

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA X RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES EM FACE DO INSTITUTO DA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL: BUSCA PELA MINIMIZAÇÃO DA REALIDADE CAÓTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 73 POR MEIO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA TRAZIDA PELO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rodolfo Gonçalves Pinheiro Filho¹
Ana Maria de Araújo Ananias²

RESUMO

O presente trabalho busca analisar algumas importantes alterações jurídicas promovidas pelo advento da Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil que criou o Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica disposto entre os artigos 133 a 137. A princípio, será feita uma breve análise histórica do desenvolvimento do direito comercial. Logo em seguida, será apresentado o Instituto da Personalidade jurídica e seus principais efeitos. Neste sentido, serão expostos os casos de responsabilização dos sócios no âmbito da Sociedade Limitada e os princípios que regem essa relação. Por fim, será exibida a análise crítica da interação do Incidente de Desconsideração da Personalidade uma vez que, com a ausência de regulamentação desse procedimento no CPC de 73, os integrantes do quadro societário de uma sociedade empresária eram alvo da insegurança jurídica. Para tanto, cumpre-se averiguar o Instituto da Personalidade Jurídica, bem como a possibilidade de sua desconsideração, a fim de que se possa concluir se o instituto criado pelo atual Código de Processo Civil apresentou-se como uma verdadeira inovação ou somente uma leve atenuação de questões problemáticas.

Palavras – chave: Personalidade jurídica. Instituto da desconsideração. Princípio da Autonomia Patrimonial. Responsabilidade dos Sócios. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

¹ Artigo produzido pelo Acadêmico do 8º período do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: rodolfopinheirofilho@gmail.com

² Sob a orientação da Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN)
E-mail: araujoananas@yahoo.com.br

ABSTRACT

DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY X RESPONSABILITY OF THE MANAGING PARTNERS AGAINST BUSINESS INSOLVENCY: SEARCH FOR MINIMIZATION CAOTIC REALITY OF THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 1973 THROUGH LEGAL PERSONALITY DESCONSIDERAION INCIDERATION INCIDENT CIVIL PROCEDURE CODE

This paper seeks to examine important legal changes promoted with the advent of the law n° 13.105/2015, Civil procedure code that created the Institute of disregard for the legal personality willing among the articles 133 to 137. At first, a brief historical analysis of the development of commercial law. Soon after, the Institute of accountability of members within the limited partnership and the principles governing this relations. Finally, the critical analysis of the interaction of the incident to disregard a time, with the absence of regulation of this procedure in the CPC 73, the members of the corporate board of a company manager was the target of legal uncertainty. To do so, whether the office of the legal entity, as well as the possibility of his dismissal, so that in order to conclude if the Institute created by the current code of Civil procedure introduced himself as a innovation or only a slight easing problems.

Keywords: Legal personality. Institute of thoughtlessness. Principle of autonomy of assets. Liability of partners. Incident of disregard for the personlit.

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro, Lei 10.406/2002, normatiza alguns dos requisitos para que se proceda à desconsideração da personalidade jurídica. Esses requisitos também estão previstos em legislações extravagantes (Código de Defesa do Consumidor, Consolidação das Leis Trabalhistas, Código Tributário Nacional, Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.847/99 e Lei 6.404/76), porém, faltava uma previsão processual a respeito do fenômeno jurídico.

Desse modo, o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, prevê um incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica, trazendo importantes benefícios para o ordenamento jurídico brasileiro.

Levando isso em consideração, no segundo capítulo deste trabalho será abordada a perspectiva histórica das relações comerciais, com vistas a observar a origem do direito comercial, acompanhando a sua evolução até a necessidade de regulamentação e a apresentação do Direito Comercial como ciência autônoma.

O terceiro capítulo trata de fazer uma análise da origem da personalidade jurídica, ilustrando quais são seus principais objetivos, princípios e garantias conferida a empresa e aos seus sócios e investidores.

No quarto capítulo explicam-se os principais princípios que integram o Direito Comercial de forma geral, bem como suas aplicações e importância, pois são eles que traçam as diretrizes mínimas para garantir as relações de direito comercial.

Por sua vez, no quinto capítulo serão discutidas as responsabilidades dos sócios na gerência de uma sociedade limitada observando os princípios específicos que norteiam essa relação, examinando os casos nos quais os sócios são responsabilizados pelas obrigações da sociedade.

O sexto capítulo narra a interação da desconsideração da personalidade jurídica em meio ao incidente de desconsideração presente no novo Código de Processo Civil, fazendo uma análise de todos os artigos que regulamentam o incidente.

E, finalmente, conclui-se a presente pesquisa, a partir da análise crítica da interação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em face ao Instituto da Insolvência empresarial.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA DAS RELAÇÕES COMERCIAIS

A expressão “comércio” é derivada do latim *commutatio merciu*, que significa troca de mercadorias. Nesse sentido, fica evidente que a troca de objetos era a versão inicial do comércio, a qual transformou-se para a modalidade de compra e venda e intermediação, decorrente do estabelecimento da moeda.

Nesse contexto, a moeda, primordialmente, consistia em um bem ou mercadoria capaz de ser trocado por qualquer outro, e não somente, de modo originário, como acontecia na troca por um bem determinado em outro, fato que dificultava bastante às relações de comércio. Por esse motivo, a moeda foi sendo utilizada como padrão para a circulação de produtos, pois o valor intrínseco descomplicava as relações comerciais.

Desse modo, a moeda propiciou a compra e venda em larga escala, fomentando a circulação de mercadorias. E a essa atividade deu-se o nome de comércio³ que tem como protagonistas os comerciantes. Os comerciantes ou também denominados intermediários ou mercadores, adquiriam bens e mercadorias por um baixo valor e os vendiam por valores mais elevados, a fim de lucrar e com propósitos profissionais.

2.1 SURGIMENTOS DAS PRIMEIRAS NORMAS REGULADORAS

No decorrer dos tempos, esses comerciantes passaram a constituir uma classe bastante influente, diferente das demais pela natureza específica de sua atividade. Devido ao ganho de prestígio e poder dos comerciantes, o Estado não poderia ficar alheio à atividade comercial, especialmente por sua finalidade de obter lucro, o que poderia facilitar a prática de atos prejudiciais aos interesses das comunidades, uma vez que a venda de produtos com uma margem exorbitante de lucros, resultaria na escassez dos meios de obtenção de mercadoria por parte dos que necessitassem.

Na antiguidade surgiram as primeiras normas regulamentando a atividade comercial, Gladston Mamede destaca a importância do Código Legal, instituído por Ur-Nammu⁴, entre os séculos XXII e XXI a.C., de grande influência sobre o Código de Hamurabi. Além disso, outras normas também são conhecidas por serem

³ A mera troca de mercadorias não é comércio, este é aquela intromissão entre as pessoas que trocariam mercadorias por mercadorias, ou mercadorias por moeda. A intermediação – para facilitar a troca –, aliada ao aumento do valor das mercadorias (lucro), caracteriza de modo geral a atividade comercial (TOMAZETTE, Marlon, 2013, p. 4)

⁴ “O código de Ur Nammu fixa relações estáveis entre diversas unidades monetárias (como prata e o bronze), afastando fraudulentos e prevaricadores”. Havia também uma larga proteção dada às fontes de produção, então designadamente agrárias, deixando claro que o Estado, por seus detentores, preocupa-se com a preservação das fontes que abastecem e garantem o mercado. (MAMEDE, Gladston. Manual de direito empresarial, p. 10.)

pioneiras na padronização dessa atividade (2083 a.C.), as quais deram ensejo ao Código de Manu na Índia e ao Código de Hamurabi da Babilônia, mas sem formar um sistema de normas que pudessem ser chamadas de direito comercial.

Nessa conjuntura, Waldo Fazzio Júnior (2016, p. 28), afirma que:

“Uma espécie de pré-história do Direito Comercial pode ser reconstituída com base no *Corpus Juris Civilis* diploma em que Justiniano congregou as principais contribuições mercantis das civilizações antigas, entre as quais a *Lex Rhodia de Jactu* (alijamemnto) e o *Nauticum Foenus* (mútuo e seguro marítimo)”.

O direito comercial teve origem na Idade Média, pela necessidade de normatizar as relações da burguesia em ascensão, pois já se apresentavam como novos protagonistas dessa época, uma vez que estavam se tornando uma classe muito forte, principalmente pelo poder econômico adquirido. Porém, o comércio, bem como as normas jurídicas, que regiam tal interação, eram de um período anterior e tornara-se obsoletas. Nesse período, o direito comercial ganhou autonomia, e passou por uma vasta evolução, que pode ser observada três fases: a fase subjetiva, fase objetiva e a fase empresarial.

De acordo com Edilson Enedino das Chagas (2016, p. 42) podemos perceber que o direito comercial possui três fases que se caracterizam pela participação de diferentes atores:

A primeira fase foi a subjetiva, na qual o sujeito era o burguês, ou melhor, os matriculados nas corporações de ofício. A segunda fase foi a objetiva (teoria dos atos de comércio), na qual o sujeito passou a se chamar comerciante. Na terceira fase (subjetiva moderna), ora vigente, o sujeito do direito comercial passou a se chamar empresário.

2.2 DIVISÕES EM UM SISTEMA TRIFÁSICO

A fase subjetiva se deu quando na Europa ainda estava fragmentada, pois não tinha um poder estatal centralizado, assim surgiram pequenas cidades, que não eram autossuficientes para atender suas necessidades e se mantiveram incomunicáveis durante toda Idade Média. No fim da Idade Média, fato que ocorreu entre os séculos XI e XII, com a reabertura das vias comerciais do norte e do sul europeu, inicia-se uma drástica transformação no comportamento da sociedade, ocorrendo uma grande migração do campo, formando-se cidades como polos de consumo, de troca e produção industrial.

Essa mudança foi provocada pela quebra do sistema feudal, desse modo, houve uma grande migração, que incluiu, dentre outros, os mercadores ambulantes, que viajavam em grupos para fazer negócio. Em decorrência dessa atividade, acumularam capital suficiente, o que possibilitou a estabilização de uma segunda geração de mercadores nas novas cidades que surgiam. A formação das cidades possibilitou o desenvolvimento de um novo modo de produção mais eficaz, mas com isso, trouxe o aumento da demanda. As dificuldades de produção dos mercadores nesse período forçaram a sua união para juntar esforços e recursos em busca de fortalecimento.

O desenvolvimento das atividades comerciais trouxe à tona a insuficiência do direito civil para regular os novos fatos jurídicos que estavam acontecendo. A disciplina estatal era baseada na prevalência da propriedade imobiliária, firme e evitada de dificuldades para a sua circulação. Por esses motivos, foi desenvolvida uma nova disciplina específica, de um novo direito destinado a regular esses novos fatos. Foi nesse período, que se iniciou o desenvolvimento do direito comercial, primordialmente baseado em costumes do tráfico mercantil, com a consolidação das corporações de mercadores, originadas em razão das condições contrárias ao fomento do comércio.

A desestruturação do Estado medieval promoveu a união dos comerciantes com o propósito de exercitarem mais eficazmente a autodefesa. Era necessário se unir para ter um maior poder econômico e militar. Tais corporações tiveram tanto poder, que operaram a transição do regime feudal para o regime das monarquias absolutas.

Em resumo, nesse primeiro período, o direito comercial se reconhece como o direito de uma classe profissional fruto de costumes mercantis, e com uma jurisdição própria.

Na fase seguinte, denominada fase objetiva, que se deu no período da Idade Moderna, ocorreu um movimento de centralização monárquica de modo que os comerciantes não eram mais os ordenadores responsáveis pela produção do direito comercial, função que foi incorporada pelo Estado. Desse modo, ocorreu a estatização do direito comercial.

Conforme preleciona Edilson Enedino das Chagas (2016, p. 43-44) a fase objetiva foi marcada por acontecimentos históricos que influenciaram o direito comercial:

Os fatos históricos que marcaram essa teoria foram a Revolução Francesa e o período do império napoleônico. Os ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) não se compatibilizavam com o ramo do direito que se preocupasse exclusivamente com a garantia de privilégios classicistas aos matriculados nas corporações de ofício.

O Código Napoleônico de 1807 marca o começo dessa nova etapa do direito comercial, visto que acolheu a teoria dos atos do comércio, passando a disciplinar inúmeros atos da vida econômica e jurídica, que não eram exclusivos dos comerciantes, mas que careciam das mesmas peculiaridades do direito mercantil. Assim, esse fato causou a difusão da jurisdição comercial a quaisquer pessoas que praticassem tais atos, sendo indiferente a sua qualificação pessoal.

Diferentemente da primeira fase, que o direito comercial protegia os matriculados nas corporações de ofício dos riscos da atividade econômica, demonstrando um caráter extremamente classista, nessa nova fase o direito comercial passou a ser o direito dos atos do comércio praticados por quem quer que seja, sem qualquer restrição profissional, ou participação em corporações.

A fase subjetiva moderna ou empresarial (teoria da empresa) se deu com a crise do sistema objetivo. Essa crise deu novas formas ao direito mercantil. Ocorreu a união das ideias do ato de comércio e do comerciante numa realidade

mais prática, a da atividade econômica, isto é, o conjunto de atos destinados a um fim, a satisfação das demandas do mercado geral e de bens e serviços.

Essa fase traz de volta a proteção do direito comercial aos empresários, antigos comerciantes, uma vez que o ideal iluminista de que o direito não poderia favorecer certas classes, foi tido como obsoleto.

3. ORIGENS DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Desde a Idade Antiga, com o surgimento dos primeiros esboços de entes coletivos, união de bens e de pessoas, com a finalidade de unir forças, para em conjunto aperfeiçoarem o desenvolvimento de atividades e técnicas necessárias para a racionalização de recursos escassos e materializar interesses comuns, se deram pela própria fragilidade natural do ser humano. É perceptível que a proteção a essa atitude empreendedora é tão antiga quanto sua existência.

De acordo com Edilson Enedino das Chagas (2016, p. 160), já se percebia a existência primitiva de disposições com cunho protecionista, visando assegurar a atividade empreendedora já na Antiguidade:

A conjugação de vontades e de bens, para o desenvolvimento da atividade econômica, com a perspectiva de ganhos, sempre movimentou a economia, ainda que, inicialmente instrumentalizada por meio de contratos de mútuo – por exemplo, no Código de Hamurabi (historicamente monumento jurídico correspondente à compilação das fontes ou formas protojurídicas das normas de convivência da sociedade babilônicas do século XVIII a.C.). O capital investido no negócio de outrem deveria ser recuperado, a não ser que fosse extraviado sem culpa do devedor. Tal afirmação se infere da interpretação dos art. 102 e 103, ambos do Código de Hamurabi. No primeiro caso, de acordo com o art. 102, o empreendedor-mutuário, em princípio, mesmo que viesse a sofrer um dano, seria obrigado a restituir a quantia emprestada. Por sua vez, em se tratando de caso fortuito ou força maior, como na hipótese de um ataque perpetrado por um inimigo, a dívida seria perdoadada. Por esses exemplos, percebe-se como inerente à atividade econômica o risco do empreendimento ou do investimento.

Assim, com o passar dos anos percebe-se um gradativo amadurecimento da proteção ao patrimônio dos empreendedores, tendo origem com o princípio da autonomia patrimonial, que delimita o patrimônio social, diferenciando-o do patrimônio dos seus sócios. Esse fato proporciona maior segurança para os empreendedores, pois se sentem mais encorajados para investir, uma vez que colocam em risco apenas a parte dos seus patrimônios que foi investida na constituição da sociedade, com o intuito de auferir lucro.

3.2. SINTÉTICA ANÁLISE DO INSTITUTO

É intrínseca ao termo personalidade jurídica a ideia de segurança. Porém, para pessoas mais distantes das atividades que permeiam o mundo do direito empresarial é compreensível que não façam esse silogismo. Para compreender tal raciocínio é fundamental que haja o entendimento do que é o instituto da personalidade jurídica.

Embora atualmente, a noção de personalidade jurídica seja deveras sólida e pacífica entre os doutrinadores, esse conceito esconde uma vasta discussão com diversas teorias até chegar ao seu aprimoramento teórico e conceitual. Inicialmente foi possível identificar dois grupos hegemônicos, os negativistas que não reconheciam a personalidade jurídica dos entes coletivos e do outro lado, os afirmativistas que defendiam a existência do instituto.

Nessa conjuntura, prosperou a corrente afirmativista, que tinha diversas teorias (teoria da ficção legal, teoria da realidade objetiva, teoria da empresa e a teoria da realidade técnica), com o objetivo de justificar a personalidade jurídica dos entes coletivos. A teoria adotada pelo direito brasileiro é a teoria da realidade técnica, pois é o que se entende pela interpretação do art. 45, do Código Civil de 2002, uma vez que a personalidade e os benefícios inerentes a ela somente serão validados com o seu registro no órgão competente.

Outrossim, existem as sociedades que não possuem personalidade jurídica, como a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação, demonstrando que a personalidade não é requisito essencial de todas as sociedades, mas isto não será analisando detalhadamente pelo presente artigo.

O direito brasileiro regulamenta diversas espécies de sociedades, que tem reconhecida a sua autonomia patrimonial, uma vez que são consideradas pessoas jurídicas, desde que apresente os requisitos legais, é o que está presente no entendimento de Requião (2014, p. 471) “A sociedade transforma-se em um novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio possuidor de órgão de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir sua vontade.”.

A subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade é reconhecida pelo art. 44 do Código Civil de 2002, que classifica as pessoas jurídicas de direito privado pelo modo de sua constituição. Com isso, resta evidente que ao se registrar a sociedade, a mesma já é dotada de autonomia patrimonial.

Desse modo, de acordo com o art. 44, do CC, são pessoas jurídicas de direito privado as associações, fundações, organizações religiosas, empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI) e as sociedades, se diferenciado entre elas pelas suas finalidades e modo de constituição. O presente trabalho dará maior relevância a análise da Sociedade Limita – LTDA, uma vez que segundo o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 90) é o tipo societário mais atrativo, pois os riscos da atividade empresarial são mais reduzidos, por esse motivo mais de 95% dos registros de sociedades do Brasil corresponde a esse tipo societário.

4. ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

Como já foi dito em momentos anteriores, somente após o devido registro do ato constitutivo no órgão competente, as sociedades empresárias adquirem personalidade jurídica. Desse modo, passam a serem regidas por normas - princípios específicos, tais como, liberdade de associação, autonomia da sociedade empresária, entre outros.

Isto posto, as normas-princípios traçam diretrizes mínimas para garantir o desenvolvimento das atividades econômicas da sociedade, encorajando os empreendedores e ou investidores a iniciarem na atividade empresarial. Assim, é observado no princípio da liberdade de associação ou *affectio societatis* presente no

art, 981, do CC, pois consiste na confiança mútua e na expectativa da bilateralidade de contribuição de bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Caso esse vínculo associativo se perca, poderá ensejar na à dissolução total ou parcial da sociedade.

Neste seguimento, o princípio da autonomia patrimonial se destaca por ser um dos principais, uma vez que expressa o reconhecimento do ente coletivo com o sujeito de direito distinto das pessoas de seus membros. Assim, isso se evidencia pelos seguintes elementos, os entes coletivos detém nome próprio (firma ou denominação social), domicílio próprio (local onde é registrado o ato constitutivo), nacionalidade própria, capacidade processual própria (art. 75, inc. VIII, do Código de Processo Civil de 2015), imputabilidade própria (podem cometer duas espécies de crime, contra o meio ambiente e contra a ordem econômica e financeira, arts. 225, § 3º e 173, § 5º, respectivamente, ambos da Constituição Federal de 1988).

Nesse contexto, a sociedade também é dotada de patrimônio próprio, sendo outra característica que se emana pelo princípio da autonomia da sociedade empresária. A separação do patrimônio ou princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica ou, ainda, princípio da entidade, permite que a pessoa jurídica venha a responder com seu patrimônio por todas as obrigações decorrentes da sua atividade.

Por conseguinte, analisando o art. 1.024, do CC, nota-se a presença dos princípios da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais e o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações como proteção do investimento, ambos seguem a esteira do princípio da autonomia da sociedade empresária, pois garantem a subsidiariedade da responsabilidade patrimonial dos sócios, respeitando inicialmente o esgotamento do patrimônio da sociedade, para analisar a possibilidade de afetação do patrimônio dos sócios. Portanto, no caso de insucesso na atividade econômica é garantida a minimização dos prejuízos.

5. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS: NA ÓTICA DA SOCIEDADE LTDA

Como já foi minuciosamente exposto nesse trabalho, a Sociedade Limitada é conceituada como sociedade empresária, de natureza contratual, na qual detém patrimônio próprio, por esse motivo os sócios têm resguardados seus patrimônios pessoais. Nesse sentido o professor Fabio Ulhoa Coelho (2016, P.92) se posiciona:

A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais pode parecer, à primeira vista, uma regra injusta, mas não é. Como o risco de insucesso é inerente a qualquer atividade empresarial, o direito deve estabelecer mecanismos de limitação de perdas, para estimular empreendedores e investidores à exploração empresarial dos negócios. Se o insucesso de certa empresa pudesse sacrificar a totalidade do patrimônio dos empreendedores e investidores (pondo em risco o seu conforto e de sua família, as reservas para futura educação dos seus filhos e sossego na velhice), é natural que eles se mostrariam mais reticentes em participar dela. O prejuízo seria de todos nós, já que os bens necessários ou úteis à vida dos homens e mulheres produzem-se em empresas. Lembre-se que assim é que assim é porque a Constituição Federal organiza a economia fundando-a na livre iniciativa.

Neste contexto, como é perceptível pela própria ideia passada pelo nome, Sociedade Limitada, que a responsabilidade dos sócios é limitada até o valor de suas quotas, ressaltando o caso que todos os sócios respondem solidariamente pela integralização do capital social, caso algum sócio deixe de efetuar-la. Pois, a responsabilidade do sócio é limitada ao total do capital social subscrito e não integralizado.

Entende-se por capital subscrito como a promessa da integralização total do investimento feito pelos sócios, e que pode ser diferente do capital social integralizado de fato, já que na Sociedade Limitada não é obrigatório à integralização total do capital na sua constituição, como é no caso da EIRELI.

Nesta perspectiva, o patrimônio da sociedade não se confunde com o seu capital social, pois este corresponde à totalidade de bens investidos pelos sócios, como fundo originário para que a sociedade alcance seus fins. Além disso, é

disposto em uma cláusula obrigatória nos contatos sociais, por força do art. 997, IV, CC, e ele é dividido em quotas, iguais ou desiguais, aos sócios, como descreve o art. 1.055 código civil.

Assim, o patrimônio social, consiste no conjunto de direitos e bens, corpóreos e incorpóreos sob domínio da sociedade. O patrimônio social é dinâmico, pois corresponde a valores que a sociedade dispõe, existindo valores ativos (créditos, dinheiro, bens móveis e imóveis), e valores passivos, que são a totalidade dos débitos da sociedade (títulos a pagar, saldo devedor de empréstimos, folha salarial, impostos devidos). Desse modo, tem-se a noção de patrimônio líquido, que corresponde ao produto do ativo subtraído do passivo, se o saldo der positivo indicasse o lucro, se der negativo, resulta em prejuízo.

Neste diapasão, como já foi exposto, o princípio da autonomia patrimonial pode ser mitigado nas hipóteses em que o patrimônio social não for inteiramente integralizado, sendo os sócios responsáveis solidariamente pela integralização. Se o capital social estiver completamente integralizado, a responsabilidade é da sociedade, ressalvando os casos de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, que será objeto do próximo capítulo.

Diante desse quadro, são exceções à regra da limitação da responsabilidade dos sócios: as hipóteses legais de desconsideração da personalidade jurídica, os casos de deliberação sociais contrárias a lei ou ao contrato social, os casos em que a sociedade é composta por marido e mulher casados sob regime de comunhão universal ou de separação obrigatória de bens (sociedades maritais disposta do art. 977, do CC) e no caso de procedência de ação de responsabilização dos sócios, em caso de falência.

6. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO NO NOVO CPC

Assim como apresentado no capítulo anterior, a regra da limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios não é absoluta, constituindo-se em exceção ao princípio da autonomia do social. É evidente que, se os sócios atuarem *contra*

legem, não poderão beneficiar-se da limitação da responsabilidade patrimonial. É o que ensina Fabio Ulhoa Coelho (2014, p.156):

[...] por vezes, a autonomia patrimonial da sociedade comercial dá margem à realização de fraudes. Para coibi-las, a doutrina criou, a partir de decisões jurisprudenciais, nos EUA, Inglaterra e Alemanha, principalmente, 'a teoria da desconsideração da personalidade jurídica', pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar-se, direta, pessoal e ilimitadamente, o sócio por obrigação que, originalmente, cabia à sociedade.

Destarte, o art, 50, *caput*, do Código Civil, dispõe sobre os casos que levam a desconsideração da personalidade jurídica. Desse modo, a autorização expressa no artigo, para que esse fenômeno ocorra se dá mediante a confusão patrimonial ou desvio de finalidade, sendo condição *sine qua non* à insolvabilidade da sociedade, pois caracteriza-se assim o abuso da personalidade jurídica. Esse artigo, expressa a Teoria Maior da desconsideração, pois exige outros requisitos além da mera insolvabilidade para proceder com a desconsideração.

Neste contexto, o Código de Direito do Consumidor (art. 28, § 5º) é um exemplo de legislação extravagante que dispõe sobre a desconsideração da personalidade jurídica, adotando a Teoria Menor, que considera meramente a insolvabilidade, sem afirmação de qualquer outro requisito, para permitir a desconsideração.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve origem nos países da *Common Law*, inicialmente houve a identificação da autonomia patrimonial para as sociedades preponderantemente estatais, com regime de direito público, após esse fato, foi reconhecida a limitação da responsabilidade patrimonial. Assim, em seguida essas características foram se formando no âmbito do direito privado. De acordo com o doutrinador Marlon Tomazette (2016, p. 239-240), tem-se o seguinte entendimento:

A desconsideração desenvolveu-se inicialmente nos países da *Common Law*, pois, no direito continental, os fatos não têm a força

de gerar novos princípios, em detrimento da legislação. Na maioria da doutrina, reputa-se a ocorrência do primeiro caso de aplicação da desconsideração da pessoa jurídica, o Caso Salomon x Salomon Co. em 1897, na Inglaterra.

6.1 INOVAÇÕES OU SOMENTE ATENUAÇÃO DE QUESTÕES PROBLEMÁTICAS?

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelo Código de Processo Civil de 73, se dava de forma desordenada, uma vez que carecia de regulamentação. Diante da ausência dessa matéria, a aplicação se dava com fulcro em princípios processuais basilares ao Estado Democrático de Direito.

Nesta conjuntura, a omissão de disposições processuais, sobre a regulação da desconsideração da personalidade jurídica, prejudicava a reputação desse instituto, pois existiam decisões excessivamente distintas por parte dos Magistrados.

Analisando as jurisprudências, não é difícil perceber que a desconsideração deste instituto é realizada sem nem mesmo ouvir as pessoas que serão responsabilizadas. Assim, nota-se o acontecimento do contraditório diferido, pois havia inicialmente a determinação da desconsideração da personalidade determinando as penhoras dos bens dos sócios e posteriormente ocorria a intimação dos sócios. Deste jeito, diante de uma possível constrição patrimonial injusta, o único meio de defesa por parte dos sócios era impetrar embargos de terceiros na tentativa de livrar o bem da penhora.

Neste contexto, com a ausência de regulamentação expressa, existia uma grande possibilidade de se perceber agressões à alguns princípios processuais. Isto posto, no caso de tolhimento do poder de participação no processo, há uma ofensa grave ao princípio do contraditório, pois a impossibilidade da manifestação do interessado retira-lhe o poder de defesa.

Diante do obscuro quadro de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, o Código de Processo Civil de 2015 finalmente regulou a aplicação desse instituto por meio do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, presente no capítulo IV, disposto nos arts. 133 à 137, que

tem seus requisitos previstos em diversas normas legais (art. 50, CC; art. 28 CDC; art. 2º, § 2º da CLT; art. 135 do CNT; art. 4º da Lei 9.605/98; art. 18, § 3º da Lei 9.847/99; art. 34 da Lei 12.529/11; arts. 117, 158, 245 e 246 da Lei 6.404/78).

Neste seguimento, com a leitura dos dispositivos percebe-se que tal incidente é bem sintetizado, e compreende-se que o legislador se preocupou em solucionar as questões problemáticas que ocorriam na vigência do CPC de 73.

Assim, o atual CPC no seu art. 133 §§ 1º e 2º, prevê que o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público quando agir como parte ou *custo legis*. Além disso, acolheu a orientação doutrinária e jurisprudencial para regulamentar o cabimento da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

De acordo com os art. 1062 do mesmo código, o incidente também será aplicado aos processos de competência dos juizados especiais e segundo o art. 795 § 4º será obrigatória à observância do Incidente de desconsideração da personalidade jurídica, para ocorrer à desconsideração de modo geral, principalmente na aplicação de suas regras procedimentais.

Neste seguimento, em relação ao art. 134 o CPC 15 esclarece que o Incidente será cabível em todas as fases do processo de conhecimento bem como da execução, seja judicial ou extrajudicial, correndo em autos separados. Com a instauração do incidente, o processo principal fica suspenso, ressalvando o caso do § 2º, do mesmo artigo, pois a instauração é dispensada, quando requerida à desconsideração da personalidade jurídica na petição inicial, procedendo-se somente a citação do sócio ou da pessoa jurídica.

Com a instauração do incidente, o art. 135, do CPC 2015, dispõe a luz do princípio do contraditório, a concessão do prazo de 15 (quinze) dias para o sócio ou a pessoa jurídica se manifestar a respeito do incidente, bem como requerer produção probatória se desejar. Para que o Incidente seja instaurado, é necessário que haja observância dos pressupostos previstos em lei (Teoria Maior/ Teoria Menor).

O CPC vigente define a natureza jurídica da decisão que desconstitui a personalidade jurídica, em seu art. 136, é disposto que o Incidente será resolvido por meio de decisão interlocutória. Nesse caso, caberá agravo de instrumento, ou agravo interno, caso tenha sido deferida em segundo grau ou monocraticamente. O art. 137 do CPC prevê que, sendo acolhido o pedido de desconsideração, a

alienação ou oneração de bens, havida em fraude à execução, será ineficaz em relação a quem o requereu.

É inquestionável a importância deste procedimento para aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Finalmente, com a instrumentalização esse procedimento deu maior concretude ao direito material. Além disso, proporcionou maior proteção a esse direito, pois garante direitos processuais fundamentais, com a evidenciação dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 135 CPC), que vinham sendo negligenciados pela ausência de um procedimento expresso como o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Porém, constata-se que o problema da aplicação da desconsideração não se restringe apenas aos problemas de cunho processual (regulamentação procedimental). Os Magistrados podem facilmente aplicar de forma abusiva esse instituto, pois muito embora haja dispositivos legais que trazem requisitos para aplicação da Teoria Maior ou Teoria Menor, da desconsideração da personalidade jurídica, vislumbra-se a possibilidade da existência de julgamentos que possam fazer uso da desconsideração com fulcro somente na situação de insolvência, de mera impossibilidade de satisfação do crédito por parte da pessoa jurídica.

Ainda que o atual Código de Processo Civil tenha tentado impedir somente a demonstração dos requisitos mínimos, pelo requerente, para que haja o afastamento da personalidade jurídica, a imprecisão das teorias (Maior e Menor) faz com que o procedimento não afaste por completo a insegurança jurídica que permeia tal aplicação.

6.2 PROJETOS DE LEI

O Projeto de Lei Complementar 1.572/2011 (novo Código Comercial) se estabeleceu baseado em normas-princípios que mostram a necessidade de proteção dos empreendedores e permite inferir valores de um capitalismo social, ou seja, um capitalismo capaz de gerar justiça social.

Tal projeto tramita na Câmara Federal, é dotado de princípios que priorizam a eficiência econômica. Desse modo, o princípio da autonomia patrimonial

se apresenta como aliado para o desenvolvimento da atividade comercial. Esse projeto apresenta artigos que possibilitam a relativização do princípio da autonomia patrimonial e demais princípios derivados dela. Esse princípio não se restringe a blindar o patrimônio dos sócios, mas também traz para o empresário a segurança jurídica.

A possibilidade da mitigação do princípio da autonomia patrimonial ocorrerá por meio do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Desse modo, o art. 129, delimita que a mera insolvabilidade, por si só, não é requisito hábil a autorizar o afastamento da personalidade jurídica. De modo equivalente, o Projeto de Lei do Senado nº 487/2013 adotou a teoria maior em seus artigos 196 a 199. Assim a teoria menor não poderia mais ser adotada.

7. CONCLUSÃO

O instituto da personalidade jurídica foi desenvolvido para proteger e fomentar as relações empresariais com intuito salvaguardar os empreendedores dos riscos inerentes à atividade empresarial. Além disso, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica nasce para proporcionar a proteção dos atos realizados pelas pessoas jurídicas em relação a terceiros.

Com a responsabilidade de solucionar o problema de insegurança jurídica existente durante o CPC de 73, o atual Código de Processo Civil regulamenta a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois proporciona a observância dos princípios do devido processo legal, dando a oportunidade da realização do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, é observado que muito embora o incidente de desconsideração da personalidade jurídica tenha grande importância para conferir segurança jurídica para os casos de afastamento da personalidade jurídica, percebe-se certo cenário obscuro em relação às linhas interpretativas da teoria menor, tendo em vista o seu caráter protecionista, pois aceita como único requisito a insolvência da sociedade para que se permita o afastamento da personalidade jurídica e conseqüentemente a responsabilização patrimonial dos sócios.

Indiscutivelmente o procedimento trazido pelo CPC tem grande relevância, mas tudo indica que ele apenas atenua questões problemáticas que não solucionam o verdadeiro problema da banalização do uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica por parte dos Magistrados. Uma excelente solução seria aquela que equilibrasse o requisito objetivo com caracterizações subjetivas. Além disso, poderia existir uma fase de conciliação antes da decisão pela desconsideração ou não da personalidade jurídica, especialmente quando a desconsideração for proposta na petição inicial (art. 134, § 2º, CPC) com a intenção de que sejam formadas soluções que agradem ambas as partes do conflito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 Out 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. acesso em: 19 Out. 2016

BRASIL. **PL 1.572 em tramitação na Câmara dos Deputados.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em 29 out. 2016

_____. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 29 Out 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa.** 28. ed. Revista dos Tribunais: 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE GODOY, Claudio Luiz Bueno. et al. **Código Civil Comentado.** 8. ed. Barueri: Manole, 2014.

DAS Chagas, Edilson Enedino. **Direito Empresarial Esquematizado: Coordenado Por Pedro Lenza.** 3. ed. São Paulo: Saraiva 2016.

FAZZIO Júnior, Waldo. **Manual de Direito Comercial.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
TOMAZETTE, Marlom. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário.** Volume 1. São Paulo: Atlas, 2013.

VERÇOSA, Haroldo; ANDRADE, Maria Cecília. **Direito Comercial: Teoria Geral.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.