A), como já vinha sendo perfilhado (CJF, Enunciado nº 7).

A Lei nº 14.112/2020, ao inserir o art. 82-A da LREF, possibilitando a desconsideração da personalidade jurídica, para fins de responsabilização de terceiros, integrantes de grupos, sócio, controlador ou administrado, veio a reforçar, com a remissão ao art. 50 do CC/02, a segurança das relações sociais internas, extirpando a indistinção da aplicabilidade da doutrina da desconsideração.

Inclusive, nesse ponto, pode-se extrair da leitura contextual das disposições normativas acima o estímulo a pensar os meios de tutela ao crédito concursal em sua inteireza, tendo em

mira a excepcionalidade da teoria da desconsideração, impulsionando o correlato enquadramento típico, diante da diversidade das medidas judiciais outrora elencadas.

Nesse trilhar, indaga-se acerca da real demarcação da responsabilidade dos sócios ou administradores, pela desconsideração da personalidade jurídica, tendo em conta o aludido benefício, direto ou indireto, originário do abuso.

Sobre tal ponto, pondera Pugliesi (2015, p. 516):

[...] o sócio ou administrador responsabilizado pela *disregard doctrine* deverá pagar quantia determinada (correlata ao benefício resultante do desvio de finalidade), e não responder com todo o seu patrimônio pessoal (presente e futuro), subsidiariamente, pelas dívidas da falida, pois não há extensão da falência e nem de seus efeitos.

Realmente, não se está a tratar da extensão da falência ou de seus efeitos, tendo em conta a vedação expressa aos sócios de responsabilidade limitada, controladores e administradores (CAMPINHO, 2022, p. 275), sendo adotada, portanto, uma interpretação restritiva, considerando-se os efeitos meramente patrimoniais da desconsideração da personalidade jurídica.

Todavia, como exposto, compreende-se que, tendo em linha a responsabilidade patrimonial secundária, o art. 50, *caput*, do CC/02 não trouxe limitação expressa à delimitação ao benefício, pelo que é viável, observada a via excepcional da teoria da desconsideração, a adoção da responsabilização daqueles pela totalidade das dívidas, como visto.

Diante desse efeito consequencial, e enfatizando o caráter restrito da teoria, assim lecionam Adamek e França (2021, p. 121):

[...] e essa é a lógica que inspira o instituto, diferenciando-o dos remédios que responsabilizam os sócios ou administradores apenas por valores pontuais, correspondentes a danos específicos causados. As palavras “certas e determinadas relações de obrigações”, contidas na lei, são pouco claras, e não vemos como elas poderiam autorizar confundir desconsideração da personalidade jurídica (que serve justamente para estender todo o passivo de uma sociedade) com responsabilidade civil, meios de impugnação de fraude contra credores ou enriquecimento sem causa.

Ainda nesse ponto, da responsabilização quanto ao beneficiamento, pondera-se a possibilidade de discussão no âmbito probatório, com a análise caso a caso da distribuição do ônus, tendo em mira a dinamicidade das relações empresariais entabuladas, sem descartar a “[...] coincidência entre os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações e a integralidade do passivo [...]” (CAMIÑA, 2021, p. 594).

Assim, tem-se que não há óbice à responsabilização pela integralidade das obrigações, pela via da desconsideração, possibilitando-se, contudo, a eventual demonstração, no caso

concreto, da limitação do benefício, diante do encargo probatório dinâmico, de modo a equacionar o interesse coletivo que permeia a falência, com a recomposição e a vedação ao locupletamento.

Verifica-se que a flexibilidade inerente à técnica desconsiderante deve ser observada em sua sistematicidade, não havendo que se excluir sumariamente a possibilidade de comprovação por parte do sócio ou administrador do beneficiamento mínimo ou, até mesmo, da inexistência de correlação com a teoria da superação. Indica-se, assim, meio outro de imputação, despontando daí a relevância do debate probatório.

Em sendo exitoso o IDPJ, possibilita-se a recomposição da massa falida⁴⁵⁸, pela via do desconhecimento da personalidade jurídica, preservando-se, como dito, a igualdade de tratamento dos credores, em conformidade com o art. 126 da Lei nº 11.101/2005. Não é o caso de considerar, portanto, como hipótese de punição do sócio ou administrador, notadamente ante a formatação da responsabilidade secundária patrimonial da doutrina da desconsideração.

Ainda, não há estrita correspondência entre bens abarcados ou não pela execução concursal e a necessária composição da massa falida, como efeito do acolhimento do IDPJ, já que se busca, com a doutrina da desconsideração, o alargamento da responsabilidade patrimonial em face do abuso da personalidade jurídica. Portanto, está-se a laborar com bens não pertencentes ao devedor, o que, inclusive, possibilita a continuidade das execuções contra os sócios antes da aplicação da *Disregard Doctrine*⁴⁵⁹.

Assim é que, com o acolhimento do pleito de desconsideração, restará caracterizada a responsabilidade patrimonial secundária dos sócios de responsabilidade limitada, controladores e administradores, a qual poderá ser integral, a depender do contexto probatório, implicando a arrecadação dos bens daqueles com vistas à composição da massa falida (CÔRTEZ, 2022, p. 450; COSTA; MELO, 2021, p. 216) e preservando-se a *par conditio creditorum*, com maior possibilidade de adimplemento dos créditos.

⁴⁵⁸ Nesse ponto, Costa e Melo (2021) assim pontuam: “[C]aso o incidente de desconsideração tenha sucesso em trazer patrimônio a ser dividido na massa falida [...]”. Em sentido contrário, expõe Pugliesi (2015, p. 515): “[N]esse caso, o efeito da *disregard doctrine* não será o de reverter recursos para a massa. Na desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou administrador será chamado a quitar crédito (ou créditos) resultantes de operações específicas que os tenham beneficiado pessoalmente e não a empresa, liberando-se os ativos que integram a massa falida objetiva de tal ônus (preservando-se, destarte, o patrimônio arrecadado para quitação dos credores sociais relacionados ao centro de imputação da atividade)”.

⁴⁵⁹ Em semelhante sentido, Coelho (2021c, n. p.) pondera: “[A]ssim como a instauração da execução concursal da sociedade empresária importa a suspensão das execuções individuais, para que todos os credores possam ter o tratamento paritário a que têm direito, também não devem prosseguir as execuções movidas contra os sócios dela, quando desconsiderada a personalidade jurídica da falida. [...]”.

Por sua vez, ressalte-se que, com tal proceder, não se está a reavivar a extensão da falência, inclusive pela ausência de critérios postos na lei (RODRIGUES FILHO, 2021, p. 53)⁴⁶⁰, sobrelevando-se, no ponto, a não manutenção da redação disposta pela Medida Provisória nº 881/2019, já aqui mencionada, e reforçando-se a discussão e a sedimentação acerca da temática ainda no âmbito legislativo.

Ao repisar tal entendimento, está-se a trilhar a linha intelectual da irretroatividade, própria da via da desconsideração, já que não se fala propriamente em desconstituição dos atos, considerando-se a suspensão episódica e excepcional no plano da eficácia, de sorte a não abarcar terceiros estranhos à relação negocial acoimada. Ressalva-se, contudo, a ideia anteriormente sustentada, e ainda incipiente, quanto aos casos de fraude, nos moldes do art. 137 e do art. 793, § 3º, ambos do CPC/15.

Nesse particular, traz-se a explanação do Min. Marco Aurélio Bellizze, em seu voto, no REsp 1.455.636/GO:

[E]ssa observação, por si só, tem o condão de inviabilizar a desconstituição de atos praticados entre a pessoa alcançada em razão da desconsideração e terceiros, ocorridos antes do ato da desconsideração, bem como antes do decreto de quebra e do termo legal de falência judicialmente fixado, ressalvada a desconstituição do ato ou negócio jurídico por reconhecimento de fraude.

[...]

[C]ontudo, não se pode elastecer a desconsideração da personalidade jurídica para atribuir-lhes efeitos temporais retroativos, remédio para o qual se têm as ações de desconstituição de atos respectivos por vícios ou por ausência de requisito essencial, além das hipóteses legais de ineficácia de negócios perante terceiros. O instituto nascido da *disregard doctrine* tem o condão de ampliar a responsabilização pelos atos praticados, mas não de desconstituí-los por meio de uma substituição virtual e pretérita dos partícipes da relação contratual, para imposição de requisitos essenciais a terceiros (grifos do original).

Com isso, tem-se reforçada a diferenciação exposta entre a desconsideração e a ineficácia objetiva e subjetiva, além de apartar a pretensa aproximação com a extensão da falência, inclusive na seara dos grupos societários, igualmente sem tratamento minudenciado na legislação⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Reconhecendo a ausência de critérios, mas sustentando a aplicação da extensão da falência em casos extremos, expõe Rodrigues Filho (2021, p. 53): “[...] o critério fundamental que deveria diferenciar a aplicabilidade simplesmente da desconsideração da personalidade e as hipóteses em que cabível também a extensão da falência, deverias ser a constatação da impossibilidade de manutenção das atividades da sociedade responsabilizada secundariamente, a perda de sua viabilidade, considerada a projeção da situação patrimonial que resultará após a responsabilização. Nessa hipótese, a extensão da falência não somente coibiria a fraude e o abuso de direito, [...], mas, principalmente, não contrariaria o princípio de preservação da empresa contido no artigo 47 da Lei 11.101/05”.

⁴⁶¹ Traz-se, como exemplo, a *Ley 24.522/95*, oriunda da Argentina, ao tratar da quebra do grupo, como expõe Diniz (2022, p. 737): “[P]ara apresentação do pedido de concurso preventivo de todas as unidades, o art. 65 exige a forma de *conjunto econômico*, com exposição de fatos que fundamentam a existência de agrupamento

Destarte, firma-se a aplicabilidade do IDPJ no processo falimentar, com fincas no CPC/15, observando-se as especificidades da legislação falimentar. Não há que se falar em incompatibilidade ou antinomia, haja vista o conhecido processo de insuficiência legislativa, o qual, em vez de obstar, direciona o intérprete em busca da efetividade que se espera do arcabouço legislativo.

Pode-se dizer, então, que das lacunas exsurgem os potenciais descompasso e as pretensas soluções ou, em termos outros, as necessárias respostas para a miríade de situações conflitantes que dimanam das relações humanas, despontando daí a relevância da função jurisdicional que “[...] tanto reflete o substrato social como sobre ele reage [...]” (VILANOVA, 2003, p. 465).

Com efeito, a função jurisdicional se entremostra de fundamental importância diante da incompletude da técnica legislativa remissiva dada ao art. 82-A, da LREF o que, a um só tempo, confere maior flexibilidade e, por conseguinte, melhor adaptação da doutrina da desconsideração à diversidade de situações geradoras do abuso, como também permite ao intérprete, com maior ênfase ao julgador, revolver a aplicabilidade prática da teoria em discussão, dando ensanchas ao (des)controle de legalidade.

Não se pode descurar que, ao laborar com os modos de integração do direito, é preciso buscar uma necessária sintonia com os respectivos limites, designadamente o de não conferir um efeito generalizante a nenhum meio integrador (FERRAZ JÚNIOR, 2022, p. 270), o que, por vezes, pode desembocar no arbítrio quando está a se empenhar na resolução de problemas sem a correlata prescrição legal.

Nesse passo, releva trazer à baila, quando se constata a hipótese de colmatção, a distinção entre a interpretação jurídica e a hermenêutica, consoante exposição de Barroso (2009, p. 269-270):

[A] *hermenêutica jurídica* é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito.

ou grupo baseado no controle (art. 172). Já para o pedido de quebra, o pressuposto da cessação de pagamentos basta que seja proveniente de uma unidade do agrupamento, desde que esse fato possa afetar os demais integrantes do grupo (art. 66). A competência para decretação da quebra é do juiz ativo mais importante apurado no balanço (art. 67)., assim cada sociedade do grupo terá um processo correspondente. Não obstante, a *extensión de la quiebra* é feita pelo juiz que intervém na quebra, sendo expressamente prevista no art. 161. Cabe ao juiz coordenar os procedimentos das falências (art. 166), formando massa única, inclusive em caso de confusão patrimonial (art. 167). Ressalva-se, todavia, que o art. 168 determina que sejam considerados separadamente bens e créditos pertencentes a cada falido, pagando-se os respectivos credores. Os bens remanescentes de cada massa separada constituem fundo comum para ser distribuído entre os credores não satisfeitos pela liquidação da massa única, sem atender a privilégios”.

A *interpretação jurídica* consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informado por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A *aplicação* de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o *ser ao dever ser*. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão (grifos do original).

Destaca-se a interpretação, nessa ordem, como atividade a trazer, para além da racionalidade, o controle necessário à atividade interpretativa do julgador, já que este produz a interpretação autêntica, que releva o texto escrito, a realidade e os fatos para alcançar, como resultado, a norma jurídica, que se transmutará em norma de decisão pertinente ao caso concreto (GRAU, 2021, p. 61-63).

Para tanto, deverá o magistrado percorrer as linhas escritas do texto legal, muitas vezes permeado por expressões vagas e cláusulas gerais, a demandar uma necessária construção⁴⁶², o que, igualmente, apresenta-se em matéria de desconsideração da personalidade jurídica, impulsionada, ainda, com a dita lacuna intencional.

Nesse contexto, em face das disposições normativas de regência, a aplicação da teoria da desconsideração, em nosso ordenamento, caminha em linha similar à técnica de interpretação, que irá delimitar sua perfectibilização ou não diante da conjuntura fática, fazendo ressoar, ainda mais, a aludida atipicidade do ilícito.

Ressalte-se, aqui, que a atipicidade do ilícito não diz com a ausência de previsão legal, mas sim com a subversão do comportamento descortinado, perante os casos concretos, em face da multiplicidade e da impossibilidade de determinação dos devaneios da mente humana⁴⁶³.

Percebe-se, nessa ordem, que a dita atipicidade provém do próprio dinamismo das relações sociais e que também se espraia na aplicação do Direito, já que a “[...] lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades *corretas*” (GRAU, 2021, p. 65).

Ainda nessa perspectiva, expõe Grau (2021, p. 84-85):

Isso se dá porque [...] o direito existe em função da sociedade [...]. O direito é um nível da realidade social.
[...]

⁴⁶² Acerca da correlação entre construção e interpretação, assim leciona Barroso (2009, p. 270): “[A] interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além de expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados”.

⁴⁶³ Sobre os ilícitos atípicos, com as devidas adaptações, lecionam Atienza e Manero (2014, p. 27): “[s]ão ilícitos atípicos que, por assim dizer, invertem o sentido de uma regra: *prima facie* existe uma regra que permite a conduta em questão; contudo – e em razão de sua oposição a algum princípio ou princípios –, essa conduta se converte, uma vez considerados todos os fatores, em ilícita; isso, em nossa opinião, é o que ocorre com o abuso de direito, a fraude à lei e o desvio de poder”.

[A] interpretação do direito não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. O direito é um dinamismo.

Vê-se a relevância do processo interpretativo, por meio dos métodos de interpretação, para o desenvolvimento e alcance da resolução das controvérsias que se apresentam no cotidiano, notadamente para atenuar a profundidade do abismo temporal entre a fluidez das relações negociais e a assimetria legislativa.

A adoção da vertente da interpretação restritiva e excepcional da teoria da desconsideração, nesse caminhar, está a indicar ao Poder Judiciário um norte a ser secundado, que é a prevalência da autonomia patrimonial, sem prejuízo da utilização de medidas judiciais diversas para evitar a propagação de ilícitos.

O que se está a dizer é que nem toda ilicitude comportará, como remédio, a utilização da doutrina da desconsideração, que, não obstante a flexibilidade compartimental, vem sendo guiada pela caracterização irrestrita do abuso da personalidade jurídica, por intermédio do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial.

E aqui se faz pertinente a preocupação voltada à tutela do direito material, pela utilização dos instrumentos efetivos para abrigá-los, pois “[...] é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 321).

Salienta-se, com isso, a preocupação com a aplicação das disposições normativas, ressaltando-se seu correto emprego e buscando, assim, a eficácia social da teoria da desconsideração. O sancionamento é claro em face da demarcação, igualmente cristalina, do desrespeito ao princípio da autonomia patrimonial pelo abuso.

Pondera-se, nesse ponto, com Carnelutti (2006, p. 123-124):

Compreende-se que as normas jurídicas instrumentais ou materiais, [...], não possam atuar em cada caso senão por meio de um juízo. Na verdade, resolve-se em juízo aquilo que se chama a aplicação da regra (ao caso). É, portanto, só através de um juízo que as normas jurídicas se transformam em preceito. Esta transformação é necessária especialmente para que da sua violação derive a atuação da sanção.

Em termos outros, diz-se que a interpretação não pode prescindir da atividade do sujeito, sendo um local entre a rigidez e a flexibilidade, um espaço que o formalismo não poderá alcançar⁴⁶⁴, o que vem a reforçar a derrocada do brocardo *in claris cessat interpretatio*, assim

⁴⁶⁴ Para melhor compreensão, traz-se a ideia de Zaccaria (2017, p. 113-114): “[E]struturalmente a interpretação é, de fato, espaço de jogo entre vínculo e liberdade, entre rigidez e flexibilidade, entre exercício do risco e exercício da fidelidade; é, por outro lado, processo dialético entre lógica do provável e do razoável e, por

como dialogar com efeitos consequenciais, previamente dispostos, correlatos ao descumprimento.

Ao aludir aos efeitos consequenciais, não se está a sufragar a ideia de consequencialismo⁴⁶⁵, porquanto a necessidade de maior segurança jurídica e de previsibilidade das relações negociais demanda uma perspectiva integradora e sistêmica para que se possa alcançar uma linha interpretativa viável, diante das possíveis faces do abuso.

Nesse viés, percebe-se a utilização, no âmbito do Direito das Empresas em crise, uma de pretensa justificação constitucional baseada na função social (CF/88, art. 170, III), lastreando-se, todavia, numa perspectiva isolada da empresa, pensada a partir do problema, o que se aproxima da tópica de Viehweg⁴⁶⁶.

Não se está a dizer que a linha adotada por Viehweg é desnecessária, por seu ajustamento em direção ao problema. Ao revés, é impositivo conhecer o problema para pensar a solução. Todavia, para alcançá-la, seguramente tal direcionamento é insuficiente, pois o pensar jurídico é em si problemático, buscando a resolução de uma questão ainda não elucidada (CANARIS, 2019, p. 246)⁴⁶⁷.

Nessa ordem, vê-se, por vezes, a análise segmentada da situação de crise empresarial apenas pela perspectiva da sociedade empresária, sem atentar, portanto, para os diversos interesses outros, entre os quais, os dos credores e da comunidade local que se beneficia da atividade econômica⁴⁶⁸.

Daí que se intensifica a busca do exame contextual na aplicabilidade das disposições normativas, em seu viés sistemático e de completude, como pontua Grau (2021, p. 86):

outro, lógica do necessário e da cogência. Um espaço que nenhum formalismo está em condições de preencher e em que o intérprete fala e atua sempre ‘no meio’, como verdadeiro interlocutor, encontrando uma solução que não pode deixar de constituir um ato de autonomia. A interpretação não pode prescindir da insubstituível atividade e iniciativa do sujeito”.

⁴⁶⁵ Sobre o consequencialismo, expõe Ávila (2021, p. 56): “O consequencialismo, [...], pode ser definido como a estratégia argumentativa mediante a qual o intérprete molda o conteúdo ou a força do Direito conforme as consequências práticas que pretende evitar ou promover, em detrimento da estrutura normativa diretamente aplicável, dos efeitos diretamente produzidos nos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais imediatamente aplicáveis à matéria”.

⁴⁶⁶ Interessa anotar que sustenta Viehweg (2008, p. 33): “[O] aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o *problema*”.

⁴⁶⁷ Segundo Canaris (2019, p. 246): “[c]om razão diz um partidário do pensamento sistemático e adversário da tópica tão decidido como FLUME: ‘Todo o pensamento jurídico é pensamento problemático e cada regulação jurídica é-o de um problema’, podendo-se acrescentar: todo o pensamento científico é em geral pensamento problemático – pois um ‘problema’ nada mais é do que uma questão cuja resposta não é, de antemão, clara”.

⁴⁶⁸ Assim pondera Cerezetti (2012, p. 213): “[o] exercício da função social por parte da empresa está intrinsecamente ligado à sua real capacidade de atender aos interesses por ela envolvidos e de contribuir para a sociedade de que faz parte. Forçoso é reconhecer, portanto, que em prol disso se encontra não apenas a preservação da empresa, como sua liquidação, caso a recuperação não seja viável”.

Por isso mesmo a interpretação do direito é interpretação *do direito* e não de textos isolados, desprendidos *do direito*.

Não se interpretam *textos de direito*, isoladamente, mas sim *o direito*, no seu todo [...].

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição.

Com a teoria da desconsideração não é diferente, haja vista o rigorismo com a moldura fática a caracterizar os pressupostos constituidores do abuso da personalidade jurídica, sempre atentando para a suficiência das medidas outras existentes para responder às variadas facetas dos ilícitos.

Por essa razão, quando de sua aplicação, é preciso que o julgador, em face das lacunas, atente ao norte mínimo traçado pela legislação, notadamente a excepcionalidade, buscando a solução antes nas avaliações dadas ao sistema⁴⁶⁹. Afinal, até mesmo a interpretação textual se embasa em diretivas existentes⁴⁷⁰. Nos dizeres de David (2014, p. 139): “[...] os quadros de normas mais ou menos precisos que de uma construção jurídica que cabe ao intérprete completar”.

Tanto é assim que Reale (2005, p. 37), em abordagem da eticidade, expõe a relevância das normas genéricas e cláusulas gerais para a formatação dos modelos jurídicos hermenêuticos, o que, ressalte-se, é o caso das disposições normativas que se utilizam da técnica remissiva, haja vista a imperiosa construção a ser traçada diante do intercâmbio legislativo.

Nesse contexto, a própria técnica legislativa indica maior liberdade ao intérprete, o que não está a se confundir com o arbítrio, notadamente na seara judicial, ante o dever de motivação.

Por óbvio, a maior flexibilidade da textura legislativa pode dar azo a criações interpretativas dissonantes, fazendo com que daí venha a se alcançar a demarcação entre as razões de ordem fática e a interação entre os princípios, regras e institutos legais, como ponderou Judith Martins-Costa ao tratar do princípio da função social (MARTINS-COSTA, 2006, p. 235)⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Nesse ponto, no que denominou função social da hermenêutica, explicita Ferraz Júnior (2022, p. 272): “[M]esmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por equidade, por analogia etc.) dando impressão de que o intérprete está guiando-se pelas exigências do próprio real concreto, o que se faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado”.

⁴⁷⁰ Sobre o tema, expõe Chiassoni (2020, p. 132): “[a] noção de interpretação textual dos documentos normativos [...] pode ser refinada, entendendo-a como a atividade, informada pelas diretivas de um código hermenêutico, que consiste em atribuir a uma disposição um significado, contextualmente justificado ou potencialmente justificável como juridicamente correto, constituído por uma ou mais normas explícitas”.

⁴⁷¹ No ponto, assim ponderou Martins-Costa (2006, p. 235): “[C]om base no princípio da função social (compreendido em seu papel de ‘previsão de limite’) o juiz pode impor deveres negativos para além daqueles

Nota-se que o problema, invariavelmente, diz com a insuficiência da subsunção, estando, portanto, conectado à aplicação do direito, o que acabou por confundir-se com o que se denominou discricionariedade judicial, que nada mais é que uma revisitação metodológica da aventada aplicação (NEVES, 1995, p. 596).

Nesse contexto, entende-se que não se pode falar propriamente em descontrole de legalidade quando se está a buscar a resolução de situações concretas a envolver a teoria da desconsideração.

Com isso, não se está a consignar o império da arbitrariedade. Ao revés, reforça-se que o controle de legalidade deverá ser feito perante o caso concreto, não só diante das nuances deste como também pela espessura textual fruto da opção legislativa.

É oportuno ressaltar que não mais se está a construir a aplicação de uma teoria sem a respectiva previsão legal⁴⁷², o que, seguramente, traria maior preocupação e propagaria a insegurança jurídica que se pretende evitar.

Mesmo diante de uma técnica remissiva lacunosa, pode-se registrar que o regramento da doutrina da desconsideração está prescrito explicitamente e é aplicável no processo falimentar, como instrumental proveniente da lúdima seleção legislativa, o que difere, e muito, das construções para aplicação da lei em situações não previstas⁴⁷³.

Além disso, os problemas de indeterminação, considerada não só a vagueza das expressões como as lacunas, acompanham, igualmente, a *Disregard Doctrine* nos demais ramos do Direito, tendo sido uma escolha informada do legislador, em face da experiência pretérita quanto a sua concretização.

Com efeito, a atipicidade dos ilícitos exige uma postura mais ativa do intérprete para a construção dos modelos jurídicos de aplicação da teoria da superação, com a flexibilidade necessária para atingir a preservação da finalidade comum da pessoa jurídica, e, assim,

cominados expressamente na lei, como, aliás, já tem apontado a jurisprudência, embora nem sempre com base em fundamentação adequada, pois é preciso não apenas estabelecer a correlação entre as razões de fato e a atuação do princípio quanto discerni-lo de outros princípios, regras e institutos legais”.

⁴⁷² Não obstante as disposições legais, há doutrina que defende que a aplicação da teoria da superação independe de previsão legal (COELHO, 2021, n. p.). E, anteriormente à alteração imprimida pela Lei nº 14.112/2020, enunciados doutrinários, a exemplo do Enunciado nº 247 do FPPC, já explicitavam a aplicação do IDPJ no âmbito falimentar, nos seguintes termos: “Aplica-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar”.

⁴⁷³ Como exemplo dessa construção, não prevista em lei e não albergada pela Lei nº 14.112/2020, pode ser mencionada, para com as associações, a aplicação da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, como decidido pelo STJ, em sede de cognição sumária, no caso do Grupo de Educação Metodista (STJ, AgInt no TP 3654, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 15.03.2022, DJ 07.04.2022).

incolumidade das relações negociais, relegando-se a visão absoluta anteriormente consolidada⁴⁷⁴.

Derrogando-se a personalidade jurídica⁴⁷⁵, com o desconhecimento desta, não se está a expropriar sua personalização em si. Ao revés, pretende-se decantar as impurezas, episodicamente postas, para preservá-la em sua inteireza, propiciando, assim, a segurança jurídica que está a reger as relações sociais.

Assim como as relações negociais são relações humanas, fica clara a potencial noção de falibilidade, inerente à condição do ser gregário, e que também tangencia a interpretação, como atividade que permeia toda a legislação, sendo esta clara ou não, sem, contudo, perder a objetividade e o equilíbrio⁴⁷⁶.

Diante disso, antes de criar embaraço, a atividade interpretativa vem a aclarar o processo de aplicação da lei, mormente quando está a referir-se à interpretação autêntica, buscando a construção da norma de decisão atinente ao caso concreto.

O que se verifica, no contexto da teoria da desconsideração, é um maior leque de possibilidades para que todos os atores do processo venham a sustentar suas posições, que serão examinadas, em observância ao princípio do contraditório, pelo julgador, o qual, pela vedação ao *non liquet*, procederá ao juízo de legalidade, justamente por não ser absoluta a abertura dos enunciados normativos (GRAU, 2021, p. 91).

Em termos outros, deverá ser cotejada com os elementos fornecidos pelo caso em apreço, que vão desde a argumentação, perpassando pelo manancial probatório até o encaixe na moldura possibilitada pelo sentido vocabular, inclusive não descurando de eventual imperfeição linguística⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Sobre o tema, expõe Abreu (1996, p. 203): “Em suma, a personalidade jurídica, enquanto conceito expressivo de autónoma subjectividade (de separação da esfera jurídica da pessoa colectiva da de outras pessoas – membros ou não daquela), não deve ser absolutizada. O que ela possibilita possibilitado pode ser por outras técnicas do direito”.

⁴⁷⁵ Para Abreu (1996, p. 205): “Podemos definir a ‘desconsideração da personalidade colectiva’ como a derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial da pessoa colectiva em face dos seus membros”.

⁴⁷⁶ Nesse ponto, leciona Ferrara (1987, p. 129): “[A] interpretação deve ser objectiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei. Aplica-se a interpretação a todas as leis, sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade da interpretação”.

⁴⁷⁷ Em certa medida, alertava Pontes de Miranda (1960, p. 157): “[p]orém uma das mais altas e prestantes funções dos juristas é a de definir o conteúdo dos termos empregados pela lei, para que flua, sem contradições, o sistema jurídico, que é sistema lógico”.

Na atual conjuntura, na qual a personalidade jurídica e seus efeitos correlatos se espraiam para além do que já se pensou⁴⁷⁸, tem-se a expressão vocabular como mecanismo hábil ao controle dos excessos perpetrados, controle que, no âmbito do Poder Judiciário, é passível de fiscalização estreita, notadamente pela possibilidade de revisão em grau de jurisdição diverso.

Como se viu, a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar encontra variadas complicações, que passam pela diferenciação objetiva de outras medidas, pela delimitação de sua utilização e, sobretudo, pela colmatação das lacunas, diante do enunciado normativo remissivo, o que pode conduzir a outro problema, qual seja: o descontrole de legalidade.

Todavia, ao passo que o receio desse pretense descontrole se entremostra, desponta, igualmente, a tão conhecida atividade interpretativa, condutora da concretização e da segurança jurídica, a qual será balizada nas especificidades da teoria da desconsideração no âmbito falimentar e, portanto, aplicada em termos restritivos e excepcionais, com fincas no art. 82-A da LREF.

O que se tem, a um só tempo, é que a interpretação é o móvel necessário para a mudança, como também pode levar ao caminho da instabilidade. Porém, toda alteração em curso traz consigo o horizonte tempestuoso, que, no mais das vezes, apenas descortinará o novo, e não propriamente uma irregularidade.

E isso se dá porque a interpretação busca dar o sentido e o alcance possível aos vocábulos e expressões, não sem qualquer limitação, mas observando a evolução das relações negociais, compreendendo a atipicidade destas e de seus efeitos, diante do natural descompasso da lei com a realidade.

Nesses termos, o velho, a doutrina da desconsideração, renova-se a partir da singularidade do caso concreto, acompanhando a realidade viva, por meio da atividade interpretativa, já que “[s]ó as palavras não foram castigadas com a ordem natural das coisas” (BARROS, 2015, p. 112).

Assim é que o intérprete, como explanado, poderá construir, com lastro na legalidade e na realidade técnica, a solução para os desvios, expressados nas mais diversas formas, laborando com conceitos como a boa-fé objetiva, a imputação de conhecimento e a função social, direcionados a desatar o plexo de ilícitos, diante dos múltiplos interesses sociais contrapostos.

⁴⁷⁸ A título exemplificativo, cita-se o reconhecimento da personalidade jurídica ao rio Whanganui, na Nova Zelândia (disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/nova-zelandia-concede-personalidade-juridica-a-rio-venerado-por-maoris.ghtml>), bem assim os protestos contra os direitos constitucionais das corporações nos EUA (WINKLER, 2018, p. 370-371).

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou examinar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica sob uma perspectiva ampla, ressaltando-se as especificidades do tema em seus diversos nichos, com vistas à verificação de sua aplicabilidade especificamente no âmbito falimentar, tendo em mira a recente alteração da Lei nº 11.101/2005 (LREF), promovida pela Lei nº 14.112/2020.

Para tanto, antes do desconhecimento da pessoa jurídica, fez-se pertinente sua consideração mesma, haja vista a criação do ente coletivo com o objetivo de segmentação da figura da pessoa natural.

Percorrendo as trilhas históricas, percebeu-se que a complexidade das relações humanas impulsionou a discussão e a posterior sustentação da pessoa jurídica como sujeito autônomo de direitos e obrigações. Em outros termos, o surgimento do novo ente se deu pela necessidade de adaptação do indivíduo aos novos tempos das trocas, das relações negociais.

Conquanto se faça alusão à prescindibilidade de sua natureza, ao analisar a complexidade e a pulverização de ideias acerca da pessoa jurídica em si, verificou-se que a própria teorização já indica a relevância da construção dos modelos jurídicos como forma de evolução da essência da ideia de abstração, despontando daí o papel primordial da atividade interpretativa.

A aludida construção teórica, por diversas linhas, já apontava a dificuldade em estender a personalização ao ente moral, não obstante a realidade posta já indicasse sua existência fática. Em verdade, aqui se perfaz, uma vez mais, a força das relações humanas em face da formatação ideal da vivência.

Tanto é assim que a personalização do ente coletivo veio simbolizar a forma jurídica do fenômeno empírico, originário do meio social, por meio da introjeção do processo técnico, sendo caracterizado, assim, como uma realidade técnica.

Nessa linha, a teoria da realidade técnica, adotada pelo Código Civil (CC/02, art. 45), veio a compatibilizar o imbricamento entre o substrato social e o reconhecimento estatal, reforçando-se a segurança jurídica necessária ao fenômeno interpessoal.

Com isso, fez-se possível a delimitação quanto ao momento da constituição da pessoa jurídica, possibilitando-se, ainda, a demarcação dos respectivos efeitos e se fazendo presente, em face das especificidades do caso concreto, a atividade interpretativa para amoldar a realização social, influenciada pelo momento histórico, ao parâmetro objetivo do

reconhecimento estatal, que possibilita o surgimento do novo centro de imputação de direitos e obrigações.

É esse centro de imputação de direitos e obrigações que irá interligar o agrupamento de pessoas naturais, unidas pelos fins comuns pretendidos, com a realidade que dimana da pessoa jurídica, destacando-se a característica da autonomia patrimonial.

Com a autonomia patrimonial do ente coletivo, promoveu-se a separação dos patrimônios entre a pessoa jurídica e seus integrantes, impulsionando as atividades econômicas, já que, tendo um novo sujeito de direito e obrigações, os membros não seriam responsabilizados pelas obrigações daquela, segregando-se os riscos.

Igualmente, diante da formação do patrimônio próprio, a pessoa jurídica passa a responder apenas por suas obrigações, atuando por intermédio de seus órgãos institucionais, os quais a apresentam em suas relações cotidianas, com vistas ao atingimento da finalidade social comum, como se deduz do art. 49-A do CC/02.

Agregando valor à autonomia patrimonial, e tratando-se das sociedades, a limitação da responsabilidade surge como forma de incentivo para a captação de investimentos, possibilitando, por meio dos tipos societários, a fixação da responsabilização ordinária da pessoa jurídica, a exemplo do que ocorre com as sociedades limitadas e anônimas.

Nesses termos, quando da limitação da responsabilidade, os sócios têm a segurança de que, em caso de insucesso da atividade econômica exercida pela sociedade empresária, os respectivos patrimônios pessoais não serão ordinariamente atingidos, ressalvando-se previsões legais específicas, o que está na margem de previsibilidade.

Da conjunção entre a autonomia patrimonial e a responsabilidade limitada, o anterior cenário, de maior restrição negocial, assume uma perspectiva globalizada, permitindo a profusão da circulação de riquezas, com os custos de transação previstos, de modo a imprimir a segurança esperada nas relações com terceiros.

Todavia, a segurança que permeava as relações foi abalada pelas irregularidades perpetradas pelos integrantes das pessoas jurídicas, os quais, em abuso da separação patrimonial, promoviam atividade em descompasso com a finalidade comum almejada, dando ensejo ao mau uso da pessoa jurídica.

Nesse passo, assim como a criação da pessoa jurídica, surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como construção jurisprudencial estrangeira, para retomar o curso, reforçando a autonomia patrimonial, em face da utilização abusiva da personalidade jurídica.

Quer-se dizer que a *Disregard Doctrine*, em vez de despersonalizar o ente coletivo, nasce para restabelecer a normalidade das relações negociais afetadas pelos atos abusivos,

recobrando-se, assim, o norte do princípio da autonomia patrimonial e da função social desempenhada pela atividade econômica.

O uso disfuncional da pessoa jurídica dá ensejo à teoria da superação, em face do desrespeito à autonomia patrimonial, o que vem a implicar o possível comprometimento do patrimônio pessoal de seus membros, a demonstrar a conexão com a finalidade social da atividade econômica, tanto no plano interno quanto no externo.

Por seu surgimento, vê-se que a doutrina da desconsideração traz em si o casuísmo, mas, aqui, no sentido de que deve se adstringir ao caso concreto. Além disso, tem por característica a excepcionalidade e o caráter restritivo, produzindo efeitos delimitados na relação negocial vergastada.

Diverso não foi o contexto de sua introjeção no Brasil, com lastro na doutrina e na jurisprudência estrangeira, visando, a partir da análise do caso concreto, atingir o controle da eficácia do ato desviante com vistas à manutenção da higidez da pessoa jurídica e, por conseguinte, das correlatas relações negociais.

Não obstante o caráter extraordinário da medida, a primeira internalização no âmbito legislativo pátrio se deu sob a ótica consumerista, tendo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) adotado a teoria menor como norte, em face da peculiaridade dos direitos em liça, o que difere da prática no tocante às relações cíveis e empresariais.

Quanto a tais relações, cíveis e empresariais, buscou-se trilhar a menor intervenção, observando a linha dos credores institucionais, tomando a atividade abusiva como ocasional e, portanto, restrita ao caso em exame, secundando-se o disposto no CC/02.

Com fincas no art. 50 do CC/02, o abuso da personalidade jurídica restará caracterizado com os pressupostos do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, indicando-se, assim, hipóteses excepcionais a demandar a interpretação restritiva, haja vista a presunção da autonomia patrimonial (CC/02, art. 49-A).

Mesmo diante do parâmetro legislativo trazido pelo CC/02, o problema da aplicabilidade da teoria da superação ainda perdurou, diante da pulverização das relações humanas e da utilização de expressões vagas, a reforçar a importância da casuística e, por consectário, do papel integrador da interpretação.

Tanto é assim que, ainda hoje, são sustentadas duas vertentes para a teoria maior da desconsideração (subjetiva e objetiva), adotada pelo art. 50 do CC/02, a depender da individualização dos pressupostos do abuso da personalidade jurídica no caso concreto.

Com efeito, a insegurança jurídica, promanada da instável aplicação, fez com que se buscasse trazer maior precisão ao art. 50 do CC/02, culminando com a alteração promovida pela Lei nº 13.874/2019, denominada Lei de Liberdade Econômica (LLE).

Malgrado o curto lapso temporal desde a alteração imprimida pela LLE, percebeu-se o intento de robustecer o princípio da autonomia patrimonial, trazendo maior clareza ao distinguir a pessoa jurídica e seus sócios, associados, instituidores ou administradores, além de ter a separação patrimonial como instrumental lícito de alocação. Buscou-se, muitas vezes, pela adoção dos entendimentos jurisprudenciais sedimentados, trazer definições mais precisas com vistas a otimizar eventual querela judicial, inclusive por técnicas enunciativas, por exemplo, a não caracterização do desvio de finalidade pela mera expansão ou alteração da finalidade social (CC/02, art. 50, § 5º) e o reforço à licitude da existência dos grupos econômicos (CC/02, art. 50, § 4º).

Nada obstante, a técnica legislativa utilizada continuou a fomentar o uso de termos vagos e genéricos, além de não restringir determinadas hipóteses, o que se depreende da leitura das expressões “prática de ilícitos de qualquer natureza” e “outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”, presentes, respectivamente, no art. 50, §§ 1º e 2º, III, do CC/02, uma vez mais, dando ensanchas a maior margem interpretativa.

Nessa linha, da abertura semântica, notou-se o campo ainda fértil para o balizamento conceitual, de modo a influenciar o correto enquadramento da medida judicial em face da ilicitude da atividade adotada.

Isso porque, nos moldes do art. 50 do CC/02, adotou-se a doutrina da desconsideração para fins de responsabilidade atinente a situações de responsabilidade limitada, caracterizando-a como forma de responsabilidade patrimonial secundária, com influência em certas e determinadas relações de obrigações, distinta, portanto, dos casos de responsabilização ordinária dos administradores e da teoria *ultra vires*.

Em verdade, a imprecisão da terminologia (“desconsideração”) está a contribuir para eventuais embaraços interpretativos, sendo imperioso ressaltar seu caráter episódico, no plano da eficácia, com vistas ao atingimento dos bens particulares daqueles que se beneficiaram, direta ou indiretamente, da atividade abusiva, o que restringe a desmesurada aplicação e a diferencia da responsabilização civil em sentido amplo.

Como visto, a constante da teoria da superação é sua variabilidade, de modo que o avivamento do debate, doutrinário e jurisprudencial, faz-se singular, pois se discute desde a concretização do sentido mesmo do desvio de finalidade, como pressuposto do abuso da

personalidade jurídica, até a potencial ilicitude da atuação específica dos grupos de sociedades, como forma de adaptação à complexidade das relações societárias atuais.

Em compasso com o CPC/15, que trouxe a previsão do IDPJ, a redação do art. 50 do CC/02, dada pela LLE, vem a sedimentar a impossibilidade da atuação oficiosa do julgador no tocante ao desconhecimento da pessoa jurídica, ressaltando a observância das regras de direito material, abarcando-se os casos de desconsideração direta e inversa (CPC/15, art. 133).

Com a criação do IDPJ, bem assim a possibilidade do pleito da desconsideração já com a petição inicial, o malferimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa restou superado, sendo um ponto a ser destacado em face dos problemas gerados diante da ausência de manifestação efetiva, o que gerava insegurança jurídica e oportunizava posteriores pedidos de nulidade.

Para além da previsibilidade, a delimitação procedimental possibilitou a visualização em perspectiva do atingimento específico da doutrina da desconsideração, porquanto, uma vez restrita ao plano da eficácia, propiciou a correta formação do polo passivo, com a intervenção de terceiro (IDPJ), não trazendo prejuízo às demais relações entabuladas pela pessoa jurídica e não abarcadas pela técnica desconsiderante.

Resta clara tal perspectiva quando da intersecção dos efeitos, do alcance subjetivo e da responsabilidade patrimonial, pois a extensão dos efeitos de certas e determinadas relações de obrigações está a indicar o alargamento em relação a terceiros e o caráter episódico da teoria da desconsideração, mormente quando conjugada a necessária presença dos pressupostos caracterizadores do abuso da personalidade e do benefício, direto ou indireto, originário daquele, dependentes de ampla discussão no âmbito probatório.

Em outros termos, a relação obrigacional da pessoa jurídica, a limitação da responsabilidade e a utilização de modo abusivo da pessoa jurídica estão a promover a aludida intersecção e a necessária visão pragmática da teoria da superação, tendo em mira a confluência entre as regras de direito material, processual e o exame fático diante do contexto probatório, designadamente quando se está a tratar da imprecisão das expressões, sem descuidar da dificuldade do próprio acesso de informação nas estruturas societárias e do caráter multiforme dos casos.

Além disso, a demarcação do beneficiamento se faz pertinente para a responsabilidade patrimonial secundária, de modo a atingir os bens particulares dos sócios e dos administradores favorecidos com a atividade abusiva, seja esta oriunda do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial. Assim, procura-se preservar as condições daqueles que, no mais das vezes, não têm poder de controle nem detêm qualquer influência nas decisões da pessoa jurídica, como é

comum nos casos de sócios minoritários, reforçando-se a maior cautela na aplicação da teoria maior da desconsideração.

Essa correlação entre o exercício das atividades e o beneficiamento é de grande relevo, visando conferir maior apuro à imputação da responsabilidade por meio da doutrina da desconsideração, tendo em mira a responsabilidade pela totalidade das dívidas, mesmo que em caráter secundário. Daí a relevância de se balizar pelo arquétipo traçado pelo art. 50 do CC/02 com vistas a evitar confusões com medidas judiciais distintas, como nos casos de responsabilidade pessoal do administrador (*business judgment rule*), para que se possa encontrar a subsunção adequada, mormente pela dinamicidade da relação jurídica empresarial, perpassando invariavelmente por questões probatórias.

A extensão da responsabilidade patrimonial em si a um terceiro não devedor já demandaria maiores cuidados, o que foi atentado quando do surgimento do IDPJ, ao preservar a linha do contraditório, além de registrar a substanciação pelas regras de direito material e a comprovação dos pressupostos da teoria da superação.

Com isso, o procedimental a ser utilizado, o IDPJ, pauta-se pela interação entre o conjunto fático e a interpretação restritiva, ínsita à teoria da desconsideração, pretendendo-se a retomada da normalidade da relação negocial com a manutenção dos interesses creditórios, a denotar o influxo com o âmbito substancial da *Disregard Doctrine*, tendo em conta o centro autônomo de decisões, em caminho a ser desvelado pelas técnicas de distribuição do ônus probatório. Em suma, o problema que acompanha o direito material se alastra pela seara processual, haja vista o predomínio do caráter casuístico, a desaguar na operacionalidade interpretativa.

Por seu turno, com a Lei nº 14.112/2020, foi introduzida a previsão na LREF, em seu art. 82-A, quanto à desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar.

Nessa perspectiva, estabeleceu-se a técnica de desconsideração para fins de responsabilização, pautando-se, em seu aspecto material, pelo art. 50 do CC/02, assim como, no âmbito processual, no IDPJ previsto no CPC/15, destacando-se, contudo, a suspensão prescrita na legislação processual (CPC/15, art. 134, § 3º).

Adotando-se a técnica de remissão, optou-se por laborar com as lacunas intencionais, a ressoar que a problemática da casuística de outrora ainda acompanha a atualidade, reconhecendo o déficit legislativo, em face do descompasso entre a realidade legislativa e a multiplicidade das relações negociais, sobretudo em se tratando da falência das sociedades empresárias.

Tendo em mira a especialidade do procedimento falimentar, destacando-se, aqui, a fase pré-falimentar e a fase falimentar propriamente dita, faz-se ressoar a insuficiência da técnica remissiva no tocante à doutrina da desconsideração, dando abertura, uma vez mais, aos métodos integrativos e potencializando a casuística.

Com a sentença de decretação da falência, inicia-se a fase falimentar, que diz com o processo de execução coletiva, no qual haverá a apuração do passivo e do ativo, bem como a realização deste, o pagamento dos credores e medidas outras necessárias à complementação.

Nesse particular reside um ponto problematizado, que é a relação da desconsideração da personalidade jurídica com a sociedade falida, destacando-se a expressão “sociedade falida”, na forma do art. 82-A, parágrafo único, da LREF.

Como a sociedade só poderá ser considerada falida a partir da decretação, sustentou-se a impossibilidade da aplicação da teoria da superação na fase pré-falimentar, podendo ser pugnada na petição de habilitação de crédito ou por incidente. E mais, por essa razão, não se vislumbra a possibilidade de caracterização como demanda inicial, e sim incidental.

Nesse trilhar, considerando a vinculação da teoria da desconsideração à sociedade falida, consoante a redação do art. 82-A da LREF, não se pode interpretá-lo extensivamente, de forma a abarcar a recuperação judicial, que não se confunde com a falência, diante da opção legítima do legislador reformista, além do desencontro entre o móvel propulsor do desconhecimento da personalidade jurídica e os fins pretendidos pela reestruturação.

Ainda sob a perspectiva correlacional, verificou-se que a desconsideração da personalidade jurídica não corresponde à extensão da falência, sendo esta mais gravosa, não havendo mais que se falar em extensão dos efeitos, com fincas no art. 81 da LREF, cujo âmbito de aplicação está restrito aos sócios ilimitadamente responsáveis. Resta caracterizada, portanto, a impossibilidade de interpretação ampliativa, ante o caráter excepcional, para alcançar os sócios de responsabilidade limitada, o que se coaduna com a proscrição do *caput* do art. 82-A da LREF.

Já quanto à responsabilização pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, nos moldes do art. 82 da LREF, não se confunde com a extensão da falência, tampouco com a desconsideração da personalidade jurídica, tendo pressupostos diversos, previstos nas respectivas leis, caracterizando-se como hipótese de responsabilidade primária, correlata a responsabilidade civil lastreada na culpa *lato sensu*, não sendo suficiente o mero inadimplemento (LREF, art. 6º-C). Assim, com a novel previsão trazida pela Lei nº 14.112/2020, encontra-se superado o entendimento pela utilização

do art. 82 da Lei nº 11.101/2005 para a pretendida extensão da falência, diante da presença dos pressupostos da teoria da superação, em outros termos, sua instrumentalização.

Igualmente, não há que se confundir as medidas de ineficácia objetiva e irrevogabilidade, previstas nos arts. 129 e 130, ambos da LREF, com a doutrina da desconsideração, malgrado atuantes no plano da eficácia, em conservação à garantia patrimonial dos credores, tendo em conta a fraude contra credores e se aproximando da ação pauliana dentro do contexto peculiar do processo falimentar. Diferente, portanto, da busca da responsabilidade patrimonial daquele que atuara em utilização abusiva da personalidade jurídica, tendo como escudo protetivo o ente coletivo, sem prejuízo das distinções de ordem procedimental.

O embaralhamento entre as medidas aludidas – a extensão da falência, a desconsideração da personalidade jurídica, o reconhecimento da ineficácia objetiva, a ação revocatória e a ação de responsabilização – ressalta, e muito, o estágio atual de imprevidência conceitual, propiciado pela incompletude legislativa, que se ampara na atividade interpretativa, dando a esta especial relevância, inclusive no tocante à construção do sistema de tutela ao crédito concursal.

Com a visão relacional em epígrafe, dentro da perspectiva traçada pela Lei nº 14.112/2020, delimitou-se o caráter distintivo entre as medidas de potencial utilização, na seara da insolvência, de forma a modelar seu emprego, fincando-se a atual inexistência da extensão dos efeitos da falência.

Nessa toada, os critérios fundantes da teoria da desconsideração foram formatados, substancial e formalmente, em técnica legislativa remissiva, com lastro nos questionamentos de outrora.

Seguindo-se a trilha da seara substancial, nos moldes do art. 50 do CC/02, a lei falimentar adotou a teoria maior da desconsideração, tanto sob a vertente subjetiva quanto sob o aspecto objetivo, devendo ser delimitado o abuso da personalidade jurídica por meio da caracterização de seus pressupostos (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), enquadrando-se na linha da responsabilidade secundária.

Dentro da vertente do direito material, em conjunto com o art. 133, § 1º, do CPC/15, tem-se também como necessária a observância das disposições normativas específicas da Lei nº 11.101/2005, com vistas à completude da aplicação sistemática.

Por sua vez, esclareceu-se que a competência do Juízo falimentar deve ser equacionada, analisando-se o art. 76 da LREF em conjunto com as exceções previstas na mesma lei e com a Constituição da República, de sorte que a redação do art. 82-A da LREF não está a indicar a exclusividade de aplicação da doutrina da desconsideração, mas que, para tanto, deverá, no

âmbito da insolvência, ser adotada com espeque no art. 50 do CC//02, em atenção ao art. 6º-C da LREF.

Diante das lacunas, inclusive potencializadas pelo reenvio normativo, compreendeu-se a impossibilidade de aplicação *ex officio* da teoria da superação no processo falimentar, em observância ao princípio dispositivo (CPC/15, art. 2º) e ao quanto prescrito no art. 50, *caput*, do CC/02 e no art. 133, *caput*, do CPC/15, a denotar a necessidade de requerimento. Desponta, assim, a legitimidade ativa do administrador judicial (LREF, art. 22, III, *l, n e o*), dos credores e do Ministério Público, estes em hipótese de legitimidade extraordinária concorrente, não havendo que se tolher a atuação do *Parquet*, em clara adoção de concepção excludente apriorística.

Quanto a pleito de desconsideração, firmou-se a aplicabilidade a partir da decretação da falência, tendo em mira relacionar-se com a sociedade falida, podendo ser requerida a qualquer tempo, em face da inexistência da previsão legal, não sendo aplicável analogicamente o prazo decadencial disposto no art. 132 da LREF.

Para além, o ato postulatório deverá preencher os pressupostos legais específicos da teoria da superação, correspondentes às regras de direito material, observando-se, como demanda incidental, as prescrições dos arts. 133, § 1º, 134, § 4º. e 319, todos do CPC/15, possibilitando-se o exercício efetivo do direito de defesa. Não há que se falar em incompatibilidade quanto ao deferimento da tutela provisória de urgência, em face da dilapidação patrimonial.

Com vistas à concretização do contraditório, viu-se a necessidade do ato citatório dos terceiros, integrantes dos grupos econômicos, sócios (pessoas naturais ou jurídicas), controladores ou administradores, os quais tenham se beneficiado, direta ou indiretamente, pelo abuso perpetrado, figurando como legitimados passivos, em hipótese de litisconsórcio facultativo ulterior, tornando-se partes e sujeitos aos efeitos da decisão, em clara ampliação do objeto do processo, em virtude da cumulação ulterior de pedidos.

Uma vez ocorrida a citação, pôde-se constar que será oportunizada a apresentação de contestação, pelos legitimados passivos, no prazo de quinze dias, quando deverão pleitear a produção probatória, ficando sujeitos às consequências da conduta inercial, na medida do reconhecimento do fenômeno da revelia e seus respectivos efeitos. Pode haver, inclusive, a designação de audiência de instrução e julgamento com vistas à comprovação do abuso da personalidade jurídica.

Sendo necessária a realização da assentada instrutória, e observado inicialmente o viés tradicional (CPC/15, art. 373, I e II), nada obsta, em face da insuficiência deste, a adoção da

técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, com vistas ao maior controle da subjetividade do intérprete e da valoração racional do manancial probatório, nos moldes do art. 373, § 1º, do CPC/15, possibilitando a efetiva participação na formação do convencimento do magistrado, em face do caráter multiforme da atividade abusiva e da complexidade da organização estrutural da sociedade empresária, designadamente a correlação do risco organizacional e o dever de informação na vertente da imputação de conhecimento.

Nesse ponto, uma vez mais, exsurge a problemática das lacunas e os métodos integrativos, sobretudo quando se está a tratar da construção interpretativa, diante da avaliação múltipla e concomitante das disposições normativas, sem descurar das expressões vagas e genéricas utilizadas pela Lei nº 13.874/2019.

A adoção de tal proceder legislativo acaba por evidenciar disfunções técnicas, como se viu quando da previsão da desconsideração da personalidade jurídica quanto aos grupos de sociedades, quando, em verdade, sequer há previsão específica envolver a falências destes. Contudo, em havendo o apontamento do instrumental (IDPJ), a complexidade das novas formas societárias impõe a tomada de providência para o atingimento episódico da relação negocial atingida, despontando a relevância da instrução probatória, para a caracterização do abuso da personalidade jurídica por meio de seus pressupostos. Permite-se, como efeito consequencial da teoria da superação, que as relações obrigacionais sejam imputadas aos demais componentes do grupo, diante do desrespeito à estrutura grupal, observando-se a confluência do art. 50, *caput* e seu § 4º, do CC/02 e do art. 82-A, parágrafo único, LREF.

Com o julgamento do IDPJ, em sendo acolhido o pleito, verificou-se a extensão da responsabilidade aos bens dos sócios, tida esta como secundária, com a declaração da ineficácia do negócio jurídico específico, sendo proferida decisão de mérito, resolvendo o pedido e apta à formação da coisa julgada material. É facultada a interposição do recurso de agravo de instrumento. Em face da ausência de previsão legal, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios.

Rememore-se que a responsabilidade secundária, em claro alargamento da relação a terceiros, vem a ser concretizada na perspectiva restritiva e episódica da teoria da desconsideração, visando à preservação da função socioeconômica da sociedade e promovendo o influxo na limitação da responsabilidade apenas para aqueles que foram beneficiados, direta ou indiretamente, pelo abuso e considerando-se a responsabilização pela totalidade das dívidas, em linha consentânea com a irretroatividade, conquanto a distribuição do ônus da prova possa descortinar a delimitação.

Em sendo assim, com o êxito do IDPJ, verificou-se a recomposição da massa falida, com a preservação da igualdade de tratamento dos credores, na forma do art. 126 da LREF, não se configurando hipótese de punição do sócio ou administrador, que implica a arrecadação dos bens destes, em atenção à *par conditio creditorum*, conferindo-se maior probabilidade de adimplemento dos créditos.

Nesse contexto, pôde-se vislumbrar que o casuísmo também se espraia na formação da jurisprudência, pois a opção legislativa pelas lacunas intencionais fez emergir a atividade integradora da função jurisdicional, em face da incompletude do art. 82-A da LREF, a destacar a flexibilidade e o caráter adaptativo da teoria da desconsideração. Reforça-se, assim, a aplicabilidade prática ao amoldar-se aos fatos geradores do abuso.

Com isso, a teoria da superação desponta, no âmbito falimentar, como forma de controle da autonomia patrimonial, decotando-se o desvirtuamento da finalidade comum da sociedade, passando necessariamente pelo exame do caso concreto e do amplo relevo ao manancial probatório, com vistas a balizar o intérprete, de modo a suprir o déficit legislativo, nos moldes adotados pela Lei nº 11.101/2005.

A problemática mesma da teoria, além da complexidade das relações societárias, é permeada pela ausência de critérios, que deverão ser supridos pelo Poder Judiciário na aplicação do arcabouço legislativo, exigindo-se a atividade criativa da jurisdição, em verdadeira construção normativa, decorrente da aplicação sistemática da legislação, com vistas a, observada a excepcionalidade da doutrina da desconsideração, preservar a separação patrimonial e a limitação de responsabilidade, impulsionando a segurança jurídica das relações negociais.

Conquanto tímida, a inserção do art. 82-A na Lei nº 11.101/2005 auxilia o intérprete autêntico a suplantar a confusão conceitual de outrora, substancial e processualmente, evitando-se o tumulto entre as medidas à disposição na seara falimentar, de modo a possibilitar a convergência em face da disparidade, na medida em que individualiza o papel da desconsideração da personalidade jurídica.

Desse modo, tem-se que a aplicabilidade e a compatibilidade da aplicação da teoria da desconsideração, no âmbito falimentar, desponta da própria insuficiência legislativa, decorrente da opção do legislador, de forma a enfatizar a atividade concretizadora da interpretação, ínsita ao enunciado normativo específico, não havendo que falar em antinomia, haja vista a sistematicidade do ordenamento, e da técnica desconsiderante, em especial em prol da preservação da pessoa jurídica como centro de imputação de direitos e deveres.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade**: as empresas no direito. Coimbra: Almedina, 1996.
- ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades no direito brasileiro. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). **Questões de direito societário em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Direito processual societário**: comentários breves ao CPC/2015. 2. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas, da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica: fundamentos teóricos e pressupostos legais para sua aplicação. *In*: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato. **Problemas de direito civil**: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 9. ed. rev. modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- AMARO, Luciano. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1993.
- ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *In*: CUNHA, Alexandre dos Santos. **O direito de empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- ARMOUR, John; HERTIG, Gerard; KANDA, Hideki. Operações com credores. *In*: KRAAKMAN, Reinier *et al* (coord.). **A anatomia do direito societário**: uma abordagem comparada e funcional. Tradução de Mariana Pargendler. São Paulo: Singular, 2018.
- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. 13. ed. refund. Coimbra: Almedina, 2005.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 21. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

AZZONI, Clara Moreira. **Fraude contra credores no processo falimentar**: ação revocatória falimentar e ineficácia do art. 129 da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e de Falência. Curitiba: Juruá, 2017.

BARROS, Manoel de. **Meu quintal é maior do que o mundo**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO; Sílvia Marina Labate Batalha de. **Falências e concordatas**: doutrina, legislação, jurisprudência. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Sucessão de empresas e desconsideração da personalidade jurídica. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coord.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela provisória**: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo. 6. ed., rev. e refund. São Paulo: Malheiros, 2021.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Tradução de Victor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1966.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005 – comentada artigo por artigo (coautoria especial) Eronides Aparecido dos Santos. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Especial do Código Civil**. Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara nº 118, de

1984, que institui o Código Civil, Relator-Geral: Deputado Ricardo Fiuza. Brasília, 2000. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf. Acesso em: 7 jul. 2022.

BUENO, Cássio Scarpinella. Impressões sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: CABRAL, Thiago Dias Delfino; OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; RODRIGUES, Marco Antônio (coord.). **Processo civil empresarial**. Salvador: Juspodivm, 2022.

CAHALI, Yussef Said. **Fraude contra credores**: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal. 3. ed. rev. e atual. com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Comentários aos artigos 129 a 138. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**: atualizada de acordo com a Lei 14.112/2002, inclusive com os vetos afastados e com as alterações à Lei 10.522/2002. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; CARDOSO, Tadeu Santos. A regra de não sucessão do arrematante e a natureza jurídica *propter rem* da obrigação ambiental: compatibilização hermenêutica na prática da recuperação judicial. *In*: COSTA, Daniel Carnio; LIMA, Felipe Herdem; BUMACHAR, Juliana (org.). **Recuperação empresarial e falência**: aspectos práticos. Londrina: Thoth, 2022.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; DEZEM, Renata Mota Maciel. A função social da empresa e Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada**: Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 1.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; PEREIRA, Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e. Reflexões sobre os crimes falimentares. *In*: SANTOS, Assione; FLORENTIN; Luis Miguel Roa; SALMAZO, Rodolfo (org.); WAISBERG, Ivo; BEZERRA FILHO, Manoel Justino (coord.). **Transformações no direito de insolvência**: estudos sob a perspectiva da reforma da Lei 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMIÑA, Alberto. Comentários aos artigos 75 a 82. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas**: atualizada de acordo com a Lei 14.112/2002, inclusive com os vetos afastados e com as alterações à Lei 10.522/2002. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial**: falência e recuperação de empresa. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paula Mota Pinto. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de A. Rodrigues Quirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas da interpretação jurídica: breviário para juristas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 2. *E-book*.

COELHO, Fábio Ulhoa. Novos contornos da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. *In*: BARBOSA; Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (coord.). **A evolução do direito empresarial e obrigacional: os 18 anos do Código Civil – societário & direito de empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2021a. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). **Lei das Sociedades Anônimas comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2021b.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021c. *E-book*.

COMPARATO, Fábio Konder. A função social dos bens de produção. *In*: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *In*: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador. *In*: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Medici de Florença. *In*: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

CORDEIRO, António Menezes. **O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial**. Coimbra: Almedina, 2000.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial e falência: Lei nº 14.112/2020. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (coord.). **Falência e recuperação empresarial**. Salvador: Juspodivm, 2022.

COSTA, Daniel Carnio. **A gestão democrática de processos e a tutela da função social da empresa no sistema de insolvência brasileiro**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/321887/a-gestao-democratica-de-processos-e-a-tutela-da-funcao-social-da-empresa-no-sistema-de-insolvencia-brasileiro>. Acesso em: 7 set. 2022.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Curitiba: Juruá, 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DENARI, Zelmo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo, volume único. Colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil**: execução. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 5.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 16. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia. Desconsideração inversa da personalidade jurídica – Princípio da boa-fé – Proibição do *tu quoque* – Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica (Parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13, ano 4, p. 445-466, out./dez. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019a. v. IV.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019b. v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020. v. I.

DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária**: financiamento e responsabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários**: da formação à falência. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. rev., atual. e reform. Barueri: Atlas, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1987.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. [5. reimpr.]. São Paulo: Atlas, 2022.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Sociedade em comum e regimes de insolvência. *In*: CERZETTI, Sheila Christina 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.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRAZÃO, Ana. Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). **Questões de direito societário em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2012.

FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *In*: SALOMÃO; Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). **Lei das Sociedades Anônimas comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. **Curso de direito das sociedades**. Coimbra: Almedina, 2004.

GAIO. **Institutas de Gaio: *Gai institutionum commentarii IV***. Tradução de Dárcio R. M. Rodrigues. São Paulo: YK Editora, 2020.

GAGGINI, Fernando Schwarz. **A responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013.

GALGANO, Francesco. El concepto de persona jurídica. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 16, p. 13-28, enero/jun. 2004. Disponível em: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/783> Acesso em: 19 ago. 2022.

GANACIN, João Cánovas Bottazo. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

GOMES, José Ferreira; GONÇALVES, Diogo Costa. **A imputação de conhecimento às sociedades comerciais**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. rev. ampl. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.

GUIMARÃES, Márcio Souza. A desconsideração da personalidade jurídica não se aplica à recuperação judicial. *In*: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). **O direito de empresa nos 20 anos do Código Civil**. Rio de Janeiro: Processo, 2022.

JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of bankruptcy law**. Washington: Beard Books, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KRAAKMAN, Reinier *et al.* **A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional**. Tradução de Mariana Pargendler. São Paulo: Singular, 2018.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 14. ed. rev. e atual. por Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.:** pressupostos, elaboração, aplicação. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Bestbook Editora, 2003.

LIMA, Alvino. **A fraude no direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, p. 74-86, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_74.pdf. Acesso em: 5 out. 2022.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade:** função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e Lei de Liberdade Econômica. *In:* SALOMÃO; Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael; MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Fraude no direito de família e sucessões**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo, Max Limonad, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Código de Processo Civil comentado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; SILVA, Ricardo Alexandre da. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015. *In:* YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coord.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. *In:* CUNHA, Alexandre dos Santos. **O direito de empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. A importância da sociedade personificada com responsabilidade limitada e autonomia patrimonial para o desenvolvimento econômico: o caso de um truísmo. *In*: BARBOSA; Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (coord.). **A evolução do direito empresarial e obrigacional: os 18 anos do Código Civil – societário & direito de empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 1.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM)**, São Paulo, ano XLIII, v. 134, abr./jun. 2004.

NAHAS, Thereza Christina. **Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NEVES, António Castanheira. O problema da discricionariedade. *In*: NEVES, António Castanheira. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

NEVES, José Roberto de Castro. A desconsideração da personalidade jurídica: o avesso do avesso. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. Desconsideração da personalidade na Lei 13.874/2019: limitação de responsabilidade, desvio de finalidade e confusão patrimonial. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota. **Lei da Liberdade Econômica: anotada**. São Paulo, Quartier Latin, 2020. v. 2.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. Comentários aos artigos 94 a 101. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas: atualizada de acordo com a Lei 14.112/2002, inclusive com os vetos afastados e com as alterações à Lei 10.522/2002**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

PARGENDLER, Mariana. Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): funções e critérios. *In*: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (coord.). **A evolução do direito empresarial e obrigacional: os 18 anos do Código Civil – societário & direito de empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 1.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Conhecimento, sociedade e direito**: introdução ao conceito de direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. *E-book*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 33. ed. rev. e atual por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 2: teoria geral das obrigações.

PEREIRA, Marcos. A medida provisória da liberdade econômica e seus impactos sobre institutos do Código Civil. *In*: SALOMÃO; Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Atualizadores: António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. XXVIII.

PRADO, Viviane Muller; SANTOS, Ezequiel Fajrekdines dos. Grupo de empresas no STJ: conceito e consequências. *In*: BARBOSA; Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (coord.). **A evolução do direito empresarial e obrigacional**: os 18 anos do Código Civil – societário & direito de empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 1.

PRADO, Viviane Muller. **Conflito de interesses nos grupos societários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PUGLIESI, Adriana Valéria. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. *In*: CEREZETTI, Sheila Christina 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.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. História do novo Código Civil. *In*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coord.). **Biblioteca de direito civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial (estudos e pareceres)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

REYES, Francisco. **Direito societário americano**: estudo comparativo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”**. Coimbra: Almedina, 2016.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Desconsideração da personalidade jurídica e extensão da falência: análise do art. 82-A da Lei 11.101/2005, introduzido pela Lei 14.112/2020. *In*: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de (coord.). **Lei de Recuperação e Falência**: pontos relevantes e controversos da reforma pela Lei 14.112/2020. Indaiatuba: Foco, 2021.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, ano 3, p. 115-137. jul.-set. 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A desconsideração da pessoa jurídica e os 18 anos do Código Civil. *In*: BARBOSA; Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (coord.). **A evolução do direito empresarial e obrigacional**: os 18 anos do Código Civil – societário & direito de empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 1.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários aos artigos 7º a 20-D. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**: atualizada de acordo com a Lei 14.112/2022, inclusive com os vetos afastados e com as alterações à Lei 10.522/2002. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a.

SADDI, Jairo. Análise econômica da falência. *In*: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**: eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCALZILLI, João Pedro. **Confusão patrimonial no direito societário e no direito falimentar**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018.

SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2020.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Silas Santos. Desconsideração da personalidade jurídica: alguns aspectos processuais. *In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota. Lei da Liberdade Econômica: anotada*. São Paulo, Quartier Latin, 2020. v. 2.

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, André Pagani de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. v. 1.

TARUFFO, Michelle. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

TEMER, Sofia. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Juspodivm, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. *In: SALOMÃO; Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords). Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A desconsideração da personalidade jurídica no direito processual civil brasileiro. *In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coord.). Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3.

TOMAZETTE, Marlon. **Comentários à reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Indaiatuba: Foco, 2021.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 1.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências: Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 1962. v. I.

VARELLA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, 10. ed. Coimbra; Almedina, 2000. v. I.

VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Falência e recuperação de empresas: estudo integrado com a reforma introduzida pela Lei 14.112/2020**. São Paulo: Dialética, 2022. v. 6.

VERRUCOLI, Piero. **Il superamento dela personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law**. Milano: Giuffrè, 1964.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi/IBET, 2003, v. 2.

WAISBERG, Ivo. Notas sobre a desconsideração de personalidade jurídica no Código Civil com o advento da Lei de Liberdade Econômica: a reconstrução da personalidade jurídica. *In*: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (coord.). **A evolução do direito empresarial e obrigacional: os 18 anos do Código Civil – societário & direito de empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 1.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; CIAMPOLINI NETO, Cesar. A teoria histórica da disciplina da responsabilidade dos sócios e os precedentes em matéria de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; CIAMPOLINI NETO, Cesar (coord.). **O direito de empresa nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

WINKLER, Adam. **We the corporations: how American businesses won their civil rights**. New York: Liveright Publishing Corporation, 2018.

WORMSER, Isaac Maurice. Piercing the veil of corporate entity. **Columbia Law Review**, New York, v. 12, p. 496-518, jun. 1912. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1110931> Acesso em: 22 jun. 2022.

XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 328, 31 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5259> Acesso em: 14 jul. 2022.

YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II.

ZACCARIA, Giuseppe. **A compreensão do direito**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Revisão: Juliano Souza Albuquerque Maranhão e Luca Malagoli. São Paulo: Singular, 2017.

ZANINI, Carlos Klein. *In*: SOUZA JÚNIOR; Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.