

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS – ESO
CURSO DE DIREITO**

ROSA MARIA FRANÇA CARDOSO

**O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURIDICA COMO INSTITUTO DE EFETIVAÇÃO DO
CONTRADITORIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Manaus-AM
2017

ROSA MARIA FRANÇA CARDOSO

O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURIDICA COMO EFETIVAÇÃO DO CONTRADITORIO E DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL

Trabalho de Monografia apresentado ao curso de Direito da
Universidade do Estado do Amazonas como requisito para obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof: MSc Ricardo Albuquerque Tavares

Manaus-AM
2017

Autoriza-se a reprodução do todo ou de partes desse trabalho desde que a fonte seja citada.

Ficha cartográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Estado do Amazonas.

C268i

Cardoso. Rosa Maria França.

0 incidente da desconsideração da personalidade jurídica como efetivação do contraditório e do devido processo legal/Rosa Maria França Cardoso Direito. Manaus: UEA, 2017.

53 f.; 30cm

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)-
Universidade do Estado do Amazonas, 2017.

Orientador: Prof. MSc Ricardo Tavares de Albuquerque

1. Personalidade jurídica. 2. Desconsideração da personalidade jurídica. 3. Incidente da personalidade jurídica. 4.Novo CPC; I. Albuquerque, Ricardo Tavares de II. Universidade do Estado do Amazonas. III. Título.

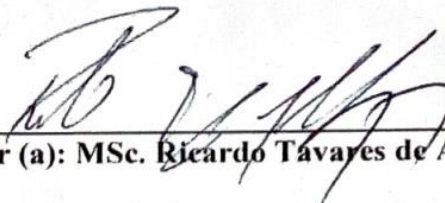
CDU342

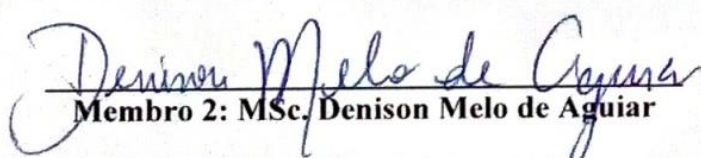
**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

ROSA MARIA FRANÇA CARDOSO

**O INCIDENTE DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO EFETIVAÇÃO DO
CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:


Orientador (a): MSc. Ricardo Távares de Albuquerque


Membro 2: MSc. Denison Melo de Aguiar


Membro 3: Esp. Albefredo Melo de Souza Júnior

Manaus, 11 de Dezembro de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor do meu destino; a todos que me ajudaram a chegar até aqui; a duas pessoas em especial: minhas filhas e a Francisca Pereira minha gestora que em nenhum momento me negaram apoio, nem nas horas mais difíceis, e Uzenir de oliveira França, mãe espetacular.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por reger-me, por ter me encaminhado e me iluminado para realizar este sonho, à minha mãe não só a ela mais todos aqueles que torceram para que pudesse concluir esse curso, obrigada pelo carinho, apoio.

Foram momentos únicos, que passei, desde o dia que sentei na cadeira para assistir a primeira aula até ao último ano que passei com meus colegas de faculdade. Ver que todos eles conseguiram que embora demorasse mais um ano para concluir me senti triste e feliz ao mesmo tempo, pois não os veria mais no ano seguinte. Agora seriam somente eu os vácuos das conversas na sala de aula e as risadas inconfundíveis deles estariam sempre na minha cabeça.

Uma pessoa em especial na minha vida durante esses anos de estudo a minha gestora Francisca Pereira da Silva, a quem tenho grande respeito e admiração. Obrigada por Deus ter colocado esse anjo que me apoio e acreditou na minha capacidade. Obrigado pelo seu amor e carinho, pela paciência e por sua capacidade de me trazer paz durante a correria de cada semestre. As minhas queridas filhas: Ingrid, Samea, Kimberly e Janaina por compreender que era necessária muitas das vezes a minha ausências nestes cinco anos de dedicação a este sonho. E a minha colega e amiga Camila Mota companheira de estrada na garupa da minha moto voltávamos juntas para casa depois de horas de aula na faculdade.

Agradeço também a todos os professores que acompanharam me durante a graduação. Responsáveis pela realização deste trabalho. Em especial à Prof. Ricardo Albuquerque Tavares

Enfim, deixo registrada a minha gratidão a todos, que de forma direta ou indireta, contribuíram e participaram na reflexão e realização deste trabalho.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.”

Ruy Barbosa

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata do incidente da desconsideração da personalidade jurídica como instituto de efetivação do contraditório e devido processo legal a ser seguido no NOVO CPC. A exploração desse tema surgiu da necessidade de fomentar uma maior discussão a respeito do importante instituto que coíbe basicamente a fraude e o abuso de direito no direito empresarial e civil na qual muitas vezes os sócios tem seu patrimônio atacado independentemente de qualquer oportunização de manifestação, não se dá muitas vezes na prática, previamente, ao sócio da pessoa jurídica a oportunidade de se manifestar e tentar impedir os atos de desapropriação patrimonial dele. Para tanto, buscamos fazer uma pesquisa jurisprudencial e bibliográfica sobre o tema trazido à tona. Destarte, buscou-se abordar as ponderações sobre as pessoas jurídicas e procedências societárias, responsabilização dos sócios, personalidade jurídica e importantes observações no art. 50 do Código Civil de 2002. Portanto analisará o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, seguindo processo em fase de execução, na qual se aproxima a responsabilidade da empresa aos seus sócios, alcançando assim seus patrimônios, e sejam oportunizados ao contraditório e o processo legal por meio deste incidente para que o terceiro tenha seus princípios garantidos.

Palavras-Chave: desconsideração da personalidade jurídica; incidente da desconsideração; constituição; contraditório, processo legal.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course deals with the incident of the disregard of the legal personality as an institute of effectiveness of the adversary and due legal process to be followed in the NEW CPC. The exploration of this theme arose from the need to encourage a greater discussion about the important institute that basically restrains fraud and abuse of law in business and civil law in which often the members have their assets attacked regardless of any opportunism of manifestation, not it is often done in practice, previously, to the partner of the legal person the opportunity to manifest and try to prevent the acts of property expropriation of him. Therefore, we seek to make a jurisprudential and bibliographical research on the theme brought to the fore. Therefore, we sought to consider the weightings of legal entities and corporate background, accountability of members, legal personality and important observations in art. 50 of the Civil Code of 2002. Therefore, it will analyze the incident of the disregard of the legal personality, following a process in the execution phase, which approximates the company's responsibility to its members, thus reaching their assets, and are opportune to the adversary and the legal process by means of this incident so that the third one has its principles guaranteed.

Keywords: disregard of legal personality; incident of disregard; constitution; contradictory, legal process.

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CDC – Código da Defesa do Consumidor

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	12
2.PESSOAS JURÍDICAS E SOCIEDADES	15
2.1. OS TIPOS SOCIEDADE.....	16
3.PERSONALIDADE JURÍDICA	19
3.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL.....	22
3.3 RESPONSABILIDADES DOS SÓCIOS	23
4.DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA	25
4.2. HISTÓRICO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	26
4.3. O DESENVOLVER DAS TEORIAS: MAIOR E MENOR.....	29
4.4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	32
4.5. DIREITO BRASILEIRO E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	35
5.DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA	42
5.1 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA VERSUS A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA TRADICIONAL.UMA BREVE NOÇÃO.	43
6.O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	44
7. O PRINCÍPIO DO CONTRADITORIO	45
7.1 DO CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA.....	46
8. PREVISÃO LEGAL	48
9. CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a examinar o consagrado incidente da desconsideração da personalidade jurídica com finalidade de efetivar o contraditório e devido processo legal, pois este tema vem sendo alvo de muitas polemicas em anos anteriores pois não dava um suporte mais adequado como agora se vê estabelecido no Novo Código de Processo Civil, aduzindo desta maneira a convocação do terceiro a participação do processo e por conseguinte dando uma segurança jurídica maior no atual sistema jurídico brasileiro.

A escolha do presente tema entende-se, primeiramente, em razão da incontestável relevância que o incidente da desconsideração da personalidade jurídica identificar-se na sociedade contemporânea, referindo-se de instituto de vital importância para o Direito, a fim de evitar o uso irregular da finalidade social do instituto da pessoa jurídica. Demonstrando-se, de início, que a criação da personalidade jurídica configura-se em uma verdadeira revolução no âmbito do direito empresarial, tratando-se de um material de total relevância jurídica capaz de atender às necessidades da realidade social.

Uma vez que a pessoa jurídica distingue-se da pessoa do sócio, dominando a titularidade para praticar diversos atos jurídicos, tendo personalidade e patrimônio próprio, não confundível com o de seus sócios. Dessa forma, o objetivo de tal criação é transformar a atividade empresarial convidativa, factível e, sobretudo, segura, incentivando a sua prática, e por tanto conceder à pessoa jurídica autonomia em relação aos membros que a compõem, minimiza os riscos advindos do negócio, permitindo a limitação da responsabilidade pessoal dos sócios pelas dívidas da empresa. Entretanto, esse instituto corre uma probabilidade de perigo de ter sua função desviada, podendo ser fraudado ou utilizado de maneira ilegítima, servindo de escudo para a perpetração de fraudes e abusos de direito. Neste diapasão, torna-se indispensável desconsiderar a personificação da sociedade empresária, de maneira a não permitir que o véu da personalização se torne mecanismo para o empreendimento de ilícitos, obstruindo-se, assim, que a personalidade jurídica seja utilizada para fins condenáveis.

Na verdade, diante da constante utilização das sociedades para prática de atos fraudulentos ou abusivos, desconexos dos objetivos instituidores da pessoa jurídica, mostra-se imprescindível uma forma de coibir tais irregularidades e deturpações. Nesse cenário é que se revela primordial o surgimento do incidente da desconsideração como recurso para tentar refrear o desvio de função da pessoa jurídica, quando utilizada para atingir fins diversos daqueles previstos pelo legislador, desconsiderando, no caso concreto, a pessoa da sociedade

em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, responsabilizando, portanto, os sócios pelo uso irregular das empresas ou vice versa. Desta maneira, mostra-se clara a inquestionável importância do estudo de tal incidente para o Direito e para as relações empresariais como um todo, uma vez que com este os que não participavam do processo tenham total liberdade e direito ao contraditório e devido processo legal previsto na Constituição Brasileira.

Desta maneira o incidente da desconsideração da personalidade jurídica concretizado agora no NCPC procura ser um instrumento regulador dos direitos dos terceiros para devida contestação das acusações por eles sofridas e assim ser assegurado o direito ao contraditório e ao devido processo legal. Todavia, ainda que disciplinada a matéria na legislação extravagante, e, sobretudo, no Código Civil de 2002, tais regras não versavam sobre o procedimento a ser adotado ao se aplicar a referida teoria, a causa pelo qual a doutrina, tal qual a jurisprudência, não era pacífica quanto aos seus aspectos processuais.

Deste modo, a concretização do incidente da desconsideração da personalidade jurídica surge umas séries de controvérsias, as quais buscaremos analisar, sob um enfoque processual, através de um estudo geral de ensinamentos doutrinários e, principalmente, jurisprudenciais, com a intenção de tentarmos estabelecer, de modo sistemático, a forma de efetivação de tal instituto, tornando mais clara a sua aplicação pragmática. Entre tanto importante ressaltar que, no direito brasileiro, a incidência da Disregard Doctrine, criação de origem jurisprudencial, deve ser vista como exceção, e não como regra, preponderando o conceito de pessoa jurídica com personificação autônoma sempre que for respeitado o limiar imposto pela lei para sua utilização.

Neste caminho, para que se possa levantar o véu da personalidade jurídica, desconsiderando-se a autonomia patrimonial entre a sociedade e seus sócios, é importante que fique demonstrado o desvio de sua função, através da prática de atos fraudulentos ou abusivos, com a respectiva prova cabal da intenção ou culpa do agente. Acontece que nosso Poder Judiciário, com o alvo de dar efetividade ao sistema processual, não raro, tem utilizado a teoria da Disregard Doctrine de modo excessivo, tratando-a como regra geral, maculando, assim, o objetivo original do instituto, que é a excepcionalidade, e o conceito da personalidade jurídica. Por isso, muitos juízes, impedidos pelo princípio da celeridade, desconsideram a personalidade da sociedade sem muito rigor técnico e científico, afastando-se da respectiva teoria. Com muita frequência, vê-se a jurisprudência pátria superar a pessoa jurídica, não analisando, no entanto, se, na realidade fática, realmente houve o desvio de sua finalidade social, mediante abuso de direito, fraude ou confusão patrimonial.

O interessante observar que, por meio de tal ação, o sistema jurisdicional brasileiro, sob a égide de abster uma futura e potencial atitude fraudulenta das sociedades e de seus sócios, se antecipa, ao arrepio da lei, acabando por violar, ausente a devida demonstração da prática abusiva, um instituto de ainda maior importância no Direito, que é o da personalidade jurídica, ficção criada para dar sequência lógica ao funcionamento da economia e ao desenvolvimento da nação, tendo notável força expansiva à medida que avança a civilização. Por tanto, logo se torna fácil perceber a necessidade que temos de garantir com segurança as relações empresariais, e, em especial, a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial desta em relação com seus membros que, por assim dizer, representam a mola impulsora do crescimento, da expansão do comércio e da economia.

Essa preocupação de proteção se manifesta, principalmente, na pessoa do sócio ou dos gestores da empresa, devendo-se adequar a Disregard Doctrine à moderna sociedade brasileira e à legislação vigente, com a finalidade de não haver a banalização do instituto, cuja nota de excepcionalidade ainda deve prevalecer. Em uma divisão de dois elementos, nos dias atuais são frequentes os casos de abuso e ilegalidade praticados por gestores e administradores de uma empresa, ao passo que é muito comum a utilização ampla e excessiva da desconsideração pelos operadores do Direito, com sutis modificações praeter legem, diante da falta de parâmetros e limites legais para a sua devida aplicação a um caso concreto, causando grande insegurança em relação à autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

É fortemente dessa diferença doutrinária e jurisprudencial que emana mais um aspecto para a permanência da escolha do tema do presente trabalho, devido à grande polêmica que gira em torno deste, a fim de que sejam esclarecidas as questões controversas sobre o assunto, buscando-se soluções jurídicas para aquilo que de fato já vem sendo largamente praticado pelo Judiciário. Aponta-se que a legislação pouco disciplinou a respeito da matéria, bem como a doutrina jurídica brasileira ainda não produziu estudo sistemático acerca das controvérsias trazidas pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Não tem, deste modo, no ambiente atual, preceitos de diretivas que determinem os legítimos critérios e os requisitos necessários para a responsabilização dos sócios ou administradores pelas dívidas da sociedade, assim como a sua forma de efetivação.

Nem mesmo a jurisprudência é uníssona no tratamento do tema, faltando-lhe o devido enfrentamento acerca dos autênticos valores e pressupostos a serem considerados para a definição da desconsideração nas situações fáticas. Conseqüentemente, este trabalho tem como desafio elucidar e discutir de maneira crítica quais as escolhas que, concretamente, autorizam a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e a sua correta

maneira de utilização no sistema processual, através do redirecionamento da execução contra os sócios, segundo a concepção inicial do instituto e a legislação brasileira.

Tais pontos serão relacionadas aos argumentos utilizados pelo Poder Judiciário para o seu deferimento ou indeferimento, no contexto contemporâneo, e comparadas com as posições adotadas pela doutrina acerca do tema, com o fito de se tomar uma posição a respeito da problemática. Para tanto, o trabalho foi dividido em tema e subtemas capítulos, analisando, respectivamente, a teoria da desconsideração em seu aspecto material, a sua aplicabilidade ao processo civil e a sua utilização demasiada no contexto atual. Não temos a pretensão de resolver todas as questões que o tema suscita. Já nos será motivo de satisfação se logarmos abordar o assunto com correção e pertinência, proporcionando ao leitor um enfoque novo e questionador.

2. PESSOAS JURÍDICAS E SOCIEDADES

A priori, se faz pertinente, considerando o contexto do tema proposto, O incidente da desconsideração da personalidade jurídica como efetivação do contraditório e do devido processo legal, descreve sendo uma breve abordagem inicial com relação à constituição dos tipos de sociedade e das pessoas jurídicas. O ser humano, com intuito de alcançar objetivo e apoiado na livre iniciativa garantida pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, parágrafo IV e artigo 170, busca de forma individual ou, de forma coletiva estruturar-se por meio de entes empresariais para conquistar suas presunções. A pessoa quando decide constituir uma empresa deve estar informado das implicações legais relacionadas e com as consequências de seus atos, criar um plano para otimizar o alcance de um determinado objetivo e assumindo os riscos inerentes à atividade empresária. Por tanto, poderá fazê-lo individualmente, na forma de empresário individual, ou unindo-se com outras pessoas, constituindo uma sociedade.

Segundo, demonstra Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2010, p.119) em sua brilhante obra que:O atual Código Civil dá tratamento unitário a toda matéria societária, inserindo-a no título II do Livro II da Parte Especial. Começa por conceituar sociedade e segue com disposições gerais sobre os diversos tipos.

Podemos resumir ou trazer a baila , conforme artigo 40 do nosso Código Civil de 2002 em seu título II, na qual nos traz disposições acerca das pessoas jurídicas, como sendo as pessoas jurídicas de direito público, externo, interno, e de direito privado.

Nesta sintonia ou encargo Código Civil Brasileiro de 2002, por sua vez, não enuncia o conceito de pessoa jurídica, porém relaciona a conceituação como Clóvis Beviláqua: Todos os agrupamentos de homens que, reunidos para um fim, cuja realização procura, mostram ter vida própria, distinta da dos indivíduos que os compõem, e necessitando, para a segurança dessa vida, de uma proteção particular do direito.

Conforme visto nos conceitos do ilustríssimo mestre e já consagrado no assunto Rubens Requião, na qual muito bem define a pessoa jurídica, como podemos ver:

Entende-se por pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como rés, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que a constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhe deram origem, sem que esse fato incida no seu organismo. É o que acontece com as sociedades institucionais ou de capitais, cujos sócios podem mudar de estado ou ser substituídos sem que se altere a estrutura social.

Em relação a instituição da pessoa jurídica, Francisco Amaral (2003, p.283), acrescenta que: A formação da pessoa jurídica exige elementos de ordem material, basicamente, uma pluralidade de pessoas, um conjunto de bens e uma finalidade específica, e elementos de ordem formal, que são um estatuto e o seu registro no órgão competente.

Para melhor delimitarmos o nosso presente estudo, focaremos nas pessoas jurídicas de direito privado, que são associações, fundações, organizações religiosas, partidos políticos, empresas individuais de responsabilidade limitada e por maior complexidade as sociedades.

2.1. OS TIPOS SOCIEDADE

Em direito são admitidas varias formas de sociedades, de maneira tal que podem ser classificadas em diversos tipos. E para constatar tal veracidade a própria obra de Rubens Requião (2008, p.375), traz classificadas as sociedades seguindo vários critérios, tais como:

A responsabilidade dos sócios: em sociedades limitadas, quando o contrato social restringe a responsabilidade dos sócios ao valor de suas contribuições ou à soma do capital social (sociedades por cotas de responsabilidade limitada e sociedades anônimas); sociedades ilimitadas, quando todos os sócios assumem responsabilidade ilimitada e solidária relativamente às obrigações sociais (sociedade em nome

coletivo, sociedades irregulares, sociedades de fato e sociedades fáticas); e sociedades mistas, quando o contrato social conjuga a responsabilidade ilimitada e solidária de alguns sócios com a responsabilidade limitada de outros (sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedades de capital e indústria e sociedades em conta de participação).

Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2010, p.119) que legalmente demonstra em sua brilhante obra as formas de sociedade: O Código Civil de 2002 dá tratamento unitário a toda matéria societária, inserindo-a no título II do Livro II da Parte Especial. Começa por conceituar sociedade e segue com disposições gerais sobre os diversos tipos.

É importante frisar, o que determina o Código Civil de 2002, em seu artigo 981, sobre o assunto em tela: Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si dos resultados.

Mais uma vez citando as riquíssimas observações de Rubens Requião (2008, p.379), para tal aduz que “a palavra sociedade deve ser compreendida como designando a reunião de pessoas com fim econômico. Podem ser elas civis ou comerciais, conforme destinadas a prática de atos civis ou de empresa.”

De acordo com o que se apresenta diante dos entendimentos trazidos, Alfredo de Assis Gonçalves (2010, p.126) coopera com uma respeitosa observação, no sentido que:

O código Civil de 2002 eliminou a dicotomia de tratamento e, portanto, a distinção que havia entre sociedade civil e sociedade comercial. Apesar disso, o artigo 982 cria uma nova distinção quanto ao objeto: são empresárias as sociedades que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro: são simples as demais.

Por conseguinte, Amador Paes de Almeida (2004, p.63) nos apresenta em sua obra as tipologia das sociedades empresárias, sendo elas: de pessoas (em comandita simples, em nome coletivo, em conta de participação); de capital (em comandita por ações, sociedade anônima) e mista (de responsabilidade limitada).

Assim sendo, Fabio Ulhoa Coelho, afirma que atualmente “São cinco os tipos de sociedades empresárias: nome coletivo, comandita simples, comandita por ações, anônima e limitada”.(2010, p.23), e ainda, nos mostra alguns dados relacionados às criações dos tipos de sociedades. Vejamos:

Dados estatísticos mostram que entre 2015 e 2016, as Juntas comerciais registram 2.799 sociedades limitadas, 25 sociedades anônimas e 5.510 sociedades empresárias de outros tipos (comandita simples, comandita por ações, em nome comum). Por tanto, podemos observar qual tamanha importância relevante e econômica tem as sociedades anônimas e limitadas, de forma que e as outras, não tiveram o mesmo desempenho da evolução da nova economia e para tanto se tornaram inadequados os seus regulamentos, e geralmente, estas são constituídas apenas para atividades de importância secundária, ilícitas.

Assim sendo, destarte o que já fora citado, verificando a legislação vigente, legalmente, o artigo 966 do Código Civil de 2002 em seu parágrafo único, cogitam também sobre as sociedades simples, aquelas que se constituem para abranger atividade de profissão intelectual, estabelecidas como atividades científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. A cooperativa é um tipo de sociedade que se enquadra na condição de sociedade simples contido no artigo 982, único.

A vista disso, o Código Civil de 2002, estabeleceu que a sociedade obtém personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos. (Art. 45 e 1.150 do Código Civil). Vejamos:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Desta forma, Sergio Campinho ressalva(2009, p.71), em sua obra que:

A sociedade empresária passa a desfrutar da personalidade jurídica com o arquivamento de seus atos constitutivos (contrato social ou estatuto) na Junta Comercial; a simples, com a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Começa, a partir do registro, a existência legal da sociedade, como pessoa jurídica de direito privado”.

Sendo desta forma as observações nas lições de Amador Paes de Almeida (2004, p. 29), sobre o entendimento da sociedade empresária, como: A sociedade empresária é a sociedade regular e de direito que se constitui em pessoa jurídica e, por isso mesmo, sujeito de direito. É a sociedade personalizada, que não se confunde com as pessoas de seus sócios.

3. PERSONALIDADE JURÍDICA

De acordo como já demonstrado com base na literatura, as pessoas jurídicas são frutos dos asseios da criação humana, substanciada na livre iniciativa, efetuando a consolidação da atividade multipessoal, que origina-se nas inquietudes e desenvolvimento humano e das sociedades.

Dessa maneira, adiciona-se, exemplarmente, contribuindo com suas palavras Marlon Tomazette (2009, p.231) da seguinte forma:

A fim de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas produtivas e, conseqüentemente, aumentar a arrecadação de tributos, produzindo empregos e incrementando o desenvolvimento econômico e social das comunidades, era necessário encontrar uma forma de limitação dos riscos nas atividades econômicas. Para tanto, encaixou-se perfeitamente o instituto da pessoa jurídica ou, mais exatamente, a criação de sociedades personificadas.

No entendimento de Alfredo Assis Gonçalves Neto (2010, p.137) afirma que “ As sociedades empresárias são sempre personalizadas, ou seja, são pessoas distintas dos sócios, titularizam seus próprios direitos e obrigações.

Legalmente, disciplina o artigo 985 do Código Civil, como podemos ver a seguir, vejamos: Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

Depois de constituída as pessoas jurídicas, legalmente, podemos observar as colocações de Rubens Requião (2008, p.386) sobre o assunto:

Formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade.

Como demonstra Rubens Requião (2008, p.389) em sua obra que “o direito brasileiro reconheceu ampla personalidade às sociedades, quer civis, quer comerciais.”

Desta forma Amador Paes de Almeida (2001, p.179) salienta em sua obra: Não tendo vida natural, mas apenas jurídica, embora sujeito de direito, com patrimônio próprio, atua a pessoa jurídica no mundo dos negócios por intermédio de seus sócios-gerentes (se constituída sob a forma de sociedades de pessoas), ou de diretores-presidentes (se sociedades de capital)

Em sua obra, Amador Paes de Almeida (2004, p.28), conceitua a personalidade jurídica da sociedade como:

Atributo próprio dos entes coletivos a que o direito reconhece existência distinta dos seus membros. Com a ulitimação de seus atos constitutivos e a respectiva inscrição na junta comercial, a sociedade investe-se de personalidade jurídica, adquirindo patrimônio e existência próprios e distintos dos seus sócios, podendo exercer seus direitos (em juízo ou fora dele) e assumir obrigações

Conforme o entendimento Amador Paes de Almeida (2001, p.179), mais uma vez contribuindo bem observa que: Não tendo vida natural, mas apenas jurídica, embora sujeito de direito, com patrimônio próprio, atua a pessoa jurídica no mundo dos negócios por intermédio de seus sócios-gerentes (se constituída sob a forma de sociedades de pessoas), ou de diretores-presidentes (se sociedades de capital)

Desta forma Francisco Amaral (2003,p.140) descreve a personalidade como uma qualidade inerente da pessoa, seja ela física (natural) ou jurídica, conceituando assim em sua obra que "a personalidade é, sob o ponto de vista jurídico, o conjunto de princípios e regras que protegem a pessoa em todos os seus aspectos e manifestações".

3.1. EFEITOS PRÁTICOS DA PERSONIFICAÇÃO

É desta maneira que a personalidade pode modificar a pessoa jurídica titular de direitos e de obrigações, tendo este participação efetiva no ordenamento jurídico, autônomo e responsável pela prática de seus atos, assim, como legalmente o Código de Processo Civil, nos legitima, como se pode verificar a seguir: Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro excutido os bens da sociedade.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho (2003, p.283) o processo de personificação resulta em vários efeitos práticos, os quais podem ser citados:

Com a constituição da pessoa jurídica forma-se um novo centro de direitos e deveres, dotado de capacidade de direito e de fato, e de capacidade judicial;

- a) esse centro de direitos passa a ser autônomo em relação às pessoas naturais que o constituem;
- b) o destino econômico desse centro é distinto do destino econômico dos seus membros participantes;
- c) a autonomia patrimonial da pessoa jurídica faz com que não se confundam o patrimônio desta com o de seus membros;

- d) as relações jurídicas da pessoa jurídica são independentes das de seus membros, existindo a possibilidade de se firmarem relações jurídicas entre a pessoa jurídica e um ou mais de seus membros;
- e) a responsabilidade civil da pessoa jurídica é independente da responsabilidade de seus membros;

Para o grande mestre Rubens Requião (2008, p.397) quando o ente adquire personalidade jurídica, varias são as consequências que surgem à sociedade comercial. Podemos relaciona-los abaixo para maior compreensão:

- 1ª) Considerar-se a sociedade uma pessoa, isto é, um sujeito “ capaz de direito e obrigações”. Pode estar em juízo por si, contrata e se obriga. “A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador”. É o dispositivo do artigo 1.022 do Código Civil, estabelecendo legitimidade contratual, a responsabilidade patrimonial, e a legitimidade processual da sociedade personificada.
- 2ª) Tendo a sociedade, como pessoa jurídica, individualidade própria, os sócios que a constituírem com ela, não se confundem, não adquirindo por isso, a qualidade de comerciantes. (Na reforma da lei das sociedades comerciais, verificada em 1966, na França, nas sociedades em nome coletivo, todos os sócios adquiriram a qualidade de comerciantes; em nosso direito, não, tanto que não serão considerados falidos, se for decretada a falência da sociedade).
- 3ª) A sociedade como personalidade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio é seu, e esse patrimônio, seja qual for o tipo da sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo.
- 4ª) A sociedade tem a possibilidade de modificar a sua estrutura, quer jurídica, com a modificação do contrato adotando outro tipo de sociedade, quer econômica, com a retirada ou ingresso de novos sócios, ou simples substituição de pessoas, pela sessão ou transferência de parte do capital.

Os renomados, Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p.150) trazem em sua obra esclarecimento maiores sobre a personificação dizendo que:

Em verdade, com a personificação da sociedade, o resultado prático que se busca é justamente a separação do patrimônio dos sócios em relação ao patrimônio das sociedades, pois os sócios contribuem para os fundos sociais com parcelas de seus patrimônios. Transfere-se para a sociedade, que passa a ser dela titular, resultando aos sócios o direito à participação nos lucros sociais, se houver, e também sobre o acervo social líquido quando da extinção da sociedade.

Para o doutrinador de direito empresarial Fabio Ulhoa Coelho (2010, p.16) tem determinado sobre a personalização da seguinte forma: “Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário.

3.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

O princípio da autonomia patrimonial surge após legalmente constituída as pessoas jurídicas, isto é, estabelecidas todas as formalidades jurídicas exigidas no ordenamento jurídico, estas obtém personalidade jurídica distintas dos seus membros. Nesse sentido, Fabio Ulhoa Coelho, demonstra que (2010, p.16)“da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário ... “

Um efeito primordial e obrigacional da personificação é a separação patrimonial das pessoas jurídicas e sociedades, em geral, dos seus membros, e assim, personificada, rege-se pelo princípio da autonomia patrimonial, pelo qual o patrimônio da sociedade não se confunde com o dos seus sócios ou com o de outras empresas das quais estes participem.

Sendo assim para, Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p. 150), descreve em sua obra o seguinte: Veja-se, então, que as dívidas e os créditos dos sócios não se transformam em dívidas e créditos da sociedade, assim como as dívidas e os créditos da sociedade não se transmitem aos sócios. São pessoas - sociedade e sócios – distintas e independentes umas em relação às outras.

Segundo, Marlon Tomazette (2009, p.232) este descreve os atos como necessários, e cita que: Os atos praticados pela pessoa jurídica são, necessariamente, realizados pelas pessoas naturais que as constituem, que a representam, fazendo da personalidade jurídica, por vezes, um véu para encobrir atos ilícitos ou abuso de direitos.

Inconformado Marlon Tomazette (2009, p.232) declara: “Infelizmente, o uso adequado da pessoa jurídica por todos que gozam de tal privilégio é uma utopia”

Ainda assim, com todo esse aparato as sociedades comerciais foram instrumentos para realização de fraudes contra credores ou abusos de direito, sem possibilidade de correção desses ilícitos, mesmo sendo o princípio da autonomia patrimonial, originaria da personificação jurídica, em regra toda absoluta e rígida.

Mesmo que estas questões já são causas corriqueiras como podemos verificar tal situação com as palavras de Rubens Requião (2008, p.391)

[...] tendo em vista fraudes promovidas através da personalização de sociedades anônimas, seja em problemas de âmbito privado, seja em relações de direito público, se foi elaborando por construção jurisprudencial uma doutrina para coibir os abusos verificados. Surgiu assim, a doutrina do Disregardof Legal Entity no direito anglo-

saxão, espreado-se para o direito germânico depois repercutindo na literatura jurídica da Itália ...inevitável sua influência em nosso moderno direito societário

As pessoas envolvidas nas sociedades muitas das vezes vêm se utilizando da autonomia patrimonial atribuída a esse ente coletivo para praticar fraudes e abusos de direito, em detrimento de direitos de terceiros, desde o início da sua criação, por vezes, ou durante o seu funcionamento. A pessoa jurídica e o princípio da autonomia patrimonial a ela inerente foram, pouco a pouco, na maioria das vezes desviando-se da sua finalidade, mascarando uma atividade ilícita escondida por detrás de sua estrutura usando desta forma seu patrimônio para outros fins.

3.3 RESPONSABILIDADES DOS SÓCIOS

Destacamos na atual pesquisa a responsabilidade dos sócios para com terceiros, observações estas que não podemos esquecer, tendo em vista o tema proposto em presente estudo, pois as obrigações da sociedade ficam na responsabilidade dos sócios.

Por tanto, sobre a responsabilidade dos sócios, Fabio Ulhoa Coelho (2010, p. 28) nos apresenta a seguinte colocação:

Em razão da personalização das sociedades empresárias, os sócios, têm, pelas obrigações sociais, responsabilidade subsidiária. Isto é, não exaurindo o patrimônio social, não se pode cogitar do comprometimento do patrimônio do sócio para satisfação de dívida da sociedade. A solidariedade, no direito societário brasileiro, quando existe, verifica-se entre os sócios, pela formação do capital social, e nunca entre sócio e sociedade.

Conforme Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p.177)

Quando se fala em limitação da responsabilidade, faz-se referência à possibilidade ou não de os sócios virem a responder com seus próprios bens pelas dívidas da sociedade. Em se tratando de responsabilidade limitada, o limite está relacionado com o investimento ou com a promessa de investimento feito na própria sociedade. Se a responsabilidade for ilimitada, a responsabilidade do sócio não encontra referido limite.

Marlon Tomazette (2009, p.275) alega que “dentro desse critério, existem as sociedades ilimitadas, limitadas e mistas”.

Da mesma forma Fabio Ulhoa Coelho (2010,p.28) nos esclarece que “as sociedades se classificam, em razão do tipo de responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, em três

grupos: ilimitadas (nome coletivo), mistas (comanditas) e limitadas (sociedade limitada e autônoma).”

Ao estabelecer legalmente o fragmento, faz pertinente o disposto no artigo 990 e 1.052 do Código Civil, relacionados à responsabilidade ilimitada e limitada, respectivamente como se aduz:

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

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

De tamanha importância, e de acordo com Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p.177): São sociedades de responsabilidade ilimitada: sociedades em comum ou de fato e sociedade em nome coletivo; são sociedades de responsabilidade limitada: a sociedade anônima e a sociedade limitada; e por fim são sociedades mistas: sociedade em comandita simples e sociedade em comandita por ações.

Como pode se observar, Amador Paes de Almeida (2004, p.35), nos traz importantes colocações, como:

A responsabilidade dos sócios para com terceiros está intimamente ligada a uma série de fatores, dentre os quais cumpre destacar as espécies de sócios: a) solidários; b) de responsabilidade limitada. Os primeiros como o próprio nome deixa entrever, são de responsabilidade ilimitada e, por isso mesmo, respondem, ainda que subsidiariamente (art.1.024 do N. Código Civil), pelas dívidas da sociedade. Os segundos (sócios de responsabilidade limitada), uma vez integralizado sua quota-parte, constituído ou integralizado o capital social ,nenhuma responsabilidade tem, seja para com a sociedade, seja para com terceiros. Essa regra, contudo, não é absoluta, já que, na ocorrência de gestão fraudulenta ou violação à lei, responderá o sócio solidária e ilimitadamente.

Verificar-se que a pessoa jurídica obtém deveres e obrigações, nas quais adquirem com a sua existência legal, cada uma de acordo com suas peculiaridades, conforme sua constituição. Destarte, acompanhando a evolução da sociedade e suas necessidades, e para impedir e desestimular os membros societários a cometerem ilícitos e abusos no comando das pessoas jurídicas, o legislador, desenvolveu mecanismos legais para tal intimidação para quem os praticasse, dando origem o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

4. DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Dando sequencia ao presente estudo conforme tem se trazido e em tópico anteriores. Segue por tanto o presente estudo, verifica-se codificado no ordenamento jurídico vigente, em seu artigo 50 do Código Civil de 2002 o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, da seguinte maneira: 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.

Estabelecido legalmente, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XVII plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar vedando, consequentemente os interesses que insulte a ordem jurídica legal.

Consequentemente Amador Paes de Almeida (2001, p.182) nos apresenta em sua obra que “A pessoa jurídica, sob qualquer das forma admitidas em lei, são criadas para alcançar fins sociais necessariamente lícitos.”

Mas, para o renomado mestre Fabio Ulhoa Coelho (2010, p. 34) “ Em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra credores ou mesmo abuso de direito”.

Conforme as disposições legais vigentes depois de verificado e provadas o ato de ilicitude e abuso de direito no uso da personalidade jurídica, que é distinta de seus sócios, amparada na autonomia patrimonial, aplica-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

No grande cenário da jurisprudência nacional o presente instituto é largamente utilizado, e proveitosamente, reforça-se o que doutrinariamente se precípuo, ampliando o conhecimento e sua efetividade, como podemos observar na Jurisprudências, que se traz:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. TEMA SUSCITADO SOMENTE EM ACLARATÓRIOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM FALÊNCIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. EXERCÍCIO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE, EM VIRTUDE DE EVENTUAL PREVISÃO DE MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO PRÓPRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ALCANCE SOBRE BENS PRESENTES E FUTUROS.

1. Não se pode imputar omissão a acórdão que deixa de analisar tese que nem sequer constou nas razões do recurso que devolve a matéria à Segunda Instância. 2. Diante da inegável influência que um decreto de falência exerce na ordem social, bem como diante da necessidade de se fiscalizar a obediência ao pagamento preferencial de certas modalidades especiais de crédito disciplinadas pelo Poder Público, reconhece-se a legitimidade do Ministério Público para realizar pedido incidental, nos autos da falência, de desconsideração da personalidade jurídica e de indisponibilidade de bens dos envolvidos em ato tido como destinado a prejudicar credores da falida. 3. A existência de medida cautelar específica não impede o exercício do poder cautelar do juiz, embasado no artigo 798 do CPC. 4. Garantido o direito ao contraditório, ainda que diferido, não há falar em nulidade de decisão que desconsidera a personalidade jurídica, em autos de processo de falência, para, cautelarmente, alcançar bens de administradores que teriam agido com o intento de fraudar credores. 5. A indisponibilidade de bens, quando determinada com o objetivo de garantir o integral ressarcimento da parte lesada, alcança todos os bens, presentes e futuros, daquele acusado da prática de ato ímprobo. 6. Recurso especial desprovido e pedido cautelar indeferido. (REsp 1182620 / SP RECURSO ESPECIAL 2010/0037439-7) Relator(a) Ministro RAUL ARAÚJO (1143); Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA; Data do Julgamento 10/12/2013; Data da Publicação/Fonte; DJe 04/02/2014)

4.2. HISTÓRICO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Com um breve estudo sobre o presente tema vemos na obra de Fabio Ulhou Coelho (2010, pg. 50) o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, direito inglês foi o primeiro a ostentar norma jurídica cujo comando corresponde ao postulado pela teoria da desconsideração.

O surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, teve sua origem atribuída à evolução jurisprudencial ocorrida no Direito Anglo-Americano com dois fatos ocorridos anteriormente e consagrados pela doutrina como os primeiros casos de incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

1. *Statevs. Standard OilCo*, julgado pela Suprema Corte do Estado de Ohio, nos EE.UU, em 1892.
2. *Salomonvs. Salomon &Co*, julgado pela Câmara de Londres, em 1897, na Inglaterra.

Muito embora, originarem-se os primeiros casos da desconsideração da personalidade jurídica, na Inglaterra pouco foi dada a importância, nem mesmo a jurisprudência acolheu com veemência, o que somente aconteceu posteriormente com o desenvolvimento doutrinário nos Estados Unidos e nos países europeus. Nesse sentido, explica Fábio Ulhoa Coelho (2010, p.42), que a tese das decisões reformadas das instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina do *disregardof legal entity*, sobretudo nos Estados Unidos, onde se formou larga jurisprudência, espalhando-se mais atualmente na Alemanha e em outros países europeus.

Nesta mesma corrente Marlon Tomazette cita em sua obra, Foi a partir da jurisprudência anglo-saxônica que se desenvolveu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, sobretudo na jurisprudência norte-americana.”

Todavia, os casos vinham ocorrendo com mais frequência mais era feito pouco caso nas jurisprudências sobre a matéria nos Estados Unidos, o assunto somente se estabeleceu doutrinariamente a partir de década de 50, na Alemanha, com o estudo de Rolf Serick, professor da Faculdade de Direito de Heidelberg, que estudou os casos decididos anteriormente.

Para Rubens Requião (2008, p. 393) ao comentar Serick, esclarece que “O autor adota um conceito unitário de desconsideração, ligado a uma visão unitária da pessoa jurídica como ente dotado de essência pré-jurídica, que se contrapõe e eventualmente se sobrepõe ao valor específico de cada norma”. Para ele, Serick teve o cuidado de alertar que a teoria só poderia ser utilizada como exceção, para aqueles casos em que realmente se tenha comprovado a fraude ou o abuso de direito, ressaltando que o elemento intenção era de vital importância para caracterizar a aplicação da teoria e que a sua disseminação seria maléfica para a coletividade.

Somente depois de amplas discussões e evoluções sobre o assunto nos direitos Anglo-Saxões e em diversos países da Europa, os juristas da América do Sul passaram a analisar e tratar sobre o assunto.

Segundo os estudos de Marlon Tomazette (2009, p. 237) No Brasil, devemos dar destaque especial ao artigo de Rubens Requião, publicado em 1969, com o título Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica.

Nesta época o código civil de 1916 era vigente e tão importante salientar, que nessa época dos estudos de Rubens Requião sobre o assunto, era vigente Código Civil de 1916, e este por sua vez não trazia o preceito legal da desconsideração da personalidade jurídica, visto que fora elaborado no final do século XIX, época em que os tribunais da Europa ainda se deparavam com os primeiros casos de aplicação da teoria.

O professor Rubens Requião (2010, p.393) transcreveu as seguintes observações de Rolf Serik sobre o assunto:

A disregard doctrine aparece como algo mais do que um simples dispositivo do Direito americano de sociedade. É algo que aparece como consequência de uma expressão estrutural da sociedade. E, por isso, em qualquer país em que se apresente a separação incisiva entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, se coloca o problema de verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que essa radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito.

No direito civil brasileiro coube então a jurisprudência, o desenvolvimento e o aprofundamento da teoria. Uma vez comprovado o abuso de direito e a fraude no uso da personalidade jurídica, o magistrado brasileiro tem o direito de refletir, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar desconsiderando a personalidade jurídica, para, adentrando em sua estrutura, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos.

Com a criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990(Lei n. 8.078/90), foi que nasceu o primeiro dispositivo legal a respeito da matéria, no seu art. 28:

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

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Com as posteriores evoluções da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e legalmente positivada no Código de Defesa do Consumidor, por juristas brasileiros, no nosso Código Civil, de 2002, consagrou, em norma expressa, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

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.

Desta maneira surgiu a teoria positivada como uma solução para evitar o uso desvirtuado da pessoa jurídica, um instrumento para corrigir o rumo na sua utilização e atingir os responsáveis pelo desvio de finalidade que estaria a obter descrédito.

4.3. O DESENVOLVER DAS TEORIAS: MAIOR E MENOR

Com o instrumento da desconsideração da personalidade jurídica, abria-se grandes possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica com o intuito de se combater ilícitos praticados pelos seus sócios, surgem nesse cenário varias teorias sobre o assunto que citaremos a seguir.

Com relação ao tema exposto, não é demais reestabelecer o preceito que retiramos da obra de Marlon Tomazette (2009, p.239). Diante da possibilidade de se desvirtuar a função da personalidade jurídica é que surgiu a doutrina da desconsideração, a qual permite a superação da autonomia patrimonial, que, embora seja um importante princípio, não é um princípio absoluto.

Verificamos no direito brasileiro, de acordo com o que descreve Marlon Tomazette (2009) e Fabio Ulhoa Coelho (2003) que duas teorias se perpétua a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, tendo duas espécies distintas quanto às suas hipóteses.

A teoria maior, de corre do afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas quanto a caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto, caracterizando-se ser esta mais criteriosa e utilizada.

Na mesma reflexão temos a teoria menor, que informa que à desconsideração é usada na situação em que o credor demonstra a insatisfação com o seu crédito, diante de alguma sociedade, possibilitando, assim, a utilização desse instrumento de desconsideração da personalidade jurídica sempre que houver a inexistência de bens sociais e insolvência.

Assim se sintetiza Fábio Ulhoa Coelho (2003, p.35) as duas teorias: Há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho (2010, p.48) em obra mais recente nos apresenta outra vertente, mais atualizada sobre o entendimento da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na qual não mais faz a divisão em teoria maior e menor, conforme podemos ver abaixo: Cada vez mais, desde 1970, juízes e tribunais têm compreendido os exatos contornos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e só a aplica nas

hipóteses excepcionais em que é justificável o afastamento do princípio da autonomia patrimonial.

Destarte, mais uma vez no novo entendimento de Fabio Ulhoa Coelho (2010, p.48) que a chamada teoria menor não mais subsiste. E caso seja aplicada, consiste em incorreção quanto à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conforme podemos verificar:

Essa aplicação incorreta reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. Nela, adota-se, o pressuposto de que o simples desatendimento de crédito titularizado perante uma sociedade, em razão da insolvência ou falência desta, seria suficiente para a imputação de responsabilidade aos sócios ou acionistas.

Descreve-se ainda sobre o assunto o próprio Fabio Ulhoa Coelho (2010, p.49):

Em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de “teoria menor”, reservando à correta a expressão “teoria maior”. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de “maior” e “menor” mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados.

Desta forma para Marlon Tomazette (2009, p.242) que muito embora presente em sua obra as duas teorias, é visível sua indignação e não aceitação da teoria menor, assim como Fábio Ulhoa Coelho, observar-se:

Embora não aplicada a todos os ramos do direito, não vemos razoabilidade na aplicação dessa teoria menor. Tal teoria praticamente 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.

Uma reflexão sobre a teoria maior, que configura-se como a teoria aceita atualmente, observa-se na obra de Marlon Tomazette (2009, p.240) as seguintes ponderações:

Uma primeira vertente pode ser chamada de teoria maior subjetiva, na qual o pressuposto fundamental da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica, que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial.

A segunda vertente é a adoção dos pressupostos da teoria maior objetiva, entendendo que é a confusão patrimonial o requisito primordial da desconsideração.

Sobre o tema em questão, traz-se a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na qual pode-se observar aplicação da desconsideração com base na teoria maior :

Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. - A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica. - A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.- Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.(RESP 279273-TJSP ACORDÃO DJ 29/03/2009)

Observar-se, com estudos e leituras feitas anteriormente sobre esse tema que com a separação patrimonial dos bens de uma empresa pode muito bem surgir umas series de fraudes e de abusos.

Para tanto vamos encontrar a pessoa jurídica sendo usada de forma maliciosa, contraindo em seu nome inúmeras obrigações como: empréstimos, financiamentos, compras de bens, e quando já não dispõe mais bens disponíveis para pagar os credores, porque boa parte já foi desviada para o patrimônio dos sócios, declaram falência e então podemos perceber que os grandes prejudicados são apenas os credores que foram fraudados pela tal personalidade jurídica.

É importante lembrar que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento que coibi manipulações ou outros atos enganosos, pois com isso traz a tona bens e garantias, que os sócios tentam mascarar para fins ilícitos ou abusivos, de maneira que a personalidade jurídica não pode ser uma barreira para a busca da justiça.

4.4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Ao refletirmos a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, baseando-se nos pressupostos e responsabilização pessoal dos sócios podemos verificar o entendimento da doutrina, da forma que podemos demonstrar através dos teóricos.

Para tanto o renomado professor Fábio Ulhoa Coelho (2010, p.16), reafirmam que: Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade.

Para entanto, com nos demonstra Amador Paes de Almeida (2004, p.34) podemos observar o seguinte: Tais preceitos não são, contudo absolutos, já que, na ocorrência de violação à lei, ao contrato social ou ao estatuto, o sócio ou diretor (ainda que de responsabilidade limitada) responderá solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais

Anteriormente a 1919, no Brasil, os sócios eram obrigados a ter responsabilidade integral, solidaria ou subsidiaria, para responder com todo seu patrimônio pessoal pelas dívidas que eram praticados em nome da pessoa jurídica. Isso incluindo todos os tipos societários admitidos pelo ordenamento jurídico.

Para tal situação descrita acima surgiu então o decreto 3.708 de 10/01/1919, que trazia em seu texto positivado a Sociedade por Quotas de responsabilidade limitada, esta pela primeira vez, traz a regra da limitação da responsabilidade de cada sócio da sociedade ao total do valor subscrito a título de capital social.

Quanto a esse assunto, Rubens Requião (2008, p. 392) acrescenta em seu texto assim demonstrado:

Mesmo nos países em que se reconheceu a personalidade jurídica apenas às sociedades de capitais surgiu, não há muito, uma doutrina que visa, em certos casos, a desconsiderar a personalidade jurídica, isto é, não considerar os efeitos da personificação, para atingir a responsabilidade dos sócios. Não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torna-la ineficaz para determinados atos.

De conformidade com Fábio Ulhoa Coelho (2010, p.40)

Os pressupostos da desconsideração são a pertinência, a validade e a importância das regras que limitam ao montante investido, a responsabilidade dos sócios por

eventuais perdas nos insucessos da empresa, regras que, derivadas do princípio da autonomia patrimonial, servem de estimuladoras de exploração de atividades econômicas, com cálculo de risco.

Conforme verifica-se nas didáticas lições de Sergio Campinho, (2009, p.76) “a sociedade empresária, em razão de sua natureza de pessoa jurídica, isto é, de sujeito de direito autônomo em relação aos seus sócios, pode ser utilizada como instrumento na realização de fraude ou abuso de direito.”

Sendo assim Luciano Figueiredo (2013, p.04) pontua: É o princípio da autonomia patrimonial, da separação subjetiva entre a pessoa física e jurídica, que, por vezes, culmina por possibilitar o uso fraudulento (abusivo) da empresa como uma espécie de véu, cortina de fumaça, capaz de esconder a ilicitude de determinados atos e gerar a impunidade.

Por tanto Rubens Requião ao falar da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é permitir ao magistrado desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus membros, toda vez que surgir no caso concreto fraude e abuso de direito (“Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica”, São Paulo, RT, v. 410).

Já para Gilberto Gomes Bruschi (2009, p.31):

É fato inconteste que as sociedades têm personalidade jurídica distinta da de seus sócios. Entretanto, a partir do momento em que a personalidade jurídica é desvirtuada, para pôr cobro a situações antijurídicas praticadas pelos sócios ou acionistas, abusivamente, em prejuízo de terceiros, pode e deve ser desconsiderada sua personalidade jurídica, de forma a penetrá-la, responsabilizando os sócios que a compõem.

Sabemos que o instituto, foi incorporada no ordenamento positivo brasileiro, pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 28), Lei Antitruste (art. 18 da Lei. 8.884/94), Lei do Meio Ambiente (art. 4ª da Lei 8.078/90) e CC/02 (art 50). Entretanto, pertinente mostra-se, em especial, a regra contida no art. 50 do Código Civil/2002, cujo teor transcreve-se abaixo:

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.

Assim sendo Sergio Campinho (2009, p.82),descreve sobre a aplicação do instituto que deve inquirir de maneira minuciosa algumas condições, como se pode verificar em sua ilustríssima obra:

Somente se verificando a prova cabal e incontroversa da fraude ou do abuso do direito, perpetrado pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial é que se admite a sua aplicação, como forma de reprimir o uso indevido e abusivo da entidade jurídica, simples indícios e presunção de atos abusivos ou fraudulentos, ou ainda a simples incapacidade econômica da pessoa jurídica, por si sós, não autorizam a aplicação do instituto.

Entretanto Luciano L. Figueiredo (2013, p.04)

Em tais casos concretos haverá o magistrado, episódica e excepcionalmente, desconsiderar o princípio da autonomia patrimonial, ingerindo de forma direta no patrimônio dos sócios ou administradores que perpetraram a fraude, tenham agido em abuso de direito, com desvio de finalidade; ou, ainda, tenham o patrimônio confundido com o da sociedade empresária.

Ainda a respeito da desconsideração da personalidade jurídica Fabio Ulhoa Coelho (2010, p.45), demonstra menor rigor quando decretação de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, alegando que:

Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente ilícitos. A ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial.

Neste sentido Luciano L. Figueiredo (2013, p.04) também destaca a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, dizendo que “Há hipóteses em que a desconsideração do princípio da autonomia patrimonial decorrerá do simples inadimplemento da pessoa jurídica no cumprimento das obrigações sociais”.

Desta forma, afirmar-se que a desconsideração da personalidade jurídica, portanto, configura-se como um mecanismo de exceção, objetivando coibir a fraude, o desvio de finalidade, o abuso de direito e a confusão patrimonial.

Assim é o comportamento da jurisprudência a respeito do tema retratado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ADMISSIBILIDADE. 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 (artigo 50 do Código Civil de 2002). NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70030018519, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Angelo Maraninchi Giannakos, Julgado em 12/05/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ART. 50, DO CÓDIGO CIVIL. Para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessário o preenchimento de pelo menos um dos requisitos elencados pelo artigo

50 do Código Civil. No caso em tela, existem fortes elementos a demonstrar a existência de confusão patrimonial. Ademais, o encerramento irregular da sociedade também autoriza a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes desta Corte e do STJ. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70029330396, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Odone Sanguiné, Julgado em 17/04/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE NO CASO. Pode o juiz desconsiderar a personalidade jurídica da pessoa jurídica, estendendo aos sócios ou administradores a responsabilidade pelo adimplemento de suas obrigações, desde que caracterizado de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. No entanto, trata-se de medida excepcional que prescinde de prova cabal quanto à caracterização de uma das hipóteses do artigo 50 do CC. In casu, é possível o deferimento da desconsideração. RECURSO PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70028008498, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Luiz Renato Alves da Silva, Julgado em 23/12/2008)

RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DISREGARD DOCTRINE. A desconsideração da pessoa jurídica é medida que exige o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, requisitos estes aliados à flagrante injustiça. No caso em tela, os elementos carreados não são suficientes para a caracterização da disregard doctrine. Negado seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70058561325, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 24/04/2014)

Diante dessa realidade como bem mencionado por Luciano L. Figueiredo (2013,p.05) que pondera sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica que se faz: Imperioso gizar que o escopo da desconsideração não se consubstancia na negação ao princípio da autonomia, tampouco a extinção da pessoa jurídica; trata-se, em verdade, de instrumento de coibição de abusos, preservando-se, entretanto, a separação subjetiva havida entre os sócios/administradores e a sociedade empresária.

4.5. DIREITO BRASILEIRO E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Destarte anteriormente citado, sobre o histórico da desconsideração da personalidade jurídica, que a mesma iniciou-se no direito anglo-saxão, tomou corpo nas jurisprudências norte-americanas, disseminando-se por fim na Alemanha e toda a Europa e por fim na América Latina.

Seguindo esse pensamento como pode-se verificar nas palavras de Rubens Requião, (2008, p.393):

[...] a tese das decisões reformadas das instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina do disregard of legal entity, sobretudo nos Estados Unidos, onde se

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

Marlon Tomazette (2009, p.237) ensina que por ser do seu interesse podemos verificar que “No Brasil, devemos dar destaque especial ao artigo de Rubens Requião, publicado em 1969, com o título Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica.

Observa-se, portanto, que, no Brasil, o professor Rubens Requião foi o primeiro a tratar do assunto, uma vez que no final do século XIX foi positivado o Código Civil de 1916, porém este ainda nada fazia menção sobre a matéria uma vez que os tribunais da Europa ainda se deparavam com os primeiros casos de aplicação da teoria, portanto o código civil nada sobre isso legalizou.

Por tanto, a introdução bem estruturada da teoria da teoria da desconsideração da pessoa jurídica se deu em tempos remotos, assim permanecendo presente apenas de forma jurisprudencial e doutrinal.

De acordo com professores renomados como Marcelo M. Bertoldo e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p.151) O primeiro diploma legal brasileiro a acolher essa teoria foi o Código de defesa do Consumidor (Lei 8078/90), que em seu artigo 28 estabelece: Art. 28 CDC- “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.

Tal afirmação é corroborada por, Amador Paes de Almeida (2001, p.186) que destaca em sua obra: “Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078, de 11-09-1990), em vigor a partir de 11 de março de 1991, foi então, pela primeira vez na legislação civil, proclamada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade ...”

Podemos observar sua ocorrência, de forma jurisprudencial, como se segue:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da

desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exigese, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - 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 patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos. STJ - REsp: 279273 SP 2000/0097184-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 04/12/2003, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/03/2004 p. 230RDR vol. 29 p. 356)

Marlon Tomazette (2009, p.250) sobre o pioneirismo do Código de Defesa do Consumidor, assevera:

A introdução da teoria da desconsideração no direito positivo brasileiro é atribuída ao artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual, todavia, se afastou dos pressupostos da desconsideração, e desvirtuou a teoria, consagrando hipóteses diversas sob a mesma rubrica.

Trata-se de dispositivo aplicável exclusivamente às relações de consumo, não havendo que se cogitar de sua aplicação extensiva, a menos que se afigurem presentes os elementos de uma eventual aplicação analógica. Há que se ressaltar que em relação às infrações à ordem econômica e ao meio ambiente há uma legislação própria que reproduz o CDC, não se devendo falar em aplicação analógica.

Amador Paes de Almeida (2001, p.186), nos ensina da seguinte forma: A legislação mencionada, como se percebe, equipara, para os fins a que se propõe, o abuso de direito, o excesso de poder, a violação da lei, do contrato social ou do estatuto, ao ato ilícito, impondo a responsabilidade pessoal dos sócios sempre que, em decorrência de tais fatos, haja prejuízo do consumidor.

Fábio Ulhoa Coelho (2010, p.52) também destaca tais considerações relevantes sobre o início legal da teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

No direito brasileiro, o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração de personalidade jurídica é o Código de Defesa do Consumidor no art. 28. Contudo, tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores, encontram-se hipóteses caracterizadores de responsabilização de administradores que não pressupõem nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto de lei e a doutrina nenhum proveito traz à tutela dos consumidores, ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos.

Pois assim sendo, Marlon Tomazette (2009, p.251) conclui da seguinte forma as críticas à redação do CDC com relação a teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

Tais hipóteses não correspondem efetivamente à desconsideração, pois se trata de questão de haver imputação pessoal dos sócios ou administradores, não sendo necessário cogitar-se de desconsideração. A inclusão de tais hipóteses é completamente desnecessária pois, muito antes do CDC, já existiam dispositivos para coibir tais práticas, como os artigos 10 e 16 do Decreto 3.708/19, 117 e 158 da Lei 6.404/76 e 159 do Código Civil de 1916, que tratavam da responsabilidade pessoal dos sócios ou administradores.

O segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração foi o artigo 18 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), no entanto, atualmente o mesmo encontra-se revogado pela Lei 12.529/2011, artigo 34, conforme podemos verificar a seguir, vejamos:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

No entender de Fabio Ulhoa Coelho (2010, p 54) com relação a este segundo dispositivo bem observa:

Em duas oportunidades, poderá verificar-se a desconsideração da personalidade jurídica na tutela das estruturas livres de mercado: na configuração de infração da ordem econômica e na aplicação da sanção. Na hipótese de conduta infracional, a autonomia das pessoas jurídicas não pode servir de obstáculo. No tocante à aplicação da sanção, exemplifique se com a hipótese da proibição de licitar.

Na mesma linha Marcelo M. Bertoldo e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p.152) ensina que “a desconsideração será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

Desta maneira, Marcelo M. Bertoldo e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p.152) considera que “repisem-se as críticas feitas ao art.28 do CDC”, este segundo dispositivo deixa a desejar com relação a teoria originária da desconsideração.

A terceira referência à teoria da desconsideração, que dispõe sobre a responsabilidade por lesão ao meio ambiente. Encontra-se no artigo 4º da Lei 9.605/98, Como podemos verificar: Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Segundo a obra de Marcelo M. Bertoldo e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p.152), este dispositivo expõe que “agora de maneira convergente com a teoria da desconsideração, determina que agora poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”

Para Fabio Ulhoa Coelho (2010, p.55) este dispositivo afirma que “Desta feita, não cabe criticar o legislador por confundir a desconsideração com outras figuras do direito societário, impropriedade em que ocorreu ao editar o CDC e a Lei Antitruste.”

Na visão de Marlon Tomazette (2009, p.257) que diz: Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Portanto, poderão ser estendidas, aos sócios ou administradores, obrigações que tocam à pessoa jurídica.

Este quarto dispositivo, não pode ser considerado como menos importante, muito pelo contrário, encontra-se no direito do trabalho, no artigo 2º, § 2º da CLT.

Nesta mesma linha afirma Marlon Tomazette (2009, p.259) que alguns autores incluem a CLT como a primeira norma que positivou a desconsideração da personalidade jurídica.

De acordo com Amador Paes de Almeida (2001, p.187) segundo sua obra demonstra que:

A natureza protecionista do direito do trabalho e a desvinculação do empregado da pessoa física ou jurídica do empregador, com a sua vinculação à empresa,

independente das alterações na estrutura jurídica desta, foram fatores preponderantes para a ampla acolhida, pela Justiça do Trabalho, da disregard doctrine, pioneiramente proclamada.

Porém para Marlon Tomazette (2009, p.260) “O artigo 2º § 2º excepciona a autonomia resultante da formação de grupos empresariais, determinando a solidariedade das várias integrantes do grupo, sem cogitar do abuso ou da fraude.”

Acrescenta Amador Paes de Almeida (2001, p.187) que: Facilmente se constata a proclamação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito do trabalho, e que vem, de forma inequívoca, ampliar as garantias do trabalho, em face, sobretudo, do uso indevido das sociedades personalizadas.

Em sua obra Amador Paes de Almeida (2001, p.189) atesta assim sobre o direito do trabalho:

No direito do trabalho a teoria da desconsideração da pessoa jurídica tem sido aplicada pelos juízes de forma ampla, tanto nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, como em casos de violação da lei ou do contrato, ou, ainda, na ocorrência de meios fraudulentos, e, inclusive, na hipótese, não rara, de insuficiência de bens da empresa.

Por último, Marlon Tomazette (2009, p.260) descreve finalizando que “a orientação majoritária na jurisprudência trabalhista é a de aplicação da desconsideração, independentemente de qualquer prova de abuso da personalidade jurídica”.

Não podemos deixar de mencionar o quinto dispositivo a contemplar a desconsideração da personalidade jurídica que é o Código Tributário Nacional em seu artigos 134 ao 138 .

O CTN dispõe no seu artigo 135,III que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Para reforçar o entendimento do tema Marlon Tomazette (2009, p.264)também se posiciona a respeito da relação entre a desconsideração da personalidade jurídica e o direito

tributário, pode-se observar que “a desconsideração pode sim ser invocada no âmbito do direito tributário, para responsabilizar os sócios ou administradores pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica”.

Assim sendo de acordo com Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p.257) “com a edição do Código Civil de 2002, ampliou-se o espectro de posituação da desconsideração da personalidade jurídica, passando não apenas a figurar em situações específicas, mas em todas as relações jurídicas indistintamente” nos seguintes termos:

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.

Neste mesmo sentido Marlon Tomazette (2009,pág 259) afirma com suas palavras:

Não se trata, em verdade, de uma inovação, pois a aplicação da desconsideração independe de fundamento legal, e já podia ser aplicada com os mesmos contornos. Todavia, nossa tradição, extremamente ligada ao direito escrito, impõe o acolhimento da teoria da desconsideração pelo direito positivo, facilitando sua aplicação, tendo em vista a existência de um fundamento legal explícito. Portanto, a posituação da teoria em tais termos mostra-se extremamente interessante, para se reconhecer a relativização da personalidade jurídica.

Porém, no entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2010, p.56) que defende “o código civil não contempla nenhum dispositivo com específica referência à desconsideração da personalidade jurídica, porém, uma norma destinada a atender às mesmas preocupações que norteavam a elaboração da disregard doctrine.

Bem explica a situação Fábio Ulhoa Coelho (2010, p.56): Apesar dos equívocos na redação dos dispositivos legais, a melhor interpretação destes é a que prestigia a formulação doutrinária da teoria da desconsideração, ou seja, eles somente admitem a superação do princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária como forma de coibição de fraudes ou abusos de direito.

Nesse sentido Fábio Ulhoa Coelho (2010, p.56) adiciona e conclui sobre a desconsideração no ordenamento jurídico e sua aplicação prática da seguinte forma:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal. Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se reportam ao tema (Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste ou CDC), está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor. Por outro lado, nas situações abrangidas pelo art. 50 do CC e pelos dispositivos que fazem referência à desconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação doutrinária da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais. A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica.

5.DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como bem mencionado e estudado no capítulo anterior que trata da desconsideração da personalidade jurídica, podemos renomear como, desconsideração tradicional, que se positivou através do artigo 50 do Código Civil de 2002 .

Faremos agora uma breve leitura sobre o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica, com tamanha importância quanto para a forma da desconsideração tradicional.

Percebemos a tal importância nessa situação peculiar, que acordo com a Ministra Nancy Andrighi conforme bem afirma em (Recurso especial Nº 948.117 - MS (2007/0045262-5) do STJ, onde foi a relatora, aplica-se a desconsideração inversa da personalidade jurídica fazendo uma interpretação teleológica do artigo 50 do Código Civil de 2002, como transcreve-se a seguir

A interpretação literal do art. 50 do CC/02, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer. Há de se realizar uma exegese teleológica, finalística desse dispositivo, perquirindo os reais objetivos vislumbrados pelo legislador.

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

5.1 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA VERSUS A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA TRADICIONAL.UMA BREVE NOÇÃO.

Seguindo a mesma linha de desenvolvimento do tema, observa-se tamanha importância de trazer novamente alguns preceitos já abordados, e que se aplicam quanto à modalidade inversa da mesma forma que se aplica na desconsideração da personalidade jurídica tradicional, como demonstraremos em resumo.

Amador Paes de Almeida (2004, p.28), leciona a respeito da personalidade jurídica da sociedade como:

Atributo próprio dos entes coletivos a que o direito reconhece existência distinta dos seus membros. Com a realização de seus atos constitutivos e a respectiva inscrição na junta comercial, a sociedade investe-se de personalidade jurídica, adquirindo patrimônio e existência próprios e distintos dos seus sócios, podendo exercer seus direitos (em juízo ou fora dele) e assumir obrigações

Sendo assim Marlon Tomazette (2009, p.229), descreve sobre a autonomia patrimonial, um aspecto importante a observar:

A mais importante consequência da personificação de uma sociedade é a autonomia patrimonial, isto é, a existência de um patrimônio próprio, o qual responde pelas obrigações da sociedade. A autonomia significa que as obrigações (créditos e débitos) da pessoa jurídica não se confundem com as obrigações (créditos e débitos) dos sócios, não havendo que se falar em compensação.

Sendo assim bem explica a situação Amador Paes de Almeida (2001, p.191) como podemos observar a seguir englobando também o art 50 do CC:

Personificadas as sociedades, e por conseguinte, gozando de autonomia patrimonial, não são elas, entretanto, intocáveis, onipotentes, a ponto de se transformarem em escudos para negócios alheios ao objeto social, acobertando o patrimônio particular de seus respectivos sócios.

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.

6 O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Adentrando no assunto do tema, relevante observação que a partir do art. 133 do Novo Código de Processo Civil declara que: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”. Deixando bastante claro que não poderá mais a questão ser suscitada pelo magistrado utilizando o instrumento de ofício.

Entretanto sobre essa questão, Flávio Tartuce em seus escritos proclama que poderá sim ter a possibilidade de ser analisada a desconsideração da pessoa jurídica “exofficio”, isso nos casos envolvendo consumidores ou nas situações de danos ambientais. Contudo é necessário termos cautela quanto a questão suscitada pelo autor, como a jurisprudência entenderá essa atitude.

O importante é a observação dos pressupostos previsto em lei o §1º do art. 133. O § 2º abarca no seu interior a desconsideração da personalidade jurídica inversa nas questões processuais. O novo CPC diz que o incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134), a instauração do incidente deverá ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas (art. 134, §1º).

Para Flávio Tartuce (2016, p.60) dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida já na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica (art. 134, §2º). Para ele o atual código cita apenas os sócios e pessoas jurídicas mais é possível se fazer uma interpretação extensiva para incluir também os administradores, considerando a omissão do dispositivo.

Se caso a desconsideração for pedida na inicial o processo não será suspenso como na hipótese do §2º já concernente ao art. 134, §3º, disciplina que o incidente suspenderá o processo. É necessário demonstrar o total preenchimento dos pressupostos legais específicos para que aconteça a desconsideração da personalidade jurídica tal qual o §4º do art. 134 fazendo assim uma breve relação ao que já previsto no §1º (regras materiais). O requerente tem que ter uma boa argumentação, pois a ele cabe o ônus da prova para embasar o pedido de desconsideração, o que gerará um completo contraditório e o respeito à ampla defesa. Logo poderá também acontecer a inépcia da petição se a especificação dos pressupostos legais não forem suficiente para a desconsideração. (art. 330, §1ºI, do CPC).

Em seguida instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica o citado deverá se manifestar e dentro de 15 (quinze) dias cabíveis poderá requerer provas. (art. 135). Assim sendo, a pessoa jurídica ou os administradores dependendo da interpretação extensiva serão as partes participantes neste incidente. Segundo Fredie Didier (2016, pg 123.) é possível se aplicar ao incidente de desconsideração o regime de tutela provisória de urgência, o que permitirá uma maior celeridade aos efeitos da desconsideração, é necessário que todos os pressupostos gerais da tutela de urgência sejam preenchidos.

A natureza jurídica da decisão do incidente encontra-se no art. 136, caput, é decisiva e será proferida a decisão de forma interlocutória. E caberá agravo de instrumento art. 1.015, IV. Agora se na hipótese da decisão ser proferida pelo relator, caberá o agravo interno. Art. 136, parágrafo único.

Para o autor Fredie Didier Jr. (2016, pg.39) se a decisão resolve o pedido, o mesmo é considerada de mérito, apta, portanto, à coisa julgada e à ação rescisória. É importante trazer a baila que o ultimo dispositivo trazido no Novo CPC prevê que: “Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente” (art. 137).

Outros dispositivos também correlatos no Novo Código Civil também trazem em seu contexto leituras interessante sobre o incidente da desconsideração da personalidade jurídica. (art. 792: específica os casos de alienação/oneração considerada fraude à execução; art. 795, §4º: “Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”; art. 1.062: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais”).

7- O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório e ampla defesa é eminentemente processual e tem sido tratado como a própria razão de ser do processo, gerando o status em decorrência de que o direito apresenta como essencial, possibilitando uma pretensão resistida. Por assegurar a contrariedade, o princípio do contraditório e ampla defesa, não é mera criação doutrinária, mas decorrência da própria natureza do direito, na medida em que, onde não há liberdade, não há direito.

Sobre o presente tema, Helena de Toledo Coelho Gonçalves, (2010, p 30) nos ensina:

O desejo de liberdade e igualdade no contexto da insatisfação popular com os abusos cometidos pela nobreza aliada ao clero engendrou as revoluções burguesas na Europa do século XVIII, que culminaram com a Revolução Francesa de 1789. Paralelamente ao desenvolvimento das idéias libertárias, eclodiu o movimento constitucionalista, que tomou corpo na constituição americana. O núcleo desse processo foi a noção de democracia articulada com a idéia jusnaturalista de que existem limites ao poder de legislar. Eis aí o início do que veio a ser chamado Estado de Direito, mais tarde Estado Democrático de Direito.

Podemos perceber que nos dias atuais, já não se admite abuso de poder que restrinja direitos já declarados nas Constituições, princípio da irreversibilidade dos direitos humanos. Portanto os princípios do contraditório e ampla defesa situam-se nesse contexto, sendo ele declaradamente como um de direito fundamental, porque visa a garantia da liberdade, da propriedade e da dignidade da pessoa.

Helena de Toledo Coelho Gonçalves, (2010, p.26) sobre o desenvolvimento do princípio assim menciona:

O contraditório e ampla defesa, enquanto princípio constitucional, desenvolveu-se como doutrina, paralelamente ao constitucionalismo, que tratou de assegurar direitos e garantias individuais. À época da consolidação do direito moderno, *pari passu* com a consolidação do Estado moderno, os direitos eram tidos sob uma ótica individualista, pois as revoluções burguesas investiram contra os privilégios da nobreza e contra o absolutismo, desde a Magna Carta, imposição dos barões ao rei João Sem Terra, até as Revoluções Americana e Francesa. Daí que não se pode dissociar contraditório, com conotação mais formal, de ampla defesa, cuja conotação é mais material.

7.1 DO CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA

Com o princípio do contraditório o juiz deve ouvir as partes antes de tomar qualquer decisão. Somente desta maneira estará permitindo oportunidades iguais às partes de acesso à Justiça, para que estas venham exercer a defesa de seus direitos em todas as fases do processo.

De sua origem, são discutidas diversas concepções, para a doutrina o contraditório surgiu na era da Antiguidade Grega, sendo comparado a um símbolo de direito natural, imanente ao processo. Para outros, o contraditório tem origem austríaca, considerado como princípio da audiência do cidadão interessado, compreendido como contraditório dos destinatários do provimento.

O princípio do contraditório encontrou sua valorização no processo civil determinado de forma justa a decisão judicial, deixando claro sua importância de necessidade da participação das partes nas questões de fato e de direito. Nos dias atuais ou contemporâneo o contraditório é uma maneira mais ampla e efetiva, pois promove a participação positiva da parte em todas as fases do processo, abrangendo em todos os aspectos, principalmente quanto a pedidos da outra parte.

Podemos dizer que o princípio do contraditório teve seu início no ano 1824 com a primeira Constituição do Brasil, e tinha como a finalidade de construir um país juridicamente independente, mas nesta mesma época o presente princípio não tinha tanta eficácia, esta veio configurar-se apenas com a Carta de 1946 os direitos e garantias individuais quando tiveram uma atenção especial, determinando a ampliação das garantias processuais constitucionais, dando ao cidadão o acesso a justiça, logo em seguida surgiu o princípio da inafastabilidade de controle judiciário que apenas veio com uma ponte para a afirmação do contraditório. Ainda nessa mesma época no ano de 1967 após o Golpe de Estado, o princípio do contraditório era apenas garantido no processo penal, já nos demais processos civil e administrativo, quem se encarregava de interpretar era doutrina.

Com a extinção e rompimento da ditadura, foi consolidada a Constituição Cidadã de 1988, positivando definitivamente em seu corpo os princípios do contraditório e da ampla defesa, dando e protegendo o cidadão brasileiro o direito de acesso à justiça. Desse maneira tornando-se como um status constitucional, passou a ser garantido em qualquer tipo de processo, processuais ou administrativos. Com todo esse reconhecimento e aplicação imediata do contraditório, foi assegurada fundamentalmente uma participação democrática das partes, influenciando definitivamente nas decisões judiciais.

Nesse sentido Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p.187) frisa a importância do contraditório quanto a sua participação democrática dentro de uma sociedade: “Sendo requisito essencial do processo justo, o contraditório “integra a vida social e se realiza plenamente na sociedade”, permitindo que as questões da sociedade se resolvam como expressão participativa de um povo livre.”

Desta forma, diante de um processo, todas as partes estão sendo assegurados o direito de expor e defender seus motivos na mesma forma que a outra parte, tendo a garantia de um

processo justo, pois o contraditório proporciona a mesma oportunidade de ganho do processo uma vez que ninguém deve estar em desvantagem com relação a outra.

8. PREVISÃO LEGAL

Como já citado acima o contraditório juntamente com a ampla defesa, antes de 1988, era somente aplicado ao processo penal. Com a Constituição Federal de 1988, estes princípios passaram a ter um tratamento legislativo mais adequado, e no processo passaram a ser fundamental, expandindo as garantias constitucionais.

Afirmar-se que cada parte tem uma pretensão oposta no processo, e nos mostra claramente a necessidade do contraditório, com garantia de uma participação igualitária.

Aroldo Plínio Gonçalves(1992, p. 121) assim aduz:

O contraditório não é, por isso, a “mera participação no processo”. Essa era a idéia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. Participação no processo têm todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam “sujeitos dos atos processuais”. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve “entre as partes”, porque a disputa se passa entre elas, elas são detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento.

A ampla defesa e o contraditório estão ligados, estabelecido no artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988, uma vez, porque a defesa se realiza por meio do contraditório, buscando assim ser garantidos aos cidadãos tanto no processo judicial, no administrativo e quando houver acusação contra alguém.

Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inc. LV determinou: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

A luz do devido processo legal, o contraditório deverá ser observado e garantido desta maneira bilateralidade do processo, dando direito igualitário as partes nos atos e fatos processuais. Junto com o contraditório nasceram outros princípios constitucionais, tais como o da isonomia, do direito de ação e do devido processo legal.

Desta maneira houve uma grande ampliação a oportunidade dos sujeitos do direito dado pela Constituição Federal para que pudessem se defenderem contra uma lesão e por ser

norma por excelência, se aplica a todos que possam ser sujeitos de direito, inclusive a pessoa jurídica.

E sendo relevante ao tema, Helena de Toledo Coelho Gonçalves afirma quanto do contraditório às pessoas jurídicas:

Embora o princípio esteja previsto no art. 5º da Constituição Federal, o que poderia restringir sua aplicabilidade às pessoas físicas, ele é extensível as pessoas jurídicas. O caput do art. 5º não limita sua aplicação às pessoas físicas, na medida em que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Os sujeitos de direito devem ter seus direitos garantido pelo juiz que tem o dever de garantir o contraditório e também ampla defesa, aplicando assim o princípio da isonomia sem distinção de qualquer natureza, seja pessoa física ou jurídica, principalmente após esta última adquirir registro, sendo sujeitos de direito e obrigações perante a sociedade. Pois sabemos que o Magistrado deve ampliar seus poderes instrutórios com vistas à busca pela verdade real – à luz do princípio da isonomia. Além disso, respeitados esses princípios, eles irão motivar suas decisões, porque decisão desmotivada também fere o direito de ampla defesa da parte submetida àquele decisum.

Para uma busca de melhor decisão para sua causa o contraditório é uma forma de cooperação e colaboração que vincula os atores da relação jurídica processual.

Por tanto é importante, lembrarmos do conceito do instituto, como sendo algo grandioso que garante as partes o direito de serem ouvidas, no caso dos sócios ou da empresa de participar da formação da decisão judicial, o que na realidade não acontecia no caso da desconsideração da personalidade jurídica antes do Novo Código Civil que trouxe entre seus artigos o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Entre tanto, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica veio para dar maior segurança jurídica e por meio da moderna visão do contraditório, este direito que instiga as partes a participarem de um processo mais justo e democrático, atendendo, a amplitude do contraditório enquanto direito fundamental determinado na Constituição da República.

9. CONCLUSÃO

Portanto após o estudo sobre o tema e subtemas explanados conclui-se que a pessoa jurídica como sujeito de direito, tem uma vasta proteção à luz da legislação, e ademais um dos institutos muito importante como observado é o contraditório, o qual com muita propriedade e eficácia vai proporcionar o direito de participação do terceiro em sua defesa dentro de um processo ocasionado hoje pelo incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

E para reforçar esta pesquisa a segurança que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica trouxe também uma proximidade maior de responsabilidade da empresa aos seus sócios, podendo participar desde o processo de conhecimento, como em especial no processo em fase de execução, abrangendo assim os patrimônios dos mesmos, e desta forma não foram dados os sócios ou a empresa a oportunidade de fazer parte do processo cognitivo, na qual, uma vez decretado o instituto, sugiram efeitos imediatos e perdidos os sócios ou administradores não poderão apresentar manifestação, e nem se quer ter o direito constitucional de exercer o contraditório participativo. Mais com o advento do incidente da desconsideração da personalidade jurídica já podemos concluir que as confusões e preocupações sofridas pelos sócios ou empresa dependendo qual lado sofrerá a desconsideração esta poderá ser ouvida.

E todo esse complexo estudo sobre o do tema, é possível enfatizar, que uma vez comprovados e preenchidos os requisitos do incidente da desconsideração da personalidade jurídica cabível ao direito material e respeitando os procedimentos processuais, deverá a mesma ser deferida, no qual o afastamento da personalidade deve ser temporário e tópico, persistido, apenas no caso concreto, quando os credores serão ressarcidos com o patrimônio pessoal dos sócios verdadeiros infratores. Com a satisfação dos credores e não havendo responsabilidade administrativa e criminal dos envolvidos, a empresa, por efeito do princípio da continuidade, poderá apresentando condições jurídicas e estruturais, voltar a funcionar.

Assim sendo ao dizer que para que seja efetiva a desconsideração é necessária a comprovação que houve fraude ou abuso de direito e só desta maneira o patrimônio do sócio responde pelas obrigações, na qual estão relacionados à autonomia patrimonial, e devendo existir a pessoa jurídica, não responsabilizando o sócio diretamente pelos seus próprios atos.

É necessário haver personificação somente assim poderá haver a desconsideração da pessoa jurídica, pois não tem como desconsiderar algo não personificado. Por meio do

registro dos atos constitutivos se firma uma sociedade sem a qual este seria apenas considerado como uma fato. Instituído o registro, logo passa a existir a personificação e a autonomia patrimonial. Deste modo não terá como os sócios usar a autonomia patrimonial para fraudar terceiros, pois os mesmos assumem responsabilidade direta, solidária e ilimitada pelas obrigações assumidas perante a sociedade, assim não existirá desconsideração.

Na desconsideração é necessário que a responsabilidade dos sócios seja limitada, como a sociedade anônima, pois com o referido instituto, caso o patrimônio da empresa não seja suficiente, será levado à responsabilidade aos sócios, não que isto impediria a desconsideração nas demais sociedades, podendo aplicar a responsabilidade ilimitada de forma direta uma vez que presente em lei.

Há efetiva vinculação da atuação do juiz, tendo o princípio do contraditório uma abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. O próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. Existindo o direito das partes e o dever do juiz. As partes devem serem efetivamente informadas dos acontecimentos processuais, e que lhes seja garantida a igualmente efetiva possibilidade de manifestação, contribuindo, assim, para a formação da decisão judicial, inclusive a decisão final meritória.

Por ser a desconsideração da pessoa jurídica feita incidentalmente no curso do processo, nada mais justo que de forma incidental, seja oportunizada a parte ré a manifestar-se da decisão. Deve admitir um procedimento incidental na própria fase de execução permitindo o contraditório participativo, princípio constitucional, o qual possibilitará levantar o véu corporativo nesta fase processual.

Deve-se então o réu ser chamado a participar do processo intervindo nos autos, iniciando-se o contraditório a ser respeitado por todas as fases do processo, oportunizando as partes a se manifestarem nas decisões formuladas e não sendo uma participação em si, coativa. Uma vez citado ao processo, deve ser assegurado os mesmos direitos do autor da demanda, para participa da formação no provimento jurídico em exame, uma vez que uma decisão poderá atingir seu patrimônio seja material ou moral.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de Bens dos Sócios: Obrigações Mercantis, tributárias, trabalhistas: Da Desconsideração da Personalidade Jurídica (Doutrina e Jurisprudência)**. 4ª edição. São Paulo: SARAIVA, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ª edição. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Brasília, Palestra UNIP, 2004. Disponível em [HTTP://bdjur.stj.gov.br](http://bdjur.stj.gov.br). Acesso em 07 mar. 2014.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 5ª edição. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000374397&dt_publicacao=04/02/2014. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Disponível em:
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381192/recurso-especial-resp-279273-sp2000-0097184-7/inteiro-teor-13045981>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Disponível em:
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15661975/recurso-especial-resp-948117-ms2007-0045262-5/inteiro-teor-15661976>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Disponível em:
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24581163/recurso-especial-resp-1236916-rs2011-0031160-9-stj/inteiro-teor-24581164>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1211823&sReg=200802153970&sData=20130301&formato=PDF. Acesso em 23 agos. 2017.

_____. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1081334&sReg=201101572873&sData=20110823&formato=PDF. Acesso em 23 agos. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em:
<http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22134476/agravo-de-instrumento-ai277428320128260000-sp-0027742-8320128260000-tjsp>. Acesso em 23 agos. 2017.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2ª edição. São Paulo. SARAIVA, 2009.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 10ª edição. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7ª edição. Vol. II. São Paulo: SARAIVA, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6ª edição. Vol. II. São Paulo: SARAIVA, 2003.

_____. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa: Sociedades**. 14ª edição. São Paulo: SARAIVA, 2010. CUNICO, Daniel Antônio. **A desconsideração da Personalidade Jurídica Inversa**. Disponível em <http://www.oab-sc.org.br/artigos/desconsideracao-personalidadejuridica-inversa/490>. Acesso em: 28 set 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** – 18ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FIGUEIREDO, Luciano L. **Os Novos Contornos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. Um Estudo em Busca da Efetividade de Direitos**. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18543-18544-1_PB.pdf. Acesso em 05 out. 2017.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Direito de Empresa**. 3ª edição. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2010.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e ampla defesa**. Curitiba: Juará, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo. FORENSE, 1998.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 27ª edição. São Paulo, SARAIVA, 2008.

_____. **Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica**. Vol. 410. São Paulo, REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1969.

SANTOS, Silvana Duarte dos; BUDNHAK, Gerson Odacir. **A desconsideração inversa da personalidade jurídica: aspectos jurisprudenciais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3271, 15 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22023>>. Acesso em: 25 out. 2017.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. Vol I. 2ª edição. São Paulo. ATLAS S.A. 2009.