

**O INTERESSE DE AGIR NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA: A RELAÇÃO ENTRE INTERESSE E
INSOLVÊNCIA**

**PROCEDURAL INTEREST IN THE PROCEEDING TO DISREGARD THE
CORPORATE VEIL AND ITS CONNECTION WITH THE INSOLVENCY OF THE
LEGAL ENTITY**

**INTERÉS JURÍDICO PARA ACTUAR EN EL INCIDENTE DE LEVANTAMIENTO
DEL VELO SOCIETARIO Y SU RELACIÓN CON LA INSOLVENCIA DE LA
SOCIEDAD EMPRESARIAL**

Júlio César Costa Ferro¹

Laura Cunha Gonçalves Simões Augusto²

RESUMO

O presente ensaio visa discutir o interesse de agir no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no Código de Processo Civil e a sua relação com a insolvência da sociedade. Para tanto, será analisada a decisão tomada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.729.554/SP que versou sobre matéria. Serão abordadas também as opiniões doutrinárias sobre o tema e os contrapontos ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça para que seja possível uma avaliação da decisão em comento.

Palavras-Chave: Desconconsideração da Personalidade Jurídica; Interesse de Agir; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This essay aims at discussing the procedural interest in the proceeding established in the Brazilian Code of Civil Procedure to disregard the corporate veil and its connection with the insolvency of the legal entity. For such purpose, the decision of

1 *Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Graduado em Direito pela PUCRS. Secretário de Tribunais Arbitrais. Advogado em São Paulo. E-mail: julio.costaferro@gmail.com*

2 *Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo. E-mail: laura.augusto@soutocorrea.com.br*

the Fourth Panel of the Brazilian Superior Court of Justice rendered in REsp No. 1.729.554/SP will be herein analyzed. The scholars' opinions on the subject as well as other counterpoints to the Superior Court of Justice's understanding shall also be assessed in this essay in order to enable an evaluation of the content of such decision.

Keywords: Disregard of Legal Entity; Procedural Interest; Brazilian Superior Court of Justice

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar el interés jurídico para actuar en el incidente de levantamiento del velo societario (desconsideración de la personalidad jurídica) existente en la Ley de Enjuiciamiento Civil brasileña, así como su relación con la insolvencia de la sociedad empresarial. Para eso, será examinada la decisión de la Cuarta Sala de la Corte Superior brasileña en el Recurso Especial nº 1.729.554/SP. A continuación, se presentarán las opiniones doctrinarias e sus contrapuntos a la opinión de la Corte Superior brasileña, de modo que sea posible evaluar la decisión en cuestión.

Palabras clave: Levantamiento del velo societario; Interés jurídico para actuar; Corte Superior brasileña.

Data de submissão: 04/08/2022

Data de aceite: 22/08/2022

1 INTRODUÇÃO³

O Código Civil, em seu artigo 50, procurou sistematizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro uma regra geral sobre a matéria. A partir da recepção legislativa, seguiram-se diversos estudos e decisões procurando densificar a previsão constante do dispositivo em comento. Entretanto, muitas questões atinentes à matéria estão longe de serem pacificadas (USTÁRROZ, 2018. p. 88-89).

A extensão da responsabilidade patrimonial mediante a desconsideração da personalidade jurídica é um assunto naturalmente complexo. Embora se trate de

3 O presente artigo representa uma análise pessoal dos autores. E, salvo em menção em sentido contrário, não leva em consideração particularidades de casos concretos.

tema de direito material, cabe às regras processuais definir como se aferirá a efetiva ocorrência dos fundamentos que justifiquem a medida em questão. Há um necessário diálogo entre o direito material e processual no que se refere à desconsideração da personalidade jurídica.

A análise do interesse de agir no incidente de desconsideração talvez seja o ponto da matéria em que esse diálogo esteja mais presente. Uma das discussões doutrinárias atualmente existentes versa sobre a possibilidade de o interessado requerer a desconsideração de uma sociedade solvente. Em tal situação, questiona-se a necessidade da medida e conseqüentemente a existência do interesse de agir da parte que requer a desconsideração.

Em 8 de maio de 2018, o tema foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça. No REsp 1.729.554/SP /SP⁴, a Corte se manifestou no sentido de que a inexistência de bens do devedor não poderia ser considerada uma condição para a instauração do incidente de desconsideração. A decisão veio de encontro com diversas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Na oportunidade, porém, não foram analisadas as particularidades materiais da desconsideração da personalidade jurídica, que inegavelmente teriam implicações em âmbito processual.

Pretende-se, no presente ensaio, enfrentar os fundamentos da decisão do Superior Tribunal de Justiça com o intuito de apurar se a Corte decidiu acertadamente sobre a matéria. Para tanto, serão expostos os entendimentos doutrinários, em especial aqueles que se contrapõem ao posicionamento adotado Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.729.554/SP /SP.

O presente ensaio será dividido em três partes para um enfrentamento didático do tema proposto. Na primeira parte, serão abordados aspectos gerais da desconsideração da personalidade jurídica, passando brevemente aplicação das principais teorias relacionado ao instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda parte, serão tratados os aspectos processuais do incidente de desconsideração, sendo abordada sua natureza e objeto, bem como as possíveis matérias de defesa a serem apresentadas pelo requerido. Por fim, na terceira parte,

4 REsp 1.729.554/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe06/06/2018

serão tratadas as condições da ação, em especial o interesse de agir, na qual será analisada de forma pormenorizada o REsp nº1.729.554/SP.

2 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica não se desenvolveu instantaneamente. A consolidação do instituto se deu após longos debates e o desenvolvimento de diversas teorias que procuravam sistematizar a matéria. Nos tópicos a seguir, serão abordadas brevemente as teorias da desconsideração e a recepção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

O responsável pela introdução do estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil foi o Rubens Requião. O então professor da Universidade do Paraná proferiu conferência sobre o tema que posteriormente se tornou o texto intitulado “*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (“disregard doctrine”)*” publicado em 1965. Na oportunidade, o autor aduziu o seguinte:

E assim, tanto nos Estados Unidos, na Alemanha, ou no Brasil, é justo perguntar se o juiz deparando-se com tais problemas, deve fechar os ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição formal da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas. [...]

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos. (REQUIÃO, 2002).

Os estudos sobre a desconsideração da personalidade jurídica receberam posteriormente as contribuições de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Fabio Konder Comparato. O segundo concentrou a sua análise na relação entre a

desconsideração e o poder de controle⁵, enquanto o primeiro realizou um estudo de direito comparado, dando especial atenção à doutrina alemã (OLIVEIRA, 1979).

Em 1990, a teoria da desconsideração foi introduzida na legislação pátria por meio do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 28 desse diploma legal positivou a teoria ao prever que “[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.” No entanto, o sistema ainda carecia de uma regra geral referente à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.

A regra geral surgiu apenas no ano de 2002 com a edição do atual Código Civil, que dispôs, em seu artigo 50, que

[e]m caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou

5 Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, Fabio Konder Comparato entendia o seguinte: “Um dado, porém, é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes.

É, talvez, por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento da personalidade jurídica com as noções de abuso de direito e de fraude à lei. A explicação não nos parece inteiramente aceitável. Ela deixa de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude [...].

O verdadeiro critério parece-nos ligado à interpretação funcional do instituto, decisiva nessa matéria, como frisamos. Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesse autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos e contratos sociais.

A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui ato ilícito. Dai por que não se deve cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa.” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 308-309).

de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.⁶

Sobrevieram, então, diversas leis especiais que passaram a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica em situações específicas. Podem ser citadas como exemplos a Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste)⁷, Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais)⁸ e Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)⁹.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, tem como grande mérito a pacificação do tratamento da desconsideração como um processo incidental, modificando o tratamento então conferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que o considerava a medida um mero incidente de solução instantânea (ARAÚJO, 2015, p. 346).

Ao disciplinar o incidente de desconsideração, o Código de Processo Civil privilegiou os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa¹⁰, bem como a

6 Redação dada pela Medida Provisória nº 881/2019. Anteriormente, o artigo 50 do Código Civil tinha a seguinte redação: “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.”

7 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. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

8 Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

9 Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

10 Edmar Oliveira Andrade Filho, antes da edição do atual Código de Processo Civil, já se manifestava entendimento no seguinte sentido: “A expedição da norma individual e concreta que imputa uma responsabilidade a alguém deve ser produzida debaixo das garantias constitucionais que consagram a ampla defesa e o devido processo legal.

Na Constituição Federal de 1988, essas garantias têm um núcleo, o princípio do devido processo legal, segundo o qual ninguém será privada da liberdade ou de seus bens sem o devido processo conduzido com base na lei e no direito. Ademais, a aplicação de toda e qualquer normal penal deve ser precedida de um procedimento contraditório. Na forma do art. 5º, LV, da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em

razoável duração do processo¹¹, inculpido, respectivamente, nos artigos 5º, LV e LXXVIII, da Constituição Federal, em consonância com o entendimento doutrinário sobre a matéria. Para além disso, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um instrumento apto a fortalecer o princípio da separação patrimonial, conforme aduz Wagner José Perneiro Armani:

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica regulado por meio de incidente processual próprio fortalece o princípio da autonomia patrimonial na medida em que permite ampla dilação probatória com a possibilidade do membro da pessoa jurídica apresentar argumentos fáticos e jurídicos para afastar sua responsabilidade pelas dívidas sociais (ARMANI, 2017).

Inegável, portanto, a relevância do procedimento previsto entre os artigos 133 e 137 do Código de Processo Civil, que implementaram o instituto em nosso sistema processual.

Nos tópicos a seguir, serão analisados aspectos relevantes do incidente de desconsideração cuja compreensão é necessária para o entendimento do instituto e da questão controvertida objeto de análise na terceira parte deste ensaio.

3.1 CARACTERÍSTICAS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica – disciplinado entre os artigos 133 e 137 do Código Processo Civil – consiste em uma modalidade de intervenção de terceiros que poderá ser requerida pela parte ou pelo Ministério

geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”. Esse princípio é a pedra de toque de todo o sistema de normas postos na Constituição Federal como parte da arquitetura de um Estado de Direito. (ANDRADE FILHO, 2005, p. 155-156)

- 11 Edmar Oliveira Andrade Filho, antes da edição do atual Código de Processo Civil, já se manifestava entendimento no seguinte sentido: “A expedição da norma individual e concreta que imputa uma responsabilidade a alguém deve ser produzida debaixo das garantias constitucionais que consagram a ampla defesa e o devido processo legal. Na Constituição Federal de 1988, essas garantias têm um núcleo, o princípio do devido processo legal, segundo o qual ninguém será privada da liberdade ou de seus bens sem o devido processo conduzido com base na lei e no direito. Ademais, a aplicação de toda e qualquer norma penal deve ser precedida de um procedimento contraditório. Na forma do art. 5º, LV, da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”. Esse princípio é a pedra de toque de todo o sistema de normas postos na Constituição Federal como parte da arquitetura de um Estado de Direito. (ANDRADE FILHO, 2005, p. 155-156).

Público, quando lhe couber intervir no processo. Trata-se de espécie intervenção provocada (coata) em que terceiro poderá ser trazido ao processo independente da sua vontade (TALAMI, 2016).

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode ser proposto em qualquer momento do processo (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 264). Nesse sentido, o artigo 134 do Código de Processo Civil prevê que “[o] incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

O procedimento em questão consiste em uma ação incidental pela qual se pretende a desconstituição episódica da eficácia da personalidade jurídica. A sua instauração resulta em significativa interferência sobre o resto do processo, pois ocasiona a suspensão do processo principal (TALAMINI, 2016).

A suspensão ocasionada pelo incidente de desconsideração é uma suspensão imprópria que veda temporariamente a prática de determinados atos processuais. Enquanto o procedimento estiver em curso, poderão ser praticados apenas os atos necessários ao seu trâmite, resguardando-se a possibilidade de as partes requererem e praticarem atos urgentes destinados a impedir a consumação de dano irreparável (CÂMARA, 2015, p. 431).

A suspensão do processo não ocorrerá, porém, se o pedido de desconsideração for realizado em petição inicial, conforme disposto no artigo 134, § 3º, do Código Processo Civil (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 520-521). Nessa hipótese, formar-se-á um litisconsórcio passivo originário entre a sociedade e o sócio. Não haverá, no caso, a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para que a medida seja apreciada e eventualmente deferida (CÂMARA, 2015, p. 430).

O artigo 134, § 4º, do Código de Processo Civil prevê que o requerimento do incidente desconsideração da personalidade jurídica deverá demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração. Em regra, a parte interessada tem o ônus de demonstrar que está presente um dos requisitos do artigo 50 do Código Civil – quais sejam, desvio de finalidade e confusão patrimonial – para que a desconsideração seja autorizada.

Outros requisitos serão aplicáveis ao caso concreto se a relação jurídica estabelecidas entre as partes for regida por lei especial (e.g., Código de Defesa do Consumidor, Lei Antitruste e Lei de Crimes Ambientais). Nesse sentido, destaca-se trecho do acórdão do REsp nº 1.729.554/SP – enfrentado a seguir – que trata dos requisitos mencionados no artigo 134, § 4º, do Código de Processo Civil:

Com efeito, o legislador, ciente de que os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser estabelecidos por normas de direito material, ateu-se à disciplina do procedimento, necessário para que se possa verificar se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica.

Noutras palavras, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, devendo ser apurados nos termos da legislação própria. Segue-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual.

Concluída a instrução, o incidente de desconsideração será resolvido por decisão interlocutória, da qual caberá agravo de instrumento (artigo 1015, IV, do Código de Processo Civil) ou agravo, na hipótese do incidente ter sido resolvido por decisão do relator (artigo 136, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Caso julgado improcedente, o incidente de desconsideração poderá ser repetido pela parte interessada. O eventual indeferimento do pedido não inibe futura repetição desde que demonstrados os requisitos que autorizem a medida (USTÁRROZ, 2018, p. 103). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, inclusive, já se manifestou nesse sentido, entendendo que *“pode a parte exequente solicitar ao juízo reiteradas vezes a desconsideração da personalidade jurídica, desde que fundada em elementos novos capazes de comprovar a situação da empresa executada, não havendo falar de coisa julgada ou preclusão.”*¹²

12 APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. I. A partir da decisão que incluiu os apelantes no pólo passivo da execução, a eles competia recorrer da decisão através do recurso cabível na espécie (na forma de agravo de instrumento), o que não fizeram, uma vez que optaram por aforar os presentes embargos à execução, momento em que se encontrava preclusa a discussão acerca da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. II. Pode a parte exequente solicitar ao juízo reiteradas vezes a desconsideração da personalidade jurídica, desde que fundada em elementos novos capazes de comprovar a situação da empresa executada, não havendo falar em coisa julgada ou preclusão. III. Prescrição intercorrente somente se caracteriza quando o feito permanecer estagnado ou abandonado pelo credor, o que não é o caso dos autos. IV. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa com o redirecionamento da execução contra os sócios não significa nova contagem dos juros de mora, devendo este obedecer à data em que ocorreu a citação da pessoa jurídica, pois contra essa é que a execução foi proposta (da qual os embargantes são ou eram sócios). V. Sentença e sucumbência mantidas. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70069720837, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

Visto isso, passa-se, nos tópicos a seguir, a analisar as condições da ação no e a relação entre o interesse de agir a insolvência, sendo analisado entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.729.554/SP.

4 AS CONDIÇÕES DAS AÇÃO E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA ANÁLISE DO INTERESSE DE AGIR

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica – por decorrer do exercício do direito de ação – está sujeito a uma análise referente às condições da ação. A parte requerente deverá demonstrar a legitimidade e o interesse de agir ao tentar trazer o terceiro ao polo passivo da demanda principal para responder pelas obrigações de pessoa diversa.

As condições da ação são requisitos sem os quais o direito de ação não existe em dado caso concreto (DINAMARCO, 2018, p. 116). Elas podem ser definidas como condições de admissibilidade do julgamento da demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la (LIEBMAN, 2005, p. 203).

A exposição a seguir se concentra no interesse de agir no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Aqui será analisado o REsp nº 1.729.554/SP a partir das premissas acima expostas, buscando, ao final, uma análise crítica do ponto em discussão.

4.1 INSOLVÊNCIA E INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir – conforme referido no tópico acima – consiste na *“indispensabilidade (necessidade e utilidade) da via escolhida para os fins pretendidos”* (THAMAY, 2018, p. 117). Surge, a partir disso, a discussão sobre a relação entre a insolvência da sociedade e o interesse de agir da parte que requerer a instauração da desconconsideração da personalidade jurídica.

Nos tópicos a seguir, após uma exposição do REsp nº 1.729.554/SP, serão trazidas as opiniões doutrinárias sobre o tema e abordados os alguns contrapontos ao entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça na oportunidade.

Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 11/08/2016)

4.2 A DECISÃO DA QUARTA TURMA NO RESP Nº 1.729.554/SP

Em 8 de maio de 2018, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp nº 1.729.554/SP, interposto pelo Banco Sofisa S/A. O recurso tinha como objeto reformar decisão proferida pela 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em primeiro grau, o Banco Sofisa S/A teve seu pedido de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica indeferido. Na ocasião, o magistrado entendeu que “[o] pedido de desconconsideração da personalidade jurídica é prematuro, havendo a necessidade de maior investigação para que se possa apurar a ausência de bens e eventual abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.”

A decisão de primeiro grau foi objeto de agravo de instrumento (Agravo de Instrumento nº 2096910-65.2017.8.26.0000)¹³, improvido pela Câmara 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a decisão *a quo* sob o seguinte fundamento:

Desta forma, em razão da ausência de esgotamento de meios para localização de bens, não se constata que o agravante possua interesse processual, por ora, para redirecionar a cobrança de dívida com base em confusão patrimonial e existência de grupo econômico fraudulento, sem que antes se proceda à efetiva constatação quanto à ausência de bens passíveis de penhora, com o objetivo de cumprir o pressuposto de insuficiência patrimonial.

O Banco Sofisa S/A interpôs Recurso Especial, fundado no artigo 105, III, ‘a’, da Constituição Federal, alegando que violação dos artigos 133 e 134 do Código de Processo Civil. O recorrente alegou, em síntese, que a insuficiência de bens do devedor não seria um requisito legal para instauração do incidente de

13 EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – Decisão agravada que indeferiu o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica – Medida excepcional – Ausência de esgotamento dos meios para localização de bens dos executados – Pleito de desconconsideração que se mostra prematuro – Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2096910-65.2017.8.26.0000; Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 30ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/06/2017; Data de Registro: 28/06/2017).

desconsideração da personalidade jurídica. O Recurso Especial foi distribuído para a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ficando sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

O Ministro Luis Felipe Salomão inicialmente assentou a matéria em discussão aduzindo que *“A principal controvérsia consiste em definir se, para a instauração e o processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica - previsto no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) -, é requisito a comprovação de inexistência de bens do devedor”*.

No curso do voto, o Ministro Luis Felipe consignou que *“o legislador, ciente de que os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser estabelecidos por normas de direito material, ateve-se à disciplina do procedimento, necessário para que se possa verificar se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica”*. Assinalou, ainda, que *“[...] além de a constatação da insolvência não ser suficiente à desconsideração - para o caso do art. 50 do CC -, com mais razão a inexistência de bens do devedor não pode ser condição para a instauração do procedimento que objetiva aquela decretação.”*

Com base nos argumentos acima referidos, o Ministro Luis Felipe Salomão se manifestou pelo provimento do recurso interposto pelo Banco Sofisa S/A. Os demais integrantes da Turma acompanharam o relator na decisão, sendo reformado o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça foi de encontro com reiteradas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. A Corte Estadual, em diversas oportunidades, manifestou entendimento de que seria prematuro o pedido de desconsideração quando não esgotadas as diligências para apurar a existência de bens da sociedade executada¹⁴.

14 Cita-se exemplificativamente os seguintes julgados: Agravo de Instrumento 2152153-91.2017.8.26.0000; Relator(a): Israel Góes dos Anjos; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 31ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/09/2017; Data de Registro: 28/09/2017. Agravo de Instrumento 2092290-10.2017.8.26.0000; Relator(a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 29/06/2017; Data de Registro: 10/07/2017. Agravo de Instrumento 2242868-82.2017.8.26.0000; Relator(a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2018; Data de Registro: 15/02/2018. Agravo de Instrumento 2165201-20.2017.8.26.0000; Relator(a): Ana Catarina Strauch; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 20/02/2018; Data de Registro: 21/02/2018.

4.2.1 Contrapontos ao Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

A relação entre a insolvência da pessoa jurídica e o interesse de agir na desconsideração da personalidade jurídica é razão de embate constante na doutrina. Não há um entendimento unânime em relação à matéria, havendo diversos autores que se contrapõem ao entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.729.554/SP e entendem que há uma relação incidível entre o interesse de agir e a insolvência.

Arruda Alvim entende “*a simples existência de sociedade unipessoal assim como a confusão patrimonial não constituem condição suficiente para ensejar a despersonalização, pois, apesar de constituírem-se em ilícitos, podem vir a não prejudicar terceiros.*” (ARRUDA ALVIM NETTO, 1995, p. 66). O autor não é único com esse entendimento.

Otávio Joaquim Rodrigues Filho tem posição semelhante a de Arruda Alvim, assim assinalando sobre o tema:

Outra questão relevante é se haveria interesse de agir para a desconsideração se a pessoa jurídica tem capacidade econômica de arcar com a responsabilização. Para a resposta a essa questão deve ser lembrada a noção do que venha a ser insolvabilidade, que se demonstra pelo desequilíbrio entre o ativo e o passivo da sociedade, ou seja, quando o valor das obrigações excede o efetivo valor do patrimônio social. Nesse sentido, a desconsideração, somente se justifica quando o patrimônio da pessoa jurídica for insuficiente para o adimplemento forçado ou, ao menos, quando não há possibilidade, ainda que momentânea, de adimplir a obrigação. [...].

Entretanto, há que se ponderar que a desconsideração da personalidade não busca excluir a responsabilidade da pessoa jurídica, mas estabelecer a responsabilidade subsidiária dos seus dirigentes. Não há interesse jurídico em buscar a responsabilização dos sócios ou administradores, com a utilização do aparato Judiciário, se o responsável primário, a pessoa jurídica, é solvente e pode cumprir a obrigação. (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 214-215).¹⁵

15 Otávio Joaquim Rodrigues Filho ainda acrescenta: “Todavia, não é somente por esse motivo que deve ser observada a situação de insolvabilidade da sociedade devedora; toda a teoria da desconsideração, caso vista sob o prisma da responsabilização, baseia-se na sanção pela utilização indevida da pessoa jurídica, quando os dirigentes da sociedade violam indiretamente o direito de terceiros, impedindo que seja possível cumprir suas normais obrigações. Não há interesse de agir, desta maneira, em buscar a ampliação do polo passivo da execução se o patrimônio do executado comporta a responsabilização”. (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215).

Pedro Henrique Torres Bianchi – com base na doutrina de Ulrich Drobniq – segue na mesma linha, sendo categórico em relação à inexistência do interesse de agir quando a sociedade executada tem patrimônio suficiente para fazer frente às obrigações:

O legitimado só poderá pedir a desconsideração quando ele tiver interesse jurídica, ou seja, quando provimento a ser buscado lhe for útil. Somente portanto se a pessoa jurídica (ou o sócio, na desconsideração inversa) não tiver quantidade de patrimônio suficiente disponível é que haverá interesse na desconsideração. Não basta o mero inadimplemento ou mora (CC, art. 394) para justificá-lo, é necessário que haja insolvência, caracterizada como desequilíbrio econômico-financeiro negativo do devedor. Ou seja, é insolvente quem deve mais do que a somatória dos bens como demonstra o art. 748 do Código de Processo Civil (BIANQUI, 2010).

Como já apontado, a doutrina está longe de ser pacífica sobre essa questão. Em sentido contrário, Fredie Didier Junior aduz que, na desconsideração da personalidade jurídica, é tratada a responsabilidade direta dos sócios. Sendo assim, entende que pela prescindibilidade da análise da solvência da sociedade, conforme se depreende do excerto abaixo:

É irrelevante que a pessoa tenha ou não bens passíveis de ser executados. Na desconsideração, reputa-se o ato como praticado pelo sócio, ou outra sociedade do mesmo grupo, que deverá responder, isoladamente pela obrigação (DIDIER JUNIOR, 2007, p. 166).

Assim, percebe-se que o cerne da discussão, em verdade, está na natureza da responsabilidade dos sócios eventualmente atingidos pela desconsideração.

Os autores que defendem a relação entre a insolvência e o interesse de agir entendem os sócios seriam subsidiariamente responsáveis em relação às obrigações da sociedade em caso de desconsideração. Logo, tendo a sociedade patrimônio suficiente para fazer frente às obrigações, ainda que presente uma causa que justificasse a desconsideração, inexistiria interesse de agir por parte do interessado.

Por outro lado, entendendo que há responsabilidade direta dos sócios, a insolvência da sociedade em nada afetaria o interesse de agir da parte interessada. Deste modo, seria necessário apenas demonstrar um fundamento material que

justificasse a desconsideração, sendo dispensável qualquer investigação quanto à existência ou não de bens da sociedade. Os sócios responderiam, portanto, ainda que a sociedade pudesse fazer frente a tais obrigações.

Embora respeitáveis as opiniões em sentido diverso, existem argumentos reforçam a correlação entre o interesse de agir e insolvência. Tal entendimento parece estar em consonância com a ideia de que a desconsideração da personalidade jurídica é uma medida extrema que deve ser considerada a *ultima ratio*. Se assim entendida, poder-se-á evitar o desvirtuamento do procedimento, conforme tratado no tópico a seguir.

4.2.2 Possibilidade de Abuso de Processo

Um relevante contraponto ao entendimento manifestado no REsp nº 1.729.554/SP é, na verdade, o risco que decorre do afastamento da correlação entre a insolvência e o interesse de agir. Trata-se da possibilidade de o abuso de processo mediante a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com desvio de finalidade.

O abuso ocorre toda vez em que determinada escolha da parte desvia ou deturpa a finalidade do processo. A anormalidade do ato abusivo reside na disparidade entre os meios utilizados pelo sujeito e os fins por ele almejados (ABDO, 2007, p. 101), sendo o abuso do processo definido por Michele Taruffo no seguinte sentido:

Em termos gerais, o abuso de ação ocorre quando um autor promove uma demanda sem qualquer interesse legítimo em fazê-lo (Taelman fala do descuido pré-processual referindo-se à inadequada preparação do caso). Isto ocorre em diversos casos nos quais a ação é conduzida sem qualquer base legal ou fática (ver, e.g., Andrews, Taelman, Taniguchi), ou valendo-se de uma alegação frívola de violação (Hazard), ou com o propósito de obter um mero conselho legal da corte ou qualquer outro propósito impróprio ou ilegítimo (ver Mancini, Hess e Andrews), ou a fim de perturbar ou intimidar a outra (Taelman)(TARUFFO, 2009).

O incidente de desconsideração – caso seja autorizada sua instauração sem a necessidade da parte interessada demonstrar a insolvência da sociedade – poderá ocasionar o abuso de processo. O incidente poderá ser instaurado com o único

propósito de trazer os sócios para a demanda e constrangê-los ao cumprimento de obrigação da sociedade sem que haja justificativa para tanto.

Nessa situação, o expediente estaria sendo utilizado em patente desvio de finalidade, pois um instituto criado para oportunizar o exercício do contraditório e da ampla defesa estaria sendo utilizada justamente para constranger pessoas que deveriam ter os seus direitos processuais protegidos por meio do procedimento em questão.

Situações como a acima mencionada podem e devem ser evitadas, mostrando-se necessário que sejam afastadas as possibilidades de desvirtuamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. O vínculo apontado pela doutrina entre o interesse de agir e a insolvência se mostra uma ferramenta apta para isso, impedindo a de instauração de incidentes de desconsideração infundados.

5 Conclusão

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento jurídico-processual que visa proteger o direito das partes ao contraditório e ampla defesa. O seu desenvolvimento e positivação são inclusive um reforço ao princípio da autonomia patrimonial, princípio este que é necessário ao desenvolvimento econômico do país e tem importância ímpar para o direito societário.

O mau uso do incidente de desconsideração pode, porém, causar mais do que um mero incômodo à parte que é trazida a juízo para responder por dívidas da sociedade. O desvirtuamento do procedimento – além de poder configurar abuso de processo, conforme mencionado no item 3.2.1.2 acima – pode representar uma ameaça real ao princípio da autonomia patrimonial.

Pelas razões expostas, entende-se que o Superior Tribunal de Justiça não tomou a decisão correta ao afastar a necessidade de a parte interessada demonstrar a ausência de bens da sociedade – responsável primária pelo cumprimento da obrigação – ao requerer instauração do incidente de desconsideração. Na desconsideração da personalidade jurídica – medida extrema que deve ser considerada a *ultima ratio* – deve-se preservar os sócios de obrigações que

inicialmente nos lhes cabia o cumprimento, devendo a responsabilidade dos sócios ser apurada pelos meios próprios.

Em virtude do exposto, conclui-se que a melhor solução seria entender que não há interesse de agir no incidente de desconsideração quando a sociedade tem patrimônio suficiente para fazer frente às obrigações sociais. Caso as obrigações em questão decorram de ato ilícito de um sócio, a sociedade e os demais sócios terão outros meios previstos em nosso ordenamento jurídico para responsabilizá-lo e puni-lo, bem como para reparar eventuais danos sofridos pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **Abuso de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARMANI, Wagner José Penereiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica como forma de fortalecimento do princípio da autonomia patrimonial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 169-190, jul./set. 2017.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção Estudo e Pareceres – Direito Comercial).

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração judicial da personalidade jurídica pela óptica processual**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. turma). REsp 1.729.554/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 08 maio 2018, DJe 06 jun. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**: com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coords.). **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 159-177.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de processo civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; SILVA, Ricardo Alexandre. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio (coords.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 2.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica ("disregard doctrine"). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 803, p. 751-764, set. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70069720837 (16. câmara cível). Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 11 ago. 2016.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e Processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANTOS, Júlio César Guzzi dos; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. A extensão das matérias de defesa no incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v.44, n.288, p. 73-92, fev. 2019.

TALAMINI, Eduardo. **Incidente de desconsideração de personalidade jurídica**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049->

Incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica. Acesso em: 5 de maio de 2019.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 177, p. 153-183, nov. 2009.

THAMAY, Renan Faria Krüger. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A desconsideração da personalidade jurídica no direito processual civil brasileiro. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio (coords.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 317-332.

USTÁRROZ, Daniel. **Intervenção de terceiros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale: le società commerciali**. 5. ed. Milão: Dottor Francesco Vallardi, 1935, v. 2.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação da responsabilidade e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio (coords.). **Processo societário II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 213-224.