

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

JÚLIA RUSCHEL TRÄSEL

**A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**PORTO ALEGRE
2019**

JÚLIA RUSCHEL TRÄSEL

**A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Luis Felipe Spinelli

PORTO ALEGRE
2019

JÚLIA RUSCHEL TRÄSEL

**A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Luis Felipe Spinelli

Aprovado em: 11/12/2019

Conceito atribuído: __

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luis Felipe Spinelli (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Amanda Lemos Dill

Luciano Zordan Piva

À Ironi, minha segunda mãe, que a vida levou cedo demais e que sempre fez o impossível pela minha felicidade, dedico este trabalho com o mais profundo amor e com a minha eterna saudade.

Ao meu querido tio-avô Antônio Estêvão Allgayer, de cujo inesgotável afeto, consciência social e sabedoria jurídica sinto tanta falta, dedico também esta monografia.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Lino e Adriana, registro minha eterna gratidão por todo o esforço que sempre empreenderam a fim de proporcionar à nossa família uma vida plena, bem como pelo apoio incondicional durante toda minha jornada acadêmica. Nada disso teria sido possível sem vocês.

Para minhas irmãs, deixo o agradecimento por todo o companheirismo, pelos exemplos de excelência acadêmica e até mesmo pelas discussões que moldaram a construção do meu caráter.

Aos meus amigos, da faculdade e de fora dela, agradeço por todos os momentos, que tornaram a vida mais leve e permitiram que eu tivesse ânimo para prosseguir.

Ao meu namorado, Matheus, deixo registrada minha gratidão por todo seu amor e carinho, que sempre me desafiou a buscar o melhor de mim e me deixou livre para buscar meus sonhos.

Por derradeiro, ao meu orientador, professor Luis Felipe Spinelli, cujo auxílio foi muito além deste trabalho, remontando aos tempos em que suas aulas, repletas de dedicação e brilhantismo jurídico, despertaram-me o interesse pelo Direito Empresarial.

RESUMO

O presente trabalho consiste em monografia apresentada a título de trabalho de conclusão de curso como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no curso de Ciências Jurídicas e Sociais – Direito Diurno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A monografia foi elaborada por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como da utilização do método hipotético-dedutivo, objetivando investigar a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da recuperação judicial e os critérios para tal emprego. Na primeira parte do trabalho, é abordado o processo da recuperação judicial e a possibilidade de satisfação dos credores por meio da perquirição das premissas, objetivos e funcionamento do instituto. No segundo capítulo, é teorizada a desconsideração da personalidade jurídica, buscando-se definir quais os critérios para sua aplicação. Para tanto, são referidos o conceito da desconsideração, a legitimação quando de sua utilização, os requisitos desconsiderantes e o procedimento para seu emprego. A parte final do trabalho se dedica ao teste da hipótese levantada – isto é, se a desconsideração da personalidade jurídica é aplicável à recuperação judicial, concluindo-se pela sua aplicabilidade ao processo recuperacional, desde que utilizada a devida cautela nos aspectos em que os institutos se mostram incompatíveis entre si.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Recuperação judicial. Critérios.

ABSTRACT

This paper is a monography presented as graduation work as partial requirement to obtain the title of Bachelor of Laws at the Federal University of Rio Grande do Sul, Law School. It was elaborated through bibliographic and jurisprudential research, as well as using the hypothetical-deductive method, aiming to investigate the possibility of applying the Disregard Doctrine in the judicial reorganization and the criteria for this use. In the first part of the paper is discussed the procedure of judicial reorganization and the possibility of satisfying creditors through the investigation of the premises, objectives and operation of the institute. In the second chapter, the Disregard of Legal Entity is theorized, seeking to define the criteria for its application. For this purpose, the research mentions the concept of the institute, the legitimation, the requirements and the procedure for its use. The final part of the paper is dedicated to the test of the hypothesis raised – which is, if the Disregard of Legal Entity is applicable to the judicial reorganization, concluding by its applicability to the procedure, if the due caution is used in the aspects where the institutes are incompatible with each other.

Keywords: Disregard of Legal Entity. Judicial reorganization. Criteria.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A SATISFAÇÃO DOS CREDORES	12
2.1 O PROCESSO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	14
2.2 A SATISFAÇÃO DOS CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	19
3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	24
3.1 CONCEITO	27
3.2 LEGITIMAÇÃO	31
3.3 REQUISITOS	35
3.3.1 Teoria menor	46
3.3.2 Teoria maior.....	47
3.3.2.1 Abuso.....	50
3.3.2.1.1 <i>Desvio de finalidade</i>	52
3.3.2.1.2 <i>Confusão patrimonial</i>	54
3.3.2.1.3 <i>Subcapitalização</i>	56
3.4 PROCEDIMENTO	58
4 O CABIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	63
4.1 ANÁLISE DE CASOS	71
5 CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade pela atividade empresarial não é novo. Contudo, ainda é objeto de grandes divergências na medida em que busca responder sobre quem recai os possíveis riscos envolvidos na sua exploração.

Em um primeiro momento, a resposta parece óbvia, devendo recair toda e qualquer responsabilidade sobre o próprio empresário – ou os sócios (e, eventualmente, administradores) da sociedade empresária. Ora, se o empresário ou os sócios da sociedade empresária têm direito a todo o lucro, seria lógico afirmar que devem arcar também com todos os prejuízos. Esse tem sido, no âmbito brasileiro, muitas vezes, o raciocínio por trás da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, bem como de diversas outras medidas jurídicas tomadas pelos aplicadores do direito.

Tal lógica, porém, pode-se mostrar simplista e equivocada na medida em que parte da ideia de que o empresário ou, no caso ora analisado, os sócios (e administradores) da sociedade empresária são os únicos que se beneficiam da atividade explorada. Isso pode levar a consequências devastadoras para a economia nacional por meio da falta de estímulo ao empreendedorismo, já que o instituto da personalidade jurídica aliado à limitação da responsabilidade possibilitou, em grande parte, o desenvolvimento econômico mundial.

É inegável que a atividade empresária pode vir a gerar lucros para os responsáveis por ela. Contudo, é incorreto afirmar que apenas estes usufruem da geração de riqueza proporcionada por ela. Para confirmar tal afirmação, basta pensar – e, aqui, partindo-se de uma simplificação talvez até exagerada – que, sem tal atividade, a maior parte dos empregos e arrecadação de tributos não existiria. Sem o incentivo ao empreendedorismo, a geração de riquezas diminuiria e, conseqüentemente, a qualidade de vida de toda a população.

Nesse sentido, a existência da personalidade jurídica aliada à limitação da responsabilidade é incentivo fundamental para o empreendedorismo, na medida em que os investidores têm a certeza de que só suportarão os riscos e possíveis prejuízos da atividade no limite do capital investido, sem colocar em perigo seu patrimônio pessoal. Há, porém, previsão de relativização da personalidade jurídica e, conseqüentemente, da limitação da responsabilidade nos casos de abuso da personalidade jurídica, especialmente em prol da tutela dos credores da pessoa jurídica. Assim, o patrimônio, antes blindado, dos sócios e administradores, pode ser atingido de modo a satisfazer as dívidas da sociedade.

No entanto, os critérios utilizados para a aplicação do instituto não trazem a necessária segurança jurídica que a atividade empresária requer, sendo esse afastamento da

autonomia patrimonial e a superação da limitação da responsabilidade aplicado de maneiras diversas nas diferentes áreas do direito, como no Direito Empresarial, no Direito do Consumidor, no Direito Tributário, no Direito Ambiental e no Direito do Trabalho. Assim, a fim de garantir a segurança necessária para a atividade empresarial, bem como efetivar o princípio da preservação da empresa, se faz extremamente necessário o estudo dos critérios de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

E, apesar de existir vasta doutrina e jurisprudência, além de diversos dispositivos legais, a respeito da desconsideração da personalidade jurídica – o que não necessariamente significa que a sua aplicação é a mais adequada –, sempre existiu muita discussão quanto à forma de sua aplicação, sendo que, com a entrada em vigência do novo Código de Processo Civil de 2015¹, a desconsideração da personalidade jurídica foi oficialmente procedimentalizada, bem como foi, mais recentemente, alterada pela Lei da Liberdade Econômica², que tentou restringir a aplicação do instituto.

Se a desconsideração da personalidade jurídica, por si só, é objeto de enormes discussões, o estudo de tal instituto ganha relevância em situações de crise, nos processos recuperatórios e falimentares. Isso porque é justamente nessas situações-limite em que a autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade deveriam funcionar com sua máxima eficácia, cabendo a desconsideração da personalidade jurídica somente em casos de efetivos abusos no uso da personalidade jurídica. Todavia, nem sempre é isso o que acontece na prática.

Enquanto a aplicação do instituto ocorre há muito tempo na falência, tem-se a aplicação do mesmo em recuperações judiciais apenas mais recentemente. Em tais casos, tem-se que a discussão é ainda mais importante, já que, por vezes, o mero fato de a pessoa jurídica estar em processo recuperacional é entendido como motivo suficiente para realizar-se a desconsideração da personalidade jurídica.

Além disso, deve-se ter em mente que a recuperação judicial objetiva dar oportunidade de reorganizar a atividade, sendo importante que seus gestores não estejam com

¹ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

² *Idem*. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

a atenção voltada, desnecessariamente, a possíveis atos de constrição e restrição patrimonial que possam prejudicá-la, já que o objetivo final da recuperação judicial é a preservação da empresa. Nesse sentido, há doutrina que entende que o instituto não é aplicável de forma alguma na recuperação judicial, por prejudicar a recondução da empresa à situação de normalidade econômico-financeira.

Diante disso, é necessário perquirir se a teoria da desconsideração é aplicável à recuperação judicial por meio de uma análise crítica da doutrina existente, bem como da legislação em vigor e das decisões que têm versado sobre o tema. Nesse sentido, cabe considerar que as ponderações aqui realizadas podem, em certa medida, ser também aplicáveis à recuperação extrajudicial, o que, todavia, não será objeto de análise do presente estudo.

Assim, serão verificados os erros e acertos que orbitam o tema, a fim de possibilitar a construção de uma gama de critérios que traga ao empreendedor uma maior certeza acerca dos riscos de sua atividade. Isso se torna ainda mais relevante caso levada em consideração a situação generalizada de crise econômica do país, que traz um significativo aumento no número de pedidos de recuperação judicial.

Serão analisados quais os critérios adequados para o emprego da teoria trazidos pelas diferentes fontes do direito, confrontando-os com aqueles efetivamente utilizados quando da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da recuperação judicial. É importante ressaltar que somente serão analisadas as sociedades empresárias de direito privado que conferem o benefício da limitação da responsabilidade (especificamente a sociedade limitada e a sociedade anônima). Nesse sentido, ficarão de fora do escopo da pesquisa as sociedades simples, fundações, entidades sem personificação (como os fundos de investimento) e as sociedades que não confirmam a limitação da responsabilidade para todos os seus sócios.

Além disso, deve-se frisar que a pesquisa será centrada nos critérios de desconsideração adequados na visão do Direito Empresarial, especificamente quando no âmbito da recuperação judicial. Apesar da existência de ampla divergência doutrinária sobre o instituto da desconsideração em outras áreas, como no Direito Ambiental e no Direito Tributário, não se entrará no mérito de tais discussões. Algumas decisões versando sobre o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor somente serão analisadas a fim de exemplificar-se como os ensinamentos do Direito Empresarial têm influenciado, até mesmo, áreas que reconhecidamente privilegiam um dos polos da relação.

Por fim, ressalta-se que, no presente trabalho, se tratará da desconconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade, ficando excluídas a desconconsideração inversa, a atributiva e a que beneficia o sócio. Também não será tratada a questão atinente à consolidação substancial na recuperação judicial, que se trata de uma medida que visa a unificação dos ativos e passivos de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Assim, o foco recairá sobre a mesma como mecanismo de recuperação de bens e direitos eventualmente desviados, bem como de satisfação de credores.

2 O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A SATISFAÇÃO DOS CREDORES

A recuperação judicial é uma ação que possibilita ao devedor realizar uma renegociação coletiva do seu passivo³. O instituto é regulado pela Lei n. 11.101/05⁴, que trouxe importantes mudanças para o tratamento da empresa em crise (isto é, aquela na qual há um desequilíbrio entre receitas e despesas) quando de sua promulgação, com a alteração de perspectiva da nova legislação em relação ao antigo regime da concordata. Quanto aos seus objetivos, pode-se afirmar que a recuperação judicial visa a solucionar a crise pela qual a empresa passa, bem como serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial⁵.

O diploma legal foi promulgado em um contexto de necessidade de incentivo à economia, bem como de superação de uma legislação anacrônica. O legislador objetivou equilibrar os interesses envolvidos na atividade empresarial, como dos credores e trabalhadores, e ainda manter a fonte produtiva, em respeito à função social da empresa⁶. Tal legislação representou um grande avanço ao assumir como objetivo a salvaguarda da atividade e abolir a concordata, que era claramente uma forma inviável de reestruturação econômica e superação de crise⁷. Além disso, o procedimento trazido pela nova legislação adota uma postura proativa na recuperação da atividade econômica, não tendo mero caráter paliativo como o regime anterior⁸.

Conforme já afirmado, o objetivo final da recuperação é a superação da crise econômico-financeira da sociedade empresária, mas nada impede que o instituto seja utilizado para evitar uma crise iminente. Embora não haja previsão expressa no texto legal, a lógica impõe que seja reconhecida tal possibilidade, pois, se a crise é evitável, é melhor impedir que

³ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 77.

⁴ BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas. v. 3, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 43.

⁶ VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. São Paulo: Almedina, 2018, p. 41.

⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁸ *Ibidem*, p. 48.

a mesma aconteça do que, posteriormente, ter que remediá-la. Entende-se, assim, que o objetivo amplo da recuperação é a superação ou a prevenção das crises da empresa⁹.

A Lei n. 11.101/05, além disso, conta com uma série de princípios que serve para balizar a atuação estatal em relação aos institutos que regula: a (i) preservação da empresa, a (ii) separação dos conceitos de empresa e empresário, a (iii) recuperação das sociedades e dos empresários recuperáveis, a (iv) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, a (v) proteção aos trabalhadores; a (vi) redução do custo de crédito no Brasil, a (vii) celeridade e eficiência dos processos judiciais, a (viii) segurança jurídica, a (ix) participação ativa dos credores, a (x) maximização dos ativos do falido, a (xi) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e, finalmente, o (xii) rigor na punição dos crimes relacionados com a falência e recuperação judicial¹⁰.

Inegavelmente, porém, a lei tem como princípio basilar a preservação da empresa, que é célula essencial da economia de mercado e, conseqüentemente, cumpre relevante função social¹¹. Contudo, é importante frisar que tal função é cumprida através do próprio exercício da atividade lucrativa, que gera um efeito colateral benéfico, pois

[...] ao perseguir o lucro, ela produz ou coloca ao alcance das pessoas a maior parte dos bens e serviços consumidos. Ao explorar a sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza¹².

Aqui, não se busca preservar o sujeito que exerce a atividade, mas sim a atividade em si, a empresa. Isso porque é ao redor da empresa que orbitam os interesses externos, como dos credores, fisco, comunidade e trabalhadores. O fundamental é que a atividade se mantenha em funcionamento - mesmo que com outro titular -, pois sua manutenção permite a geração de novos empregos, riquezas e atende às necessidades da comunidade na qual a empresa está inserida¹³.

⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas. v. 3, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 47.

¹⁰ VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. São Paulo: Almedina, 2018, p. 63-64.

¹¹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 82.

¹² *Ibidem*, p. 83.

¹³ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 47.

Tratando-se de empresa economicamente viável, as medidas recuperatórias devem ser preferidas às liquidatórias¹⁴, sendo que somente as empresas viáveis são capazes de justificar o sacrifício que terá que ser feito pelos credores a fim de que a recuperação resulte exitosa. Eles analisarão os valores em jogo, balanceando os ônus da manutenção da empresa e os ônus do fim da atividade. Caso estes últimos sejam mais elevados, há motivo para realizar a recuperação e, conseqüentemente, para que os credores façam algum sacrifício¹⁵.

A análise da concessão da recuperação, assim, deve passar por um estudo de viabilidade econômica, que é um parâmetro menos vulnerável a manipulação por aqueles que entendem que a falência é uma estratégia negocial que traz mais vantagens¹⁶. Fábio Ulhoa Coelho apresenta uma série de vetores que servem para ajudar a apurar a viabilidade econômica da atividade empresarial, que é (i) sua importância social, (ii) qual a mão de obra e a tecnologia empregadas na atividade, (iii) qual o volume do ativo e do passivo, (iv) qual a idade da empresa e (v) seu porte econômico¹⁷.

Hipoteticamente, o uso da recuperação judicial para empresas inviáveis faria o risco da atividade passar aos credores. Nesse sentido, se, mesmo com a recuperação, não for possível devolver o risco da atividade ao seu titular, resta claro que a empresa não é mais viável e, assim, deve ser promovida sua liquidação. Assim, para que haja concessão da recuperação judicial, deve obrigatoriamente ser demonstrada a viabilidade da empresa¹⁸, sob pena de convalidação em falência.

2.1 O PROCESSO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme referido, a recuperação judicial é um processo que possibilita que a empresa em crise se reorganize por meio da renegociação do seu passivo e, por fim, se recupere das dificuldades financeiras. Em outros termos, ela é um conjunto de atos cuja prática depende de concessão judicial, que tem como objetivo a superação de crises de empresas viáveis¹⁹.

¹⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 80.

¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. v. 3, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 45.

¹⁶ VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas: atuação do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 48.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 383-385.

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁹ *Ibidem*, p. 44.

Como processo, a recuperação judicial se desenvolve em três fases: (i) postulatória, na qual se ingressa com a ação em juízo, (ii) deliberativa, na qual ocorre a votação do plano de recuperação, e (iii) executória, na qual há a execução do plano de recuperação anteriormente aprovado pelos credores.

Na fase postulatória, requer-se a concessão do benefício da recuperação judicial. Aqui, deverá ser protocolada a petição inicial, acompanhada dos documentos apontados pelo art. 51 da Lei n. 11.101/05²⁰. A documentação será avaliada pelo juízo competente, ao qual caberá decidir acerca do deferimento da recuperação judicial.

Determinado o processamento da recuperação, nos termos do art. 52 da Lei n. 11.101/05²¹, dá-se início à fase deliberativa, na qual ocorrerá a discussão acerca do plano de

²⁰ “Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas 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 gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes” (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

²¹ “Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

recuperação judicial. Neste momento, as ações e execuções em face do devedor ficarão suspensas por 180 (cento e oitenta) dias, para que este possa elaborar um plano apto a sanear a empresa²². Esse mecanismo, conhecido como *stay period*, tem como objetivo propiciar a tranquilidade financeira necessária para que seja elaborado e negociado o plano de recuperação, servindo para preservar a empresa de comportamentos oportunistas que possam surgir nesse momento de fragilidade, como de credores que podem querer exercer seu direito de retirada de bens dados em garantia ou solicitar a falência²³.

O plano, que deverá ser apresentado em até 60 (sessenta) dias da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, deve demonstrar os meios através dos quais a empresa pretende se reestruturar. Não ocorrendo a apresentação do plano de forma tempestiva, dá-se a convalidação em falência, nos termos do art. 53 do mesmo diploma legal²⁴.

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do caput deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

²² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 77.

²³ LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-60, p. 48.

²⁴ “Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

Caso não existam objeções ao plano, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor. Caso haja, o plano de recuperação judicial deverá ser aprovado pela assembleia de credores, sendo que só há autorização para participação na mesma dos credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial que tenham sido admitidos ao processo através da verificação de seus créditos. Em relação à proposta do plano de recuperação, a assembleia é soberana. Nesse sentido, não pode o Poder Judiciário, nem o Ministério Público, imiscuir-se no mérito do plano, quanto à sua viabilidade econômico-financeira.

De acordo com João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, a recuperação judicial foi criada pelo legislador com o objetivo de combater crises econômico-financeiras complexas e de maior envergadura. Justamente por isso, são abrangidos por ela praticamente todos os créditos existentes na data do pedido, salvo os créditos tributários e os previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, II, da Lei n. 11.101/05²⁵. Todas as classes de credores deverão aprovar a proposta, nos termos do art. 45 mesma lei²⁶, por meio de quórum qualificado.

Atingido o quórum ou preenchidos os requisitos do art. 58, § 1º e 2º da Lei n. 11.101/05²⁷, o plano será homologado pelo juiz. Apesar da soberania da assembleia, em

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

²⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 77.

²⁶ “Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito” (BRASIL. *Op. cit.*).

²⁷ “Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

alguns casos o juiz poderá homologar o plano ainda que o quórum necessário não seja atingido, já que possui competência para o controle judicial dos atos de validade e de seus requisitos legais. Com a aprovação do plano e a homologação judicial, a condução da atividade fica sujeita ao acordo realizado entre o devedor e seus credores, sob pena da convalidação da recuperação em falência²⁸.

Aqui, há a novação das dívidas nas condições de prazos e juros que tiverem sido estabelecidos no plano, sendo que ficarão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do requerimento, ainda que não vencidos²⁹. A novação, que deverá sofrer o devido controle judicial, traz uma blindagem para o processo, já que, uma vez verificado pelo julgador que o plano obedeceu às determinações legais em relação à sua discussão e foi aprovado por todas as classes de credores, não haverá embasamento para futuro questionamento deles. A homologação, nesse sentido, representa a segurança jurídica necessária para a continuação da atividade empresarial³⁰.

O requerente, por meio do plano, deve provar que possui meios para sair do momento de crise econômico-financeira. O art. 50 da Lei n. 11.101/05 traz, em rol exemplificativo, quais poderão ser estes meios³¹. Apesar de o diploma legal prever uma série

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

²⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 77.

²⁹ *Ibidem*, p. 77.

³⁰ LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. *In*: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-60, p. 50.

³¹ “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

de medidas que podem ser tomadas, elas são meras sugestões, havendo total flexibilidade para a adoção da solução de mercado que melhor atenda ao perfil de atuação e de dívida da atividade³².

Através da concessão da recuperação, dá-se por encerrada a fase deliberativa e inicia-se a fase de execução, dando-se cumprimento ao plano de recuperação. Nessa fase, deve haver um acompanhamento da condução da atividade por parte dos credores, que devem fiscalizá-la a fim de evitar uma administração desinteressada do devedor. Assim, há limitação na liberdade de condução da empresa que se encontra em recuperação judicial³³.

O devedor permanecerá em recuperação até o cumprimento das obrigações previstas no plano, bem como daquelas que vencerem em até dois anos após a concessão da recuperação. O descumprimento de qualquer obrigação, neste período, acarretará a convalidação da recuperação em falência. Caso restem obrigações ainda por vencer, elas serão cumpridas extrajudicialmente³⁴. Com o cumprimento, será decretado, por sentença, o fim da recuperação judicial.

2.2 A SATISFAÇÃO DOS CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial é baseada na constatação de que a reorganização, de forma

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

³² LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. *In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas***. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-60, p. 48.

³³ *Ibidem*, p. 47.

³⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 77.

eficiente, dos negócios de uma empresa em crise é uma das principais formas para maximizar o valor dos ativos e proteger os credores. Dessa forma, a solução da crise econômico-financeira por meio da recuperação importa em menores perdas de bem-estar social, já que evita rupturas econômicas e a interrupção de projetos de investimento³⁵.

O instituto recuperacional se destina a criar condições objetivas para a renegociação entre o devedor e seus credores. As disposições do plano de recuperação têm o objetivo de criar um ambiente negocial que favoreça a recuperação do devedor em crise, pois a adequada composição dos interesses das partes envolvidas é ponto crucial para que se possa afirmar o sucesso do instituto enquanto mecanismo voltado a solucionar crises empresariais. Quanto aos interesses envolvidos, ensinam Marcos de Barros Lisboa, Otávio Ribeiro Damaso, Bruno Carazza dos Santos e Ana Carla Abrão Costa que

[...] ao se analisar os principais agentes envolvidos num processo de recuperação judicial percebe-se que cada um deles, individualmente, tem incentivos para buscar a recuperação da empresa. Pela ótica do devedor e administrador da empresa, essa é a melhor alternativa para aliviar a crise financeira e manter a viabilidade de seu negócio, evitando a falência e, conseqüentemente, preservando ou mesmo maximizando seu patrimônio. Na visão dos credores, a superação da crise financeira da empresa aumenta as perspectivas de recuperação dos créditos concedidos, a manutenção ou mesmo a realização de novos negócios. Já para os trabalhadores, o objetivo é a manutenção dos empregos e a criação de condições efetivas para que os salários e benefícios em atraso sejam devidamente ressarcidos. Para as Fazendas Públicas, o sucesso na recuperação da empresa representa uma garantia de recebimento de tributos não recolhidos e, principalmente, de que o fluxo futuro não será interrompido pela falência³⁶.

Assim, é inegável que, por mais diversos que pareçam ser os objetivos das partes abrangidas pela recuperação judicial, eles confluem para uma mesma direção. Além disso, como ensina Gabriel Saad Kik Buschinelli, deve-se ter em mente que a recuperação de empresas viáveis e a quebra das inviáveis influencia o mercado de maneira global, indo além dos interesses diretamente envolvidos na relação recuperacional, já que, conforme o autor:

O tratamento dado à empresa em crise influencia, em maior ou menor medida, a decisão de financiamento, seja por agentes financeiros (bancos), seja por investidores (acionistas minoritários). Influencia, ademais, a propensão à assunção de riscos e ao empreendedorismo por potenciais empresários. Ao mesmo tempo, deve-se ter cuidado para que o procedimento concursal não seja desvirtuado, com

³⁵ LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-60, p. 43.

³⁶ *Ibidem*, p. 45-46.

sua utilização oportunista para a extração de benefícios de credores por devedores que não enfrentam situação de efetiva crise empresarial³⁷.

A elaboração de um arcabouço legal buscar harmonizar esses interesses individuais de maneira coletiva, cuidando para que não se abra margem para risco moral ou comportamentos oportunistas. Assim, a recuperação visa a incentivar a negociação entre o devedor e os credores por meio da criação de instrumentos de coordenação³⁸. Deve-se ter em mente, contudo, que o uso desses instrumentos econômicos presentes na recuperação judicial só se justifica quando a reestruturação da empresa, em um juízo de probabilidade, resultar em um valor econômico superior ao montante que seria obtido com a liquidação dos ativos existentes³⁹.

A participação ativa dos credores no regime da recuperação judicial é uma importante mudança em relação ao regime anterior, representado pela concordata. Ora, como os credores sofrerão os efeitos da recuperação, nada mais justo do que o poder decisório caber a eles. Aqui, parte-se da premissa de que os credores terão uma tendência de cooperar para a solução da crise, já que os resultados provenientes dessa cooperação, em geral, são mais eficientes no aspecto econômico⁴⁰.

Conforme já abordado, a atuação dos credores na recuperação judicial se dá através da assembleia geral de credores, na qual as classes de credores decidem acerca da aprovação ou não do plano de recuperação judicial, que, dentre outras coisas, regula como será realizado o pagamento dos créditos perante os credores. Tal quitação pode ser efetuada em condições díspares, considerando-se a natureza e o valor do crédito, até mesmo dentro da mesma classe, que supostamente teria igualdade de condições.

A criação dessas subclasses não fere o princípio da igualdade entre os credores. Não existe vedação legal para que o devedor as estabeleça, mas elas não devem resultar em um tratamento desequilibrado entre os credores ou mascarar uma tentativa de manipulação de seus votos na assembleia. Isso ocorre porque um dos aspectos da recuperação judicial consiste em não restringir as alternativas para saneamento da crise, ampliando-se as

³⁷ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembléia geral de credores**. 2013. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 41.

³⁸ LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. *In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas***. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-60, p. 46.

³⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 92.

prerrogativas do devedor a fim de que os envolvidos possam encontrar a melhor solução possível para o caso concreto.

O plano recuperacional representa ato negocial, no qual os credores e os devedores buscam, conjuntamente, a melhor saída a ser tomada, incluindo cláusulas e medidas que sejam positivas para ambos os lados. O propósito, aqui, é viabilizar a continuidade e a conclusão do plano, intentando-se o soerguimento da empresa recuperanda e o adimplemento das obrigações. Nesse sentido, a necessidade de igualdade entre os credores deve ser observada junto ao princípio da manutenção da atividade empresarial⁴¹.

É importante frisar, uma vez mais, que a decisão sobre a viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação judicial cabe aos credores e não ao Poder Judiciário, conforme já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴². Não é razoável que, no âmbito do processo recuperacional, seja imposto aos credores um tratamento pior do que aquele que receberiam na falência. Nesse sentido, é completamente legítima a atuação dos credores que buscam defender seu crédito, pois seus interesses devem ser sopesados com os interesses do devedor a fim de atingir a melhor solução para todos os polos da relação por meio de soluções procedimentais⁴³. Isso funciona, inclusive, como forma de controlar a legalidade do voto dos credores na assembleia, pois como ensina Buschinelli:

Não é necessário, portanto, exigir dos credores mais do que a preocupação honesta e leal com a satisfação de seu crédito. Se os credores perseguirem esse objetivo, cumprem seu papel no procedimento.

Garantir que as soluções obtidas a partir da confluência entre o "egoísmo" de devedor e "egoísmo" de credores sejam consentâneas com os interesses declarados no artigo 47 é questão que compete à estruturação do processo deliberativo. Não é necessária a imposição aos credores de um dever de proteger a função social da empresa - que, na melhor das hipóteses, representaria postura demagógica, e, na pior delas, fundamento teórico para a imposição de decisões arbitrárias⁴⁴.

⁴¹ FERRARI, Ana. As Classes de Credores no Processo de Recuperação Judicial. **Jusbrasil**. 5 maio 2016. Disponível em: <https://analuisaferrari94.jusbrasil.com.br/artigos/334190371/as-classes-de-credores-no-processo-de-recuperacao-judicial>. Acesso em: 21 nov. 2019.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.1.587.559/PR**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe: 22/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1589839&num_registro=201600523906&data=20170522&formato=PDF. Acesso em: 11 out. 2019.

⁴³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembléia geral de credores**. 2013. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 45-46.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 46.

Assim, deve-se ter em mente que a lei não pode ser excessivamente favorável ao devedor, tampouco ao credor⁴⁵. Nesse sentido, conforme lecionam Scalzilli, Spinelli e Telechea:

Considerando que o sistema econômico está alicerçado na disponibilidade de crédito, quando a lei garante excessiva proteção ao devedor, possibilitando que empresas inviáveis sigam operando no mercado - porque é leniente com o inadimplemento ou com desrespeito aos contratos -, ela não garante a eficácia das garantias, nem protege eficientemente o direito de propriedade. Isso acarreta, ao fim e ao cabo, uma perda para a economia como um todo e desencadeia um significativo aumento no grau de incerteza do mercado, determinando uma provável redução do número global de negócios.

Por outro lado, uma lei excessivamente protetiva ao crédito - que garantisse a liquidação, a qualquer custo, de todo devedor em estado de crise - levaria à extinção de empresas economicamente viáveis, cuja reorganização possibilitaria a manutenção de postos de trabalho, a arrecadação de tributos, a continuidade das interações econômicas com outros agentes e o desenvolvimento das comunidades nas quais estão inseridos seus centros de negócios.

Diante disso, entende-se que uma das principais funções da legislação de insolvência é propiciar um ambiente de cooperação entre os agentes envolvidos, sobretudo, nos processos recuperatórios, com a participação ativa dos credores, alocando, em sua esfera de ação, boa parcela do poder decisório sobre o esforço do soerguimento da empresa, uma vez que eles - os credores - são os mais afetados com as medidas de reorganização do devedor. A experiência econômica demonstra que os resultados globais das recuperações tendem a ser melhores quando as partes diretamente envolvidas no empreendimento cooperam entre si⁴⁶.

Assim, é essencial que o processo de recuperação judicial seja capaz de harmonizar os individualismos envolvidos, buscando atendê-los da melhor forma possível e sem beneficiar excessivamente uma das partes em detrimento de outra. Nesse sentido, a desconsideração da personalidade jurídica, que será analisada a seguir, pode servir como instrumento para atingir tal objetivo.

⁴⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 80.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 80-81.

3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O direito é uma criação humana e, como tal, existe para realizar os interesses do homem. À pessoa jurídica, se aplica a mesma lógica. A união de diversas pessoas é essencial para a realização de alguns empreendimentos e, em muitos casos, estas pessoas desejam assumir postura ativa, assumindo responsabilidades e atuando diretamente na condução da atividade econômica. Essas mesmas pessoas, contudo, temem comprometer seu patrimônio e, por isso, podem acabar optando por não assumir o risco e investir seus recursos em atividades não produtivas⁴⁷.

Quando da constatação desse problema, concluiu-se ser necessário encontrar uma forma de limitar esses riscos envolvidos na atividade econômica, a fim de incentivar o empreendedorismo e a geração de externalidades positivas decorrente dele. A criação de sociedades personificadas foi a solução encontrada. Nela, ocorre a criação de um ente autônomo, com direitos e obrigações próprias, que não se confunde com seus membros, que investem apenas uma parte de seu patrimônio e assumem riscos limitados de prejuízo. Com a criação de sociedades de responsabilidade limitada, reforçou-se ainda mais essa limitação de prejuízo. Tanto a solução encontrada para o problema funcionou que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma enorme preferência pelas sociedades nas formas anônima e limitada⁴⁸. Conforme ensina Norberto MacDonal,

[...] as questões decorrentes do abuso de responsabilidade limitada e, mais amplamente, da personalidade jurídica, impõem que se destaquem concepções fundamentais sobre a natureza da pessoa jurídica, ainda que se admita que personalidade jurídica e limitação da responsabilidade possam ser consideradas como figuras conceitualmente separáveis e autônomas, além de ter a última preexistido à concepção da pessoa jurídica⁴⁹.

Nesse sentido, tem-se que a personalidade jurídica é uma técnica, que possibilita a segregação de um fundo patrimonial polarizado ao exercício de uma atividade lucrativa. Os sujeitos de direito são autônomos e, nesse sentido, também é autônomo o patrimônio de cada um, recaindo os débitos de cada sujeito exclusivamente sobre os bens de seu próprio

⁴⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 237.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 237-238.

⁴⁹ MACDONALD, Norberto. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – sociedade unipessoal – contratualismo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22, p. 300-376, 2002, p. 308.

patrimônio⁵⁰. Assim, é ela uma técnica de separação patrimonial, já que "não há como conceber um novo sujeito de direito com ampla e plena capacidade de atuação que seja desprovido de um patrimônio autônomo apto a respaldar o seu agir no mundo jurídico"⁵¹.

A constituição de sociedades personificadas tem causa justamente nessa necessidade de separação patrimonial, através da constituição de um patrimônio autônomo que não se confunda com a esfera patrimonial dos sócios. Tal autonomia é um instrumento para a consecução do objetivo social e, por esse motivo, só deve ser sustentada enquanto houver a existência desse escopo e a possibilidade de sua realização - isto é, enquanto não houver sua corrupção pelos próprios sócios⁵².

Importante lembrar, de acordo com João Pedro Scalzilli, que a responsabilidade limitada está ligada à efetiva transferência de bens de produção, como o capital, que serão organizados e empregados por um terceiro no exercício da atividade, e não necessariamente à personalidade jurídica. Quando esse terceiro é uma sociedade, a autonomia patrimonial significa que os bens do patrimônio da pessoa jurídica pertencem a ela mesma e não aos sócios ou associados, que são colocados na condição de credores do lucro obtido pela sociedade⁵³.

O benefício é, na verdade, um instrumento de alocação de riscos, um limitador de perdas. Esse benefício acaba por estimular o empreendedorismo, já que o sócio tem a segurança de que só perderá o que investiu no empreendimento e, assim, tem a coragem de colocar seu patrimônio em atividades com maiores riscos. Ao mesmo tempo, o patrimônio social é a garantia dos credores, só devendo ser admitida a limitação da responsabilidade como uma decorrência lógica da existência da pessoa jurídica e de um patrimônio autônomo que seja capaz de suportar os débitos decorrentes das relações que a sociedade possui com outros agentes do mercado⁵⁴. Nesse sentido, a lição de MacDonald, que ensina que

[...] se existisse um regime de responsabilidade ilimitada, os sócios, a fim de reduzir o risco de incorrer em responsabilidade pessoal, estariam tecnicamente obrigados a um controle atento e escrupuloso da gestão, suportando, pois, custos elevados. Outrossim, considera-se que a responsabilidade limitada reduz os custos relativos ao controle dos outros sócios, enquanto torna irrelevantes a sua identidade e a sua fortuna pessoal. Todavia, o princípio da responsabilidade limitada determina uma certa exteriorização dos custos da atividade da empresa, dos sócios aos credores sociais, os quais contam somente com o patrimônio social. É necessário, portanto,

⁵⁰ SCALZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: QuartierLatin, 2015, p. 65.

⁵¹ *Ibidem*, p. 64-65.

⁵² *Ibidem*, p. 65.

⁵³ *Ibidem*, p. 71-72.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 76.

evitar que tal regra favoreça uma situação de abuso do escudo societário por parte dos sócios, ou de alguns deles, em prejuízo dos credores sociais. Em outros termos, não se pode permitir que uma rígida e apriorística aplicação do princípio, em exame, produza resultados iníquos em termos de justiça substancial e, por conseguinte, inaceitáveis. Deve-se, assim, valorar caso a caso a oportunidade de privilegiar o interesse dos sócios (que aspiram a um rigoroso isolamento dos débitos da sociedade), ou aquele dos credores (que, contrariamente, desejam remontar a quem está atrás da fachada da sociedade). Um tal sopeso dos interesses em jogo é possível uma vez constatado que o princípio da responsabilidade limitada não tem valor absoluto⁵⁵.

Infelizmente, o uso adequado da pessoa jurídica por todos que gozem de tal benefício é uma utopia⁵⁶. Com o advento da personalidade jurídica das sociedades, passou ela a ser utilizada para a prática de atos ilícitos (contra a lei) ou fraudulentos (em fraude à lei), lesando terceiros. Esse uso indevido foi ainda mais forte nas sociedades em que há limitação entre as obrigações da sociedade e o patrimônio dos sócios, já que, sendo limitada a responsabilidade dos sócios, nem depois de esgotado o patrimônio social eles podem ser atingidos⁵⁷. Tal utilização levou ao desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que se constitui como um sistema repressivo⁵⁸ ao uso indevido da personalidade.

A desconsideração é uma hipótese excepcional, na qual se permite superar a distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a personalidade de sócios ou administradores. Com ela, busca-se identificar o ato dos membros que, fazendo uso da personalidade de forma ilícita ou fraudatária, foram responsáveis pelo prejuízo, sendo possível responsabilizá-los pessoalmente. Frise-se que, apesar de haver diversas espécies de desconsideração, neste trabalho focaremos nela como método de atribuição de responsabilidade ao sócio, que tem seu estudo focado na noção de abuso da personalidade jurídica⁵⁹.

A aplicação do instituto da desconsideração requer cuidado. A desconsideração está ligada ao mau uso da personalidade jurídica pelo sócio ou pelo administrador, sendo necessário o aferimento de certos requisitos para que possa ser empregada. Nesse sentido, não é suficiente haver uma obrigação não satisfeita pela sociedade para que se possa exigir que o sócio beneficiado pelo limite de responsabilidade ou o administrador responda por ela.

⁵⁵ MACDONALD, Norberto. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – sociedade unipessoal – contratualismo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22, p. 300-376, 2002, p. 315-316.

⁵⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 238.

⁵⁷ SCALZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 66.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 127.

⁵⁹ SILVA, Leonardo Toledo de. **Abuso da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

3.1 CONCEITO

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto importado de ordenamentos jurídicos estrangeiros, utilizado usualmente para fazer com que os sócios (e, eventualmente, administradores) em sociedades com limitação da responsabilidade respondam com seu patrimônio pelas dívidas do ente coletivo, ocorrendo, assim, um afastamento da autonomia patrimonial. A importância do fenômeno da personificação e de seus efeitos levou a uma supervalorização da autonomia, tida, a princípio, como insuscetível de afastamento. Assim, erigida como um dogma, não era admitida sua superação.

A partir do século XIX, a preocupação da doutrina e da jurisprudência com a utilização da pessoa jurídica para fins diversos daqueles tipicamente considerados pelos legisladores começou a se desenvolver, razão pela qual passaram a buscar meios idôneos para reprimi-la. Foi no âmbito da *common law* que se desenvolveu, inicialmente na jurisprudência, a desconsideração da personalidade jurídica. Na maior parte da doutrina⁶⁰, afirma-se que a primeira aplicação do instituto se deu no caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, em 1897, na Inglaterra. Rubens Requião, em sua obra, sintetiza-o perfeitamente:

Em 1897, a justiça inglesa ocupou-se com um famoso caso - *Salomon vs. Salomon & Co* - que envolvia o comerciante Aaron Salomon. Este empresário havia constituído uma *company*, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido seu fundo de comércio à sociedade que fundara, recebendo em consequência vinte mil ações representativas de sua contribuição, enquanto para cada um dos outros membros coube apenas uma ação para a integração do valor da incorporação do fundo de comércio na nova sociedade. Salomon recebeu obrigações garantidas no valor de dez mil libras esterlinas. A sociedade logo em seguida se revelou insolvável, sendo o seu ativo insuficiente para satisfazer as obrigações garantidas, nada sobrando para os credores quirografários.

O liquidante, no interesse dos credores quirografários, sustentou que a atividade da *company* era atividade de Salomon, que usou de artifício para limitar a sua responsabilidade e, em consequência, Salomon deveria ser condenado ao pagamento dos débitos da *company*, devendo a soma investida na liquidação de seu crédito privilegiado ser destinada à satisfação dos credores da sociedade. O Juízo de primeira instância e depois a Corte acolheram essa pretensão, julgando que a *company* era exatamente uma entidade fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu *agent* ou *trustee*, e que ele, na verdade, permanecera como o efetivo proprietário do fundo de comércio. Era a aplicação de um novo entendimento, desconsiderando a personalidade jurídica de que se revestia *Salomon & Co.*

A Casa dos Lordes reformou, unanimemente, esse entendimento, julgando que a *company* havia sido validamente constituída, no momento em que a lei simplesmente requeria a participação de sete pessoas, que haviam criado uma pessoa diversa de si mesmas. Não existia, enfim, responsabilidade pessoal de Aaron Salomon para com os credores da *Salomon & Co.*, e era válido o seu crédito privilegiado. Mas a tese das decisões reformadas das instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina do *disregard of legal entity*, sobretudo nos Estados Unidos,

⁶⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**. São Paulo: RT, 2001. v. 1, p. 239.

onde se formou larga jurisprudência, expandindo-se mais recentemente na Alemanha e em outros países europeus⁶¹.

Há na doutrina, contudo, quem considere ter ocorrido o primeiro caso, na realidade, nos EUA, em 1809, sendo ele o *Bank of United States vs. Deveaux*⁶². Nele, o juiz conheceu do caso e levantou o véu da pessoa jurídica, considerando as características pessoais dos sócios. Pode-se afirmar, porém, que o caso não foi um *leading case* da *Disregard Doctrine*, mas apenas uma primeira manifestação⁶³, que considerou as características individuais dos sócios.

De qualquer forma, é inegável que foi a partir da jurisprudência anglo-saxônica que se desenvolveu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica⁶⁴. Em decorrência disso, a teoria vem se desenvolvendo desde seu primeiro germe na *common law*, sendo conhecida por diferentes expressões. No Brasil, adota-se, com maior frequência, a expressão "desconsideração da personalidade jurídica", que, ao lado das expressões "*Disregard Doctrine*" e "*Disregard of Legal Entity*", também utilizada no sistema da *common law*, será utilizada neste estudo.

Nesse sentido, a lei reconhece a pessoa jurídica como um importante instrumento para o exercício da atividade empresarial, não a transformando, porém, em um dogma inatacável. A personalidade jurídica das sociedades deve ser usada para propósitos legítimos, porém, caso tais propósitos sejam desvirtuados, não se pode fazer prevalecer a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus membros⁶⁵.

A desconsideração é a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, limitando e coibindo seu uso indevido, já que sua existência só se justifica quando a pessoa jurídica é usada corretamente. O desvio de sua função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial. Conforme lembram Harry Henn e John Alexander:

O conceito será sustentado apenas enquanto seja invocado e empregado para propósitos legítimos. A perversão do conceito para usos impróprios e fins desonestos (e.g., para perpetuar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações), por outro lado, não será tolerada⁶⁶.

⁶¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 460-461.

⁶² KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (*Disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 67-69.

⁶³ SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32.

⁶⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 242.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 239.

⁶⁶ HENN, Harry G. ALEXANDER, John. R. **Laws of Corporations and Other Business Enterprises**. 3. ed. St. Paul: West Group, 1986, p. 346. Tradução livre.

Ao ser desvirtuada a pessoa jurídica, devem os privilégios assegurados por lei serem retirados, olvidando-se a separação entre sociedade e sócios⁶⁷ e estendendo-se os efeitos das obrigações da sociedade a estes, bem como, possivelmente, aos administradores. Com isso, deseja-se inibir a prática de atos que desvirtuem a função da pessoa jurídica, pois quem praticar tais ações não estará sob o amparo da autonomia patrimonial.

A pessoa jurídica não é destruída ou anulada, nem a sociedade dissolvida. Ela continua a existir e é plenamente válida, sendo simplesmente desconsiderada no caso concreto – ou seja, há a perda momentânea da sua eficácia. Coíbe-se o desvio na sua função, sendo que o juiz "se limita a confinar a pessoa jurídica à esfera que o Direito lhe destinou"⁶⁸. Conforme ensina Alexandre Couto Silva:

A teoria da desconsideração não visa destruir ou questionar o princípio de separação da personalidade jurídica da sociedade da dos sócios, mas, simplesmente, funciona como um reforço ao instituto da pessoa jurídica, adequando-o a novas realidades econômicas e sociais, evitando-se que seja utilizado pelos sócios como forma de encobrir distorções em seu uso⁶⁹.

No ordenamento jurídico pátrio, não se pode falar em despersonalização, pois há uma enorme distinção entre as duas figuras. Despersonalizar é diferente de desconsiderar a personalidade, já que a primeira significa anular a personalidade, o que não ocorre na segunda⁷⁰. Nesta, não se anula a personalidade, restando, na verdade, mais protegida; não se trata de anulação definitiva da personalidade, mas de simples desconsideração, retirada momentânea de sua eficácia no caso concreto⁷¹.

O objetivo da desconsideração não é anular a personalidade jurídica, mas sim desconsiderá-la em relação aos sócios e administradores que atrás dela se ocultam⁷². Não deve ocorrer a despersonalização, "a destruição da entidade pessoa jurídica, mas a suspensão dos efeitos da separação patrimonial *in casu*"⁷³. Como é uma técnica que se aplica apenas no caso

⁶⁷ SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad em las sociedades mercantiles**. Tradução de José PuigBrutau. Barcelona: Ariel, 1958, p. 241.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 242.

⁶⁹ SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35.

⁷⁰ GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 66.

⁷¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 243.

⁷² REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 410, p. 12-24, dez. 1969, p. 14.

⁷³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 272.

concreto, afirma-se tratar-se de uma suspensão episódica e temporária⁷⁴, que não resulta na extinção da pessoa jurídica.

É medida excepcional, pois a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial, já que "a pessoa jurídica é um postulado básico que serve de base para transações comerciais e deve haver razões fortes para um tribunal ignorar esse postulado"⁷⁵. Apenas se comprovado cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica é que cabe falar em desconsideração. Nesse sentido, lembra Tullio Ascarelli que

[...] cumpre não esquecer que, atrás da sociedade, há os sócios; que a personalidade da sociedade e o patrimônio separado constituem afinal meios técnicos para disciplinar o exercício do comércio por parte dos sócios com responsabilidade limitada e com um resultado que equivale ao que decorreria de um privilégio dos credores sociais quanto aos bens destinados ao exercício do comércio em comum, não podendo entretanto atingir os bens que permanecem alheios a esse exercício⁷⁶.

A relação entre a personificação e os outros valores que orbitam em torno da atividade empresarial, como a satisfação dos credores, é muitas vezes conflituosa. Conclui-se que, nesses casos, a solução deve se dar pela preponderância do valor mais importante, já que o "progresso e o desenvolvimento econômico proporcionados pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação individual de um credor. Logo, deve normalmente prevalecer a personificação"⁷⁷. Nessa linha de raciocínio, a desconsideração tem lugar quando o interesse comprometido é considerado mais significativo do que o interesse defendido pela personificação societária⁷⁸.

Assim, almejando-se um resumo do que foi trabalhado até então, deve ficar registrado um conceito de desconsideração da personalidade jurídica. Deve-se considerar, contudo, que os conceitos, no mundo jurídico, são sempre arriscados e sofrem constantes mutações. Apesar disso, utilizar-se-á um, formulado por Tomazette, que afirma que

[...] a desconsideração da personalidade jurídica é a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus titulares, sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio da função da pessoa jurídica, perpetrado por estes⁷⁹.

⁷⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 244.

⁷⁵ HAMILTON, Robert W. **The Law of corporations**. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 134. Tradução livre.

⁷⁶ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 151.

⁷⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 240.

⁷⁸ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 13, jan./mar. 1995, p. 80.

⁷⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 241.

Nesse sentido, entre outras questões envolvidas na temática, deve ser analisado quem pode requerer essa retirada da autonomia patrimonial, bem como quem são os possíveis titulares da pessoa jurídica que, abusando dela, são atingidos pela desconsideração. Assim, deve ser estudado o problema da legitimação relacionado à *Disregard of Legal Entity*.

3.2 LEGITIMAÇÃO

A questão da legitimação traz o questionamento sobre quem são os legitimados para requerer a desconsideração da personalidade jurídica e, principalmente, quem sofrerá os seus efeitos. Em outras palavras, busca-se saber quem tem legitimidade ativa ou passiva no caso concreto.

A legitimação ativa, no âmbito da *Disregard Doctrine* aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, não traz grandes problemas, especialmente porque o art. 50, *caput*, do Código Civil de 2002⁸⁰, que prevê o instituto, traz de forma explícita que as partes do processo podem requerer sua aplicação ao juiz ou, então, o Ministério Público, quando lhe couber intervir processo. Nesse sentido, fica claro que o julgador não pode, *ex officio*, desconsiderar a personalidade jurídica⁸¹.

Quanto à legitimidade passiva, o tamanho da problemática muda de figura, havendo divergências doutrinárias em relação àqueles que devem ser atingidos pelo instituto desconsiderante, apesar do mesmo art. 50 do Código Civil trazer que são eles os sócios e administradores da pessoa jurídica, beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. Além disso, há problemas em relação à confusão feita entre a desconsideração e a figura da responsabilidade direta dos sócios e administradores da sociedade, que não se confundem.

Em determinadas circunstâncias, sócios e administradores podem responder por dívidas da sociedade por meio da responsabilização direta. Essa medida tem caráter excepcional e objetiva punir aqueles que tenham agido com excesso de poderes ou de maneira

⁸⁰ “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” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

⁸¹ Como exceção à regra, pode-se citar o art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: “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” (*Idem*. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 22 nov. 2019).

contrária à lei ou aos estatutos. Isso, contudo, não é caso de aplicação da *Disregard of Legal Entity*, que tem aplicação subsidiária, pois a sociedade não serviu como véu para que tais pessoas agissem e não fossem responsabilizadas. As próprias pessoas agiram de forma ilícita, sendo, por isso, responsabilizadas por sua má gestão. Nesse sentido, ensina José Lamartine Corrêa de Oliveira:

Em tal caso, há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou o 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 próprio⁸².

Segundo João Casillo, seguindo o mesmo raciocínio, "[...] não foi a pessoa jurídica que teve a sua finalidade desvirtuada, não foi a pessoa jurídica como ser que foi manipulada, mas sim o diretor, o gerente ou o sócio que, na sua atividade ligada à empresa, andou mal"⁸³. Assim, fica afastada do escopo do presente trabalho qualquer referência a dispositivos de lei que determinem punição a quaisquer dessas pessoas em razão de atos de má gestão ou por excesso de poderes.

Pode-se citar, como exemplo da responsabilização direta, que não se confunde com a desconsideração, o art. 1.016 do Código Civil⁸⁴, que prevê a responsabilidade dos administradores perante a sociedade e perante os terceiros prejudicados, solidária e ilimitadamente, por culpa no desempenho de suas funções, bem como o art. 1.080⁸⁵ do mesmo diploma legal, que prevê a responsabilização dos sócios nos casos de deliberações que infringem contrato ou lei. Esse tipo de confusão é bastante feito por doutrinadores pátrios, que apontam essas hipóteses como de aplicação da desconsideração.

Brevemente explicada a responsabilização direta dos sócios e administradores, retornemos para a verdadeira *Disregard Doctrine*. Deve-se ter em mente que a desconsideração não demanda o fim da sociedade. Não é um ato definitivo, que significa que a pessoa jurídica foi extinta e que seus membros responderão por todas as suas obrigações. Nesse sentido, a decisão judicial que aplica a desconsideração deve precisar quais obrigações

⁸² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 520.

⁸³ CASILLO, João. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 528, p.24-40, out. 1979, p. 35.

⁸⁴ “Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

⁸⁵ “Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram” (*Ibidem*).

serão beneficiadas pela medida, fundamentando as razões para a aplicação dessa figura excepcional em relação àqueles créditos específicos.

Não há revogação do princípio de separação patrimonial entre sócios e sociedade ou revogação da limitação da responsabilidade do sócio ao valor do capital não integralizado, nas sociedades em que legalmente estabelecida. Há suspensão dos efeitos de tais institutos jurídicos para hipótese determinada e, sempre, em função de razões de fato e de direito que sejam satisfatoriamente demonstradas pelo Poder Judiciário em sua decisão. Todas as demais relações jurídicas da sociedade não são afetadas pelo deferimento da desconsideração em relação a uma ou mais obrigações.

Além da precisão dos créditos não satisfeitos em relação aos quais será desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade devedora, será preciso também determinar os responsáveis pelo mau uso da personalidade jurídica da sociedade. Serão esses que sofrerão os efeitos da medida, não a universalidade dos sócios e dos administradores. Por esse motivo, é necessário cuidado com a identificação daqueles que responderão pela obrigação.

Não devem sofrer os efeitos da desconsideração aqueles que não contribuíram direta ou indiretamente para o ato abusivo, praticando-o ou permitindo que fosse praticado. Além disso, para existir o dever de impedir a prática do ato lesivo, é fundamental aferir a existência de poder para obstá-lo - o que, normalmente, o sócio minoritário da sociedade devedora não possui.

A decisão judicial, portanto, deverá apontar quem suportará os efeitos da obrigação em face da desconsideração da personalidade jurídica, bem como apresentar as razões de fato e de direito que sustentam tal veredicto. Os textos legais não indicam os responsáveis e nem poderiam fazê-lo, pois acabaria ficando engessada a identificação dos mesmos⁸⁶. A análise, assim, deve ser feita em cada caso, para saber a quem a desconsideração deve ser estendida⁸⁷. Apesar disso, há alguns parâmetros dados pela doutrina. De acordo com Tereza Christina Nahas, por exemplo, "[...] o art. 50 do CC quis responsabilizar o gestor da pessoa jurídica, o que é absolutamente coerente, pois, se é ele quem detém o poder de administrar, certamente deverá responder pela gestão que fizer"⁸⁸.

⁸⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 276.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 277.

⁸⁸ NAHAS, Tereza Christina. **Desconsideração da personalidade jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 182.

De fato, quem tem poder de gestão deve ser responsabilizado. Contudo, há casos em que pessoas com uma pequena participação praticam ou se beneficiam dos atos que resultam na desconsideração. Assim, tais pessoas também devem ser atingidas por seus efeitos⁸⁹. Em função dessa possibilidade, porém, Gilberto Gomes Bruschi afirma que

[...] salvo melhor juízo, entendemos que meras participações societárias, pouco representativas em relação ao capital social, sem poder de controle, sem poder de administração e sem que tenham participado dos atos considerados excessivos ou abusivos como fator determinante da desconsideração da personalidade jurídica, seus detentores, meros investidores, não podem ser alcançados e muito menos responsabilizados pelos atos de outrem⁹⁰.

Assim, a desconsideração não se estende a todos os sócios ou administradores, mas àqueles que tenham poder de controle, de gestão ou tenham participado ou se beneficiado pelos atos abusivos ou fraudulentos determinantes da desconsideração. Por outro lado, os minoritários, sem poderes de gestão e sem participação ou benefício nos atos abusivos, não podem ser responsabilizados⁹¹.

É possível, inclusive, que terceiros, sem qualquer relação aparente com a sociedade empresária, sejam responsabilizados. Nesse sentido, João Pedro Scalzilli afirma que a desconsideração pode atingir o administrador, o sócio (controlador, minoritário, sociedade do mesmo grupo ou sócio oculto) ou outra pessoa física ou jurídica que não seja sócia nem administradora, mas que tenha se beneficiado do abuso da personalidade jurídica⁹².

Gustavo Saad Diniz, considerando a problemática dos atingidos pelo levantamento do véu da pessoa jurídica, propõe critérios que podem auxiliar na delimitação do alcance dos efeitos. Esses critérios, segundo o autor, são (i) o nível de acesso ao poder decisório, (ii) a possibilidade de interferir e/ou modificar a decisão que acarreta o ato abusivo e (iii) a participação e/ou envolvimento direto do agente no benefício gerado pelo ato abusivo⁹³.

A título exemplificativo, uma das aplicações mais comuns da desconsideração é quando se estende os efeitos das obrigações sociais ao sócio da pessoa jurídica que é responsável pelo débito, mas não tem patrimônio ativo suficiente para fazer frente à obrigação. Ela pode, igualmente, responsabilizar o administrador da sociedade quando o ato

⁸⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 277.

⁹⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 149.

⁹¹ TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*

⁹² SCALZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: QuartierLatin, 2015, p. 137.

⁹³ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 237.

lesivo que justificou o uso do instituto seja de sua autoria - isso, ressalte-se, mesmo que ele próprio não seja sócio da sociedade.

Também é possível – e tal emprego da desconsideração tem ganhado especial relevância na atual fase dos grupos econômicos de empresas – que se responsabilize uma empresa coligada ou, até mesmo, uma outra pessoa jurídica sem relação jurídica aparente com a devedora. Isso ocorre nos casos de sociedades empresárias que, segundo Gladston Mamede,

[...] sucederam, de fato, a outras sociedades, diante de manobras que pretendiam evitar a caracterização da sucessão jurídica; empresas de fachada, constituídas para acobertar outras sociedades; pessoas que, embora titularizando de fato as quotas ou ações de uma sociedade, não as titularizam de direito, recorrendo a pessoas interpostas, que se apresentam como sócios ou administradores, sem efetivamente sê-los⁹⁴.

Por fim, é importante ressaltar que, uma vez decretada a desconsideração, a responsabilidade em relação ao débito não é dividida em quotas. Cada pessoa atingida será responsável pela dívida como um todo⁹⁵. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou:

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 CC 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-lo⁹⁶.

O sócio, assim, terá responsabilidade pela totalidade da dívida, não se sustentando qualquer alegação da parte que busque afastá-la em função de não ser detentora da totalidade das quotas da sociedade empresária. Além da legitimidade ativa e passiva das partes envolvidas na desconsideração, é importante verificar quais são os requisitos necessários para que a mesma seja aplicada.

3.3 REQUISITOS

⁹⁴ MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 234.

⁹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 278.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.1.169.175/DF**. Relator: Min. Massami Uyeda. DJe: 04/04/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1038552&num_registro=200902364693&data=20110404&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2019.

A área de aplicação da teoria da desconsideração é ampla, pois ela se adapta a qualquer sistema jurídico no qual se considere a personalidade jurídica da sociedade como distinta da personalidade dos membros que a compõem⁹⁷. Conforme já referido, a pessoa jurídica é um instituto. A compreensão disso, para o nosso estudo, é fundamental, já que os institutos "são constituídos por relações jurídicas, que se agrupam para a regulamentação de determinada e homogênea e mais ou menos autônoma porção da realidade jurídica"⁹⁸. Além disso, os institutos jurídicos desempenham funções.

Segundo Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, função é "a atuação própria de alguém ou de algo num sistema, isto é, num conjunto coordenado de partes em relação a um fim ou objetivo"⁹⁹. A função de um instituto jurídico é satisfazer determinadas necessidades compatíveis com o ordenamento jurídico, utilizando-se de uma forma também compatível com ele.

Assim, deve ser analisada a função da pessoa jurídica – isto é, os fins que o ordenamento jurídico buscou alcançar por seu intermédio. Ainda de acordo com Comparato e Salomão Filho, a função geral da pessoa jurídica consiste na criação de um centro de interesses autônomos em relação às pessoas que lhe deram origem, de modo que a estas não possam ser imputadas as condutas, os direitos e os deveres daquela¹⁰⁰. Nesse mesmo sentido, ensina Norberto MacDonald:

O benefício da responsabilidade limitada não foi, pois, introduzido pela elaboração do conceito de pessoa jurídica. É anterior a ele, tanto com relação às sociedades anônimas, como à outras figuras associativas existentes na época romana e na intermédica. Assim, a concepção de uma sociedade como pessoa jurídica não constitui o fundamento da limitação da responsabilidade, mas sua justificação teórica dada *a posteriori*. Trata-se, certamente, de uma grandiosa construção conceitual: graças ao conceito de pessoa jurídica, a responsabilidade limitada do acionista pôde não mais ser considerada, como o foi um tempo, um benefício em sentido próprio, ou seja, um privilégio, uma exceção ao princípio geral da ilimitada responsabilidade patrimonial. Transforma-se, ela própria, em aplicação do princípio geral: possibilita argumentar que, em uma sociedade por ações, o sócio não responde pelas obrigações sociais com o seu patrimônio pela natural razão de se tratar de obrigação alheia, isto é, pela mesma razão que o cidadão "A" não responde pelas obrigações do cidadão "B"¹⁰¹.

⁹⁷ SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles**. Tradução de José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958, p. 82.

⁹⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípios de direito. Princípio jurídico. Direito do trabalho. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 14, n. 56, p. 95-108, out./dez. 1977, p. 100.

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 283.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 283.

¹⁰¹ MACDONALD, Norberto. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – sociedade unipessoal – contratualismo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22, p. 300-376, 2002, p. 313.

Com ela, são reunidos esforços e recursos econômicos para a realização de atividades que, sem o artifício da pessoa jurídica, não seriam realizáveis. Essa vinculação de pessoas e bens deve estar a serviço de finalidades relevantes não apenas para seus membros, mas para a sociedade como um todo. A limitação dos riscos empresariais, obtida através da personificação, tem como objetivo estimular o desenvolvimento das atividades econômicas. Sua utilização, contudo, pode vir a ser ilegítima.

Qualquer instituto jurídico corre o risco de ter sua função desviada, ou seja, utilizada contrariamente às suas finalidades. Esse desvio de função consiste na falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada. Isso se aplica à sociedade empresária, pois, conforme Ascarelli,

[...] a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito; a existência de uma sociedade não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito aos seus sócios; a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito a uma das sociedades coligadas¹⁰².

Por meio da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o ordenamento jurídico reage contra o desvio de função desse instituto, superando a forma da pessoa jurídica e desvalorizando-se a distinção entre ela e os seus membros no caso particular. Isso porque:

A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com as pessoas 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 de juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito¹⁰³.

O desvio de função está presente na noção de abuso de direito, utilizada para justificar a necessidade de aplicação da *Disregard Doctrine*. O abuso de direito corresponde a um "mau uso" do direito, ou seja, há o exercício normal do direito, mas o seu titular faz uso dele desviando-o do fim econômico-social para o qual foi criado. O abuso de direito apresenta, como critério básico e concreto, o finalista, pois diz respeito à finalidade dos direitos, à sua relatividade em consideração e em função de seu fim. A desconsideração, assim, é uma reação contra os que se valem *a posteriori* da personificação societária para a obtenção de um resultado reprovável.

¹⁰² ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 490.

¹⁰³ MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. In: **Dicionário Jurisprudencial da Sociedade de Responsabilidade Limitada**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74.

No estudo dos requisitos que permitem a aplicação da *Disregard Doctrine*, é fundamental que façamos alguns comentários acerca do papel do Poder Judiciário no seu emprego. Já era destacada por Clóvis Ramalhete a importância do papel desempenhado pelo juiz no tocante à aplicação da teoria, afirmando que "[...] leis não são o Direito nem o esgotam. Apenas manifestam-no. São, portanto, passíveis de receber interpretação construtiva, para dedução da norma pelo aplicador"¹⁰⁴. O Poder Judiciário, ciente de seu papel de elemento de formação e aperfeiçoamento do Direito, antes mesmo de haver dispositivo legal prevendo expressamente a desconsideração no ordenamento jurídico brasileiro, prolatou decisões em que invocava a teoria.

Por outro lado, a preocupação dos doutrinadores com a fundamentação legal levava-os a recorrer às regras gerais de eficácia do ato jurídico como princípios que autorizavam a desconsideração e que permitiam, por exemplo, identificar o fim ilícito dos sócios de uma pessoa jurídica quando a sua vontade substituía a dela e os punir, sem, entretanto, desconstituir a pessoa jurídica¹⁰⁵.

É possível afirmar que, atualmente, cabe ao julgador, no exame do caso concreto, indagar, examinar, perquirir as atividades empresariais, bem como a forma e a atuação das empresas, a fim de que, ainda na fase de conhecimento, possa investigar a utilização da pessoa jurídica com finalidades contrárias àquelas para as quais foi criada pelo ordenamento jurídico.

A desconsideração da personalidade jurídica tem como pressupostos "[...] circunstâncias que provocam a incompatibilidade entre o ordenamento jurídico e o resultado a que se atingiria, no caso concreto, através da utilização da pessoa jurídica"¹⁰⁶. Todavia, deve-se concordar com Marçal Justen Filho¹⁰⁷ no que diz respeito à necessidade de examinar, nos diferentes ramos do direito, os pressupostos próprios, pois há princípios e normas diversas que regem cada um deles, como no caso do Direito do Consumidor e do Direito Trabalhista, exemplificativamente, que são áreas mais protetivas ao consumidor e ao trabalhador, respectivamente, do que o Direito Empresarial.

Contudo, mesmo nessas áreas – e especialmente naquelas em que não existe essa natural salvaguarda em relação a um dos polos da relação – devem ser evitados abusos na aplicação da *Disregard Doctrine*. Não deve, por exemplo, ser responsabilizado qualquer um

¹⁰⁴ RAMALHETE, Clóvis. Sistema de Legalidade na “Desconsideração da Personalidade Jurídica”. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 293, ano 82, p. 79-82, jan./fev./mar. 1986, p. 82.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 82.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 95.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 100-101.

que se relacione com a pessoa jurídica, como, por exemplos, ex-sócios que dela já se retiraram há muito tempo, ao argumento de que o processo tem de alcançar efetividade através do pagamento do que é devido aos credores.

Em relação ao comprometimento da certeza e da segurança jurídica, em decorrência da aplicação (ou não) da desconsideração, não é possível considerá-las valores absolutos nem como os valores supremos do ordenamento jurídico, pois as mesmas devem ser sopesadas com a busca da justiça. Sempre haverá margem de incerteza e de insegurança na ordem jurídica, mesmo porque essa margem é essencial para que ela possa se adaptar às mudanças da realidade social e para que possa atender melhor às exigências da justiça. Como ensina Luis Recasens Siches:

Às vezes, a urgência de segurança choca-se com o desejo de uma melhor justiça. Os conflitos entre segurança e justiça devem ser resolvidos segundo as características do caso concreto, umas vezes em favor da segurança e outras vezes sacrificando-se esta em favor da justiça¹⁰⁸.

Quando o juiz decidir que os resultados práticos da valorização da autonomia patrimonial da pessoa jurídica produziriam efeitos contraditórios com os valores segundo os quais foi modelado o ordenamento jurídico e, por esse motivo, afastar a utilização da norma em questão, o juiz não age arbitrariamente nem compromete a certeza e a segurança. O que ele faz é o balanço entre a norma e o princípio aplicável, decidindo pela inaplicabilidade da norma ao caso concreto.

Assim, quando a aplicação do regime da personificação societária desvia a sociedade da finalidade que o ordenamento jurídico visa alcançar por seu intermédio, pode-se subestimar os efeitos da personalidade jurídica, fazendo uso da *Disregard Doctrine*. Ela também poderá ser desconsiderada nos casos em que tal aplicação conduz a situações de injusto prejuízo ao Estado ou à coletividade nele organizada e, ainda, quando a sua aplicação produz efeitos contrários aos valores que inspiram o ordenamento jurídico.

O instituto não serve como castigo ou pena, mas sim como instrumento de correção da malversação da personalidade jurídica – ou seja, servem para valorizar a personalidade jurídica e, no nosso caso, o benefício da limitação da responsabilidade. Os efeitos da aplicação devem ficar circunscritos à correção do uso inadequado da personalidade jurídica, objetivando o retorno das coisas ao estado no qual estariam caso não houvesse a má utilização. A responsabilização é episódica e, nesse sentido, seu alcance vai, exclusivamente,

¹⁰⁸ SICHES, Luis Recasens. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. México: Porrúa, 1973, p. 294. Tradução livre.

até o prejuízo sofrido pelo credor, não passando o sócio a ter responsabilidade ilimitada para toda e qualquer situação¹⁰⁹.

Conforme já mencionado, a desconsideração da personalidade jurídica, desde o início de sua formulação, não precisou de previsão legal expressa para ser utilizada. Assim, é possível afirmar que ela prescinde de fundamentos legais para a sua aplicação¹¹⁰, existindo manifestações jurisprudenciais anteriores a qualquer posituação. A opção pela sua utilização, nesse sentido, depende do caso concreto que está em discussão, nunca prescindindo de fundamentação hábil a justificar a medida de exceção.

De acordo com Rolf Serick, nessa situação, não se trata de aplicar um dispositivo que autoriza a desconsideração, mas sim da não aplicação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica que está indevidamente usada¹¹¹ no caso analisado. Segundo Requião, é justo conceder ao Estado, por meio da justiça, a possibilidade de verificar se o privilégio que é a personificação e, conseqüentemente, a autonomia patrimonial, está sendo adequadamente empregado¹¹², pois, assim, obsta-se o alcance de resultados contrários ao Direito.

Além disso, deve ficar registrado que a desconsideração só tem cabimento quando há uma pessoa jurídica, isto é, uma sociedade personificada. Sem a existência de personalidade, não há o que desconsiderar. No Brasil, a personalidade jurídica das sociedades nasce com o registro dos atos constitutivos no órgão competente (arts. 45, 985 e 1.150 do Código Civil¹¹³).

Sem o registro, não importa a existência do ato constitutivo, não se podendo falar em personificação da sociedade. Como não se trata de uma pessoa jurídica, não há que se cogitar de autonomia patrimonial e, nesse sentido, não há a possibilidade do uso desta autonomia para fins escusos. Os sócios assumem responsabilidade solidária e ilimitada pelos atos praticados pela sociedade¹¹⁴, não havendo motivo para a aplicação da desconsideração.

Além disso, no caso analisado no presente trabalho, é necessário que se trate de uma sociedade na qual os sócios tenham responsabilidade limitada¹¹⁵, pois a aplicação da

¹⁰⁹ SCALZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: QuartierLatin, 2015, p. 138.

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **A desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: RT, 1989, p. 53.

¹¹¹ SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles**. Tradução de José PuigBrutau. Barcelona: Ariel, 1958, p. 241.

¹¹² REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 410, p. 12-24, dez. 1969 p. 15.

¹¹³ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹¹⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15.

¹¹⁵ SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

desconsideração pressupõe uma sociedade na qual o exaurimento do patrimônio social não seja suficiente para levar responsabilidade aos sócios. Tal exigência é de cunho prático, pois nada impediria a desconsideração nos demais tipos societários, com o intuito de proteger a própria pessoa jurídica. Todavia, a excepcionalidade da superação da autonomia patrimonial, por meio da aplicação da desconsideração, torna mais fácil a aplicação direta da responsabilidade ilimitada dos sócios, quando ela já é consignada na lei.

Quanto aos seus requisitos, a *Disregard Doctrine* é uma forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades, sendo que tal abuso deve ser entendido como “[...] a sua utilização de modo imoral, em desconformidade com os objetivos planejados pelo legislador”¹¹⁶. Esse conceito, um tanto abstrato, faz com que os juristas debatam o tema amplamente, buscando precisar melhor quais seriam os critérios para a configuração desse abuso.

O dispositivo original, que resultou no art. 50 do Código Civil de 2002, foi alterado diversas vezes, sendo que foi adotada sugestão de Comparato e Salomão Filho¹¹⁷ para a proposta da nova redação. O instrumento legal, porém, não foi capaz de solucionar a problemática da desconsideração por si só. Miguel Reale, coordenador dos trabalhos da comissão redatora e responsável pela Exposição de Motivos que acompanhava o projeto do diploma civil, deixou claro que visou coibir os desvios do uso da personalidade jurídica, tendo afirmado:

Não abandonamos o princípio que estabeleceu a distinção entre pessoa jurídica e os seus membros componentes, mas também não convertemos esse princípio em tabu, até o ponto de permitir sejam perpetrados abusos em proveito ilícito dos sócios e em detrimento da comunidade¹¹⁸.

A inexistência em relação aos requisitos que justificam a aplicação da *Disregard of Legal Entity* se encontra em todas as fontes do direito, seja na doutrina, seja na jurisprudência, seja na legislação. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que “o juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros”¹¹⁹, trazendo a figura da fraude, que não consta no

¹¹⁶ GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 77.

¹¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 350.

¹¹⁸ REALE, Miguel. Considerações gerais sobre o Projeto de Código Civil. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v. 33, n. 137, p. 1-26, jan./mar. 1976, p. 8.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.63.652/SP**. Relator Min. Barros Monteiro. DJ: 21/08/2000. Disponível em:

rol do art. 50 do Código Civil, que prevê apenas a confusão patrimonial e o desvio de finalidade como subespécies do gênero abuso¹²⁰. Além disso, o diploma legal deixa de mencionar expressamente a subcapitalização como motivo para desconsiderar a personalidade jurídica, fixando critérios genéricos e assimétricos para tanto¹²¹.

Oksandro Gonçalves, por sua vez, entende que o desvio de finalidade a que se refere o artigo seria a prática de atos incompatíveis com o estatuto ou contrato social, estando ligada às ideias de abuso e excesso de poder¹²². Dentro dessa linha, a hipótese consagrada pelo Código Civil não envolveria exatamente a desconsideração, mas apenas mais um caso de responsabilidade direta dos sócios ou administradores.

Edmar Oliveira Andrade Filho, a seu turno, afirma que o desvio de finalidade representa “[...] um uso anormal da pessoa jurídica, que consiste no desvirtuamento da sua finalidade institucional”¹²³. O desvio de finalidade representaria um desvio da função da pessoa jurídica, tanto como instituição como quando voltada a um fim específico que motivou sua existência.

O abuso, segundo o art. 50 do Código Civil, também poderá ser provado por meio da confusão patrimonial. Há quem considere que tal hipótese, porém, não é fundamento suficiente para a desconsideração¹²⁴, sendo apenas uma importante maneira de corroborar a tese do abuso da personalidade jurídica, isto é, funciona como uma mera evidência¹²⁵.

O problema se agrava na medida em que, no ordenamento jurídico brasileiro, há uma tendência jurisprudencial e legislativa de afastamento do princípio da limitação de responsabilidade, sem haver uma preocupação metodológica nessa retirada. Ocorre, assim, uma hipertrofia da disciplina da atribuição de responsabilidade pela desconsideração da personalidade jurídica. A exceção, que é a desconsideração, tem sido a regra¹²⁶.

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500173786&dt_publicacao=21-08-2000&cod_tipo_documento=. Acesso em: 15 set. 2019.

¹²⁰ SILVA, Leonardo Toledo de. **Abuso da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

¹²¹ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 141.

¹²² GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 78.

¹²³ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil**. São Paulo: MP, 2005, p. 113.

¹²⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 247.

¹²⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Op. cit.*, p. 128.

¹²⁶ SILVA, Leonardo Toledo de. *Op. cit.*, p. 188.

Com o objetivo de mudar essa realidade, criou-se a Medida Provisória n. 881/19, que foi convertida na Lei n. 13.874/19, também conhecida como Lei da Liberdade Econômica¹²⁷. O diploma legal, além de estabelecer a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e diversas garantias para o livre mercado, trouxe também diversas alterações a leis e dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro – dentre os quais, o art. 50 do Código Civil. Originalmente, a norma estava assim redigida¹²⁸:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O dispositivo legal responsável por trazer a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para o ordenamento jurídico brasileiro, que não sofria alterações desde a entrada em vigência do Código Civil de 2002, foi significativamente alterado. A redação dele, assim, passou a ser:

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.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 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.

§ 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.

¹²⁷ BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹²⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

§ 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.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica¹²⁹.

A redação do dispositivo foi alterada, com mudanças no *caput* do artigo e com o acréscimo de parágrafos que não constavam na redação original. A conclusão na qual se pode chegar através da análise das alterações é que houve intenção do legislador de definir melhor os conceitos de “abuso de personalidade”, “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”¹³⁰, estabelecendo critérios mais objetivos¹³¹. Bruno Madeira, analisando os dispositivos da Medida Provisória antes da conversão em lei, conclui:

Com efeito, ao introduzir tais relevantes alterações, por meio de denominada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, há uma mensagem clara do Poder Executivo Federal: reduzir a discricionariedade dos magistrados a respeito do tema, a fim de proteger o agente econômico, reduzindo a imprevisão e o chamado “risco Brasil”.

É sempre louvável que o legislador busque reduzir a discricionariedade — e, até mesmo, o arbítrio — do Poder Judiciário a respeito das interpretações dos dispositivos legais.

Ocorre que, como dito, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada nas mais diversas relações, destacando-se as relações trabalhistas, de consumo e com o próprio Fisco, nas quais o interesse maior é proteger o bem o jurídico socialmente relevante¹³².

Dentre alterações importantes, que serão estudadas nos tópicos seguintes do presente trabalho, há algumas que não fazem grande diferença ao sentido do texto, como a substituição do verbo “decidir” pelo verbo “desconsiderar”, já que o sentido global continua sendo, sem dúvidas, que o juiz deve analisar o caso concreto e decidir pelo cabimento ou não da desconsideração com base nos requisitos exigidos. Em relação à adição da expressão “beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”, tem-se que foi uma feliz alteração, pois a desconsideração é instrumento que imputa responsabilidade e, nesse sentido, não pode atingir

¹²⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019

¹³⁰ MADEIRA, Bruno; MUSZKAT, André. A desconsideração da personalidade jurídica na MP da “liberdade econômica”. **Consultor Jurídico**. 28 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/opiniao-desconsideracao-personalidade-juridica-mp-881>. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹³¹ VIOTTI, Mariana Silveira. Limites mais objetivos para desconsideração da personalidade jurídica. **Azevedo Sette Advogados**. 07 jun. 2019. Disponível em: <http://www.azevedosette.com.br/noticias/pt/limites-mais-objetivos-para-desconsideracao-de-personalidade-juridica/5343>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹³² MADEIRA, Bruno; MUSZKAT, André. *Op. cit.*

sócio ou administrador que não teve benefício – direto ou indireto – como ato abusivo realizado por terceiro¹³³.

O § 4º, que dispõe que "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" traz, de certa forma, uma obviedade no âmbito do Direito Civil e Empresarial, mas que é importante justamente pela sua simplicidade: se não houver o preenchimento dos requisitos legais, a desconsideração da personalidade jurídica não poderá ser decretada – e isso não se aplica apenas aos casos de grupos econômicos, que foi o foco do parágrafo ora analisado. Mais especificamente, o que o diploma legal buscou evitar, aqui, é que a mera existência de grupo econômico autorize a desconsideração, como ocorre frequentemente nas relações trabalhistas, consumeristas e tributárias¹³⁴. Se, contudo,

[...] a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos legais não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, por outro, nada impede que, uma vez observados tais pressupostos, o juiz decida, dentro de um mesmo grupo, pelo afastamento de um ente controlado, para alcançar o patrimônio da pessoa jurídica controladora que, por meio da primeira, cometeu um ato abusivo¹³⁵.

As mudanças no dispositivo legal são pertinentes e, espera-se, atingirão seu objetivo de diminuir a discricionariedade dos julgadores quando da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas decisões. Contudo, essa diminuição possivelmente não será tão profunda quanto objetiva o legislador, em decorrência das diferenças nas áreas do direito na qual a medida é aplicada, que vão muito além do Direito Civil e Empresarial. Nesse sentido, discorrendo sobre o real impacto que será trazido pelas alterações do art. 50 do Código Civil no ordenamento jurídico brasileiro, opina Madeira:

Assim, para as relações de Direito Civil/Comercial em geral, as alterações introduzidas no artigo 50 do Código Civil são oportunas e, de fato, diminuirão a discricionariedade a respeito da desconsideração da personalidade jurídica.

[...]

Contudo, para as relações jurídicas de cunho especial, regulamentadas especificamente por legislações extremamente protetivas, o intuito da MP 881/19 provavelmente não será atingido, o que poderá gerar uma sensação, especialmente

¹³³ TARTUCE, Flávio. A Medida Provisória da "Liberdade Econômica" e a Desconsideração da Personalidade Jurídica (Art. 50, CC): Primeiras Impressões. **GenJurídico**, 06 maio 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/05/06/a-medida-provisoria-da-liberdade-economica-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-art-50-cc-primeiras-impressoes/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹³⁴ MADEIRA, Bruno; MUSZKAT, André. A desconsideração da personalidade jurídica na MP da "liberdade econômica". **Consultor Jurídico**. 28 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/opiniao-desconsideracao-personalidade-juridica-mp-881>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹³⁵ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*

nos agentes econômicos, de que o Poder Judiciário insiste em tratar o tema de forma arbitrária e discricionária. De qualquer modo, é sempre importante lembrar que a desconconsideração da personalidade jurídica é relevante instituto no âmbito da recuperação e satisfação de créditos, conferindo eficácia e celeridade para as demandas de tal natureza¹³⁶.

Considerando-se as alterações trazidas ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei da Liberdade Econômica e as incessantes discussões acerca do tema da *Disregard Doctrine*, busca-se chegar a uma conclusão acerca de qual devem, efetivamente, ser os requisitos para o levantamento do véu da pessoa jurídica. Assim, faz-se necessário o estudo das teorias existentes sobre a desconconsideração da personalidade jurídica.

3.3.1 Teoria menor

Segundo a teoria menor, não há requisitos específicos para sua aplicação, bastando a falta de pagamento de um crédito para se aplicar a desconconsideração da personalidade jurídica¹³⁷. Se a sociedade não tiver patrimônio para honrar suas obrigações, mas os sócios forem solventes, deve-se aplicar a desconconsideração da personalidade jurídica. Essa linha de pensamento teve origem na crise da pessoa jurídica, quando esta começou a ser utilizada para fraudar credores. Em relação à teoria menor da desconconsideração, ensina MacDonald que ela

[...] menos elaborada, tende a condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação do credor perante a sociedade, contentando-se com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica¹³⁸.

Em relações jurídicas supostamente desiguais, como as trabalhistas e as relações de consumo, e até mesmo quando se está tratando de responsabilidade por danos ambientais, permite-se a aplicação da desconconsideração pela simples frustração do credor¹³⁹. Assim, o que

¹³⁶ MADEIRA, Bruno; MUSZKAT, André. A desconconsideração da personalidade jurídica na MP da "liberdade econômica". **Consultor Jurídico**. 28 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/opiniao-desconsideracao-personalidade-juridica-mp-881>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **A desconconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: RT, 1989, p. 46.

¹³⁸ MACDONALD, Norberto. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – sociedade unipessoal – contratualismo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22, p. 300-376, 2002, p. 327.

¹³⁹ A título de exemplo, pode-se citar a existência dos seguintes dispositivos legais: art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98 e art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 22 nov. 2019. BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 22 nov. 2019. BRASIL. **Decreto-lei n.**

ocorre é que se transfere o risco da atividade para os sócios e administradores, de modo que eles respondem pelos atos da sociedade, independentemente de qualquer intuito fraudulento. Sua autonomia patrimonial, assim, é ignorada. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça,

[...] a teoria menor da desconsideração, 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 patrimonial¹⁴⁰.

Não há razoabilidade na aplicação dessa teoria, que, basicamente, ignora a ideia de autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e não se coaduna com a própria origem da aplicação da teoria da desconsideração. Ao contrário de proteger, a teoria menor acaba por minar a existência da autonomia patrimonial, em nada favorecendo aqueles que se dignam a exercer atividades econômicas.

3.3.2 Teoria maior

Já a teoria maior da desconsideração, "[...] mais elaborada, de maior consistência e abstração, condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto"¹⁴¹. Para ela, não basta o descumprimento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica – é necessário que ele decorra do desvirtuamento da sua função. A personificação é um instrumento legítimo de destaque patrimonial e, eventualmente, de limitação de responsabilidade, que só pode ser descartado caso o uso da pessoa afaste-se dos fins para os quais o direito a criou¹⁴². Deve haver cautela, não desconsiderando a personalidade apenas pelo descumprimento das obrigações, pois

Percalços econômicos financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus gerentes, não se consubstanciam por si sós, em comportamento ilícito e desvio da finalidade da

5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 279.273/SP**. Relator: Min. Ari Pardengler. DJe: 29/03/2004. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=112916&tipo=0&nreg=200000971847&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040329&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹⁴¹ MACDONALD, Norberto. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – sociedade unipessoal – contratualismo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22, p. 300-376, 2002, p. 327.

¹⁴² SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad em las sociedades mercantiles**. Tradução de José PuigBrutau. Barcelona: Ariel, 1958, p. 135.

entidade jurídica. Do contrário, seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica¹⁴³.

Há, portanto, requisitos que devem restar configurados para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Sem esses fundamentos, não pode, a princípio, ser utilizada a *Disregard Doctrine*. Todavia, há divergência doutrinária sobre quais seriam esses fundamentos, dividindo-se a teoria maior em teoria maior subjetiva e teoria maior objetiva.

Segundo a teoria maior objetiva, defendida por Comparato e Salomão Filho¹⁴⁴, a confusão patrimonial é o requisito principal da desconsideração. A confusão patrimonial é a inexistência de separação clara entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio dos sócios ou administradores. Assim, segundo tal teoria, caso ocorra a confusão entre os patrimônios, faz-se necessária a aplicação do instituto da desconsideração.

Pela teoria subjetiva, o pressuposto fundamental da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica¹⁴⁵, que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial¹⁴⁶, pois a desconsideração nada mais é do que uma forma de limitar o uso da pessoa jurídica aos fins para os quais ela é destinada. A autonomia patrimonial da pessoa jurídica só subsiste quando ela é usada para seus devidos fins, isto é, quando ela não se confunde com os sócios e quando não é utilizada para fins desmerecedores de tutela de acordo com o ordenamento jurídico.

Além disso, importante lembrar que é necessário que não se trate de responsabilização direta do sócio ou administrador, por ato próprio. Nesse sentido, Salomão Filho traz que a única diferença real entre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a imputação direta de atos é que, enquanto na desconsideração há imputação de responsabilidade por dívida alheia, nos demais casos há imputação por ato próprio¹⁴⁷.

O Código Civil de 2002, em seu art. 50¹⁴⁸, positivou a desconsideração da personalidade jurídica sem adotar, inteiramente, nenhuma das teorias. Contudo, há uma maior aproximação entre o dispositivo e a teoria maior, já que ambos partem do pressuposto de que

¹⁴³ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Civil. **Apelação n. 507.880-6**. 3ª Câmara. Rel. Juiz Ferraz Nogueira. Julgado em 15/09/1992.

¹⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 274-275.

¹⁴⁵ SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 34.

¹⁴⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 246-247.

¹⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 229.

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

é necessário o preenchimento de requisitos, além da mera insatisfação do credor, para a aplicação do instituto. A teoria, porém, traz também como possibilidade para a utilização da *Disregard Doctrine* a fraude, que foi excluída do diploma legal brasileiro.

De acordo com David Massara Joanes, há alguns motivos que podem explicar a exclusão da fraude do artigo mencionado. Por exemplo, (i) o fato dela possuir diversos conceitos na doutrina, divergentes entre si, (ii) pelo entendimento de que a fraude pode ser caracterizada como abuso de direito quando da utilização da personalidade jurídica e também (iii) por se considerar que, no ordenamento jurídico brasileiro, já existem remédios legais adequados para solucionar os casos de fraude¹⁴⁹.

Nesse sentido, acreditamos que, para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário restar configurado o abuso da personalidade jurídica. Ele pode se dar através (i) do desvio de finalidade, (ii) da confusão patrimonial ou da (iii) subcapitalização. Aqui, é também útil a exposição do esquema proposto por Leonardo Parentoni, que traz, de forma sistemática, aqueles que entende serem os pressupostos para a aplicação da *Disregard Doctrine*:

- 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 autônomo de imputação e a conduta de seus membros;
- 5) (In)existência de responsabilidade pessoal e direta dos membros ou de regime jurídico específico para a sua responsabilização¹⁵⁰.

De acordo com Tomazette, pode-se discutir a existência de mais um requisito. Esse requisito seria a insolvência econômica da pessoa jurídica, isto é, a insuficiência do patrimônio da pessoa jurídica para honrar suas dívidas¹⁵¹. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a necessidade desse requisito para aplicação de algumas espécies de desconsideração¹⁵².

¹⁴⁹ JOANES, David Massara. **Aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao inverso**. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010, p. 40.

¹⁵⁰ PARENTONI, Leonardo. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 50.

¹⁵¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 257.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.141.447/SP**. Relator: Min. Sidnei Beneti. DJe: 05/04/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=995971&num_registro=200901770395&data=20110405&formato=PDF. Acesso em: 11 out. 2019.

Contudo, defenderemos a ideia de que a insolvência da pessoa jurídica não poderia ser exigida para a desconsideração¹⁵³, pois o instituto é uma medida de defesa da pessoa jurídica, que objetiva resguardar sua utilização indevida pelos seus membros. Exigir que a pessoa jurídica se encontre em estado de insolvência para a aplicação da desconsideração seria condicionar a aplicação, exclusivamente, ao estado de dissolução da pessoa jurídica, o que não se coaduna com o próprio conceito¹⁵⁴. A consequência da subordinação da desconsideração à insolvência é impor aos credores uma escolha difícil, pois a tentativa de receber o seu crédito necessariamente excluiria a continuação da sociedade e das relações comerciais¹⁵⁵.

3.3.2.1 Abuso

Os direitos em geral, como o de usar a pessoa jurídica, têm por origem a comunidade, e dela recebem sua finalidade¹⁵⁶, da qual não pode o seu titular se desviar. Quando ocorre tal desvio, não há o uso do direito, mas o abuso do direito, que não pode ser admitido. O exercício dos direitos deve atender à sua finalidade social, e não apenas a seu titular.

Nesse sentido, "[...] é abusivo qualquer ato que por sua motivação e por seu fim, vá contra o destino, contra a função do direito que se exerce"¹⁵⁷, é o mau uso do direito. Essa formulação é útil na medida em que não é possível uma indicação exhaustiva das hipóteses abusivas. No abuso do direito, o ato praticado é permitido pelo ordenamento jurídico. É ato, a princípio, plenamente lícito, mas acaba fugindo de seu fim. Os direitos se exercem tendo em conta não apenas o seu titular, mas todo o agrupamento social. O seu exercício normalmente não é absoluto, é relativo, devendo levar em consideração seu efeito sobre terceiros.

Aqui, pode-se distinguir entre o abuso de forma individual e o institucional. No individual, há utilização da personalidade jurídica com o objetivo de causar dano a terceiro – caso qual só ele será legitimado para requerer a desconsideração –, sendo esse o caso clássico de desconsideração baseada em critérios subjetivos. O institucional, por sua vez, ocorre quando há uma utilização do privilégio da responsabilidade limitada contrária a seus

¹⁵³ RAMOS, André Luiz de Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 352.

¹⁵⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 257.

¹⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 216.

¹⁵⁶ JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Bogotá: Temis, 1999, p. 4.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 5. Tradução livre.

objetivos e a sua função – sendo, que, aqui, qualquer credor pode pleitear a desconsideração¹⁵⁸.

De acordo com Requião, no âmbito da personalidade jurídica, tais abusos ocorrem quando existem várias opções para sua utilização, todas lícitas, a princípio. Os sócios ou administradores, porém, escolhem a pior, isto é, a que mais prejudica terceiros. Esse mau uso da personalidade jurídica autoriza a desconsideração. Além disso, ao contrário da fraude, no abuso de direito o propósito de prejudicar não é essencial¹⁵⁹. Já segundo Diniz, ocorre o abuso quando a forma da pessoa jurídica é utilizada para fraudar a lei, subtrair-se de obrigação contratual ou causar danos a terceiros¹⁶⁰. Em relação à confusão que ocorre entre a figura da fraude e do abuso de direito, leciona Orlando Gomes que

[...] há fraude à lei com a realização, por meios lícitos, de fins que ela não permite sejam atingidos diretamente, por adversos à sua disposição. No abuso de direito, ocorre apenas irregularidade no exercício, da qual resulta dano ou constrangimento para terceiro¹⁶¹.

Leonardo Toledo de Silva, explicando o abuso, traz que há duas vertentes que tentam traçar um conceito do instituto. A primeira, baseada na noção de *aemulatio*, traça um parâmetro subjetivista, afirmando ser elemento essencial do abuso de direito que o ato tenha sido praticado com a intenção de causar dano a terceiro ou que pelo menos esteja presente a culpa grave que se aproxima do dolo. Já para a tendência contemporânea, que traz aspectos objetivistas ao abuso, o abuso está baseado em critérios como finalidade econômica ou social da norma, fundamento axiológico do direito subjetivo, interesse social, possibilidade de uma conduta menos danosa etc.¹⁶², sendo que foi essa a vertente adotada pelo Código Civil de 2002¹⁶³.

¹⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 222.

¹⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 410, p. 12-24, dez. 1969, p. 16.

¹⁶⁰ DINIZ, Gustavo Saad. **Responsabilidade dos administradores por dívidas das sociedades limitadas**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 67.

¹⁶¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 135.

¹⁶² SILVA, Leonardo Toledo de. **Abuso da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52-53.

¹⁶³ “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” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

3.3.2.1.1 *Desvio de finalidade*

O desvio de finalidade, por sua vez, é um conceito que se originou no direito público, mas que ainda não encontrou uma definição exata no âmbito do direito privado¹⁶⁴. Nele, a finalidade do ato não está restrita aos atos taxativamente determinados em lei a fim de que seja atingido o interesse público. O exercício de poderes pelos administradores e controladores de sociedades são, nesse sentido, menos engessados do que os praticados por administradores no setor público¹⁶⁵.

A personificação é um privilégio concedido com a finalidade de estimular o exercício de atividades econômicas produtivas. Contudo, ele se justifica na medida em que a pessoa jurídica é usada adequadamente, sendo que o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial¹⁶⁶. Assim, o desvio de finalidade é a hipótese por excelência de cabimento da desconsideração da pessoa jurídica.

Diante da falta de definição do conceito, a doutrina privatista utiliza dois parâmetros para verificar a finalidade no âmbito das sociedades empresárias: o interesse social e o objeto social. O objeto social, de forma muito simplificada, consiste na atividade descrita nos atos constitutivos da sociedade para atingir o seu fim¹⁶⁷. Destinar a sociedade para um fim diferente daquele que está previsto no estatuto ou contrato social, nesse sentido, significa desviá-la de sua finalidade.

Em relação à definição do que é o interesse social, há diversas posições doutrinárias diferentes - mas não pretendemos nos alongar nesse ponto. Resumidamente, pode-se dizer que o exercício do poder societário deve ser realizado no interesse social. O que torna difícil uma definição é saber quais vetores compõem esse interesse, sendo que as definições vão desde as visões mais contratualistas, focadas na ideia de que devem ser observados somente os interesses comuns dos sócios, às visões mais institucionalistas, que afirmam que também há interesses públicos ou coletivo que compõem esse interesse social¹⁶⁸.

Nesse sentido, o desvio vai além do objeto social previsto nos atos constitutivos, incluindo também qualquer finalidade que favoreça terceiro, em detrimento da pessoa jurídica. Não significa apenas ir além do objeto social, mas também atuar de maneira que

¹⁶⁴ SILVA, Leonardo Toledo de. **Abuso da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 57.

¹⁶⁶ RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 11, set. 1994, p. 7.

¹⁶⁷ SILVA, Leonardo Toledo de. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 57.

prejudique o ente societário ou, até mesmo, terceiros, caso tenha-se utilizado a pessoa jurídica com esse objetivo.

O abuso, assim, poderá ser provado por meio do desvio de finalidade, que ocorre quando há um desvio da função da pessoa jurídica. Nele, ocorre um desvirtuamento do objeto social, a fim de se perseguir fins não previstos no contrato social ou até mesmo proibidos por lei. De acordo com Oksandro Gonçalves, o desvio de finalidade ocorre quando há a prática de atos que sejam incompatíveis com o estatuto ou o contrato social, estando ligada às ideias de abuso e excesso de poder¹⁶⁹.

O desvio de finalidade também pode ser entendido como a prática de atos que são incompatíveis com os fins previstos pelo legislador na concepção do instituto da pessoa jurídica. Quando a pessoa jurídica é utilizada para atingir um fim injusto, caracterizado está o desvio de finalidade e, conseqüentemente, o exercício abusivo do direito. Nesse sentido, ensina Suzy Elizabeth Cavalcante Koury:

A função do instituto da pessoa jurídica de limitar os riscos empresariais, através do reconhecimento da sua existência como distinta da existência de seus membros, que objetiva principalmente estimular o desenvolvimento das atividades econômicas e contribuir, assim, para o desenvolvimento social, não é evidentemente ilegítima; todavia, a utilização desta situação pode ter, em alguns casos esse caráter¹⁷⁰.

Em relação à alteração trazida ao desvio de finalidade pela Lei da Liberdade Econômica, com o acréscimo do § 1º ao art. 50 do Código Civil, que traz que o "[...] desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza"¹⁷¹, tem-se que sua redação, quando da conversão da Medida Provisória em Lei, tornou-se melhor. Antes, constava a expressão "utilização dolosa" para definir o desvio de finalidade no uso da pessoa jurídica, o que configurava um retrocesso ainda que considerada a maior segurança jurídica trazida pela expressão. Como lembra Flávio Tartuce:

¹⁶⁹ GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 77.

¹⁷⁰ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 70.

¹⁷¹ BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

A desnecessidade de se comprovar o dolo específico – a intenção, o propósito, o desiderato – daquele que, por meio da pessoa jurídica, perpetrou o ato abusivo, moldou a teoria objetiva, mais afinada à nossa realidade socioeconômica e sensível à condição a priori mais vulnerável daquele que, tendo o seu direito violado, invoca o instituto da desconsideração.

Fábio Konder Comparato afirmava que a “desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultando, sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito”.

Ora, a exigência do elemento subjetivo intencional (dolo) para caracterizar o desvio, colocaria por terra o reconhecimento objetivo da tese da disfunção¹⁷².

Já no § 5º, que trouxe que “[...] não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”¹⁷³, ocorreu um golpe ao desvio de finalidade. O dispositivo dificultou o reconhecimento do desvio de finalidade, pois “[...] aquele que ‘expande’ a finalidade da atividade exercida – como pretende a primeira parte da norma – pode não desviar, mas aquele que ‘altera’ a própria finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica, muito provavelmente, desvia-se do seu propósito”¹⁷⁴. Há, contudo, quem considere que tal parágrafo foi positivo, na medida em que trouxe uma maior flexibilidade ao exercício da atividade empresarial¹⁷⁵.

3.3.2.1.2 Confusão patrimonial

A confusão patrimonial é o 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 sociedade¹⁷⁶. De acordo com Scalzilli, ela compreende:

¹⁷² TARTUCE, Flávio. A Medida Provisória da "Liberdade Econômica" e a Desconsideração da Personalidade Jurídica (Art. 50, CC): Primeiras Impressões. **GenJurídico**, 06 maio 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/05/06/a-medida-provisoria-da-liberdade-economica-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-art-50-cc-primeiras-impressoos/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹⁷³ BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹⁷⁴ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*

¹⁷⁵ VIOTTI, Mariana Silveira. Limites mais objetivos para desconsideração da personalidade jurídica. **Azevedo Sette Advogados**. 07 jun. 2019. Disponível em: <http://www.azevedosette.com.br/noticias/pt/limites-mais-objetivos-para-desconsideracao-de-personalidade-juridica/5343>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹⁷⁶ SCALZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: QuartierLatin, 2015, p. 93.

(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 se considerarmos que 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 admitidas¹⁷⁷.

Ela ocorre quando os bens dos sócios e da sociedade empresária se misturam a ponto de dificultar a indicação, com precisão, do proprietário de bem específico. Também poderá ocorrer quando não se souber precisar se determinado negócio jurídico foi celebrado pela pessoa jurídica ou pelo sócio ou administrador (como, por exemplo, no caso de o administrador realizar uma compra pessoal utilizando o cartão de crédito da pessoa jurídica). Comparato e Salomão Filho, defensores da teoria maior objetiva, que veem na confusão patrimonial o critério de desconsideração por excelência, afirmam:

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.

Se o controlador, que é maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral¹⁷⁸.

De acordo com Leonardo Toledo de Silva, há confusão patrimonial sempre que o controlador age como se os bens da empresa fossem propriedade sua, e não como um titular de direito a resultados¹⁷⁹. Nesse sentido, Walfrido Jorge Warde Júnior traz:

Quando o controlador trata o patrimônio da sociedade como se fosse um desmembramento de sua esfera patrimonial para esgotá-lo ou torná-lo insuficiente à satisfação de créditos, crendo que, por causa do privilégio da limitação de responsabilidade, seus bens pessoais não serão atingidos, as cortes americanas entendem que a separação patrimonial foi voluntariamente desfeita¹⁸⁰.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 463.

¹⁷⁹ SILVA, Leonardo Toledo de. **Abuso da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

¹⁸⁰ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **A crise da limitação de responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. 2004. 269f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 144.

É importante frisar, contudo, que a confusão patrimonial não se dá apenas entre o patrimônio do sócio controlador e da pessoa jurídica. Ela pode envolver qualquer um dos legitimados passivos da desconsideração, desde que se verifique o estado de promiscuidade entre os bens. Assim, não é essencial que haja o exercício de poder de controle sobre a atividade da sociedade empresária.

Em relação ao § 2º trazido ao art. 50 do Código Civil pela Lei n. 13.874/19¹⁸¹, o inciso III transformou o rol dos incisos anteriores em meramente exemplificativo, já que caberá à discricionariedade do julgador a conclusão pela ocorrência de confusão patrimonial no caso concreto. A confusão patrimonial poderá ser verificada, por exemplo, quando ocorrer movimentação bancária nas contas individuais dos sócios para as operações cotidianas da sociedade, bem como o lançamento de gastos pessoais do sócio ou administrador como despesa da pessoa jurídica¹⁸².

3.3.2.1.3 Subcapitalização

A condução de uma sociedade, sem fornecer uma base econômica suficiente para a mesma cumprir seus objetivos, é um abuso da pessoa jurídica, pois a adequada capitalização é uma condição para o gozo da autonomia patrimonial. Apesar disso, o art. 50 do Código Civil não menciona expressamente a subcapitalização como uma hipótese desconsiderante, quando deveria positivá-la, mas se limita a afirmar que o abuso é configurado pelo desvio de finalidade e pela confusão patrimonial¹⁸³.

¹⁸¹ “§ 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”. (BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

¹⁸² TARTUCE, Flávio. A Medida Provisória da "Liberdade Econômica" e a Desconsideração da Personalidade Jurídica (Art. 50, CC): Primeiras Impressões. **GenJurídico**, 06 maio 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/05/06/a-medida-provisoria-da-liberdade-economica-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-art-50-cc-primeiras-impressoes/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹⁸³ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 150.

Nesse sentido, ensina Diniz que o tipo jurídico da subcapitalização pode ser concretamente obtido a partir do art. 50 do Código Civil apesar de não estar expressamente positivado nele, pois a subcapitalização pode ser enquadrada com o abuso da personalidade jurídica que se encontra previsto no dispositivo como a base de sua aplicação¹⁸⁴. Isto é, seria também espécie do gênero abuso, ao lado do desvio de finalidade e da confusão patrimonial.

A subcapitalização, assim, ocorre quando é constituída sociedade com capital que é manifestamente insuficiente para que seja exercida a atividade empresarial, isto é, a realização do objeto social. A insuficiência de recursos aportados pelos sócios conduz, invariavelmente, ao insucesso do empreendimento e à existência de obrigações inadimplidas¹⁸⁵. Ela está diretamente relacionada com o financiamento da atividade societária e os interesses dos credores¹⁸⁶, sendo uma "violação do alcance do fim da norma de estruturação de um patrimônio autônomo como base da limitação de responsabilidade, provocando a nova imputação que desconsidera a personalidade jurídica"¹⁸⁷.

Mesmo que os membros da pessoa jurídica não tenham agido de má-fé de forma consciente, acreditando que o capital aportado seria suficiente, seu patrimônio pessoal poderá ser atingido para o pagamento das dívidas contraídas pela sociedade. Isso ocorre porque no abuso, que ocorre como consequência da sociedade subcapitalizada, é desnecessária a demonstração de fraude, independendo a responsabilização da demonstração de elemento subjetivo¹⁸⁸. A subcapitalização, porém, não se confunde com as hipóteses de responsabilidade solidária por ausência de perfeita integralização do capital social (art. 1.004, parágrafo único, 1.052 e 1.055, § 1º, do Código Civil)¹⁸⁹.

De acordo com Salomão Filho, porém, é necessário distinguir a subcapitalização simples e a qualificada. Na última, o capital inicial é claramente insuficiente para o cumprimento do objeto social e, conseqüentemente, o perigo criado pelos sócios no exercício da atividade é suficiente para caracterizar a responsabilidade. Já na simples, a subcapitalização não é evidente, sendo necessário demonstrar o elemento subjetivo, isto é, a culpa ou dolo dos sócios em não prover o capital suficiente à atividade social. Como tal prova

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 207.

¹⁸⁵ PARENTONI, Leonardo. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 40-41.

¹⁸⁶ DINIZ, Gustavo Saad. *Op. cit.*, p. 146.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 147.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 208.

¹⁸⁹ PARENTONI, Leonardo. *Op. cit.*, p. 41.

é muito difícil de ser produzida, é comum que nos casos de subcapitalização simples a desconsideração seja negada¹⁹⁰.

3.4 PROCEDIMENTO

Quanto ao procedimento para se aplicar a desconsideração, primeiramente, deve-se ter em mente que a *Disregard of Legal Entity* deve ser admitida a partir da busca da efetividade da jurisdição, independentemente de um processo de conhecimento com esse objetivo específico. Exigir uma ação para esse fim seria extremamente moroso e não se coadunaria com a garantia constitucional da adequada tutela jurisdicional¹⁹¹.

Contudo, com o Código de Processo Civil de 2015, trouxe-se à baila a criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, regulado pelos artigos 133 a 137 do diploma legal¹⁹². O incidente, que se tornou obrigatório para a operacionalização do instituto, intentou garantir o contraditório e a ampla defesa, bem como evitar a prática de abusos comuns em decisões anteriores ao diploma legal processual¹⁹³, como no caso das "decisões-surpresa". Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero explicam que os atos de constrição patrimonial só serão válidos se for observado o incidente:

¹⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 221.

¹⁹¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 281.

¹⁹² “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” (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

¹⁹³ MADEIRA, Bruno; MUSZKAT, André. A desconsideração da personalidade jurídica na MP da "liberdade econômica". **Consultor Jurídico**. 28 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/opiniao-desconsideracao-personalidade-juridica-mp-881>. Acesso em: 22 nov. 2019.

Em todos esses casos de desconsideração da personalidade jurídica, seja para possibilitar o alcance de bens do sócio por dívida da sociedade, seja para ensejar a constrição de bens da sociedade por dívida do sócio (desconsideração inversa da personalidade jurídica, art. 133, §2º), o terceiro só poderá ser alcançado pela eficácia da decisão judicial se regularmente desconsiderada a personalidade jurídica mediante incidente de desconsideração, que demanda contraditório específico e prova igualmente específica sobre a ocorrência dos pressupostos legais que a autorizam¹⁹⁴.

Isso ocorre porque a jurisdição tem vários escopos, mas há um deles que a sintetiza, que é a justiça enquanto expressão do bem comum¹⁹⁵. Assim, pode-se afirmar que o processo será tão mais efetivo quanto mais justo for, porquanto estará apto a atingir sua finalidade, que é a promoção do bem comum. O novo instituto, nesse sentido, quis tornar melhor a aplicação do direito material, por meio da garantia de efetividade de uma ferramenta processual que permite a defesa dos direitos da pessoa jurídica e dos terceiros que mantêm relação com ela.

O novo Código de Processo Civil resolveu controvérsias processuais anteriores e trouxe o incidente de desconsideração da personalidade jurídica como uma novidade. Trata-se de mero incidente processual que não alterou os pressupostos materiais da desconsideração, que continuam a ser os mesmos. Assim, pode-se vislumbrar no incidente apenas um mecanismo processual que visa realizar a desconsideração da personalidade jurídica de uma maneira que garanta um efetivo contraditório, assim considerado como aquele em que as partes devem não apenas ter prévia ciência do ônus probatório e do andamento do processo, como também ser ouvidas e ter a possibilidade de se manifestar sobre as questões processuais¹⁹⁶, bem como a ampla defesa das partes envolvidas. Essas manifestações precisam ser analisadas pelo julgador em sua integralidade, sendo que apenas em casos excepcionais deve-se admitir o proferimento de decisões contra uma das partes sem que ela tenha sido previamente ouvida¹⁹⁷.

A instauração do incidente será requerida por simples petição nos autos, que deverá apontar aqueles que pretende atingir com a desconsideração, sua causa e a presença de seus pressupostos¹⁹⁸. O sujeito, que será atingido pelo incidente de desconsideração, será terceiro em relação às partes originárias do processo. No caso da medida ser requerida na petição inicial, ele obviamente deverá ser citado como parte, a fim de integrar a ação. O interessado

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106.

¹⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 156.

¹⁹⁶ PARENTONI, Leonardo. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 76.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 76.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 83.

deverá optar por uma das medidas, já que a utilização simultânea das mesmas não faria sentido e só causaria tumulto processual¹⁹⁹.

O instrumento é aplicável aos processos de execução fundada em títulos executivos extrajudiciais, a todas as fases do processo de conhecimento e à fase de cumprimento de sentença, no qual o juiz poderá estender os efeitos de uma obrigação da pessoa jurídica a outros sujeitos, na sua modalidade tradicional. Deve-se registrar, contudo, que há instrumentos processuais nos quais o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não se aplica. Assim, não deve ele ser admitido nos embargos de terceiro, no mandado de segurança, no recurso especial e no recurso extraordinário²⁰⁰. Além disso, por se tratar de direito potestativo de atingir o patrimônio alheio, atuando no plano da eficácia, a instauração pode ser requerida a qualquer tempo - o que não significa que toda pretensão nele veiculada se torne imprescritível²⁰¹.

Trata-se de procedimento obrigatório para a obtenção da desconsideração, sem o qual não ocorrerá nem mesmo nos processos originários dos Tribunais ou no Juizados Especiais. A única hipótese na qual o terceiro poderá ser alcançado pela desconsideração sem incidente específico é quando ela já vem requerida, desde logo, na petição inicial, porque daí o possível atingido será citado desde logo. O contraditório e a prova dos pressupostos legais da *Disregard Doctrine*, aqui, não estão dispensados, pois tanto nesse caso quanto no incidente é imprescindível o respeito ao direito ao contraditório e à prova do terceiro²⁰², já que

[...] esse é tema afeto ao direito material. Mas cabe às leis processuais definir como se aferirá a efetiva ocorrência de algum dos fundamentos justificadores da desconsideração da personalidade jurídica. As garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e acesso à justiça impõem que a pessoa física ou jurídica que poderá vir a ter seu patrimônio atingido tenha a oportunidade de participar da aferição pelo juiz da configuração daqueles fundamentos²⁰³.

Assim, restando configuradas alguma das hipóteses de cabimento da desconsideração previstas no art. 50 do Código Civil, as partes ou o Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, poderão requerê-la por meio do incidente. Instaurado o incidente, é

¹⁹⁹ PARENTONI, Leonardo. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 78-79.

²⁰⁰ Para maior aprofundamento no tema, ver *Ibidem*, p. 93.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 89.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106.

²⁰³ TALAMINI, Eduardo. Incidente de desconsideração de personalidade jurídica. **Migalhas**. 2 mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049-Incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica>. Acesso em: 22 nov. 2019.

previsto que o processo será suspenso e o juiz mandará citar as partes atingidas para manifestarem-se e requererem as provas cabíveis. Conforme será visto mais detalhadamente no próximo capítulo, porém, tal suspensão não deverá ser levada a cabo no âmbito da recuperação judicial, pois contraditória com a Lei n. 11.101/05²⁰⁴. No caso de a desconsideração ser requerida na petição inicial, porém, o sujeito será citado e fará parte da lide desde o início e, assim, não há que se falar em suspensão²⁰⁵.

Conforme previsto, cabe ao juiz decretar (ou não) a desconsideração. Esta será uma decisão interlocutória, da qual se poderá recorrer por meio do agravo de instrumento. No caso do incidente ser instaurado, originariamente, no Tribunal, a decisão do relator será passível de agravo interno²⁰⁶. Em caso de inobservância do incidente, os atingidos poderão utilizar os embargos de terceiros para impugnar a sentença, da qual caberá apelação.

Poderá também ser requerida tutela provisória de urgência²⁰⁷ a fim de evitar o desaparecimento do patrimônio dos possíveis atingidos pela desconsideração – o que, em sede de recuperação judicial, possui ainda mais razão de ser em função do objetivo de reaverem-se os bens eventualmente desviados. Por causa de sua natureza provisória, tal decisão deverá prever medidas de bloqueio ou arrolamento de bens, sem caráter satisfativo, já que o objetivo é apenas resguardar o resultado útil do processo principal.

Não há que se falar, aqui, em violação ao contraditório e à ampla defesa, já que, na cognição sumária, as decisões se contentam com o provável, embasando-se em juízos de probabilidade e verossimilhança²⁰⁸, o que traz celeridade à prestação jurisdicional. Nesses casos, as garantias do devido processo legal são sopesadas com a garantia da tutela jurisdicional efetiva, sem eliminar-se por completo qualquer uma delas. São outorgadas medidas provisórias passíveis de alteração a qualquer tempo e se posterga o contraditório para um momento posterior, agilizando a prestação jurisdicional a fim de se garantir o resultado útil do processo.

²⁰⁴ BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 107.

²⁰⁷ Nesse sentido, o Enunciado n. 42 da Jornada de Direito Processual Civil de 2017: "É cabível a concessão de tutela provisória de urgência em incidente de desconsideração da personalidade jurídica". (BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Enunciado n. 42. *In: I Jornada De Direito Processual Civil*. 24 e 25 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processual-civil-cjf.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019).

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 30.

Quando decretada a desconsideração, a alienação ou oneração de bens, após a citação da pessoa jurídica cuja personalidade se pretende desconsiderar, será tida como fraude à execução, sendo ineficaz em relação requerente do incidente²⁰⁹. Apesar de ser mencionada, de forma expressa, a citação do sujeito cuja desconsideração se pretende, acredita-se que esse marco temporal não deverá ser interpretado de forma absoluta.

É possível que a pessoa jurídica seja citada no processo de conhecimento e a desconsideração só seja requerida posteriormente, na fase de cumprimento de sentença. Aqui, não é razoável considerar todos os atos de alienação praticados pelos sócios ou administradores como fraude à execução, devendo-se agir com cautela. A citação da pessoa jurídica não é a mesma coisa que a citação dos sócios e administradores, pois, conforme já restou demonstrado, estes não se confundem. Assim, acredita-se que o marco da fraude à execução deve ser a citação dos possíveis atingidos, devendo-se interpretar a lei fora de sua literalidade. Nesse sentido, Eduardo Talamini afirma:

Na desconsideração tradicional, costuma-se dizer que a personalidade que se pretende desconsiderar é a do sujeito que já é parte no processo desde o início (a sociedade é parte do processo desde o início e se desconsidera sua sociedade para atingir-se o patrimônio do sócio). No entanto, seria ofensivo às garantias processuais reputar que é esse o marco para a fraude à execução relativamente aos bens do sujeito atingido pela desconsideração, pois tal termo retroagiria a um momento em que o sócio atingido pela desconsideração ainda não era parte de processo nenhum; não respondia por dívida alguma – e assim por diante: como terceiros que contratassem com ele naquele momento poderiam saber que no futuro ele seria atingido por uma desconsideração?²¹⁰

Assim, a partir da válida citação dos possíveis atingidos pela desconsideração, devem os atos de alienação ou oneração do patrimônio dos devedores serem considerados como fraude à execução. Agora, tendo sido tratada a desconsideração da personalidade jurídica em todos os seus aspectos relevantes para os fins do presente trabalho, deve ser analisada a viabilidade de sua aplicação ao processo de recuperação judicial.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 107.

²¹⁰ TALAMINI, Eduardo. Incidente de desconsideração de personalidade jurídica. **Migalhas**. 2 mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049-Incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica>. Acesso em: 22 nov. 2019.

4 O CABIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial tem como objetivo a viabilização da superação da situação de crise econômico-financeira da empresa devedora, a fim de permitir a manutenção da atividade, dos empregos dos trabalhadores e interesses dos credores. Assim, há a promoção da preservação da empresa e de sua função social, bem como o estímulo à atividade econômica como um todo²¹¹.

A desconsideração, por sua vez, é um método que objetiva permitir exatamente a continuação da atividade social²¹², evitando um pedido de falência e preservando a empresa²¹³. É ela um instituto de fundamental importância para a preservação do crédito no ordenamento jurídico brasileiro, essencial para o desenvolvimento econômico do país e, conseqüentemente, para a preservação da empresa. Isso porque, quando ocorre o abuso da personalidade jurídica e não ocorre repressão a essa atitude,

[...] num espiral de desconfiança, os credores mais fortes cobram pelo risco, aumentam os custos de transação e os juros médios do mercado, pressionando o custo do crédito para todos, e os mais fracos pagam a conta duas vezes: na primeira, ao assumirem o risco das transações; e na segunda, ao atuarem em um mercado com juros mais elevados²¹⁴.

Um sócio ou administrador que queira garantir que seu patrimônio pessoal não seja envolvido no insucesso do negócio deve garantir que a sociedade possua o capital mínimo necessário ao exercício da atividade, bem como assegurar uma separação rigorosa entre a esfera patrimonial pessoal e a social. Além disso, não deve usar a forma societária para beneficiar-se. Deve, assim, garantir que a organização societária constitua, efetivamente, um centro autônomo de decisões, como presumido pelo ordenamento jurídico²¹⁵.

Além de ser a óbvia responsável pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a jurisprudência também possui importante papel na sedimentação da recuperação

²¹¹ “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” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

²¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 216.

²¹³ *Ibidem*, p. 238.

²¹⁴ SCALZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 99.

²¹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 245.

judicial e da preservação da empresa, sendo o Poder Judiciário verdadeiro protagonista nesse aspecto. As soluções adequadas ao caso concreto, porém, não se encontrarão, sempre, de forma direta e objetiva na letra da Lei, o que requer do juiz um exercício dinâmico de interpretação da norma²¹⁶.

Isso ocorre porque o legislador não é capaz de imaginar todas as variações que a vida virá a produzir. O juiz, assim, deve ser encarado como descobridor e, ao mesmo tempo, conformador do direito, que ele traz sempre de novo para a realidade, em um processo interminável a partir da lei, com a lei e, caso necessário, para além da lei²¹⁷. Ele tem a tarefa de adequar o Direito à realidade da vida social, pois é impossível para o legislador fazê-lo na mesma velocidade das mudanças que ocorrem na sociedade na qual está inserido.

Para que isso não leve à arbitrariedade, o juiz, ao decidir o caso concreto, deve fazê-lo de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, com a constituição ou buscando a sua correspondência em regulamentações legais efetivamente existentes, em suma, "deve poder integrar-se no 'sistema intrínseco da ordem jurídica'"²¹⁸. Isso significa que ele não poderá decidir segundo suas convicções pessoais ou seu arbítrio, devendo manter-se sempre no âmbito global da ordem jurídica, fundamentando nela suas decisões.

Assim, o juiz deve verificar os resultados práticos que a aplicação da norma produzirá na situação real colocada diante de si. Sempre que esses resultados se mostrarem de acordo com as valorações que inspiram a ordem jurídica positiva, deve-se aplicar a norma em questão. Caso contrário, ou seja, quando a norma ao ser aplicada produzir efeitos que contradigam os valores conforme os quais se modelou a ordem jurídica, não se deve aplicá-la à situação concreta.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, em relação à recuperação judicial, o art. 47 da Lei n. 11.101/05²¹⁹ serve como fundamento para que sejam propostas soluções interpretativas teleológicas que busquem preservar a empresa viável e contemplar os demais interesses envolvidos²²⁰. Assim, pode-se concluir que não existe motivo para que a *Disregard Doctrine* não seja uma dessas soluções.

²¹⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 86.

²¹⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkin, 1978, p. 271-272.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 468.

²¹⁹ BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

²²⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 86.

A análise principiológica da legislação recuperacional é importante porque reflete no papel do juiz no âmbito da recuperação. Isso ocorre porque, havendo conflito, no caso concreto, entre a recuperação e a tutela dos interesses dos credores, caberá ao julgador fazer o sopesamento dos mesmos levando em consideração que a empresa economicamente viável merece ser recuperada, ao mesmo tempo em que os interesses legítimos dos credores são dignos de tutela judicial²²¹.

A recuperação judicial reflete um procedimento de sacrifício e, assim, tanto os poderes da empresa devedora quanto os direitos dos credores são limitados para que sejam alcançados objetivos maiores²²². Dessa forma, caso haja conflito entre estes interesses, um procedimento de superação baseado na ponderação casuística entre fins e princípios deve ser equacionado, a fim de se alcançar a eficácia da norma pela sua finalidade e não pela sua estrutura²²³.

Apesar de tal aplicação não ser tão desenvolvida na jurisprudência brasileira quanto a realizada nos processos falimentares²²⁴, tem-se que, por meio da análise dos julgados, doutrina e legislação pátrias, outra não pode ser a conclusão além da que chega à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial, com o consequente direcionamento dos atos executórios contra os sócios e administradores da pessoa jurídica recuperanda. Em relação ao uso da desconsideração no processo de recuperação judicial, leciona Luis Felipe Spinelli que

[...] é possível aplicar a desconsideração da personalidade jurídica nos próprios processos de insolvência com o objetivo de recuperar bens desviados em detrimento dos credores, o que não raro demanda sofisticados mecanismos de *asset tracing* na busca de patrimônio indevidamente desencaminhado. Comprovada a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, correto, então, é o uso de tal instituto em benefício do universo de credores.

[...]

De qualquer forma, além dos requisitos materiais, é preciso respeitar os requisitos processuais para a correta aplicação da teoria. Portanto, além da comprovação do abuso da personalidade e do prejuízo do credor, é necessário instaurar incidente que garanta a ampla defesa e o contraditório, ainda que no juízo universal da recuperação judicial e da falência — o que tem sido respeitado em processos recentes. Isso, todavia, não significa morosidade ou conivência. Nesse sentido, medidas interessantes podem ser tomadas com o objetivo de operacionalizar a

²²¹ VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas: atuação do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 64.

²²² LOBO, Jorge. Comentários. In: TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 176-177.

²²³ VAZ, Janaina Campos Mesquita. *Op. cit.*, p. 64.

²²⁴ SPINELLI, Luis Felipe. A desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial. **Consultor Jurídico**. 29 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/luis-spinelli-responsabilizacao-socio-recuperacao-judicial>. Acesso em: 22 nov. 2019.

desconsideração, como a atribuição de poderes para que o administrador judicial assim proceda (o que já foi feito em alguns casos). Igualmente, é possível valer-se de tutelas de urgência para buscar eventual patrimônio desviado, como arresto com o objetivo de bloquear os bens enquanto tramita o procedimento incidental²²⁵.

Assim, pode-se concluir que a desconsideração da personalidade jurídica é cabível nos processos de recuperação judicial, desde que preenchidos os pressupostos do art. 50 do Código Civil²²⁶, sendo igualmente aplicável o procedimento trazido pelo Código de Processo Civil²²⁷ em relação à maioria de seus aspectos – conforme será melhor explicado mais adiante. Mediante comprovação do preenchimento de tais condições, conjugando-se os diplomas legais material e processual, o ato poderia ser inclusive deferido de forma incidental no processo de recuperação judicial, devendo ser observados os princípios do devido processo legal, ampla defesa e o contraditório.

É necessário, contudo, ter cuidado com o procedimento trazido pelo Código de Processo Civil para aplicação da desconsideração, pois questão das mais delicadas é saber se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é aplicável aos processos de recuperação judicial e, se sim, em qual medida, por tratar-se de área extremamente complexa e que conjuga aspectos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito Processual Civil²²⁸.

A Lei n. 11.101/05 não tratou da responsabilização de terceiros na recuperação judicial e, nesse sentido, não existe previsão sobre a incidência da desconsideração da personalidade jurídica ou mesmo procedimento próprio que responsabilize terceiros. O art. 82 do diploma legal²²⁹, que se aplica à falência, porém, traz previsão nesse sentido, afirmando dever ser observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Assim,

²²⁵ SPINELLI, Luis Felipe. A desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial. **Consultor Jurídico**. 29 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/luis-spinelli-responsabilizacao-socio-recuperacao-judicial>. Acesso em: 22 nov. 2019.

²²⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

²²⁷ *Idem*. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

²²⁸ PARENTONI, Leonardo. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 170-171.

²²⁹ “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” (BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019).

seria possível concluir ser aplicável o incidente de desconsideração na medida em que a lei acolhe a regência supletiva do diploma processual²³⁰.

A lei, porém, foi editada sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973²³¹, quando ainda não existia o referido incidente. Quando optou pela regência supletiva do Código, o legislador certamente não se referia ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim ao regramento de outros institutos. Além disso, não é possível deduzir a aplicação automática da ferramenta processual aos processos regidos pela Lei n. 11.101/05, sendo necessário refletir sobre a impossibilidade de sua aplicação integral²³².

Considerando-se o objetivo de soerguimento da empresa recuperanda por meio da recuperação judicial, é contraditório aplicar a desconsideração contra ela, a fim de torná-la responsável por dívida formalmente contraída por terceiro, já que isso só aumentaria o débito a ser negociado. Assim, só faria sentido aplicar-se a desconsideração a favor da recuperanda, a fim de reaver bens e/ou valores indevidamente desviados que possam acrescer ao seu patrimônio e participar do plano de recuperação²³³.

Porém, existem obstáculos para tanto. A desconsideração não serve para cobrar de terceiros dívidas anteriores ao pedido de recuperação que tenham sido incluídas no plano, já que, nesse caso, se estaria estendendo responsabilidade patrimonial referente a uma dívida extinta. Em regra, a novação extingue a dívida principal e suas garantias, sendo que a ação judicial que as tenha como objeto deve também ser extinta. A homologação do plano de recuperação judicial nova as obrigações nele mencionadas, mas essa novação apresenta particularidades - sendo, por isso, chamada de *sui generis*²³⁴. Nela, subsistem as garantias do crédito original, a menos que o plano expressamente disponha em sentido contrário. Por conseguinte, a desconsideração poderá ser aplicada normalmente para a cobrança das garantias, ainda que o devedor principal se encontre em recuperação judicial²³⁵.

Outro aspecto do incidente com o qual se deve ter cuidado é a suspensão do processo, que se mostra contraditória com a sistemática da Lei n. 11.101/05 e, portanto, com a recuperação judicial. Isso ocorre porque o diploma legal fixa prazo máximo de suspensão da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, já que o processo recuperacional deve ser transitório. O incidente, porém, não está sujeito a prazo máximo de

²³⁰ PARENTONI, Leonardo. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 171-172.

²³¹ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/imprensa.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

²³² PARENTONI, Leonardo. *Op. cit.*, p. 172.

²³³ *Ibidem*, p. 172-173.

²³⁴ *Ibidem*, p. 173.

²³⁵ *Ibidem*, p. 174-175.

duração e pode resultar em suspensão indesejada do processo²³⁶. Nesse sentido, ensina Luis Felipe Spinelli que

[...] apesar de o Código de Processo Civil determinar, como regra, a suspensão dos processos quando instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, entendemos que o processo recuperacional e o processo falimentar, ainda que encarados como processos de execução coletiva, não podem restar suspensos. Não faz sentido suspender tais processos — que, no Brasil, já são morosos por natureza: a própria Lei 11.101/2005 buscou criar um sistema de insolvência capaz de preservar as empresas viáveis e retirar rapidamente do mercado as inviáveis, sendo que, para isso, é importante, entre outros fatores, a celeridade. É extremamente importante respeitar os requisitos materiais e procedimentais à desconsideração da personalidade jurídica nos processos de insolvência, especialmente diante das graves consequências que pode ensejar a quem sofre tais medidas. Todavia, não se pode esquecer que a marcha processual na LREF deve seguir uniformemente em direção à célere liquidação dos ativos do devedor (no caso da falência) ou ao seu soerguimento econômico (no caso da recuperação judicial)²³⁷.

Nesse sentido, o incidente deve ser aplicado com necessária cautela, viabilizando o contraditório prévio e efetivo objetivado pelo Código de Processo Civil. A aplicação, porém, deve ser apenas parcial, naquilo que couber e for compatível com as peculiaridades da recuperação judicial²³⁸. Assim, conclui-se que, desde que tomadas as devidas precauções, a desconsideração da personalidade jurídica se mostra aplicável ao processo de recuperação judicial.

Outra não poderia ser a conclusão a que se chega, tendo em vista que, na recuperação judicial, o objetivo é exatamente a salvaguarda da atividade empresarial, sendo a *Disregard Doctrine* um instrumento legítimo para coibir o uso indevido da personalidade jurídica da sociedade e, desse modo, buscar sua plena reestruturação, já que é ela método de preservação da empresa²³⁹, mas que deve ser utilizada com parcimônia.

A desconsideração trata-se de uma reafirmação da pessoa jurídica como centro autônomo de imputação de direitos e deveres. A necessidade de uma decisão judicial para efetuar-se a desconsideração, quando resta provado o abuso, demonstra a consideração que se

²³⁶ PARENTONI, Leonardo. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 178-179.

²³⁷ SPINELLI, Luis Felipe. A desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial. **Consultor Jurídico**. 29 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/luis-spinelli-responsabilizacao-socio-recuperacao-judicial>. Acesso em: 22 nov. 2019.

²³⁸ PARENTONI, Leonardo. *Op. cit.*, p. 181.

²³⁹ 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 C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei n. 11.101/2005**: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 493-517, p. 513.

tem por ela em nosso ordenamento jurídico. Essa medida excepcional objetiva salvaguardar o próprio sistema para que ele não entre, também, em crise²⁴⁰.

Contudo, é justamente quando aplicada a teoria no âmbito da recuperação judicial que surgem os problemas, em decorrência da multiplicidade de critérios adotados pelos tribunais brasileiros. Diante da vagueza do art. 50 do Código Civil, ocorrem casos de arbitrariedade dos julgadores que, quando da efetiva aplicação da *Disregard Doctrine*, acabam por responsabilizar todo e qualquer sócio ou administrador, sem indagar se o sujeito em questão teve participação no abuso perpetrado ou, pelo menos, teria a responsabilidade de tomar providências para evitá-lo²⁴¹.

Um exemplo disso, conforme lembra Patrícia Queiroz²⁴², é que é comum, pelo simples fato de a empresa estar em processo de recuperação judicial, que seja deferida a desconsideração da personalidade jurídica, permitindo-se o acesso dos credores aos bens particulares dos sócios em decorrência da presunção de insolvência criada contra a empresa recuperanda. Contrariamente ao que vem sendo decidido, a insolvência não deve ser presumida pelo fato de a empresa se encontrar em processo de recuperação e utilizada como motivo para que seja desconsiderada a personalidade jurídica – até porque, como já vimos, a insolvência não é um requisito para o levantamento do véu da pessoa jurídica.

A recuperação apenas torna evidente que a sociedade empresária está passando por dificuldades econômicas e necessita reestruturar-se, a fim de poder pagar seus credores e dar seguimento à atividade empresarial. Ora, é claro que o processo recuperacional não significa a impossibilidade de a empresa quitar suas dívidas, tendo em vista que da própria ação emerge a necessidade de apresentação do plano de recuperação judicial, no qual se especifica a forma como se pretende realizar o pagamento em questão²⁴³.

Como lembra Spinelli, o instituto é bastante utilizado no âmbito da Justiça do Trabalho com o objetivo de satisfazer credores trabalhistas, tendo em vista que estes não são alcançados pelo juízo universal instaurado na recuperação judicial. Contrariamente aos ditames do Direito Empresarial, contudo, dá-se esta aplicação pela mera insuficiência

²⁴⁰ SCALZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: QuartierLatin, 2015, p. 130.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 133.

²⁴² QUEIROZ, Patrícia. A recuperação judicial e a desconsideração da personalidade jurídica para o prosseguimento da execução contra os sócios na justiça do trabalho. **Dullac Müller Advogados**. 5 dez. 2018. Disponível em: <https://www.dulacmuller.com.br/blog/a-recuperacao-judicial-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-para-o-prosseguimento-da-execucao-contra-os-socios-na-justica-do-trabalho/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

²⁴³ *Ibidem*.

patrimonial²⁴⁴. Felizmente, mesmo na Justiça do Trabalho, é possível encontrar decisões que entendem que o mero fato da sociedade estar em processo de recuperação judicial não permite, por si só, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução contra sócios e administradores²⁴⁵.

A falta de preciosismo na aplicação da *Disregard of Legal Entity* deve ser motivo de preocupação, pois, especialmente no âmbito da recuperação judicial, os critérios de aplicação devem ser observados com o maior cuidado, apenas se desconsiderando a personalidade jurídica da sociedade empresária em recuperação judicial quando efetivamente presentes os motivos para tanto, já que

[...] o objetivo do processo de recuperação judicial é dar fôlego à empresa para se reorganizar, pensar seu processo produtivo, sua estratégia de negócio e demais aspectos do empreendimento, sem estar com o seu foco e atenção voltados para o atendimento de oficiais de justiça, bloqueios de contas, citações, penhora de bens e demais atos de constrição/restrrição patrimonial²⁴⁶.

Deve-se considerar, aqui, que apesar da distinção formal existente entre a pessoa jurídica e a pessoa de seus sócios ou administradores, são eles que efetivamente, no mundo real, realizarão sua condução em direção à superação da crise, sendo desvantajoso para a empresa que eles tenham preocupações além da sua recuperação - isso, obviamente, quando não tiverem abusado da pessoa jurídica, porque, do contrário, deve seu patrimônio ser atingido a fim de ser preservada a atividade econômica.

Nesse sentido, a cobrança de crédito em face do sócio ou administrador, que decorra do relacionamento com a empresa recuperanda, sem a devida observância dos critérios necessários para a correta aplicação da desconsideração, implica uma possível frustração da recuperação, bem como permite que se dê tratamento diferenciado aos credores, ferindo o princípio da igualdade entre créditos ao qual o processo concursal está sujeito. Essa utilização indevida da execução individual contra o sócio ou administrador frustra a intenção do

²⁴⁴ SPINELLI, Luis Felipe. A desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial. **Consultor Jurídico**. 29 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/luis-spinelli-responsabilizacao-socio-recuperacao-judicial>. Acesso em: 22 nov. 2019.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ QUEIROZ, Patrícia. A recuperação judicial e a desconsideração da personalidade jurídica para o prosseguimento da execução contra os sócios na justiça do trabalho. **Dullac Müller Advogados**. 5 dez. 2018. Disponível em: <https://www.dulacmuller.com.br/blog/a-recuperacao-judicial-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-para-o-prosseguimento-da-execucao-contra-os-socios-na-justica-do-trabalho/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

legislador de estabelecer uma cooperação entre os credores e a sociedade pela recuperação do negócio que atravessa uma dificuldade e, com isso, evitar sua quebra²⁴⁷.

A mera dificuldade na condução da atividade empresária não pode dar, automaticamente, lugar à desconsideração da personalidade jurídica, já que, além de transitória, tal dificuldade pode ter - e normalmente tem - razão em origens diversas, como questões políticas e econômicas que vão além da alçada do empresário. A aplicação indiscriminada do instituto fere os princípios da recuperação judicial e do próprio Direito Empresarial, além de gerar um enorme desestímulo ao empreendedorismo.

4.1 ANÁLISE DE CASOS

Para os fins deste trabalho, é de grande importância que sejam analisados alguns casos, a fim de exemplificar-se quais são, na prática, os erros e os acertos em relação à teoria da desconsideração quando aplicada no âmbito da recuperação judicial. No acórdão seguinte, por exemplo, é possível vislumbrar a aplicação da desconsideração pelo mero fato de a sociedade empresária estar em recuperação judicial, tão comum em áreas do direito que são naturalmente mais protetivas ao polo da relação considerado mais fraco, como no Direito Trabalhista e no Direito do Consumidor:

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA E EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO. CABIMENTO. A fim de obstaculizar as atividades de subversão dos fins para os quais se instituiu a pessoa jurídica e, no propósito de fortalecer o próprio instituto, foi concebida a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Traduz-se na declaração de ineficácia da personalidade jurídica para certos efeitos, dentre eles, a possibilidade de que os bens dos seus sócios possam responder pelos seus débitos, conforme permissivo legal insculpido no artigo 28 do CDC e ainda no artigo 50 do Código Civil. Neste passo, a ocorrência de insuficiência de bens da pessoa jurídica para adimplir as dívidas contraídas provoca a inafastável desconsideração da personalidade jurídica, propiciando a invasão no patrimônio da pessoa física do titular, o qual responde pelas obrigações trabalhistas porquanto foi beneficiário da mão-de-obra do ex-empregado. O fato de a empresa executada se encontrar em recuperação judicial, não é empecilho para o descortinamento da personalidade jurídica, na medida em que os bens dos sócios da devedora não estão sob a tutela da recuperação judicial, a menos que haja decisão do Juízo da recuperação em sentido contrário. Não havendo bens da empresa, tem-se por válida a constrição realizada sobre bem de propriedade de sócio, porquanto este

²⁴⁷ QUEIROZ, Patrícia. A recuperação judicial e a desconsideração da personalidade jurídica para o prosseguimento da execução contra os sócios na justiça do trabalho. **Dullac Müller Advogados**. 5 dez. 2018. Disponível em: <https://www.dulacmuller.com.br/blog/a-recuperacao-judicial-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-para-o-prosseguimento-da-execucao-contra-os-socios-na-justica-do-trabalho/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

permanece responsável pelos débitos contraídos pela empresa da qual é sócio. Agravo provido²⁴⁸.

Analisando o conteúdo da decisão, encontra-se a questão, abordada anteriormente neste trabalho, de presumir-se a insolvência da pessoa jurídica em decorrência da concessão do benefício da recuperação. Não é possível, conforme já explicado, concluir-se que a empresa está insolvente por este mero fato, já que resulta da própria recuperação um plano de recuperação judicial que objetiva dar à sociedade fôlego para reorganizar seus débitos e, posteriormente, realizar os respectivos pagamentos. Além disso, mesmo que a pessoa jurídica se encontrasse em estado de insolvência, do ponto de vista do Direito Empresarial isso não seria motivo para a aplicação da *Disregard Doctrine*, pois a mera insolvência não é um requisito para tanto.

Felizmente, é possível vislumbrar um avanço dos microssistemas protetivos no sentido de buscar fazer uma análise mais detida dos critérios para levantar o véu da pessoa jurídica. Decisões mais recentes têm entendido que a recuperação judicial de sociedade empresária, por si só, não permite o redirecionamento da execução contra os sócios e, eventualmente, administradores:

AGRAVO DE PETIÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INVIABILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A recuperação judicial é a ação judicial pela qual o devedor busca sua reabilitação, mediante a apresentação de um plano a seus credores, cuja aprovação redunde em favor legal para que a empresa que esteja em situação de dificuldade temporária possa ter um prazo mais dilatado para pagar seus credores e ter saúde financeira. Deferir a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, com o fim de alcançar o patrimônio dos sócios, não obstante suspensa a execução por prazo determinado, seria uma forma reflexa de violar a finalidade social da Lei n.º 11.105/2006. Não se deve olvidar, ainda, que a suspensão da execução é apenas temporária e por prazo certo, podendo prosseguir normalmente após o escoamento do interregno legal. Assim, o deferimento da recuperação judicial, por si só, não autoriza, de pronto, o redirecionamento da execução para o patrimônio dos sócios, devendo ser prestigiado e protegido o valor social da empresa. Recurso conhecido e não provido²⁴⁹.

Em sede de recurso, o recorrente sustentou que, diante do deferimento da recuperação judicial, restaria evidenciada a insolvência da sociedade ré, devendo ser aplicada a desconsideração a fim de se resguardar o direito trabalhista envolvido. A relatora, por sua

²⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Agravo de Petição n. 0000055-37.2010.5.06.0412**. Relatora: Des. Virgínia Malta Canavarro. DJe: 25/10/2012.

²⁴⁹ *Idem*. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. **Agravo de Petição n. 0001607-93.2014.5.11.0012**. 2ª Turma. Rel. Des. Ruth Barbosa Sampaio. Julgado em 21/11/2016. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Aco%CC%81rda%CC%83o-TRT11-ELO-ELETRO%CC%82NICA-AMAZO%CC%82NIA-LTDA.-e-ELO-ELETRO%CC%82NICA-AMAZO%CC%82NIA-LTDA-EM-RECUPERAC%CC%A7A%CC%83O-JUDICIAL.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

vez, ponderou que, devido ao cenário econômico e social atual do país, é necessário promover uma reflexão mais aprofundada, a fim de se buscar uma solução que melhor atenda ao interesse comum, sem descuidar do caráter protetivo do Direito do Trabalho²⁵⁰. Segundo a magistrada,

[...] a recuperação é a ação judicial pela qual o devedor busca sua reabilitação, mediante a apresentação de um plano a seus credores, cuja aprovação redunde em favor legal para que a empresa que esteja em situação de dificuldade temporária possa ter um prazo mais dilatado para pagar seus credores e ter saúde financeira²⁵¹.

Em seu entendimento, a aplicação da desconsideração no caso concreto seria uma forma reflexa de violar a finalidade social da lei que regulamenta a recuperação judicial, bem como aduziu que seria possível a recorrida quitar seu débito diante da reorganização da empresa, após o prazo legal de suspensão. No mesmo sentido, porém na área do Direito do Consumidor, é o seguinte *decisum*:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RÉ QUE ESTÁ EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO CONCURSAL QUE DEVE SER HABILITADO NO PROCESSO DA RECUPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DE ATOS EXPROPRIATÓRIOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO²⁵².

O prolator da decisão entendeu que, independentemente da natureza da relação jurídica existente entre as partes e da condição do crédito – concursal ou extraconcursal –, uma vez deferido o pedido de recuperação, restaria proibida a prática de atos expropriatórios por juízo diverso do universal, em prol do princípio da preservação da empresa. Afirmou que a tentativa de satisfação do crédito por meio do direcionamento da execução contra os sócios configuraria tentativa de burlar a recuperação, não havendo condições para proceder-se com o incidente de desconsideração e devendo o crédito ser habilitado na recuperação, a fim de ser adimplido dentro das possibilidades do plano recuperacional. Mesmo na Justiça Comum

²⁵⁰ ROBERTO, Wilson. TRT11 não defere desconsideração da personalidade jurídica de empresa em recuperação judicial. *Juristas*. 28 fev. 2017. Disponível em: <https://juristas.com.br/2017/02/28/trt11-nao-defere-desconsideracao-da-personalidade-juridica-de-empresa-em-recuperacao-judicial/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

²⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. **Agravo de Petição n. 0001607-93.2014.5.11.0012**. 2ª Turma. Rel. Des. Ruth Barbosa Sampaio. Julgado em 21/11/2016. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Aco%CC%81rda%CC%83o-TRT11-ELO-ELETRO%CC%82NICA-AMAZO%CC%82NIA-LTDA.-e-ELO-ELETRO%CC%82NICA-AMAZO%CC%82NIA-LTDA-EM-RECUPERAC%CC%A7A%CC%83O-JUDICIAL.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019

²⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n. 71008125023**, Relatora: Des. Gláucia Dipp Dreher. DJe: 08/05/2019.

ocorrem erros em relação ao instituto da *Disregard Doctrine*, na medida em que os magistrados confundem os critérios para a aplicação da teoria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. COBRANÇA. Nos termos do art. 50, do Código Civil, a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional que somente pode ser determinada quando caracterizado o desvio de finalidade, a confusão patrimonial, bem como dissolução irregular. No caso, neste momento, ausentes quaisquer dos requisitos, figurando a parte credora, inclusive, no quadro geral de credores do pedido de recuperação judicial. Precedentes da Corte. RECURSO PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA²⁵³.

No caso em questão, a desembargadora, apesar de sua intenção positiva em respeitar os requisitos do art. 50 do Código Civil, trouxe a figura da dissolução irregular como uma hipótese para aplicação do instituto desconsiderante, considerando-a uma espécie do gênero abuso ao lado do desvio de finalidade e da confusão patrimonial. Apesar de haver doutrina que aponte a dissolução irregular como motivo para a desconsideração, ousaremos discordar desse ponto de vista.

A dissolução, sozinha, não é motivo suficiente para que os sócios e administradores sejam responsabilizados com base na desconsideração, pois isso equivaleria à sua responsabilização por mero inadimplemento. Assim, a fim de que a dissolução irregular embase o pedido desconsiderante, devem ser comprovados também os demais requisitos autorizadores, como a confusão patrimonial, o desvio de finalidade ou a subcapitalização.

Há decisões, também, que apesar de decidirem pelo descabimento da desconsideração diante da ausência de preenchimento dos requisitos do art. 50, consideram que citar apenas a letra literal da lei já é suficiente para fundamentar suas decisões e, conseqüentemente, não realizam um aprofundado exame das provas no caso concreto, apelando para argumentos vazios de significado. Além disso, sequer consideram a subcapitalização como uma das hipóteses desconsiderantes, conforme concluímos que ela representa:

Execução. Incidente de desconsideração da personalidade execução. Indeferimento. Insurgência. Ausência de comprovação inequívoca dos requisitos do art. 50, do Código Civil Decisão acertada que merece ser mantida. Recurso não provido²⁵⁴.

²⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70067082438**. Relatora: Des. Walda Maria Melo Pierro. DJe: 16/12/2015.

²⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2101847-50.2019.8.26.0000**. Relator: Des. Fábio Quadros. DJe: 14/11/2019.

Agravo de Instrumento – Desconsideração da Personalidade Jurídica Inexistência de bens da devedora passíveis de constrição que não tem o condão de autorizar a desconsideração não comprovação de abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou confusão patrimonial. Ausência dos requisitos autorizadores da medida. Decisão mantida. Recurso Desprovido²⁵⁵.

É importante registrar que, na análise jurisprudencial realizada – da qual trazemos, agora, alguns exemplos –, constatou-se que, das decisões que versam sobre a desconsideração da personalidade jurídica aplicada no âmbito da recuperação judicial, aquelas que tratam sobre a configuração de grupos econômicos são, geralmente, as mais brilhantemente desenvolvidas. Isso pode ocorrer em decorrência da alta complexidade probatória que tais ações normalmente possuem, sendo necessário um amplo conhecimento acerca da matéria para que se consiga julgá-las.

As melhores decisões, naturalmente, ocorrem quando há uma especialização, por parte dos julgadores, na área do Direito Empresarial, como no caso das câmaras especializadas na matéria do Tribunal de Justiça de São Paulo. Nesse sentido, temos notícia de julgados que aplicam com maestria o levantamento do réu da pessoa jurídica, em perfeita harmonia com os princípios da recuperação judicial:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. GRUPO DE EMPRESAS. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS AGRAVADAS. FATOS GRAVES IMPUTADOS AOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES. FATOS QUE PODEM TER DADO CAUSA À CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA QUE CULMINOU NO PEDIDO RECUPERACIONAL, QUE PREJUDICOU INÚMEROS CREDORES. IMPRESCINDÍVEL A APURAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Recuperação judicial de empresas que compõem o Grupo OAS. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica das agravadas. Alegação, pela agravante, de graves fatos imputados aos administradores das sociedades. Fatos que podem ter dado causa ao pedido recuperacional, que prejudicou inúmeros credores. Imprescindível a apuração dos fatos para o pedido de desconsideração, com a instauração de incidente observando-se a ampla defesa e o contraditório. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Prematura a decisão que indeferiu o pedido. Recurso parcialmente provido²⁵⁶.

O *decisum* em questão trata do uso da pessoa jurídica em esquemas de desvio de dinheiro, pagamento de dívidas milionárias não vencidas e indevidos adiantamentos aos diretores. Ponderou-se que os fatos narrados pela recorrente poderiam ter ligação com a crise econômico-financeira do grupo econômico, que resultou no pedido de recuperação judicial.

²⁵⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2164936-47.2019.8.26.0000**. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. DJe: 12/11/2019.

²⁵⁶ *Idem*. **Agravo de Instrumento n. 2230266-30.2015.8.26.0000**. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. DJe: 05/05/2016.

Assim, deveriam eles ser devidamente apurados, através de incidente em apartado, conferindo-se aos possíveis atingidos a ampla defesa e o contraditório.

Nesse sentido, constatou-se ter sido prematura a decisão que negou a instalação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, já que, diante da gravidade dos fatos, que deveriam ser regularmente apurados e investigados, o incidente seria a melhor opção para colhimento de tais provas. Conforme opinião da procuradora de justiça,

[...] não é difícil perceber a impossibilidade de dissociar o instituto da recuperação judicial de uma situação de crise econômica, caracterizada por estado de insolvência do agente econômico. E, ainda que não se tenha em mira hipótese de quebra da empresa devedora, não se afigura óbice algum a que ocorra *in casu*, tal como se apresenta viável no âmbito de um processo falimentar, a instauração de incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica de empresa em recuperação judicial, com o trâmite do procedimento pautado pela matriz basilar do devido processo legal e de seus precípuos corolários²⁵⁷.

Além disso, consignou-se que, apesar do argumento das empresas agravadas de que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica devesse ocorrer nos processos executivos ajuizados contra elas, ele não teria procedência, já que não existiria óbice para apuração do abuso da pessoa jurídica no próprio processo recuperacional. Seguindo o entendimento de que não há impedimento para a apuração de eventuais abusos da personalidade jurídica durante o processo recuperacional, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consignou a possibilidade de o administrador judicial requerer a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade em recuperação judicial:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR. REQUISITOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE USO FRAUDULENTO DA COMPANHIA. CAPACIDADE PROCESSUAL DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. JUSTIÇA GRATUITA. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Diante dos indícios de uso fraudulento da companhia para benefício próprio de seus controladores, imperiosa a manutenção da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da empresa. 2. Ao ampliar os poderes do Administrador Judicial, o juízo lhe conferiu capacidade processual para propor eventual pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. Considerando que o Administrador Judicial atua como auxiliar do juízo, razoável que litigue com os benefícios da justiça gratuita, ficando dispensado do recolhimento das custas processuais²⁵⁸.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR. REQUISITOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE USO FRAUDULENTO DA COMPANHIA. SEGREDO DE

²⁵⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2230266-30.2015.8.26.0000**. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. DJe: 05/05/2016.

²⁵⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0024.17.054953-9/001**. Relator: Des. Edilson Fernandes. DJe: 02/09/2017.

JUSTIÇA. CABIMENTO. CAPACIDADE PROCESSUAL DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. 1. Diante dos indícios de uso fraudulento da companhia para benefício próprio de seus controladores, imperiosa a manutenção da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da empresa, configurando medida assecuratória dos direitos dos seus credores. 2. O segredo de justiça conferido ao estágio inicial do procedimento visa garantir a efetividade e êxito da tutela pleiteada. 3. Ao ampliar os poderes do Administrador Judicial, o juízo lhe conferiu capacidade processual para propor eventual pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica²⁵⁹.

Os acórdãos admitiram a ampliação dos poderes do administrador judicial, visando analisar as operações do grupo empresarial e realizar recuperação de ativos e/ou medidas para a reparação dos prejuízos sofridos. O gestor teria capacidade processual para propor a medida desconsiderante, pois se entendeu que, diante dos indícios de uso fraudulento da companhia para benefício próprio de seus controladores, em abuso do poder de controle, seria necessário aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica com o objetivo de resguardar os direitos dos credores, com a conseqüente constrição de bens dos supostos envolvidos.

Por fim, traz-se decisão que deu provimento a pedido de instauração do incidente de desconsideração, a fim de erguer o véu da pessoa jurídica em decorrência de confusão patrimonial e configuração de grupo econômico. O acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, restou assim ementado:

ACÇÃO DE EXECUÇÃO - Desconsideração da personalidade jurídica - Decisão que indeferiu a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica da executada, a fim de redirecionar a execução a terceiros supostamente integrantes de um mesmo grupo econômico - Insurgência da exequente - Pretensão de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Cabimento - Hipótese em que há nos autos indícios de formação de grupo econômico e confusão patrimonial entre as pessoas física e jurídica que o integram - RECURSO PROVIDO²⁶⁰.

Após realizar considerações acerca da necessidade de preenchimento dos requisitos do art. 50 do Código Civil²⁶¹ para aplicação da *Disregard of Legal Entity*, já que é ela medida excepcional, o magistrado discorreu sobre a finalidade do incidente de desconsideração. Sustentou que o mesmo objetiva assegurar o exercício do prévio contraditório e da ampla defesa, tendo em vista a possibilidade da ampliação subjetiva da demanda em caso de desconsideração.

²⁵⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0024.17.054953-9/001**. Relator: Des. Edilson Fernandes. DJe: 02/09/2017.

²⁶⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2165324-47.2019.8.26.0000**. Relator: Des. Renato Rangel Desinano. DJe: 04/11/2019.

²⁶¹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

O magistrado afirmou que, quando da solicitação da instauração do incidente, devem ser trazidos elementos mínimos que indiquem a plausibilidade da alegação de que estão presentes os requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica pretendida, sendo indicadas desde logo as provas que se pretendem produzir. Esses elementos, contudo, devem apresentar uma dose mínima de plausibilidade, diante da qual o incidente deve ser instaurado para apuração dos fatos graves imputados aos terceiros.

Além disso, foi trazida à tona, novamente, a questão da desnecessidade de insolvência da pessoa jurídica, constatando que não é necessário o esgotamento das medidas processuais executivas, que procuram por bens da pessoa jurídica para satisfação dos credores, para que seja instaurado o incidente. Assim, resta evidente que a pessoa jurídica não precisa estar em situação de insolvência para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, já que tal exigência não se coaduna, de forma alguma, com o próprio conceito.

É possível afirmar que, no âmbito das decisões judiciais, as perspectivas são positivas. Apesar de ainda serem cometidos erros quando da necessidade de aplicar-se a desconsideração ao processo recuperacional, esses são naturais e ocorrem em qualquer área do Direito, decorrendo, normalmente, de uma falta de conhecimento aprofundado sobre os institutos sobre os quais é preciso decidir. Contudo, decisões mais recentes têm se mostrado cada vez mais preocupadas com uma adequada utilização da *Disregard of Legal Entity* na recuperação, até mesmo em áreas historicamente mais protetivas, como são os casos do Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho. Com essa preocupação, elas têm perquirido quais são os requisitos para tal aplicação, analisando verdadeiramente o material probatório trazido aos autos e, conseqüentemente, dando soluções de maior e efetiva justiça aos casos concretos.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou responder se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao processo de recuperação judicial da empresa em crise. Em caso positivo, buscou entender também quais os critérios que devem ser utilizados para que tal emprego da desconsideração atinja seu objetivo de soerguimento da empresa recuperanda, sem olvidar da satisfação dos credores prejudicados pela má conduta dos sócios e administradores da atividade empresária.

Primeiramente, concluiu-se que a desconsideração se trata do levantamento do véu da pessoa jurídica e de sua autonomia patrimonial de forma episódica, momentânea e excepcional, com o objetivo de estender os efeitos de suas obrigações a seus sócios e administradores, quando por estes perpetrado o abuso da pessoa jurídica. O abuso, por sua vez, pode ser comprovado através do desvio de finalidade, da confusão patrimonial (nos termos do art. 50 do Código Civil²⁶²) ou da subcapitalização.

Contudo, o art. 50 do Código Civil de 2002, que positivou a *Disregard Doctrine* no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe conceitos jurídicos indeterminados, que necessitam ser preenchidos de significado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. Nesse sentido, a Lei n. 13.874/19²⁶³, mais conhecida como Lei da Liberdade Econômica, promulgada neste ano, buscou trazer uma série de critérios mais objetivos para a aplicação do disposto no diploma legal em questão.

Conforme restou demonstrado no presente trabalho, porém, o art. 50 do Código Civil não traz um rol taxativo e, nesse sentido, a subcapitalização configura hipótese legítima para que seja erguido o véu da pessoa jurídica e atingido o patrimônio daqueles que abusaram dela. A insolvência, por outro lado, não é requisito necessário para a concessão da desconsideração, já que tal exigência condicionaria a aplicação da teoria a uma fase na qual a pessoa jurídica não pode mais ser salva.

²⁶² BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019

²⁶³ *Idem*. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

Além disso, deve ficar registrado que a aplicação da *Disregard of Legal Entity* é residual, só devendo ser aplicada quando não estivermos diante da possibilidade de responsabilização direta dos sócios ou administradores. Isso ocorre porque, além de ser mais facilmente empregada, a responsabilização direta possui requisitos distintos da teoria ora abordada, por meio dos quais os sócios e administradores poderão ser diretamente responsabilizados, sem a necessidade de utilizar-se a desconsideração.

Pode-se notar, também, que mesmo nos microssistemas jurídicos historicamente mais protetivos a um dos polos da relação, como no Direito do Consumidor e no Direito do Trabalho, os ventos da mudança em direção a uma aplicação mais responsável da desconsideração começam a aparecer. O emprego do instituto em tais âmbitos, normalmente permeado pela noção, proveniente da Teoria Menor, de que a mera insolvência da pessoa jurídica é motivo para atingir o patrimônio dos sócios e administradores, começa a mudar, considerando-se a situação generalizada de crise econômica que assola o país e buscando-se uma maior preservação das fontes produtivas.

Em relação à questão principal do presente trabalho, concluiu-se pela aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à recuperação judicial. Assim, ela pode ser utilizada para o fim de responsabilizar e atingir o patrimônio daqueles que abusam da autonomia patrimonial da empresa e que, em geral, colaboram para sua crise econômico-financeira, a fim de preservá-la e satisfazer os créditos provenientes do exercício da atividade empresarial.

Contudo, deve-se utilizar a devida cautela quando da aplicação do instituto desconsiderante à recuperação judicial. Isso porque, conforme restou demonstrado neste trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica e o processo recuperacional se mostram, em alguns aspectos, incompatíveis. Exemplo disso é a suspensão prevista pelo incidente de desconsideração, que não deve ser aplicada no caso da recuperação judicial.

Assim, uma vez respeitadas tais precauções, pode-se e deve-se aplicar a *Disregard Doctrine* à recuperação nos casos em que houver abuso da personalidade jurídica da recuperanda. Outro não poderia ser o entendimento a que chegamos, tendo em vista que o processo de recuperação judicial visa permitir a superação da situação de crise econômico-financeira da empresa viável, mantendo a atividade em funcionamento e, com ela, os interesses que orbitam ao seu redor (satisfação dos créditos, manutenção de empregos, geração de riquezas, recolhimento de impostos, etc.), e a desconsideração pode servir como instrumento para tal intento.

A recuperação judicial, como restou claro, objetiva promover a preservação da empresa e de sua função social, estimulando-se a atividade econômica por meio da preservação das empresas que ainda têm algo a oferecer para a sociedade. Nesse sentido, a *Disregard of Legal Entity* se coaduna perfeitamente com os objetivos da recuperação, já que permite que os abusos sofridos pela pessoa jurídica sejam punidos e seu patrimônio não seja ainda mais desfalcado em função de atos executados por terceiros que a prejudicam, permitindo a plena preservação da fonte produtiva.

Quanto à legitimação para o pedido desconsiderante na recuperação, é possível afirmar que os legitimados ativos são as partes do processo, o Ministério Público – quando lhe couber intervir na ação – e, mais recentemente, o próprio administrador judicial. Em relação à legitimidade passiva, a desconsideração se estenderá aos sócios ou administradores com efetivo poder de controle, gestão ou que tenham tido participação ou benefício em razão do abuso, bem como poderá se estender a terceiros que não sejam sócios ou administradores, mas tenham se beneficiado com a prática dos atos.

No que diz respeito às mudanças trazidas para a *Disregard Doctrine* no ordenamento jurídico pátrio, com a Lei da Liberdade Econômica e o Código de Processo Civil de 2015, com a inauguração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a alteração da redação do art. 50 do Código Civil, devem ser feitas algumas considerações finais. É possível afirmar que as alterações parecem ser oportunas e, possivelmente, diminuirão a discricionariedade a respeito do instituto, por meio da garantia do contraditório e da ampla defesa, bem como da observância de critérios mais objetivos na aplicação. Torna-se importante frisar, contudo, que os pressupostos materiais não foram, substancialmente, alterados, permanecendo válida toda a construção doutrinária e jurisprudencial realizada até então no âmbito do direito material. Se, efetivamente, as mudanças serão positivas, só o tempo dirá.

Por fim, concluiu-se haver um importante papel do Poder Judiciário em relação ao emprego da desconsideração na recuperação judicial, já que é impossível, para o legislador, prever todas as situações que se colocarão na vida real. Assim, cabe ao julgador, quando da análise do caso concreto, adequar a letra fria da lei à realidade social, dentro de certos limites que não impliquem em discricionariedade. Além disso, tal como ocorreu no âmbito da falência, tem-se que um maior desenvolvimento jurisprudencial acerca do tema é sempre positivo e que, com o passar do tempo, as decisões que versam sobre a aplicação da *Disregard Doctrine* à recuperação judicial têm se mostrado cada vez melhores – apesar de, naturalmente, ainda serem cometidos alguns erros, como em qualquer área do Direito –,

mostrando uma maior preocupação, por parte dos julgadores, com a utilização correta do instituto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil**. São Paulo: MP, 2005.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Enunciado n. 42. In: **I Jornada De Direito Processual Civil**. 24 e 25 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processual-civil-cjf.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impresao.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 22 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.141.447/SP**. Relator: Min. Sidnei Beneti. DJe: 05/04/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=995971&num_registro=200901770395&data=20110405&formato=PDF. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.169.175/DF**. Relator: Min. Massami Uyeda. DJe: 04/04/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1038552&num_registro=200902364693&data=20110404&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.587.559/PR**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe: 22/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1589839&num_registro=201600523906&data=20170522&formato=PDF. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 279.273/SP**. Relator: Min. Ari Pardengler. DJe: 29/03/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=112916&tipo=0&nreg=200000971847&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040329&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 63.652/SP**. Relator Min. Barros Monteiro. DJ: 21/08/2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500173786&dt_publicacao=21-08-2000&cod_tipo_documento=. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Agravo de Petição n. 0000055-37.2010.5.06.0412**. Relatora: Des. Virgínia Malta Canavarro. DJe: 25/10/2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. **Agravo de Petição n. 0001607-93.2014.5.11.0012**. 2ª Turma. Rel. Des. Ruth Barbosa Sampaio. Julgado em 21/11/2016. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Aco%CC%81rda%CC%83o-TRT11-ELO-ELETRO%CC%82NICA-AMAZO%CC%82NIA-LTDA.-e-ELO-ELETRO%CC%82NICA->

AMAZO%CC%82NIA-LTDA-EM-RECUPERAC%CC%A7A%CC%83O-JUDICIAL.pdf.
Acesso em: 28 nov. 2019.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembléia geral de credores**. 2013. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

CASILLO, João. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 528, p. 24-40, out. 1979.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: RT, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA, Ana Carla Abrão. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. *In*: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Gustavo Saad. **Responsabilidade dos administradores por dívidas das sociedades limitadas**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERRARI, Ana. As Classes de Credores no Processo de Recuperação Judicial. **Jusbrasil**. 5 maio 2016. Disponível em: <https://analuiaferrari94.jusbrasil.com.br/artigos/334190371/as-classes-de-credores-no-processo-de-recuperacao-judicial>. Acesso em: 22 nov. 2019.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**. v. 1. São Paulo: RT, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

HAMILTON, Robert W. **The Law of corporations**. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000.

HENN, Harry G. ALEXANDER, John. R. **Laws of Corporations and Other Business Enterprises**. 3. ed. St. Paul: West Group, 1986.

JOANES, David Massara. **Aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao inverso**. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010.

JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Bogotá: Temis, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 13, jan./mar. 1995.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkin, 1978.

LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; LOBO, Jorge. Comentários. *In*: TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29-60.

MACDONALD, Norberto. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – sociedade unipessoal – contratualismo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22, p. 300-376, 2002.

MADEIRA, Bruno; MUSZKAT, André. A desconsideração da personalidade jurídica na MP da "liberdade econômica". **Consultor Jurídico**. 28 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/opiniao-desconsideracao-personalidade-juridica-mp-881>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MAMEDE, Gladston. **Manuel de direito empresarial**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0024.17.054953-9/001**. Relator: Des. Edilson Fernandes. DJe: 02/09/2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0024.17.054953-9/002**. Relator: Des. Edilson Fernandes. DJe: 02/09/2017.

MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. *In*: **Dicionário Jurisprudencial da Sociedade de Responsabilidade Limitada**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NAHAS, Tereza Christina. **Desconsideração da personalidade jurídica**: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PARENTONI, Leonardo. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

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 C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei n. 11.101/2005**: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 493-517.

QUEIROZ, Patrícia. A recuperação judicial e a desconsideração da personalidade jurídica para o prosseguimento da execução contra os sócios na justiça do trabalho. **Dullac Müller Advogados**. 5 dez. 2018. Disponível em: <https://www.dulacmuller.com.br/blog/a-recuperacao-judicial-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-para-o-prosseguimento-da-execucao-contra-os-socios-na-justica-do-trabalho/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

RAMALHETE, Clóvis. Sistema de Legalidade na “Desconsideração da Personalidade Jurídica”. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 293, ano 82, p. 79-82, jan./fev./mar. 1986.

RAMOS, André Luiz de Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REALE, Miguel. Considerações gerais sobre o Projeto de Código Civil. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v. 33, n. 137, p. 1-26, jan./mar. 1976.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 32. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70067082438**. Relatora: Des. Walda Maria Melo Pierro. DJe: 16/12/2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n. 71008125023**, Relatora: Des. Glaucia Dipp Dreher. DJe: 08/05/2019.

ROBERTO, Wilson. TRT11 não defere desconsideração da personalidade jurídica de empresa em recuperação judicial. **Juristas**. 28 fev. 2017. Disponível em: <https://juristas.com.br/2017/02/28/trt11-nao-defere-desconsideracao-da-personalidade-juridica-de-empresa-em-recuperacao-judicial/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 11, set. 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal De Alçada Civil. **Apelação n. 507.880-6**. 3ª Câmara. Rel. Juiz Ferraz Nogueira. Julgado em 15/09/1992.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2101847-50.2019.8.26.0000**. Relator: Des. Fábio Quadros. DJe: 14/11/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2164936-47.2019.8.26.0000**. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. DJe: 12/11/2019.

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

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad em las sociedades mercantiles**. Tradução de José PuigBrutau. Barcelona: Ariel, 1958.

SICHES, Luis Recasens. **Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho**. México: Porrúa, 1973.

SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

SPINELLI, Luis Felipe. A desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial. **Consultor Jurídico**. 29 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/luis-spinelli-responsabilizacao-socio-recuperacao-judicial>. Acesso em: 22 nov. 2019.

TALAMINI, Eduardo. Incidente de desconsideração de personalidade jurídica. **Migalhas**. 2 mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049-Incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica>. Acesso em: 22 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. A Medida Provisória da "Liberdade Econômica" e a Desconsideração da Personalidade Jurídica (Art. 50, CC): Primeiras Impressões. **GenJurídico**, 06 maio 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/05/06/a-medida-provisoria-da-liberdade-economica-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-art-50-cc-primeiras-impressoes/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

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

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas: atuação do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípios de direito. Princípio jurídico. Direito do trabalho. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 14, n. 56, p. 95-108, out./dez. 1977.

VIOTTI, Mariana Silveira. Limites mais objetivos para desconsideração da personalidade jurídica. **Azevedo Sette Advogados**. 07 jun. 2019. Disponível em: <http://www.azevedosette.com.br/noticias/pt/limites-mais-objetivos-para-desconsideracao-de-personalidade-juridica/5343>. Acesso em: 22 nov. 2019.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **A crise da limitação de responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. 2004. 269f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004