

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito

Viviane Micheli Gregório

**O PROCEDIMENTO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
SEGUNDO O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL**

Belo Horizonte
2012

Viviane Micheli Gregório

**O PROCEDIMENTO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
SEGUNDO O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

**Belo Horizonte
2012**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G821p Gregório, Viviane Micheli
O procedimento de desconsideração da personalidade jurídica segundo o devido processo constitucional / Viviane Micheli Gregório. Belo Horizonte, 2012.
124f.

Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Desconsideração da personalidade jurídica. 2. Processo constitucional. 3. Devido processo legal. 3. Democracia. 4. Contraditório no processo judicial. I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.19

Viviane Micheli Gregório

**O PROCEDIMENTO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
SEGUNDO O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Orientador) – PUC Minas

Rodrigo Almeida Magalhães – PUC Minas

Lúcio Delfino – UNIUBE

Belo Horizonte, 19 de março de 2012.

AGRADECIMENTOS

Acredito que os sonhos, muitas das vezes, são inalcançáveis, já os desejos, não. Por isso, hoje realizo um desejo: concluir o mestrado. O que só foi possível com a persistência, que também pode ser chamada de teimosia. Tive que ser persistente em face de muitos obstáculos: financeiros; emocionais e o pior deles, a saúde que quase não resistiu. Percorri estes dois anos com algumas dificuldades, as quais sempre foram superadas com otimismo, pois no final, tudo daria certo.

Contudo, só posso dizer que cheguei ao final em razão da compreensão e ajuda de muitos, por isso, tenho a obrigação de agradecer. Primeiramente, agradecer a Deus, pelo dom da vida e pela teimosia que rege minhas condutas, ora como qualidade, ora como defeito. Agradecer a minha mãe por, mesmo sem compreender, apoiar-me em todos os momentos, zelando e acreditando nesse momento, com todo o seu amor, carinho e dedicação, superando minha ausência em muitos finais de semana. Ao meu irmão Vitor que, com admiração e carinho, apoiou-me sempre que lhe pedi socorro, confiando na chegada desse momento. Ao meu irmão Roberto que sempre acredita no sucesso de minhas empreitadas, dando-me o maior apoio. Ao Diomar, companheiro de uma vida, que com amor e dedicação, não me deixou desistir, mostrando-me que o caminho era difícil, mas que eu poderia percorrê-lo, certa de sua presença ao meu lado. Ao meu Orientador, Professor Ronaldo Brêtas, que me fez entender que as exigências e dificuldades da vida acadêmica trazem frutos para uma vida inteira. Aos meus amigos Fabiana, Márcio e Valquíria, que muitas das vezes fizeram o papel de meus bibliotecários, não medindo esforços para me ajudar. Enfim, agradecer a todos que, de alguma maneira, contribuíram para a conclusão do meu trabalho. Obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem como marco direcional o Estado Democrático de Direito, sendo a formação constitucionalizada e participada no processo e a consagração da garantia inafastável do devido processo constitucional. Assim, em razão da necessidade de tutela jurídica diante da personificação da pessoa jurídica e a distinção desta da pessoa de seus membros, a doutrina criou meios inibidores de abuso ou desvirtuamento da criação legal, sendo a *disregard* americana a tese que mais gerou frutos e se desenvolveu nos ordenamentos jurídicos vigentes. A exceção à regra que constitui a desconsideração da personalidade jurídica só se legitimará, no Estado Democrático de Direito, se este incidente for regido pelo devido processo constitucional, sem nenhuma evidência de decisões solitárias, eis que a abertura do contraditório propiciador da ampla defesa é uma garantia e, por tal razão, não constitui uma obrigação de participação, mas sim uma faculdade indisponível de participação paritária, efetiva, adequada e técnica na formação do provimento, que desconsiderará ou não a personalidade jurídica. O projeto de novo Código de Processo Civil traz no seu bojo o procedimento que se coloca como meio hábil a regulamentar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, projeto este que não está imune a críticas, tendo em vista que não basta a alteração legislativa, eis que estão evidenciadas no Estado brasileiro deficiências técnicas, estruturais e organizacionais, que, se não solucionadas, nem a melhor legislação do mundo propiciará a garantia de um processo constitucionalizado.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Devido processo constitucional. Personalidade. Pessoa jurídica. Pessoa física. Sócios. *Disregard Doctrine*. Teorias da Desconsideração. Aplicabilidade. Desconsideração da personalidade jurídica. Processo Democrático. Contraditório. Participação. Ampla Defesa. Provimento. Solipsismo. Decisão de *terza via*. Cientificação dos sócios. Formação do litisconsórcio. Projeto de novo Código de Processo Civil. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Deficiências técnicas, estruturais e organizacionais do Estado.

ABSTRACT

This work is the directional landmark democratic State of law, being the Constitution and participated in the training process the consecration and of sound constitutional guarantee of due process. And thus the need for legal reason tutelage on the personification of legal person and this distinction of the person of its members, the doctrine created means abuse or inhibitors of debasing disregard legal creation, being the American the thesis that generated more fruit and developed in existing legal systems. The exception rule that establishes the disregard of legal personality only if be legitimate, in the democratic State of law, if this incident is governed by constitutional due process, without any evidence of solitary decisions, behold, the opening of the adversarial procedure in stoking the huge defense is the guarantee and, for this reason, does not constitute any obligation of participation, but rather a college unavailable for equal participation effective, appropriate, and technical training of the dismissal, which disregards the legal personality or not. The project of the new code of Civil procedure brings in his underwear the procedure that is placed the skillful means to regulate the legal personality of the disregard incident, this project that is not immune to criticism, considering that not just the legislative amendment, behold is evidenced in the Brazilian State technical, structural and organizational deficiencies, which, if not dealt with, nor the best world's legislation will provide the warranty the constitution of the process.

Keywords: Democratic State of law. Constitutional due process. Personality. Legal person. Physical person. Partners. Disregard Doctrine. Theories of Disregard. Applicability. Disregard of legal personality. The Democratic Process. Contradictory. Participation. Wide Defense. Shall Rectify Its Decision. Solipsism. Decision of terza via. Notification of shareholders. Formation of plurality of participants. Project of the new code of Civil procedure. Incident of Disregard of legal personality. Technical, structural and organizational deficiencies of the State.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	16
2.1 Estado de Direito e Estado Democrático	16
2.2 O direito ao devido processo legal face ao Estado Democrático de Direito	19
3 PERSONALIDADE E PESSOA JURÍDICA	22
3.1 Personalidade	22
3.2 Origem e evolução histórica da pessoa jurídica.....	23
3.3 Origem e evolução histórica da pessoa jurídica.....	27
4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA	31
4.1 A Disregard Doctrine	31
4.2 Teorias de desconsideração da personalidade jurídica – Escolas alemãs	35
4.3 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Brasil.....	38
4.4 A Teoria Maior e Teoria Menor – aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica.....	39
4.5 Teorias afins	41
4.5.1 A teoria <i>ultra vires</i>	41
4.5.2 A teoria do “estoppel”	41
4.6 Momento e aplicabilidade da desconsideração da personalidade Jurídica.....	43
4.6.1 <i>Abuso da personalidade jurídica</i>	46
4.6.2 <i>Confusão patrimonial</i>	47
4.6.3 <i>Fato ou ato ilícito praticado pelos sócios em detrimento da pessoa jurídica</i>	48
4.6.3.1 <u>Fraude</u>	49
4.6.3.2 <u>Dolo</u>	50
4.6.3.3 <u>Simulação</u>	51
4.6.3.4 <u>Violação ao Estatuto ou Contrato Social</u>	52
5 DECISIONE DELLA TERZA VIA – DIREITO AO CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DA NÃO SURPRESA	54
5.1 Devido Processo Legal.....	54
5.2 Processo democrático e participação das partes: uma luta contra o solipsismo	58
5.2.1 <i>Processo constitucional como garantia da formação participada na construção do provimento</i>	60
5.2.2 <i>Processo como procedimento constitucionalizado e realizado em contraditório</i>	63
5.3 <i>Terza via</i> como veículo de decisão solitária do juiz: subtração do devido processo legal	65
5.4 A desconsideração da Personalidade Jurídica mediante a garantia do devido Processo Legal.....	69
6 PROCEDIMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM CONSONÂNCIA COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL	75
6.1 A distinção da Pessoa Jurídica da Pessoa Física dos sócios no Procedimento de desconsideração da Personalidade Jurídica.....	75
6.2 A necessária cientificação dos sócios: garantia constitucional	78
6.2.1 <i>A formação do litisconsórcio: sociedade e sócios</i>	84
6.2.2 <i>Necessária suspensão do processo</i>	88

6.3 A inconstitucionalidade da participação “forçada” dos sócios quando da desconsideração da Personalidade Jurídica	90
6.3.1 Indisponibilidade de bens dos sócios sem o devido processo constitucional	91
6.3.2 A jurisprudência brasileira em face da desconsideração da Personalidade Jurídica..	94
7 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	99
7.1 Procedimento	99
7.2 Integração dos sócios na relação processual.....	102
7.3 Resolução do incidente: decisão construída mediante a concretização do devido processo legal	104
7.4 Recurso cabível.....	106
7.5 Críticas	106
8 CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como marco direcional o Estado Democrático de Direito, o qual reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não numa simples reunião sistemática de conteúdos, mas na conjugação do princípio da soberania popular com os instrumentos propiciadores à concretização dos direitos e garantias fundamentais. Também contextualizado na formação constitucionalizada e participada no processo, sem nenhum cunho inquisitório, impositivo, ou solipsista, mas primando-se pela consagração da garantia inafastável do devido processo constitucional.

Não se confundindo, entretanto, o devido processo constitucional com o *due proces* americano, o qual assegurava, tão somente, que os julgamentos fossem realizados por juízes que estivessem nas mesmas condições (igualdade) de liberdades, costumes e bens do acusado, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito, posto que o devido processo constitucional seja uma conquista histórica que acontece mediante a democratização e constitucionalização, observada a igualdade processual.

Nesse eixo democrático, com primazia das garantias fundamentais, está presente, entre outras, a garantia à personalidade, a qual, em hipótese alguma, pode ser ceifada sem a concretização do devido processo constitucional.

A personalidade é o atributo da pessoa, jurídica ou física, o qual é perfeitamente identificável, em razão da distinção entre ambas, fato este que possibilita identificar a evolução histórica da pessoa jurídica no curso da história, o que só vem a confirmar que a individualização da personalidade é uma garantia fundamental inarredável.

Para tanto, vários tipos de sociedade foram estudadas historicamente, sendo que as interações sociais, trabalhadas de modo empírico, levaram à personificação de alguns organismos, sem que, com isso, fosse construída uma definição conceitual da personalidade jurídica de qualquer organismo que não fosse humano. Trata-se do fenômeno da personificação, que perdurou por séculos até a personificação de organismos não humanos: pessoas jurídicas.

Esses organismos personificados diferenciavam-se da pessoa humana, o que foi objeto de construções doutrinárias diversas. A tese de ficção legal de Savigny deu as diretrizes da Escola Individualista contrapondo-se à tese das realidades coletivas, que sustentou a Escola Organicista. A ficção legal e a realidade coletiva foram superadas pela necessidade de normatização da pessoa jurídica. Nasce, assim, o ciclo das Escolas Normativistas, que

também foram, no curso das exigências modernas, superadas pela Escola das Instituições, segundo a qual um grupo só será personificado se tiver, no mínimo, dois elementos – interesse e vontade. Fundamenta-se, então, a instituição em interesse distinto da individualidade dos componentes do grupo e uma organização hábil a formalizar uma vontade coletiva, a qual será defendida e representada pela coletividade.

Personificada, assim, está a pessoa jurídica como instituição, organizada e criada, um ser jurídico completamente distinto da pessoa física de seus membros, não sendo, por consequência, o reflexo dos fins e ideais destes, observada a completa autonomia e individualidade de ambos.

Então, a pessoa jurídica nasce com a conjugação de três requisitos: a vontade humana, a observância das condições legais de sua formação e a liceidade de seus propósitos, sendo prevista expressamente nos ordenamentos jurídicos vigentes, fato este que torna evidente a necessidade de tutela jurídica acerca da sua existência sociojurídica.

Em razão da necessidade de tutela jurídica diante da personificação da pessoa jurídica e distinção desta da pessoa de seus membros, a doutrina criou meios inibidores de abuso ou desvirtuamento da criação legal, sendo a *disregard* americana a tese que mais gerou frutos, desenvolvendo-se nos ordenamentos jurídicos vigentes com nomes distintos, o *superamento* italiano, a *penetración* argentina e espanhola, a *durchgriff* alemã, mas todos com o mesmo fito, ou seja, todos eles têm como sustentáculo a excepcionalidade à regra geral da personificação da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade de seus sócios, eis que pessoas distintas. A desconsideração da personalidade jurídica só se operará como exceção e nunca como regra, e sempre de forma episódica e em momento adequado à realidade vivenciada.

A exceção à regra que constitui a desconsideração da personalidade jurídica só se legitimará, no Estado Democrático de Direito, se este incidente for regido pelo devido processo constitucional, sem nenhuma evidência de decisões solitárias e justiceiras, eis que a abertura do contraditório propiciador da ampla defesa é uma garantia e, por tal razão, não constitui uma obrigação de participação, mas sim uma faculdade indisponível de participação paritária, efetiva, adequada e técnica na formação do provimento, que desconsiderará ou não a personalidade jurídica.

Assim, a inexistência do contraditório efetivo (direito fundamental) constitui a maléfica concretização de uma “*difesa monca*” (GRADI, 2010, p. 128), ou seja, defeituosa e sem a participação construtiva dos destinatários dos efeitos do provimento final, o que equivale à própria inexistência do processo constitucional.

Nesse ambiente, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, apesar de ainda não procedimentalizado no ordenamento jurídico brasileiro, não impede a sua utilização pelo judiciário, uma vez que existente previsão legal na esfera do direito material, devendo, por consequência, o incidente se pautar na estrita observância do devido processo constitucional, esteado em garantias fundamentais indisponíveis e aptas à concretização de meios de defesa propiciadores da proteção de outras garantias, como a incontestada distinção da pessoa jurídica da pessoa física dos sócios, o direito à propriedade dos sócios e a segurança jurídica inserta na definição de autonomia patrimonial e responsabilidade societária.

Nesse panorama, incontestada é a existência de críticas à aplicação equivocada da descon sideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro, uma vez que se macula o devido processo constitucional, sendo comum que se exproprie bens dos sócios sem a averiguação da responsabilidade apta à afetação, verificação esta que só é possível e legítima no cenário do processo constitucionalizado. Posto que não se pode conceber aplicação da norma material (artigo 50 do Código Civil e artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor) em completo desrespeito ao processo constitucional.

Por fim, objetivando procedimentalizar o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, o projeto de novo Código de Processo Civil traz no seu bojo o procedimento que se coloca como meio hábil a regulamentar tal situação jurídica, contudo, o projeto não está imune a críticas, tendo em vista que não basta a alteração legislativa, eis que estão evidenciadas no Estado brasileiro deficiências técnicas dos operadores de direito, como também deficiências estruturais e organizacionais, que, se não solucionadas, nem a melhor legislação do mundo propiciará a garantia de um processo constitucionalizado.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Estado de Direito e Estado Democrático

A vida em sociedade faz parte da natureza humana, seja a sociedade naturalmente constituída, seja a sociedade volutivamente constituída, pois somos animais naturalmente políticos, segundo Aristóteles.

A sociedade, então, observados os limites do idealismo de Platão, deve ou se propõe a ser constituída racionalmente e em observância aos limites de seus consorciados políticos, ou seja, de acordo com os objetivos comuns do povo, tal como aponta Brêtas (2004):

Como povo, há que entender a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes são provenientes do povo, sejam quais forem as suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, que é o estatuto maior do poder político. (DIAS, 2004, p. 102).

Esse é o momento no qual poderemos falar em constituição do Estado, autoridade visível (DALLARI, 1995, p. 11) regida por normas constitucionais legitimadas, pelo poder imposto ou legitimado pela comunidade política participativa.

Nesse prisma, a Constituição da República do Brasil (1988), em seu primeiro artigo, estabelece o regime político adotado, assim se pronunciando: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].*” (BRASIL, 2010).

Adotou-se, portanto, o Estado Democrático de Direito, o qual reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não numa simples reunião sistemática de conteúdos, mas na apuração de princípios que trouxeram a sintonia almejada para a superação conceitual e prática dos Estados Liberal e Social.

Funda-se, assim, o Estado Democrático, no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação de instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas também no completo acompanhamento, desenvolvimento e fiscalização dos atos derivados da representação.

Visa, portanto, realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, contrapõe-se ao Estado Liberal, pois, como lembra Paulo Bonavides, “*a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito.*” (BONAVIDES, 2004, p. 16).

Nesse prisma conceitual do Estado Democrático de Direito, a Carta Constitucional, sob o olhar discursivo de Habermas, deve centrar-se em normas que confirmam legitimidade democrática ao sistema político, devendo elas mesmas transportar uma “*reserva de participação cidadã informada*” (HABERMAS, 1996, p. 319), mediante participação representativa quando da produção legiferante, ou seja, observada a Escola Fazzalariana, participação dos legitimados e receptores, em contraditório, na formação do provimento que, no caso do processo legislativo, será a lei. Nesse contexto, para Raul Machado Horta, citado por André del Negri “*a formulação da lei pelo Poder Legislativo é uma conquista histórica, que exprime a culminância de milenar processo político, a superação do poder individualizado do monarca absolutista pelo primado da Constituição e a implantação do Estado de Direito.*” (DEL NEGRI, 2008, p. 119).

Assim, faz-se necessária a distinção entre a legitimidade – com o atendimento de pressupostos contrafactuais de uma democracia constitucional, que reproduz toda assunção normativa dos atos de fala, de verdade, sinceridade e autenticidade em bases igualitárias e inclusivas – e a legitimação – que se contenta com o cumprimento aproximado desses pressupostos, considerando-se os contextos reais em que são tomadas as decisões. (HABERMAS, 1996, p. 319).

A Constituição deve, portanto, conter os elementos procedimentais de uma elaboração do direito discursivamente informada, estimulando, por outro lado, o aflorar de uma “*democracia radical*”. Em tal ambiente, próprio do Estado de Direito que se faz igualmente democrático, a soberania popular não se deve concentrar num poder legislativo institucionalizado, havendo de compreender a “*circularidade processual de consultas e deliberações razoavelmente estruturada*”. (HABERMAS, 1996, p. 319). Uma esfera pública não estatal deve ser reforçada de forma a interferir na ordem do dia e na pauta parlamentar, o que é um ideal.

Ou seja, conforme Habermas, a Constituição no Estado Democrático de Direito deve ser formada de maneira discursiva, com a participação ativa dos cidadãos mediante informação e/ou manifestação representativa de todos os atos e demonstração explícita das consequências na vida real que, de maneira alguma, pode ser estanque à realidade constitucional. Isto é, os preceitos e normas realizados na forma discursiva, comunicativa e participativa, sem interferências alheias à vontade da maioria, são mais legítimos e legitimados a produzir os efeitos almejados, o que é bem diferente do Estado Liberal, que prima pela imperatividade da lei sem verificar sua legitimidade cidadã.

Ou seja, se observadas as diretrizes do Estado Liberal, vigera a imperatividade da lei, sem observância do devido processo constitucional, quando se desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade, aplicando-se de forma equivocada a norma (artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 50 do Código Civil), sem a oportunização do devido processo constitucional. Momento no qual restará caracterizada uma decisão com resquícios inquisitórios, donde a culpa é formada anteriormente ao processo, ou melhor, anterior ao exercício do direito de defesa. Serão condenados os sócios, mediante a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade sem a formação da culpa decorrente de um possível abuso de direito ou fraude.

Em contrapartida, o devido processo constitucional, inserido como marco no Estado Democrático de Direito, servirá, sempre, como instrumento garantidor da formação participada no processo, sem cunho inquisitório e impositivo, situação esta que trará ao processo a constitucionalização e legalidade da desconsideração da personalidade jurídica, posto que seja evidente a inconstitucionalidade da declaração de “superação da personalidade jurídica” sem a observância do devido processo constitucional.

2.2 O direito ao devido processo legal face ao Estado Democrático de Direito

André Del Negri situa, de maneira sucinta, mas esclarecedora, a origem do devido processo legal, sustentando que existem “*equívocos relacionados com a comparação entre o due process of Law, e o atual conceito de Devido Processo Legal.*” (DEL NEGRI, 2008, p. 113).

A expressão é evidenciada por Rosemiro Pereira Leal que, citado por André Del Negri, explica que

a faticidade inesclarecida sobre a qual se apóia a expressão *due proces*, como herança da Magna Charta libertatum outorgada por João Sem Terra (1215), e da Carta de Henrique III (1225), na Grã-Bretanha, é que vem propiciando confusões nefastas na conceituação moderna e pós-moderna do instituto do devido processo legal. (DEL NEGRI, 2008, p. 114).

Nesse sentido, a confusão decorre da origem histórica da expressão *due proces* que, na época, era entendida como direito de que os julgamentos fossem realizados por juízes que estivessem nas mesmas condições (igualdade) de liberdades, costumes e bens do acusado. Ou seja, as liberdades, na época, eram entendidas como privilégios, o que se distancia da igualdade e liberdade alcançada na pós-modernidade, bem como diferencia das garantias democraticamente consolidadas no texto constitucional.

Somente com a Constituição dos Estados Unidos da América¹, o *due proces* assume feição diferente daquela inserta na Carta Constitucional de João Sem Terra, o que se concretizou de formas diferentes, posto que, para os que adotam o sistema *Common Law*, prevalece a jurisdição instrumentada por um processo como relação jurídica e para aqueles que adotam o sistema *Civil Law*, o que predomina é o princípio da reserva legal. (DEL NEGRI, 2008, p. 115).

Afasta-se, portanto, a igualdade de privilégios e paridade de “iguais” para o julgamento, bem como a magnitude do julgador, posto que o que se tenha como relevante seja a concretização do devido processo legal como garantia constitucionalizada e democraticamente produzida. Este afastamento é evidenciado pela Escola Mineira de Direito, a qual abandona a Escola Paulista (processo enquanto relação jurídica) para acolher o processo regimentado pelo devido processo legal, estruturando o devido processo constitucional. De modo que o processo é compreendido “*como instituição regenciadora de todo e qualquer Procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial.*” (DEL NEGRI, 2008, p. 118).

¹Elaborada pela Convenção de Filadélfia em 1787.

Assim, chega-se à Teoria Neo-institucionalista do processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 103), que definiu o processo como instituição jurídica garantidora do exercício dos direitos criados e concretizados no ordenamento jurídico mediante procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal), com essencial e imprescindível presença dos princípios institutivos (autocríticos) do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdição:

Conjunto de princípios e (institutos) jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdição, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, 2010, p. 86).

Processo, então, não é o conjunto ou complexos de atos que irão ditar a vontade concreta da lei, como teorizado por Chiovenda, tão menos um duelo entre partes adversárias, como entendido por Goldschmidt, e não somente um procedimento desenvolvido em simétrica paridade e em contraditório, conforme a teoria Fazzalariana. Processo é uma instituição jurídica garantidora da formação construída pelos legitimados e destinatários do provimento final, mediante a presença dos institutos do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdição. Trata-se de uma conquista da cidadania, observado que os legitimados (comunidade política) são produtores, formadores, modificadores e destruidores do ordenamento jurídico e até mesmo do próprio Estado, como confirma Leal: *“Recentemente, em Carpizzo, é que a teoria da soberania popular absoluta se afirmou na titularidade indelegável do povo de construir, modificar ou até destruir o Estado e a ordem jurídica, porque é o povo que decide as suas estruturas.”* (LEAL, 2010, p. 33).

Vê-se, portanto, como evidenciado por Marcelo Cattoni de Oliveira (2003, p. 189-190), que o devido processo constitucional é uma conquista histórica que acontece mediante a democratização da normatividade, tendo a jurisdição constitucional a tarefa de garantir as condições processuais pelo devido processo legislativo democrático e do devido processo constitucional.

Conforme Rawls (1993), citado por Sandel (2000), delimitada a extensão do devido processo constitucional, importante é evidenciar que a igualdade democrática é bem diferente da igualdade liberal, observado que a igualdade de oportunidade em uma democracia difere em muito da igualdade de oportunidades no liberalismo, fato este que leva à seguinte conclusão:

A justiça processual pura acontece quando não há um critério independente para o resultado correto: em seu lugar existe um procedimento correto ou imparcial, de modo que o resultado será correto ou imparcial, seja qual for, sempre e quando se tenha observado devidamente o procedimento. (SANDEL, 2000, p. 155, tradução nossa).²

Não há que se falar, portanto, em aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de forma liberalista, ou seja, mediante única aplicação imperativa do dispositivo legal (artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 50 do Código Civil), mas sim, e sempre, mediante a participação construtiva e em estrita observância do devido processo constitucional, eixo da democracia e da legitimidade da autoridade estatal.

Daí, independente de previsão legal acerca da *disregard doctrine*, a personalidade da pessoa física ou jurídica é uma garantia insuperável de existência no ordenamento jurídico, enquanto seres politicamente ativos, dotados de direitos e obrigações, por esta razão, sendo impossível de ser desconsiderada ao alvedrio do devido processo constitucional.

²La justicia procesal pura se da cuando no hay un criterio independiente para el resultado correcto: en su lugar existe un procedimiento correcto o imparcial tal, que el resultado es igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento.

3 PERSONALIDADE E PESSOA JURÍDICA

3.1 Personalidade

A personalidade dos seres humanos, bem como a personalidade engendrada na criação organizada de um ser jurídico não é somente consequência da natureza física ou biológica, mas sim decorrente de fatos e realidades, como preconizado por Carré de Malberg:

até a personalidade jurídica dos seres humanos não é um fato que cai sobre nossos sentidos, tampouco uma consequência de sua natureza física (basta a esse respeito recordar o caso do escravo no direito antigo), mas a concepção jurídica da personalidade humana é a expressão de uma ideia abstrata. Sem dúvidas os conceitos jurídicos, para não incorrerem em erro de ser artificiais e arbitrários, devem compreender a fatos e realidade. (MALBERG, 2000, p. 37-38, tradução nossa.)³

A compreensão conceitual da personalidade é fundamental para a concepção da pessoa jurídica, distinguindo-se, sempre, dos indivíduos, pessoas físicas, que a compõem.

Carré de Malberg, quando da concepção de personalidade do Estado, em referência à literatura alemã, considera que *“a noção de personalidade do Estado deve significar que a organização estatal de um país tem por consequência formar um ser jurídico inteiramente distinto, não somente dos indivíduos singularmente, que compõem a não, senão também do corpo nacional dos cidadãos.”* (MALBERG, 2000, p. 29, tradução nossa).⁴

E acrescenta Carré de Malberg,

a personalidade do Estado não é a expressão pessoal dos seus membros em um ser jurídico único, senão um produto e a expressão de uma organização real, na qual a nação não intervém mais do que como um elemento de estrutura, do mesmo modo que o território ou o poder/vontade governamental. (MALBERG, 2000, p. 29, tradução nossa).⁵

Parafraseando Carré de Malberg (2000), podemos conjugar a noção de personalidade Estado com a personalidade da pessoa jurídica, uma vez que, esta, na qualidade de organização criada, é um ser jurídico completamente distinto da pessoa física de seus

³ hasta la personalidad jurídica de los seres humanos no es un hecho que cae bajo los sentidos, ni tampoco una consecuencia de su naturaleza física (basta a este respecto recordar el caso del esclavo en el derecho antiguo), pero el concepto jurídico de personalidad humana es la expresión de una idea abstracta. Sin duda también los conceptos jurídicos, para no incurrir en la falta de ser artificiales y arbitrarios, deben corresponder a hechos e realidades.

⁴ la noción de la personalidad del Estado significaría que la organización estatal de un país tiene por consecuencia engendrar un ser jurídico enteramente distinto no solamente de los individuos ut singuli que componem la nación, sino aún del cuerpo nacional de los ciudadanos.

⁵ la personalidad del Estado no es la expresión de una concentración personal de sus miembros en un ser jurídico único, sino que es el producto y la expresión de una organización real, en la cual la nación no interviene más que como un elemento de estructura, al mismo título que el territorio o la potestad gubernamental.

componentes. Por tal razão não é o reflexo dos fins e ideais destes, mas sim um produto organizado para fins e objetivos próprios, com a vontade e com os objetivos fixados quando de sua criação, uma organização real, que não se confunde com seus membros, sendo distinta a propriedade, seus atos e responsabilidades.

Já a pessoa física, desde o nascimento com vida, é dotada de direitos e obrigações, independentemente da manifestação de vontade e formalização de sua existência (registro no cartório de registro civil de pessoa natural). Sendo que o Código Civil Brasileiro dispõe em seu Art. 1 que *“toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”* (BRASIL, 2002), e ainda, no Art. 2: *“a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”* (BRASIL, 2002).

Definida a personalidade, então, como o atributo da pessoa jurídica ou física. Fato perfeitamente identificável por meio de atos e fatos reais, observada que a existência da personalidade da pessoa física independe de vontade para a aquisição de tal status. Para a pessoa física, basta o nascimento com vida, o que, no caso da pessoa jurídica, é diferente, eis que deve estar presente a vontade dos membros para a constituição da personalidade jurídica, formalizada ou não.

Distinta, portanto, a pessoa jurídica da pessoa física, da mesma maneira que distinta é o Estado da pessoa física de seu governante e governados. (MALBERG, 2000, p. 29).

3.2 Origem e evolução histórica da pessoa jurídica

Vários tipos de sociedade foram identificados no curso da história antiga, seja no direito babilônico, seja no direito fenício, seja no direito grego, sendo o Código de Hammurabi, datado de 1760 a.C.⁶, a primeira identificação da sociedade enquanto agrupamento humano, a qual foi acolhida pelo direito romano. (LUCENA, 2001, p. 2).

Conforme Oliveira (1962, p. 10), as interações sociais, que foram trabalhadas pelos romanos de modo empírico, levaram à personificação de alguns organismos, sem que, com isto, fosse construída uma definição conceitual da personalidade jurídica de qualquer organismo que não fosse humano, eis que independe de vontade. Trata-se do fenômeno da personificação que perdurou por séculos.

⁶Criado no ano de 1760 a.C. (segundo a cronologia média), é um dos conjuntos de leis mais antigos que se tem encontrado, e também um dos exemplares mais bem conservados em razão de se tratar de um documento criado na antiga Mesopotâmia. (tradução nossa.)

Os organismos personificados diferenciam-se da pessoa humana, no exato entendimento de que para a concretização da personalidade jurídica, necessária é a existência da vontade de congregação de objetivos, pois o

patrimônio próprio do organismo, distinto do patrimônio dos indivíduos que o integravam ou o administravam (**res, communis, arca communis**), órgãos especiais capazes de representá-la, em juízo ou fora dele (**actor vel syndicus**). É por meio desses representantes que este novo ser surgido no mundo do direito e que será posteriormente chamado *universitas age* e se manifesta. (OLIVEIRA, 1962, p. 10).

Oliveira (1962) também afirma que o *municipium* foi o primeiro organismo dotado de personalidade jurídica, o qual decorreu da autonomia das cidades romanas para se relacionar com terceiros em face das diversas relações sociais engendradas pelo crescimento da autonomia das cidades e coexistência de direitos e obrigações, as quais, na quase totalidade das vezes, eram patrimoniais; e que outros organismos também foram personificados. O *collegia*, que equivalia a grupos associados de pessoas de uma mesma profissão ou ofício e *as societates publicanorum*, as quais eram compostas de pessoas que se associavam para somar quantias pecuniárias hábeis a realizar objetivos para Roma que, apesar de todo o poder exercido, muitas das vezes precisava de socorro financeiro de particulares.

Surge, então, organismos personificados e dotados de *corpus habere*, que eram organismos que possuíam personalidade jurídica face à existência de personalidade distinta da pessoa dos associados, dos cidadãos ou dos sócios, marcada, aqui, a visão romanista da personificação. (OLIVEIRA, 1962, p. 11).

No direito germânico o fenômeno da personificação foi inexistente, uma vez que o Príncipe era o único titular de direito patrimonial, o qual só era fracionado quando da sucessão hereditária. Contudo, se fez presente a figura da **gesammte hand** – “comunhão em mão comum”, que traduzia a possibilidade de patrimônio comum ou em pluralidade com índole jurídica. (OLIVEIRA, 1962, p. 17-20).

No direito canônico foi evidenciado o conceito de *corpus mysticum*, segundo o qual a Igreja identificava o agrupamento de fiéis em face de uma propriedade religiosa, o que pode ser visto como um embrião do conceito de fundação. (OLIVEIRA, 1962, p. 21).

Assim, os canonistas forneceram, de fato, os primeiros esboços conceituais das expressões *persona ficta*, *nomem juris* e *corpus mysticum*⁷, superando, mesmo que de forma singela, a concepção romanista de que só o homem, enquanto ser humano, fosse dotado de personalidade jurídica. Contudo, muitos entraves deveriam ser sanados, uma vez que não havia uma concepção de direitos e obrigações para uma figura fictícia, como também, tal situação apresentava-se muito delicada face ao grande dilema da representação.

Nesse contexto evolutivo conceitual, Savigny foi o autor que defendeu a tese de ficção legal, segundo a qual a figura da pessoa jurídica é um ente criado pela autoridade estatal para que, ficticiamente, se estenda a capacidade jurídica do homem às pessoas jurídicas por meio de representação.

Contudo, Savigny continuou arraigado à concepção romanista de que somente o homem, ou seja, o ser humano, é dotado de direitos e obrigações, situação esta confrontada com a situação dos escravos, que, apesar de humanos, não possuíam direitos e obrigações, mas tal argumentação não foi hábil a desconstituir a concepção romanista de Savigny, que negou a existência de realidades coletivas dotadas de direitos e obrigações na estruturação da sociedade (OLIVEIRA, 1962, p. 29). Constituiu-se, aqui, as diretrizes da Escola Individualista, a qual se contrapõe às Escolas que afirmam a existência de realidades coletivas.

Os pensadores que admitiam a existência de realidades coletivas fundavam suas teses em face do próprio ser humano, posto que Zitelmann equiparasse o Estado ao organismo humano, daí a Escola Organicista, segundo a qual “*uma pluralidade de indivíduos organicamente reunida constitui unidade nova, entidade distinta dos indivíduos que a compõem. Trata-se de entidade real existente.*” (OLIVEIRA, 1962, p. 58).

Com a mesma ideia organicista, segundo Oliveira (1962), o doutrinador Gierke atribui a existência da pessoa jurídica à pessoa coletiva, diferenciado do conceito de Zitelmann pelo fato de que não há dissociação entre os “*os direitos do ente coletivo e os direitos dos membros da corporação.*” (OLIVEIRA, 1962, p. 67).

Então, para os adeptos da Escola que admitia a existência da realidade coletiva:

é a pessoa coletiva um ente orgânico que, por sua vontade coletiva, e pelo surgimento historicamente espontâneo, tem realidade própria, e possui capacidade jurídica idêntica à das pessoas individuais. É um todo por sua virtude própria ainda que internamente os membros da coletividade tenham seus próprios direitos e esferas de ação. (OLIVEIRA, 1962, p. 61).

⁷Pessoa ficta, nome jurídico e corpo místico.

Contudo, a vontade coletiva atuando de forma organicista é incapaz de explicar a autonomia jurídica da sociedade coletiva, o que deixou por vencidas as teses pré-normativistas, pois acreditava-se necessária a normatização para que a pessoa jurídica tivesse existência no mundo jurídico, gozando de direitos e obrigações distintos dos direitos e obrigações de seus membros.

Kelsen (2006, p. 69), Oliveira (1962, p. 99) e Miranda (1954, p. 280) comungam do mesmo entendimento e, de acordo com eles, a Escola Normativista tem a norma como eixo de formação e aceitação da pessoa jurídica, não se trata de uma criação fictícia, mas de uma criação permitida e regulamentada por norma estatal prevista no ordenamento jurídico, donde *“As pessoas jurídicas podem ser definidas como associações ou instituições formadas para a consecução de um objetivo, e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direito.”* (OLIVEIRA, 1962, p. 74).

Apesar de todas as construções doutrinárias, a normatização, tão somente, não foi capaz de elidir as consequências da autonomia e representação da pessoa jurídica, o que fez florescer a institucionalização do instituto da pessoa jurídica, mediante a Escola das Instituições.

A Escola das Instituições constitui marco divisor entre as Escolas anteriores, haja vista que um grupo só será personificado se detiver, no mínimo, dois elementos – interesse e vontade – ou seja, interesse distinto da individualidade dos componentes do grupo e uma organização hábil a formalizar uma vontade coletiva, a qual será defendida e representada pela coletividade. Trata-se, pois, de uma instituição nos dizeres de Hauriou, observado que será uma organização instituída com o objetivo de exercer direitos e cumprir obrigações. (OLIVEIRA, 1962, p. 117).

Hodiernamente, então, personificada está a pessoa jurídica como uma instituição, organizada e criada (formalizada ou não), não sendo, por consequência, o reflexo dos fins e ideais dos seus membros. Trata-se, sim, de um produto organizado para fins e objetivos próprios, distintos de seus membros, de uma organização real, que não se confunde com este, com as propriedades de ambos e com a vontade alheia aos objetivos fixados quando de sua criação.

3.3 Origem e evolução histórica da pessoa jurídica

Observada a consagração da institucionalização da pessoa jurídica, Caio Mário (1993, p. 2000) define que a pessoa jurídica nasce mediante a conjugação de três requisitos: a vontade humana, a observância das condições legais de sua formação e a liceidade de seus propósitos. Em outras palavras, somente será considerada pessoa jurídica a congregação de interesses lícitos e hábeis a adquirir direitos e obrigações, observados os preceitos insertos no ordenamento jurídico vigente.

Entretanto será desnecessária a constituição ou formalização efetiva (instituição do ato constitutivo no registro competente) para que sejam atribuídos direitos e obrigações à pessoa jurídica e aos sócios, o que é evidenciado na sociedade de fato, que existe no mundo jurídico e que poderá ser desconsiderada por meio de provimento judicial desenvolvido mediante o devido processo constitucional em face dos sócios de fato.

Mesmo com a possibilidade de acolhimento da sociedade de fato no mundo fático-jurídico, a figura da pessoa jurídica é regulamentada e consagrada em vários ordenamentos: no Código Civil Alemão nos artigos 21 a 89, Código Civil Suíço no artigo 53, Código Civil Italiano nos artigos 11 a 13:

Artigo 11. Pessoas Jurídicas Públicas. As províncias e municípios, bem como entidades públicas reconhecidas como pessoas coletivas, gozam de direitos segundo as leis e os usos de direito público (824 e segs.). Artigo. 12 pessoas jurídicas privadas. Associações, fundações e outras instituições privadas adquirem personalidade jurídica mediante reconhecimento concedido por decreto do Presidente da República. Para determinadas categorias de entidades que exercem suas atividades dentro da província, o governo pode delegar aos prefeitos a faculdade de reconhecê-los com seu decreto (art. 1, 2). Artigo 13. Sociedade. As sociedades são regidas pelas disposições contidas no Livro V (2247 e seguintes).⁸ (ITALIA, 2009, tradução nossa.)

no Código Civil Espanhol no artigo 35

Artigo 35. São pessoas jurídicas: 1. As corporações, associações e fundações de interesse público reconhecidas por lei. Sua personalidade começa desde o mesmo instante em que, com amparo do direito, se tornem validamente constituídas. 2. As associações de interesse particular, sejam civis, mercantis ou industriais, as que a lei conceda personalidade própria, independente dos associados.⁹ (ESPAÑA, 2000, tradução nossa.)

⁸Art. 11 Persone giuridiche pubbliche. Le Province e i Comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico (824 e seguenti).

Art. 12 Persone giuridiche private. Le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica. Per determinate categorie di enti che esercitano la loro attività nell'ambito della Provincia, il Governo può delegare ai prefetti la facoltà di riconoscerli con loro decreto (att. 1, 2). Art. 13 Società .Le società sono regolate dalle disposizioni contenute nel libro V (2247 e seguenti).

⁹Artículo 35. Son personas jurídicas: 1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho,

hubiesen quedado válidamente constituidas. 2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

e no Código Civil Brasileiro, consoante preceitos dos artigos 40 a 52:

Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado. Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código. Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público. Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos. VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. § 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. § 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. 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. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro. Art. 46. O registro declarará: I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver; II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores; III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo; V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso. Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo. Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude. Art. 49. Se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório. 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. Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução. § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica. Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. (BRASIL, 2002).

Incontestemente, assim, o reconhecimento da pessoa jurídica nos ordenamentos jurídicos, não havendo razões de negação de sua existência, como também da nítida distinção entre esta

e os seus membros, posto que toda a pessoa jurídica seja dotada de personalidade própria e sujeito de direitos e obrigações autônomas, ressalvada a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

4.1 A Disregard Doctrine

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica de Verrucoli, citado por Oliveira, também conhecida em países da common law e da civil law, com expressões designativas, *superamento della personalità giuridica*, *durchgriff der juristischen person*, *teoria de la penetración o desestimaci n de la personalidad*, *mise   l' cart de la personnalité morale*, *disregard of legal entity*, teve sua semente na teoria da soberania (OLIVEIRA, 1979, p. 267), a qual foi elaborada pelo alemão Hausmann e, posteriormente, revista por Mossa. Contudo, foi, de fato, difundida no sistema *common law*, especificamente nos Estados Unidos da América, com o precedente do célebre caso inglês Salomon vs. Salomon & Co. Ltda¹⁰, o qual foi julgado em grau de última instância pela House of Lords, datado de 1897. (SILVA, 1999, p. 30-31).

O caso teve grande influência negativa para a jurisprudência inglesa, pois tratou de forma rigorosa a distin o da pessoa jurídica da pessoa física dos sócios em prejuízo a terceiros, sendo a *disregard* utilizada na Inglaterra somente em casos extremos.

¹⁰Caso apontado como precursor da *disregard doctrine*, datado de 1897, na Inglaterra. Trata-se de um comerciante de couros e calçados, fundador da companhia inglesa Salomon & co. ltd., que distribuiu as 20.007 cotas sociais de sua sociedade entre a esposa filhos, sendo uma para cada filho e esposa e as restantes 20.001 para ele próprio, integralizando posteriormente as 20.000 para a própria sociedade por um valor superior ao que de fato valia, (com valor superior ao das a es subscritas), fato este que acarretou um crédito para o sócio majoritário Aaron Salomon. Diante do quadro societário e da integraliza o das a es, quando da insolvência da sociedade, o sócio Aaron ingressou com a a o competente para recebimento do seu crédito perante a sociedade. A Court of Appeal e a High Court entenderam que a sociedade era uma extensão do próprio Aaron que, com objetivo de obter lucro sem riscos, criou a sociedade para que esta fosse responsabilizada pelos débitos. Nesse contexto, a sociedade foi desconsiderada, haja vista a confusão da personalidade da sociedade e dos sócios. Ou seja, descoberto o véu da sociedade, confundindo-se o crédito do sócio majoritário com o débito que antes da desconsidera o que era exclusivo da sociedade, eliminando o direito de crédito do sócio perante a sociedade. Contudo, a House of Lords, acolhendo a distin o da pessoa jurídica da pessoa física de seus sócios em desconsidera o do abuso e do desvio de finalidade perpetrado, reformou as decisões anteriores de forma a admitir o direito de crédito de Aaron em face da sociedade. Mantendo-se, assim, o véu da sociedade. Fato este que caracterizou a distin o da pessoa jurídica da pessoa física dos sócios. Contudo, a desconsidera o seria a melhor decisão, uma vez que comprovado o abuso de direito quando da subscri o das cotas.

Tal situação não ocorreu nos Estados Unidos da América, que, 88 anos antes, em julgamento de lavra do Juiz Marshall, quando da definição de competência dos tribunais federais, pautou positivamente pela desconsideração da personalidade jurídica para contemplar a jurisdição em face dos sócios acionistas no caso conhecido como *Bank of United States vs. Deveaux*.¹¹ (SILVA, 1999, p. 32-33).

De fato, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvido de forma mais veemente nos tribunais americanos (*case law*), segundo o qual se perfura o véu da companhia para evitar abuso e uso fraudulento da pessoa jurídica em detrimento a direitos individuais dos sócios, da própria pessoa jurídica ou de terceiros.

A teorização da desconsideração da personalidade jurídica foi atribuída ao norte-americano Marurice Wormser, que, em expressa remição ao julgado de *Salomon vs. Salomon & Co. Ltda*, em 1912, sintetizou a teoria da desconsideração da seguinte maneira:

Quando a concepção da entidade corporativa é empregada para defraudar o credor, para fugir à obrigação existente, para contornar um estatuto ou lei, para alcançar ou perpetuar o monopólio, ou para proteger os inescrupulosos e criminosos, os tribunais deixarão de lado a personalidade da entidade, considerará a empresa corporativa como uma associação de acionistas ativos, homens e mulheres, e farão justiça entre pessoas reais.¹² (WORMSER, 1929, p. 84, tradução nossa.).

A contribuição norte-americana para a desconsideração da personalidade jurídica é inquestionável. Entretanto, primordial é evidenciar que o direito americano é orientado pelo sistema *Common Law*, na qual é adotada a teoria ficcionista, segundo a qual a pessoa jurídica é um ente fictício criado para o ordenamento jurídico, o que difere do sistema *common law*, uma vez que a pessoa jurídica é uma instituição reconhecida e não criada pelo ordenamento jurídico.

Sob o prisma do sistema *common law*, os juízes norte-americanos veem a pessoa jurídica como “*uma mera figure of speech, uma simples legal unit, expediente ou instrumento legalmente reconhecido para o desenvolvimento de determinadas atividades.*” (OLIVEIRA, 1979, p. 269).

¹¹Em 1809, o Juiz Marshall, objetivando preservar a jurisdição dos tribunais federais sobre as sociedades anônimas, não considerou válido afastar a jurisdição dos tribunais federais em face das pessoas jurídicas, para tanto, desconsiderou a personalidade destas, o que acarretou a contemplação da jurisdição federal em face dos sócios acionistas.

¹²When the conception of corporate entity is employed to defraud creditor, to evade an existin obligation, to circumvent a statute, to achieve or perpetuate monopoly, or to protect knavery or crime, the courts will draw aside the web of entity, will regard the corporate company as an association of live, up-and-doing, men and women shareholders, and will do justice between real persons.

A ficção da pessoa jurídica é o ponto de partida e o fundamento teórico para a *disregard*, posto que, se o ordenamento jurídico criou para que fosse possível a existência no mundo jurídico, o próprio ordenamento jurídico pode desconstituir em caso de caracterizado o distanciamento dos fins de criação, paradigma este do liberalismo, o qual é muito abrangente, uma vez que a “desconstituição” ou a “desconsideração” só será possível mediante a observância do devido processo constitucional.

Porém, a penetração não pode ser inconsequente e oportunista, mas sim legalista¹³, seja na common law, seja na civil law, vez que ocorre somente quando se “*encontra fundamento no uso da pessoa jurídica para finalidades que destoam das finalidades do próprio instituto, levados em conta os grandes princípios do ordenamento jurídico.*” (OLIVEIRA, 1979, p. 271).

A *disregard of legal entity* não coloca em dúvida, em momento algum, a nítida distinção entre a sociedade (pessoa jurídica) e seus sócios pessoa(s) física(s), posto que a teoria estabeleça uma exceção à regra, como sustentou Serick:

O princípio sob exame se sustenta na teoria de que a pessoa jurídica não é outra coisa senão uma ficção criada por motivos técnicos-jurídicos, que constitui um instrumento segundo o qual se permite na vida comercial o desenvolvimento de determinados fins em meio ao ordenamento jurídico. É somente então nos limites descritos nesses mesmos fins que a pessoa jurídica pode ter uma vida própria. Se essa vida vem a ser utilizada para fins estranhos ou contrários aqueles próprios da pessoa jurídica, então, segundo o direito americano atual, não se pode permitir que a estrutura da pessoa jurídica impeça que os tribunais profiram decisões justas. Neste caso é necessário, segundo opinião americana, fazer referência às pessoas físicas ou às relações reais que se escondem sob a “máscara” da pessoa jurídica; neste caso é, portanto, lícito não respeitar a ficção da pessoa jurídica ou destruir o seu organismo.¹⁴ (SERICK, 1966, p. 90, tradução nossa.).

A teoria da *disregard* tem em conta que, no direito americano, regido pelo sistema *common law*, os casos são resolvidos concretamente, observadas as circunstâncias, não havendo a limitação para a definição do abuso de direito e a extensão da responsabilidade do sócio quando caracterizado ato exorbitante aos limites da pessoa jurídica.

¹³Seja na orientação jurisprudencial, observada no sistema da *common law*, seja na reserva legal da *civil law*, mas sempre com estrita atenção ao devido processo legal, que se faz presente em ambos os sistemas.

¹⁴Il principio in esame si basa sul concetto che una persona giuridica non è altro che una finzione creata per motivi tecnico-giuridici quale strumento per permettere nella vita commerciale il raggiungimento di determinati fini ammessi dall'ordinamento giuridico. È solo quindi nei limiti rappresentati da questi stessi fini che la persona giuridica può vivere una propria vita. Se essa viene utilizzata per fini estranei o addirittura contrari a quelli propri di una persona giuridica, allora, secondo l'attuale diritto americano, non si può ammettere che la struttura della persona giuridica impedisca ai tribunali di emettere un'equa decisione. In questi casi è necessario, secondo l'opinione americana, far riferimento alle persone fisiche o ai rapporti reali che si nascondono sotto la maschera della persona giuridica; in questi casi è quindi lecito non rispettare la finzione della persona giuridica o distruggere il suo organismus.

Tal não acontece nos países da civil law, eis que define requisitos legais para o acolhimento judicial da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, são enumeradas as formas de abuso de direito ou desvio de finalidade (como, por exemplo, atos contrários ao estatuto ou contrato social, atos decorrentes de fraude, dolo, simulação).

Contudo, a forma de concretizar a desconsideração da personalidade jurídica, em nenhum sistema, pode ser palco para a arbitrariedade, mediante desconstituições da personalidade sem fundamentos fático-legais hábeis à comprovação de abuso ou desvio da personalidade jurídica.

Nesse sentido, nos ensinamentos de Serick, a desconsideração deverá ou poderá ocorrer quando se utiliza a pessoa jurídica para atuar: a) de forma contrária à lei; b) em detrimento das obrigações contratuais e constitutivas; c) em fraude; d) em fraude às filiais constituídas; e) em simulação; f) em atitudes contrárias à boa-fé. (SERICK, 1966, p. 95-124).

Seja a *disregard* americana, o *superamento* italiano, a *penetración* argentina e espanhola, a *durchgriff* alemã, todos eles têm como sustentáculo a excepcionalidade à regra geral da personificação da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade de seus sócios, ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica só se operará como exceção e nunca como regra e de forma episódica.

A aplicação da teoria da desconsideração não importa a dissolução ou anulação da sociedade. Apenas no caso específico, em que a autonomia patrimonial foi fraudulentamente utilizada, ela não é levada em conta, é desconsiderada, o que significa a suspensão episódica da eficácia do ato de constituição da sociedade, e não o desfazimento ou a invalidação desse ato. Preserva-se, em decorrência, a autonomia patrimonial da sociedade empresária para todos os demais efeitos de direito. (COELHO, 2007, p. 43)

Assim o é, porque só será afastado “o princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoas-membros, sempre que isso for necessário para evitar resultados juridicamente condenáveis.” (SILVA, 2002, p. 93-94). À evidência, tal objetivo somente poderá ser atingido mediante a concretização do devido processo constitucional, garantia fundamental das pessoas.

4.2 Teorias de desconsideração da personalidade jurídica – Escolas alemãs

A *disregard* na Alemanha é nominada de *Durchgriff*, o que equivale à penetração, ou, pela tradução literal: “*ato pelo qual se agarra uma coisa fazendo a mão passar através de outra.*” (OLIVEIRA, 1979, p. 282).

Ao contrário do direito norte-americano, as construções jurisprudenciais acerca da *disregard* não satisfizeram a doutrina alemã que, por tradição científica, teorizou a *Durchgriff*. Daí por que observadas as vicissitudes científicas, três são as teorias que buscaram delimitar a penetração na pessoa jurídica sob o prisma da teoria da *Durchgriff*.

A primeira, denominada teoria subjetiva, consiste na unicidade da pessoa jurídica, admitindo-se a penetração em quaisquer espécies de pessoa jurídica, sendo prevalente e necessário o elemento subjetivo refletido no abuso de direito. A segunda, intitulada como jurisprudência de interesses, tem a pessoa jurídica como um símbolo que se reveste as relações complexas. Já a terceira traz a pessoa jurídica como entidade que pode ser relativizada sempre pela imperiosa subordinação a princípios jurídicos – teoria institucionalista.

Todas essas teorias tiveram defensores de grande monta, conforme noticiado por Lamartine Oliveira, como Rolf Serick, Ulrich Drobniq, Muller-Freienfels, Rudolf Reinhardt, Ottmar Kuhn, Walter Erman, Herbert Wiedemann, Georg Winter, Kalter. (OLIVEIRA, 1979, p. 264-558).

Rolf Serick é considerado o fundador da moderna teoria da *Durchgriff*, para quem a pessoa jurídica é criação da ordem jurídica com finalidades determinadas e em face de uma visão unitarista.

Serick (1996, p. 73-82) parte do princípio da regra-exceção, ou seja, a distinção entre pessoa jurídica e pessoa física de seus sócios é sempre a regra, sendo a exceção admitida somente quando presente elemento intencional caracterizador da fraude à lei, abuso de direito com intuito de fraude à lei, pois, não comprovada a intenção (confirmando a própria teoria subjetivista), não passível a penetração. E também fraude às disposições contratuais ou estatutárias, atos fraudulentos contra terceiros. (OLIVEIRA, 1979, p. 310).

O elemento fundamental para haver a penetração, na concepção de Serick, é o elemento intencional-subjetivo, contudo, o autor delimita como exceção à regra quando “*sustenta a existência de normas de Direito societário de tal modo importantes que não podem admitir nenhuma espécie de violação, nem mesmo indireta, e nenhuma espécie de limitação, nem mesmo indireta, a sua incidência.*” (OLIVEIRA, 1979, p. 310).

Já Ulrich Drobnig se preocupou em estudar a penetração da pessoa jurídica para fins de responsabilidade, observado que a personalidade da pessoa jurídica, a responsabilidade e a limitação desta pelos sócios não podem ser analisadas isoladamente. (OLIVEIRA, 1979, p. 299-300).

Drobnig faz distinção entre a penetração (*durchgriff*) da pessoa jurídica em caráter geral e a penetração para fins de responsabilidade (*haftungsdurchgriff*), como, também, distingue ambas da *disregard* americana, o que pode ser visto de maneira subjetiva. Contudo, Drobnig delimitou a penetração a ser fundamentada em dispositivos legais ou em princípios gerais do direito, fato este que inibiria a penetração arbitrária. (OLIVEIRA, 1999, 299-300).

Assim, limitando-se à responsabilidade, nos dizeres de Lamartine de Oliveira, Drobnig classificou a penetração na pessoa jurídica em quatro formas:

- 1) a forma básica, em que o credor de uma sociedade de capitais aciona e busca atingir o sócio da sociedade devedora; Drobnig chama a essa forma básica de penetração direta;
- 2) a primeira variante, em que credor do sócio de sociedades de capitais busca acionar e executar a sociedade: seria a penetração invertida;
- 3) a segunda variante, em que, em caso de falência da sociedade de capitais, é vedado ao sócio a possibilidade de fazer valer pretensão contra a sociedade, para, assim, aumentar as possibilidades de satisfação dos credores sociais: seria a penetração limitada direta;
- 4) finalmente, a terceira variante, em que a responsabilidade pessoal, que lei especial tenha imposto aos titulares de quotas de determinadas espécies de sociedade, é também estendida aos casos em que tais titulares são, por sua vez, sociedades de capitais. (OLIVEIRA, 1979, p. 333-334).

Já para Muller-Freienfels, cujo pensamento contraria o de José Lamartine Correia de Oliveira, a pessoa jurídica não tem valor próprio.

A pessoa jurídica seria apenas uma expressão cômoda, abrangentes de determinadas unidades, ‘símbolo adequado’, síntese ideal de tipos, relações e normas, imagem de representação facilmente apreensível, abreviatura construtiva, conceito puramente técnico-jurídico, construção de ponto de imputação jurídica, a vesta giurídica de que fala Ferrara, forma prática de pensamento para complexo de relações jurídicas reguladas pelos Estatutos e sua complementação e legalização pela ordem jurídica supra-ordenada, ponto de imputação em que se transforma em sujeito o conjunto das relações jurídica interligadas ou a que tais relações são atribuídas, na expressão de Hans Wolff. É evidente que tais formulações fazem o autor cair em completo normativismo. (OLIVEIRA, 1979, p. 357-359).

O autor também critica o unitarismo exposto por Serick ao fundamento de que distintos ‘tipos’ de pessoa jurídica necessitam de tratamentos adequados a cada espécie, o que é inviável na teorização da *Durchgriff*.

Muller-Freienfels concorda com Serick quando este admite a penetração-desconsideração somente fundamentada objetivamente em atos fraudulentos, intencionais e dolosos. O objetivismo constitui maneira de criticar a jurisprudência de interesses e o próprio esquematismo da jurisprudência, bem como é de suma importância para inibir a arbitrariedade da penetração.

Rudolf Reinhardt fundamenta o fenômeno da penetração por caracterização de critérios objetivos e institucionalista da pessoa jurídica, afastando-se da ficção e do unitarismo, ao considerar que a pessoa jurídica não é idêntica a de seus sócios:

Deles se distinguindo como sujeito de direito, com órgãos próprios, processos próprios de elaboração de sua vontade, capacidade de exercício distinta da de seus membros, patrimônio próprio. Para garantir a existência de uma substância econômica própria, de um patrimônio da pessoa jurídica, a lei estabelece uma série de normas destinadas a assegurar a constituição corporativa e a participação no capital da sociedade. (OLIVEIRA, 1979, p. 369).

A desconsideração de pessoa jurídica, no entendimento de regra-exceção de Serick, é criticada por Peter Erlinghagen, ao fundamento de que “*sempre que se admita a penetração, isso significará em verdade que não há pessoa jurídica presente: o grupo ultrapassou os limites imanes da personalidade jurídica*” (OLIVEIRA, 1979, p. 379), sendo nesse momento configurado o abuso de direito, visto que ultrapassados os limites finalísticos da pessoa jurídica.

Por fim, este é o panorama alemão acerca da desconsideração da personalidade jurídica, panorama este que pode ser resumido da seguinte maneira: evidente que são distintas a pessoa jurídica da pessoa de seus membros, mesmo no caso da sociedade unipessoal, como também, é inconteste que a responsabilidade patrimonial se limita ao patrimônio individualizado da sociedade, a qual somente poderá ser desconsiderada em face da presença de elementos objetivos caracterizadores e abuso ou desvio de finalidade, e legalmente delimitados normativamente. Tais premissas básicas afastam o subjetivismo no assunto em foco.

4.3 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Brasil

No Brasil, quando de conferência proferida perante os alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Rubens Requião introduziu a semente da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se fertilizou principalmente no âmbito da justiça especializada do trabalho, solo fértil para evitar o abuso ou o desvio de finalidade, mas, em contrapartida, também fértil para a arbitrariedade do julgador, que desconsidera a personalidade jurídica por mero despacho, sem fundamentação e com claro intuito de responsabilizar o sócio, a qualquer título.

Nosso ordenamento jurídico acolheu a teoria da desconsideração jurídica expressamente em vários dispositivos legais, conforme o Código Civil artigo 50:

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. (BRASIL, 2002)

Código de Defesa do Consumidor, artigo 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 provocados por má administração. (BRASIL, 2011).

Lei Antitruste, artigo 18:

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. (BRASIL, 1994).

Mas a jurisprudência pende ora pela Teoria Maior, ora pela Teoria Menor.

4.4 A Teoria Maior e Teoria Menor – aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica

No Brasil, a desconsideração da personalidade jurídica se apresenta em face de duas teorias de aplicação, uma denominada Teoria Maior, que admite a desconsideração e a responsabilização em caso de comprovado abuso e/ou desvio de finalidade ou fraude, mediante afastamento episódico do princípio da autonomia patrimonial (COELHO, 2007, p. 36) e responsabilidade societária limitada, que é mais elaborada e mais se aproxima, conceitualmente, da *disregard* americana, do *superamento* italiano, da *penetración* argentina e espanhola, da *durchgriff* alemã. E a Teoria Menor, segundo a qual “*se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isto basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela*” (SILVA, 2002, p. 103), o que equivale à mera insolvência da pessoa jurídica, momento no qual se permite o afastamento da autonomia patrimonial, daí constituída maléfica interpretação extensiva do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar de a Teoria Maior ser próxima da *disregard doctrine*, a prática brasileira, especialmente na Justiça Especializada do Trabalho, infelizmente, é pela aplicação da Teoria Menor, fato este que leva ao afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. E, o que é pior, o afastamento da limitação da responsabilização dos sócios, sendo a aplicação da Teoria Menor uma forma indireta de tornar a responsabilidade societária ilimitada, o que é inadmissível em face do ordenamento jurídico vigente.

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Rio Grande do Sul. EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho se dá na sua vertente objetiva, na qual se dispensa a verificação de violação ao contrato ou abuso de poder, bastando a ausência de bens por parte da pessoa jurídica para que se inicie a execução contra o patrimônio dos sócios. AGRAVO DE PETIÇÃO interposto de decisão do Exmo. Juiz da 3ª Vara do Trabalho de Canoas, sendo agravante ANILAR BRUST E OUTRO(S) e agravados NESTOR JOSÉ SCHMITZ, DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SOLAT LTDA. E JEFERSON ADRIANO BRUST. Acórdão do processo 0106100-48.2002.5.04.0203 (AP). Redator: CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS. Participam: LEONARDO MEURER BRASIL, JOÃO BATISTA DE MATOS DANDA. Data: 13/10/2011 Origem: 3ª Vara do Trabalho de Canoas. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Nesse sentido, os fundamentos de aplicabilidade da Teoria Menor não têm razão de ser, posto que afrontem o ordenamento jurídico vigente, a teor do artigo 596 do Código de Processo Civil, que dispõe que: *“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 excutidos os bens da sociedade.”*(BRASIL, 2011).

Contudo, não é a aplicação do preceito legal acima que prevalece, infelizmente, mas a aplicação desenfreada e inconstitucional da desconsideração da personalidade jurídica sempre que verificada a mera insolvência societária, fato este evidenciado quando do julgamento do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista de nº 2947-88.2010.5.06.0000, veja-se:

EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO ACIONISTA DA EMPRESA EXECUTADA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO DEVEDOR. Justifica-se a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do devedor quando caracterizado o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho e a falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas. Afigura-se correto, nessas circunstâncias, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Município de Recife, considerando sua condição de sócio majoritário da executada, ante a inexistência de patrimônio da empresa executada capaz de garantir a execução, conforme bem salientado na decisão proferida pelo Tribunal Regional. Agravo de instrumento não provido. Processo: AIRR - 2947-88.2010.5.06.0000 Data de Julgamento: 11/10/2011, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011. (BRASIL, TST, AI 2947-88.2010.5.06.0000 Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 2011)

Equivocada, portanto, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em razão da Teoria Menor, uma vez que se desrespeitam preceitos legais fundamentais à manutenção do instituto da responsabilidade limitada, da autonomia patrimonial e, por consequência, da própria pessoa jurídica, a qual possui, de certo, personalidade e responsabilidade distintas das de seus sócios, sendo certo que sua desconsideração é possível, porém, de forma episódica e em face de concretização de requisitos legais e observância do devido processo constitucional.

4.5 Teorias afins

4.5.1 A teoria *ultra vires*

A teoria *ultra vires* surgiu no direito inglês, segundo a qual “*a pessoa jurídica criada por Carta Real possuía capacidade igual à de uma pessoa física desde que pudesse exercer materialmente seus atributos.*” (SILVA, 2002, p. 110-111). Assim, “*um ato praticado ultra vires está impregnado de vício por ser um ato estranho ao objetivo social, fora da capacidade da sociedade, dos poderes de representação dos administradores*”. (SILVA, 2002, p. 112).

Consiste no fato da sociedade poder agir somente no âmbito de seus objetivos sociais (poderes), os quais foram atribuídos quando de sua constituição em igualdade aos atributos da pessoa física. (SERICK, 1996, p. 78-9). Daí porque a capacidade de agir da pessoa jurídica é limitada à capacidade da pessoa física e ao que foi estabelecido quando de sua constituição, sendo qualquer desvio contrário aos atributos da pessoa física considerado um ato ilícito e punível. Ou seja, praticamente não havia distinção entre pessoa jurídica e pessoa física.

4.5.2 A teoria do “*estoppel*”

O *estoppel* é um instituto norte americano de índole processual (uma exceção processual) com reflexões de direito material, que deu imensa contribuição à *disregard*, posto que sua finalidade se reveste em impedir a produção de provas no curso do processo que visam a desconstituir um fato ou ato anterior que já era do conhecimento do sócio ou responsável legal e que, por quaisquer razões, deixou de comunicar às autoridades quando da ciência do fato ou ato ilícito.

O *estoppel* surge como uma defesa ou exceção frente a uma ação já que é “um escudo mas não uma espada”, porém também não há dúvidas que pode ser uma assistência irrecusável para o autor em juízo, já que pode requerer a ajuda da *estoppel* como único meio de lograr uma sentença favorável¹⁵. (DOBSON, 1991, p. 271, tradução nossa.).

Trata-se, pois, da “proibição de alegar ou negar certos fatos em razão de uma anterior conduta que resulta contraditória com a atual afirmação”¹⁶ (DOBSON, 1991, p.268, tradução nossa.). O que não é inovador, vez que os romanos sempre se utilizaram do preceito

¹⁵El *estoppel* aparece como una defensa o excepción frente a una acción ya que es “un escudo pero no una espada”, pero indudablemente también puede ser una asistencia inapreciable para el actor em juicio, ya que puede requerir la ayuda del *estoppel* como único modo de lograr una sentencia favorable.

¹⁶prohibición de alegar o negar ciertos hechos em razón de una anterior conducta que resulta contradictoria con la actual afirmación.

“*adversus factum suum quis venire non potest*”, tal significando a proibição de condutas contraditórias.

Um adágio de várias formulações. A doutrina dos atos se pode expressar com diversos adágios ou aforismos, como as que se seguem: *Venire contra proprium factum nulli conceditur; Nemini liceo adversus sua facta venire; Non concedit venire contra factum proprium; Proprium factum nemo impugnare potest; Adversus factum suum quis venire non potest; Nemo potest contra factum proprium venire; Nemo contra factum proprium potest.* Em todas as fórmulas expressa-se a regra de que não é admitido imprimir efeitos jurídicos a uma conduta de uma pessoa que constitua flagrante contradição com seu comportamento anterior. Convém, em consequência, analisar a regra jurídica que está atrás do adágio ou aforismo e pesquisar como se chegou a ela.¹⁷ (TALCIANE, 2010, p. 19-33, tradução nossa).

A contradição é evidenciada

quando uma pessoa física e uma pessoa jurídica mantêm uma unidade na condução de seus negócios, essa conduta importa em ato próprio da pessoa física que se contradiz com sua postura processual posterior à alegação de falta de legitimidade por se tratar de pessoa jurídica de um sujeito de responsabilidade limitada. A conduta da pessoa criou a aparência de unidade, e a contradição que implica em negar de imediato essa unidade importa em uma violação à boa-fé que torna aplicável o instituto dos atos próprios¹⁸. (DOBSON, 1991, p. 292-293, tradução nossa.).

O mesmo acontece com a doutrina argentina, que desenvolveu a teoria dos próprios atos, segundo a qual “*Ninguém pode se colocar em contradição com seus próprios atos, exercendo uma conduta incompatível com uma anterior conduta deliberada, juridicamente relevante e plenamente eficaz*”¹⁹ (DOBSON, 1991, p. 273, tradução nossa.).

Um exemplo clássico advém de processos nos quais um dos sócios alega que os cheques eram fraudados pelo outro sócio tão somente, fraude esta que já era de sua ciência, contudo, no momento da fraude, o sócio “não fraudador” ficou-se inerte, não comunicando à instituição bancária, e deixou para alegar ou comprovar a fraude somente em processo

¹⁷Un adagio de varias formulaciones. La doctrina de los actos propios se suele expresar con diversos adagios o aforismos, como las que siguen: *Venire contra proprium factum nulli conceditur; Nemini liceo adversus sua facta venire; Non concedit venire contra factum proprium; Proprium factum nemo impugnare potest; Adversus factum suum quis venire non potest; Nemo potest contra factum proprium venire; Nemo contra factum proprium potest.* En todas las fórmulas se expresa la regla de que no es admisible otorgar efectos jurídicos a una conducta de una persona que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento suyo anterior. Conviene, en consecuencia, analizar la regla jurídica que está detrás del adagio o aforismo y buscar cómo se llegó a ella.

¹⁸Cuando una persona física y una persona jurídica han mantenido una unidad en la conducción de sus negocios, esa conducta importa un acto propio de la persona física que se contradice con su postura procesual posterior de alegar falta de acción por tratarse la persona jurídica de un sujeto de derecho con responsabilidad limitada. La conducta de la persona ha creado la apariencia de la unidad, y la contradicción que implica luego negar esa unidad importa una violación a la buena fe que hace aplicable el instituto de los actos propios.

¹⁹Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

judicial, em benefício próprio, o que é inadmissível em face do *estoppel*²⁰ (DOBSON, 1991, p. 273).

4.6 Momento e aplicabilidade da descon sideração da personalidade Jurídica

Muitas formas associativas foram usadas por comerciantes italianos no período medieval e, posteriormente, difundidas em toda a Europa, com as quais se permitiam uma ampla responsabilização entre os credores do grupo e cada um dos sócios ou associados em separado.

O aumento desses grupos associativos trouxe à baila a distinção da pessoa jurídica da pessoa de seus sócios, definindo-se limitações de afetação ao patrimônio individual do sócio, observada a autonomia existencial da pessoa jurídica, sem, contudo, desprezar a responsabilidade pelos atos praticados. Justifica-se, pois, os riscos das sociedades, que estavam em pleno desenvolvimento, deveriam ser limitados ao patrimônio da própria pessoa jurídica constituída, fato este que permitiu um crescimento industrial acelerado para toda a Europa.

A crescente industrialização europeia no curso do século passado e a acumulação de capital que tal acontecimento trouxe para seus países, levou à necessidade de privilegiar a atividade econômica em geral com o benefício da responsabilidade limitada. Desta maneira se estimularam a atividade comercial e a industrial da mesma maneira que se estimulou anteriormente as empresas de colonização.²¹ (DOBSON, 1991, p. 65, tradução nossa.).

Esse panorama de distinção e delimitação de responsabilidade e patrimônio não durou muito, uma vez que foram criadas inúmeras sociedades, cujas formas associativas foram meio de auferir benefícios individuais em prejuízo a terceiros. Este fato levou primeiro os norte-americanos e, logo depois, franceses e alemães, a criarem meios de repressão a esses abusos, eis que o patrimônio do sócio deveria ser revertido para resgatar débitos contraídos face ao abuso e uso indevido da sociedade. Rompe-se, portanto, “*el muro de la responsabilidad limitada*” (DOBSON, 1991, p. 3) ou, então, se “*penetra el velo corporativo*” (DOBSON, 1991, p. 167).

Assim, para romper o muro de limitação da responsabilidade, imperioso é delimitar a exata destinação da pessoa jurídica e qual o momento ou ato que esta destinação foi

²⁰ A origem do vocábulo “estoppel” se encontra na voz francesa “estoupe”, que significa reter (e de onde provém a voz inglesa: “to stop”).

²¹ La creciente industrialización europea a lo largo del siglo pasado y la acumulación de capital que ello significo para sus países, llevó a la necesidad de privilegiar la actividad económica en general con el beneficio de la responsabilidad limitada. De esta manera se estimulaban la actividad comercial y la industrial de la misma manera como se estimulaba anteriormente a las empresas de colonización.

corrompida pelo abuso de direito, pelo dolo, por atos ilícitos ou pela fraude. Aí, sim, teremos evidenciado o momento para a desconsideração da personalidade jurídica.

Alinhar o desvirtuamento da destinação da personalidade jurídica, na lição de Juan Dobson, é utilizar-se de “*um remédio jurídico segundo o qual é possível prescindir a forma da sociedade ou associação com que se tenha revestido um grupo de pessoas e bens, negando sua existência autônoma como sujeito de direito frente a uma situação jurídica particular*”²². (DOBSON, 1991, p. 11, tradução nossa.).

Em sua obra “*Apariencia y realidad em las sociedades mercantiles*” Rolf Serick (2000) delimita regras fundamentais de penetração na estrutura funcional de pessoa jurídica hábeis a identificar a configuração do abuso de direito.

Serick, citado por José Lamartine Correia de Oliveira, entende que “*só se poderá prescindir a personalidade jurídica quando houver abuso desta e só haverá abuso quando se intentar burlar a lei por meio da sociedade, quebrar ou desvirtuar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros.*”²³ (DOBSON, 1991, p. 178, tradução nossa.).

Consoante Lamartine de Oliveira, “*O que importa basicamente é a verificação adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas?*” (OLIVEIRA, 1979, p. 613).

Se o ato é imputado à pessoa jurídica na prática de atos de sua finalidade, não há que se falar em imputação ou responsabilização de seus sócios, contudo, se o ato é praticado por outra pessoa sob escudo da pessoa jurídica,

e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com a imputação se faça com predomínio da realidade sob a aparência. (OLIVEIRA, 1979, p. 613).

²²Un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular.

²³Sólo podrá prescindirse de la personalidad jurídica cuando haya abuso de Ella, y sólo habra abuso cuando se intente con Ella burlar una ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros.

Assim, para que seja possível a desconsideração da personalidade jurídica:

As funções da pessoa jurídica podem ser realizadas somente por meio de uma nítida distinção entre a sociedade e seus membros, entre o patrimônio social e o patrimônio dos sócios individualizados. Por isso, o juiz não pode arbitrariamente desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica simplesmente porque lhe parece que os atos advieram de um resultado diverso. A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pressupõe, além de tudo, um convencimento de que a sociedade tenha ultrapassado os limites de seu contrato (abuso da pessoa jurídica).²⁴ (SERICK, 1966, p. 37-38, tradução nossa.).

Distintos, ainda, os institutos da personalidade jurídica e responsabilidade limitada, o que é primordial para a identificação do desvirtuamento da personalidade jurídica, posto que:

A personalidade jurídica e a responsabilidade limitada são noções distintas que têm levado íntima conexão entre o desenvolvimento industrial em atenção a sua característica de permitir a criação de um patrimônio de afetação coletiva, tem sido o campo de atuação de maior parte dos abusos em matéria societária. Entretanto se pode e deve distinguir entre uma e outra, e uma construção jurídica sobre a destinação da personalidade jurídica deve aportar as bases para que se possa desconhecer a limitação da responsabilidade sem que com isso se importe desconhecer também a personalidade jurídica o que é útil para outros fins eis que se deve preservar o indubitável estímulo às atividades econômicas.²⁵ (DOBSON, 1991, p. 71, tradução nossa.).

Vê-se que a *disregard of legal entity* americana, o *superamento* italiano, a *penetración* argentina e espanhola, a *durchgriff* alemã, não colocam em dúvida, em momento algum, a nítida distinção entre a sociedade (pessoa jurídica) e seus sócios (pessoa física).

De tudo exposto acima, o entendimento de Serick prevalece, eis que presente a exceção à regra, quando da distinção e individualidade entre pessoa física e jurídica. A desconsideração da personalidade jurídica será exceção à regra da não afetação dos sócios, o que só poderá acontecer quando caracterizado o fato espécie do desvirtuamento e/ou o abuso da pessoa jurídica. Daí o momento de penetrar o véu da sociedade, desconsiderando a personalidade mediante o devido processo constitucional, o que legitimará a afetação patrimonial dos sócios.

²⁴Le funzioni della persona giuridica possono essere realizzate solo attraverso la netta distinzione tra società e suoi membri, fra patrimonio sociale e patrimonio dei singoli soci. Perciò il giudice non può arbitrariamente accantonare la forma della persona giuridica semplicemente perché altrimenti facendo gli sembra di raggiungere un risultato non equo. La possibilità di disconoscere la forma della persona giuridica presuppone, piuttosto, l'accertamento che la società abbia oltrepassato quei limiti a lei propri (abuso della persona giuridica).

²⁵La personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son dos nociones distintas, que han llevado íntima conexión en el desarrollo industrial y atento a su característica de permitir crear un patrimonio de afectación colectivo, han sido el campo de actuación de la mayor parte de los abusos en materia societaria. Pero se puede y debe distinguir entre una y otra, y una construcción jurídica sobre la desestimación de la personalidad jurídica debe aportar las bases para que pueda desconocerse la limitación de responsabilidad sin que ello importe desconocer también la personalidad jurídica que es útil para otros fines y que debe preservarse por su indudable estímulo a las actividades económicas.

O princípio sob exame se sustenta na teoria de que a pessoa jurídica não é outra coisa senão uma ficção criada por motivos técnicos-jurídicos, que constitui um instrumento segundo o qual se permite na vida comercial o desenvolvimento de determinados fins em meio ao ordenamento jurídico. É somente então nos limites descritos nesses mesmos fins que a pessoa jurídica pode ter uma vida própria. Se essa vida vem a ser utilizada para fins estranhos ou contrários aqueles próprios da pessoa jurídica, então, segundo o direito americano atual, não se pode permitir que a estrutura da pessoa jurídica impeça que os tribunais profiram decisões justas. Neste caso é necessário, segundo opinião americana, fazer referência às pessoas físicas ou às relações reais que se escondem sob a “máscara” da pessoa jurídica; neste caso é, portanto, lícito não respeitar a ficção da pessoa jurídica ou destruir o seu organismo.²⁶ (SERICK, 1966, p. 90, tradução nossa.).

Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos. 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. (COELHO, 2007, p. 44).

4.6.1 Abuso da personalidade jurídica

A forma de concretizar a desconsideração da personalidade jurídica, em nenhum sistema, pode ser palco para a arbitrariedade, mediante desconstituições da personalidade sem fundamentos fático-legais hábeis à comprovação de abuso ou desvio do uso da pessoa jurídica, ou seja, sem a oportunização de dilação probatória no curso do processo e não por meio de mera informação nos autos.

Nesse sentido, para Serick, a desconsideração poderá ocorrer quando se utiliza a pessoa jurídica para atuar de forma contrária à lei; em detrimento das obrigações contratuais e constitutivas; em fraude em geral; em fraude às filiais constituídas; simulação; em atitudes contrárias à boa-fé, regras estas que trouxeram à tona a discussão acerca da subjetividade interpretativa das causas configuradoras do abuso de direito, subjetividade esta que levaria à insegurança jurídica, caso não fossem normatizadas as causas caracterizadoras.

²⁶Il principio in esame si basa sul concetto che una persona giuridica non è altro che una finzione creata per motivi tecnico-giuridici quale strumento per permettere nella vita commerciale il raggiungimento di determinati fini ammessi dall'ordinamento giuridico. È solo quindi nei limiti rappresentati da questi stessi fini che la persona giuridica può vivere una propria vita. Se essa viene utilizzata per fini estranei o addirittura contrari a quelli propri di una persona giuridica, allora, secondo l'attuale diritto americano, non si può ammettere che la struttura della persona giuridica impedisca ai tribunali di emettere un'equa decisione. In questi casi è necessario, secondo l'opinione americana, far riferimento alle persone fisiche o ai rapporti reali che si nascondono sotto la maschera della persona giuridica; in questi casi è quindi lecito non rispettare la finzione della persona giuridica o distruggere il suo organismo.

Juan Dobson compreendeu essas regras de abuso da personalidade jurídica da seguinte maneira: “quando por intermédio de uma pessoa jurídica se possibilita burlar a uma disposição legal, uma obrigação contratual ou se causa um prejuízo a terceiros, existe abuso da personalidade jurídica”.²⁷ (DOBSON, 1991, p. 19, tradução nossa.).

“O abuso de direito faz derivar a ilicitude: abusar de um direito é cometer um ilícito. Por ser um ato ilícito, produz consequências desses atos.”²⁸ (DOBSON, 1991, p. 13, tradução nossa.).

A teoria do abuso de direito é amparada pela doutrina francesa, especificamente, pela responsabilidade aquiliana. Juan Dobson estabeleceu os seguintes indicadores de abuso de direito:

- a) quando a vontade de causar prejuízos aparece como fim exclusivo do ato;
- b) quando forem contrariados os fins propostos pelas leis para estabelecer a proteção a determinados atos. É este o critério dos códigos soviético e polaco;
- c) quando o exercício de um direito tenha excedido os limites que impõem a boa-fé, a moral e os bons costumes.²⁹ (DOBSON, 1991, p. 31, tradução nossa.)

O abuso é detectado, portanto, por aferição de prejuízo em face de terceiros, dos sócios ou da própria sociedade, por contrariedade de preceitos legais ou constitutivos da sociedade ou quando identificado que foram extrapolados os limites da boa-fé.

4.6.2 Confusão patrimonial

Observado que é ou deve ser nítida a separação da pessoa física da pessoa jurídica, o mesmo deve ocorrer em face do patrimônio, caso existente, uma vez que o patrimônio de pessoas distintas deve ser distinto. Mesmo no caso de um grupo econômico com uma unidade econômica, o patrimônio das sociedades que compõem o grupo é ou deve ser distinto, formando-se, entretanto, uma unidade econômica identificável.

²⁷ Cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla a una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros, existe abuso de la personalidad jurídica.

²⁸ El abuso del derecho hace derivar em la ilicitud: abusar de un derecho es cometer um ilícito. Al ser un acto ilícito produce las consecuencias propias de dichos actos.

²⁹ a) cuando el ánimo de causar perjuicio aparece como exclusivo fin del acto; b) cuando fueren contrariados los fines propuestos por las leyes para establecer la protección a determinados actos. Es éste el criterio de los códigos soviético y polaco; c) cuando el ejercicio de un derecho haya excedido los límites que impone la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Contudo

se essa separação entre sujeitos diversos não existir ou se não se tenha claramente delineada, quando dois ou mais sujeitos se utilizam dos mesmos bens para perseguir seus respectivos fins econômicos, aparece uma superposição patrimonial e a consequente confusão entre a titularidade e o usufruto dos bens.³⁰ (DOBSON, 1991, p. 419, tradução nossa.)

Nesse sentido, o patrimônio da pessoa jurídica deve ser identificável e perfeitamente distinto do patrimônio de seus sócios, como também deve ser utilizado em prol dos objetivos da sociedade ou de maneira a converter em benefícios (locação, empreitada, participação) para esta. Caso esses requisitos se convertem em prol de um ou mais sócios, evidente é a confusão patrimonial, eis que:

A existência da confusão patrimonial responde a um líquido critério jurídico. Com efeito, sendo o patrimônio o conjunto de bens (patrimônio ativo) e de dívidas (patrimônio passivo), a confusão acarretará fundamentalmente a impossibilidade de determinar a titularidade do ativo e a responsabilidade pelo passivo.³¹ (DOBSON, 1991, p. 472, tradução nossa.)

Então, configurada a confusão patrimonial, total ou parcial, os sócios são ou deverão ser solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações da sociedade, fato este que pode legitimar a desconsideração da personalidade jurídica, sem olvidar, ainda, que a separação de patrimônio também deve ser delimitada na sociedade individual ou unipessoal.

4.6.3 Fato ou ato ilícito praticado pelos sócios em detrimento da pessoa jurídica

Seguindo uma tradição romanista, a identificação dos atos ilícitos, quase sempre, é realizada por meio de fórmulas sintéticas, que descrevem os atos em termos gerais de condutas e consequências (DOBSON, 1991, p. 611) decorrentes da verificação acerca da conduta volitiva do agente, das circunstâncias e da dissociação dos preceitos legais. (PEREIRA, 1993, p. 350).

Contudo, no direito inglês e angloamericano – *common law* – o conceito de ato ilícito é indicado pela expressão “*law of torts*” – teoria dos atos ilícitos, onde a palavra *torts* deriva do latim *tortum* (mal).

³⁰Esa separación entre diversos sujetos no exista o no se halla claramente delineada, por cuanto dos o más sujetos utilizan los mismos bienes para perseguir sus fines económicos respectivos, aparece una superposición patrimonial y la consiguiente confusión en la titularidad y usufructo de los bienes .

³¹La existência de la “confusión patrimonial” responde a un neto criterio jurídico. En efecto, siendo el patrimonio el conjunto de bienes (patrimonio activo) y de deudas (patrimonio passivo), la confunción radicará fundamentalmente en la imposibilidad de determinar la titularidad del activo y la responsabilidad del pasivo.

Um ato ilícito (mal) pode ser criado pela lei ou por decisão judicial. Daí que para invocar a existência de um direito à reparação, o prejudicado deve ter em mente uma das três circunstâncias: a) que existe uma lei que tenha declarado o ato ilícito como ato danoso e lhe concedeu uma ação; b) que existem precedentes no mesmo sentido, também em consequência de lei; c) convencer o julgador que é primordial considerar o ato ilícito (o mal) em ato danoso. Não obstante, este último pressuposto é extremamente raro, os juízes são receosos em criar novos atos ilícitos (mal). (DOBSON, 1991, p. 651)³²

Diante da tradução, tem-se que os atos ilícitos serão todos aqueles atos praticados em contrariedade ao ordenamento jurídico, sem estabelecimento de fórmula predefinida, como ocorre na *civil law*, que define os atos ilícitos decorrentes de fraude, dolo, simulação.

A responsabilidade pelos atos ilícitos poderá ser reflexa, uma vez que o responsável ou superior hierárquico da pessoa produtora do ato ilícito poderá e deverá ser responsabilizado pelo ato de seu subordinado. Trata-se da caracterização da *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*.

4.6.3.1 Fraude

A fraude é todo o artifício ativo ou omissivo praticado intencionalmente, uma falsa manifestação, com o intuito de enganar uma terceira pessoa que confia na licitude do negócio jurídico, com utilização de artifícios hábeis a causar prejuízo e contrários às normas jurídicas.

Os elementos mínimos da fraude requerem a falsa manifestação (falsa representação) de um determinado fato importante, que o imputado sabia ou devia saber que era falso; manifestação esta em que o prejudicado confiou em seu próprio prejuízo, sempre que um homem comum tiver razoavelmente confiado da mesma maneira.³³ (DOBSON, 1991, p. 144, tradução nossa.)

Consoante boa doutrina:

Define fraude à lei como o fenômeno que ocorre quando finalidade vetada pela lei é atingida através de via diversa da que foi normativamente considerada, quando da ratio da norma derive que em realidade a norma deseja impedir em qualquer caso a obtenção de um determinado resultado e não apenas sua realização por meio de determinada forma negocial. (OLIVEIRA, 1979, 299-300).

³²Un tort puede ser creado por la ley o por decisión judicial. De allí que para invocar la existencia de un derecho a reparación, el perjudicado debe acreditar una de tres circunstancias: a) que existe una ley que ha declarado tort al acto dañoso y le concede una acción; b) que existen precedentes en el mismo sentido, aun en ausencia de ley; c) convecer al tribunal que es menester considerar tort al acto dañoso. No obstante, este último supuesto es extremadamente raro, los jueces son renuentes a crear nuevos casos de tort.

³³Los elementos mínimos del fraude requieren la falsa manifestación (“false representation”) de um hecho importante determinado, que el imputado sabía o debía saber que era falso; manifestación ésta en que el perjudicado confió em su próprio perjuicio, siempre que un hombre común hubiera razonablemente confiado de la misma manera.

O ato engendrado para descumprir uma falsa manifestação “denota a ideia de qualquer meio, instrumento ou artifício malicioso empregado para enganar a vontade da lei, prejudicando ou não interesses de terceiros.” (DIAS, 2001, 21-38)

A fraude à lei caracteriza-se pela formação, aplicação e rescisão de “contratos que se encontrem em contraposição aos fins da lei”³⁴ (DOBSON, 1991, p. 157, tradução nossa.), situação que não prescinde da irregularidade do contrato, mas pela forma como este contrato está sendo utilizado em face do negócio jurídico contrário ao permissivo legal vigente.

Para a configuração da fraude que possa ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, em qualquer sistema, é necessário que a fraude seja declarada judicialmente, após o transcurso do devido processo constitucional, uma vez que mera informação de suposta fraude, sem que esta informação seja legitimada e demonstrada pela dilação probatória esteada no contraditório e ampla defesa não permitem o acolhimento dos efeitos da referida declaração.

4.6.3.2 Dolo

Característico de um vício de vontade, “consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra a emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro.” (PEREIRA, 1993, p. 359).

Haverá dolo quando o uso indevido da personalidade jurídica da sociedade é evidenciado como meio artil de indução do terceiro a efetivar uma contratação lesiva, como, por exemplo, a contratar determinado negócio jurídico que não lhe trará o benefício ofertado, fato este caracterizador do abuso da confiança, o qual é ensejador, portanto, de responsabilização e desconsideração da personalidade jurídica.

A conduta dolosa pode ser omissiva ou comissiva, o que não desnatura o intuito de lesar o terceiro, seja em proveito da sociedade, seja em proveito de um ou mais sócios, posto o que importa é a responsabilização patrimonial pelos danos causados em face da conduta lesiva, a qual poderá atingir os bens quando necessária a desconsideração da personalidade jurídica.

³⁴Contratos que se encuentren en contraposición con los fines de la ley.

Importante, por conseguinte, que se tenha a consciência da antijuridicidade e a vontade incontestada de lesão, eis que “*o dolo é uma forma ilícita caracterizada pela consciência de antijuridicidade da ação pelo sujeito que a realiza.*”³⁵ (PEREIRA, 1993, p. 359, tradução nossa.).

Não restará caracterizado, portanto, o dolo se não houver a conduta decorrente da vontade lesiva e a consciência da antijuridicidade.

4.6.3.3 Simulação

A simulação não decorre de um vício de consentimento, pelo contrário, um vício do ato, haja vista que consiste em “*celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir. Como em todo negócio jurídico, há aqui uma declaração de vontade, mas enganosa.*” (PEREIRA, 1993, p. 367).

A simulação “*dentro de sua órbita de ação se encontrarão todos os casos de sociedades fictícias, entre as quais se ocultam os verdadeiros titulares do interesse*”.³⁶ (DOBSON, 1991, p. 173).

A caracterização da simulação no sentido de ocultar os verdadeiros titulares dos interesses é o mais antigo caso de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a ocultação de interessados foi e é corriqueira nos ordenamentos jurídicos, por exemplo, a constituição de empresas com os chamados sócios “laranjas”, ou seja, sócios figurativos, quando, na verdade, os verdadeiros sócios só auferem os lucros e não se vinculam às responsabilidades, fato este que autoriza a intervenção estatal por meio do devido processo constitucional.

³⁵ El dolo es una forma de ilicitud caracterizada por la conciencia de antijuridicidad de la acción por el sujeto que la realiza.

³⁶ Dentro de su órbita de acción se hallarán todos los casos de sociedades ficticias, tras de las cuales se ocultan los verdaderos titulares del interés.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.04.109222-9/001 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELANTE(S): IBITURUNA CAMINHÕES LTDA E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): MASSA FALIDA CASA NIQUINHO LTDA REPDO(A) PELO(A) SÍNDICO(A) GETULIO JOSÉ PIMENTA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERNANE FIDÉLIS .Publicado em 06 de novembro de 2009. FALÊNCIA - SÓCIO OCULTO - FRAUDE E ABUSO DE DIREITO - COMPROVAÇÃO - ART. 6º, DO DECRETO-LEI Nº 7661/45 - APLICAÇÃO - RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO FALIDO - ARRECADAÇÃO/SEQUESTO DE BENS E COTAS. Restou comprovado nos autos que o sócio falido não exercia somente a gerência ou alguns atos como procurador dos sócios das empresas requeridas, mas, sim, toda a formação e gestão de seus negócios, razão pela qual o mesmo deve ser responsabilizado e as cotas sociais e bens atribuídos a estas empresas arrecadados/sequestrados, para garantir o pagamento dos credores habilitados nos autos da falência, com fincas no art. 6º, do Decreto-Lei nº 7661/45. (MINAS GERAIS, TJMG, Ac Nº 1.0105.04.109222-9/001, Relator: Exmo. Sr. Des. Ernane Fidélis, 2009)

4.6.3.4 Violação ao Estatuto ou Contrato Social

Como a personalidade da pessoa física surge de um fato biológico, nascimento com vida, a pessoa jurídica surge de um ato jurídico (PEREIRA, 1993, p. 225), o qual revestido de formalidades e preceitos legais, sendo este ato jurídico constitutivo de direitos e obrigações a serem respeitados indistintamente pelos membros.

Os instrumentos variam de forma e nomenclatura, como estatuto social, contrato social, regimento, constituição, lei orgânica, dentre outros, mas a definição dos interesses e objetivos sociais é cláusula obrigatória de toda e qualquer pessoa jurídica, seja tacitamente como no caso da sociedade de fato, seja explicitamente, no caso da sociedade regulamentada no registro competente, fato este que torna os objetivos e interesses sociais indisponíveis à concretização de interesses próprios de um ou mais sócios em detrimento da pessoa jurídica.

Assim,

O interesse social conota a idéia de que todos os sócios em qualquer sociedade ou pessoa jurídica possível perseguem um mesmo, único e comum objetivo, o que resulta ser assim a causa do contrato para todos eles. Todos os sócios ou associados aspiram a obtenção de um benefício pra a sua atividade em comum, e esse desejo é o interesse comum de todos eles. Haverá uma violação ao interesse social quando se desenvolver uma atividade tendente a impedir ou obstacularizar a possibilidade de obtenção de benefícios mediante o cumprimento do objetivo comum proposto, com o propósito de perseguir um interesse alheio.³⁷ (DOBSON, 1991, p. 615, tradução nossa.).

³⁷ El “interés social” connota la idea de que todos los socios en cualquier sociedad o persona jurídica posible persiguen un mismo objetivo único y común, el que resulta ser así la causa del contrato para todos ellos. Todos los socios o asociados aspiran a obtener un beneficio por su actividad en común, y ese deseo es el interés común a todos ellos. Habrá una violación al interés social cuando se desarrolle una actividad tendiente a impedir o retacear la posibilidad de obtener beneficios mediante el cumplimiento del objeto común propuesto, con el propósito de perseguir un interés ajeno.

Então, restará violado o contrato, o estatuto social sempre que os atos praticados pela própria pessoa jurídica ou pelo(s) seu(s) sócio(s) forem realizados com objetivos distintos do interesse societário, o qual é previamente delimitado e perfeitamente distinto dos interesses dos sócios. Este fato pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, sempre, é claro, em observância do devido processo constitucional, de sorte a se obter sua declaração judicial por sentença.

5 DECISIONE DELLA TERZA VIA – DIREITO AO CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DA NÃO SURPRESA

5.1 Devido Processo Legal

Em lição não superada, Ronaldo Brêtas descreve o devido processo constitucional ou o modelo constitucional do processo da seguinte maneira:

Na concepção principiológica e constitucional de Estado Democrático de Direito, a chamada função jurisdicional ou simplesmente jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a indispensável garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente pode ser desenvolvida ou prestada por meio do processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (princípio da legalidade ou da reserva legal), com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o direito. (DIAS; NEPONUCEMO, 2009, p. 465).

Por sua vez, André Del Negri, com propriedade, destaca que “*a expressão Devido Processo Constitucional é vista como instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial.*” (DEL NEGRI, 2008, p. 118)

Vê-se, portanto, que o devido processo legal é uma conquista histórica que surgiu mediante a democratização da normatividade, tendo a jurisdição constitucional a tarefa de garantir as condições processuais pelo devido processo legislativo democrático e do devido processo constitucional, como evidenciado por Marcelo Cattoni de Oliveira (OLIVEIRA, 2003, 189-190).

Então, consoante Brêtas “*a manifestação do poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional decisório (provimento, sentença, decisão interlocutória) é realizada sob rigorosa e moderna disciplina constitucional principiológica.*” (DIAS; NEPOMUCENO, 2009, p. 466)

Inadmissível, por consequência, qualquer provimento exarado por um juiz solipsista que se funda no seu prudente arbítrio e julga na solidão de seu conhecimento magnânimo, autoiluminado e superior.

O livre-arbítrio na criação e aplicação ou extinção da norma fora do núcleo discursivo do processo, a partir de uma livre-vontade que não atende aos princípios autocríticos do processo na formação das opiniões e vontades, mistifica (mitifica) a produção e a atuação do direito, tendo em vista que a vontade humana centrada num “eu” soberano (sábio em seu reinado) ou inatamente puro ou isento de influências malévolas (razão pura ou dádiva metódica por certezas adquiridas na metodização) cria uma fé num direito natural fundador do justo e do certo e conseqüentemente delator obsessivo do injusto e do incerto. (LEAL, 2010, p. 102).

O aumento dos poderes do magistrado é reforçado, infelizmente, no projeto de reforma do Código de Processo Civil, fato este evidenciado por Carlos Henrique e assim criticado, pois:

O aumento de poderes ao Magistrado não pode vir sem o aumento da responsabilidade do Estado pela prestação jurisdicional. O novo CPC deve a um só tempo velar pela rápida solução do litígio e pelo processo sem dilações indevidas. Processo sem dilação indevida é justamente aquele que não possui justificativa para ficar parado, concluso, aguardando uma decisão por anos a fio, sem justificativas. (SOARES, 2010, p. 126).

Nesse sentido, a atividade do julgador de reproduzir e aplicar a norma, mediante seu conhecimento preconcebido, não é suficiente para suplantar o processo na visão pós-moderna, observado que não existe maneira de garantir que o julgador possa “*assegurar a justiça, a paz social e demais valores jurídicos*”³⁸ (COUTURE, 1993, p. 34, tradução nossa.) senão pelo devido processo constitucional, uma vez que a decisão exarada mediante o exercício da função jurisdicional, administrativa ou legislativa deve ser subordinada, segundo Rosemiro Pereira Leal, “*ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo.*” (LEAL, 2010, p. 27)

Vê-se, portanto, que “*o processo é um instrumentador da legitimidade da conduta do juiz e não mais um instrumento servil da Jurisdição.*” (LEAL, 2010, p. 30).

Conclui-se que se o processo for utilizado como instrumento a serviço do Estado somado às decisões terminativas entre especialistas e a incessante influência ideológica do executivo nos trabalhos legislativos, corre-se o risco de as Comissões transformarem-se em órgãos meramente homologadores de decisões técnicas do governo revestindo a lei de uma legitimidade enganosa. (DEL NEGRI, 2008, p. 138).

³⁸ *assegurar la justitia, la paz social y demás valores jurídicos.*

“O processo não existe antes ou fora da legalidade e a jurisdição é atividade estatal só legitimável pela tutela do processo” (LEAL, 2010, p; 67). O processo é visto, então, como garantia fundamental das partes, pois, sem ele, o provimento final refletirá a tirania do Estado, travestida de uma efetividade processual, que se estabelece, absurdamente, à margem do devido processo legal como garantia constitucional. (LEAL, 2005).

Não se desconsidera que é necessária a agilidade dos processos, contudo, a agilidade deve ser efetivada mediante procedimentos construídos normativamente segundo o devido processo legal, observando-se que o processo não deve ser instrumento de manejo de poucos privilegiados sob a mácula de pseudolegitimidade.

Na busca da sonhada celeridade e efetividade processual, argumentaram os adeptos da escola instrumentalista, entrincheirados na velha teoria da relação jurídica de Bulow, que a tutela estatal estampada no provimento (legislativo, administrativo e judiciário) é meio de satisfação, ou, nos dizeres de Cândido Dinamarco, “receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição.” (DINAMARCO, 2009, p. 123).

Contudo, os destinatários dos provimentos (legislativo, administrativo ou judiciário) não podem estar à mercê da atividade estatal desenvolvida por seus agentes de forma a afrontar garantias fundamentais, eis que o devido processo legal (*bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais*) é garantia democraticamente instituída pelos próprios destinatários.

O devido processo legal deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostentados pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório entendido como participação efetiva e igualitária das partes no desenvolvimento e no êxito do processo, e não apenas na concepção tradicional e restritiva de ciência bilateral dos atos processuais, com a possibilidade de contrariá-los; d) garantia da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluindo, também, o direito da parte à presença do advogado ou defensor público no processo; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas.” (DIAS; NEPOMUCENO, 2009, p. 468).

O devido processo legal é garantia obrigatória em qualquer processo no qual se gera o provimento estatal, e, aos seus participantes devem ser assegurados “a simetria de suas posições exercidas num espaço procedimental isonômico enquanto estância crítica de construção da lei (provimento)”. (DEL NEGRI, 2008, p. 140).

Assim, a teoria de Fazzalari “*O processo é um procedimento no qual participam (são habilitadas a participar) aqueles cuja esfera jurídica do ato final é destinada a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa se desonerar de sua atividade.*”³⁹ (FAZZALARI, 1996, p. 82, tradução nossa.), considerando o processo como procedimento em contraditório, é de suma importância para demonstrar a arbitrariedade e, até mesmo, a inconstitucionalidade do provimento final, sem que haja a concretização do devido processo legal, mediante a dialogicidade dos sujeitos do processo.

Vê-se, portanto, que o julgador quando figurar como participe do diálogo procedimentalizado, propiciará a formação participada e legitimada do provimento final. Desenvolvendo-se, assim, uma técnica de debate qualificado e em contraditório, o que inibirá a prolação de decisões ilegítimas, como uma decisão de *terza via*.

Dessa forma, o processo moderno passa a exigir um procedimento aberto e dialético, ou seja, exige a participação efetiva das partes, inclusive do julgador. Assim, o processo seria e será o procedimento estruturado na forma de contraditório, que não dispensa a publicidade e a fundamentação. Apenas se estiver estruturado desta forma o processo poderá ser considerado legitimado ao provimento no Estado Democrático e Social de Direito.

O momento máximo do processo deve ser o debate e não o provimento, o qual será a legitimação daquele. Do contrário, faltando o procedimento discursivo amoldado ao devido processo constitucional (requisito essencial no Estado Democrático de Direito), o provimento final não refletirá a legitimidade dos produtores e destinatários deste.

O provimento estatal só será legitimado se estiver consolidado com a presença do devido processo constitucional, mediante um procedimento realizado em contraditório, ampla defesa e em isonômica e simétrica paridade entre os sujeitos produtores do provimento e sujeitos destinatários, sendo imperiosa e necessária a fiscalidade.

A Teoria Neo-institucionalista preconiza fiscalidade (controle de constitucionalidade aberto a qualquer do povo) do processo legiferante nas bases instituintes e constituintes da legalidade, bem como na atuação, modificação, aplicação ou extinção do direito constituído e trabalha a socialização do conhecimento crítico-democrático em pressupostos (direito fundamental) de auto-ilustração (dignidade) pelo exercício da cidadania como legitimação do direito-de-ação coextenso ao procedimento processualizado. (LEAL, 2010, p. 92)

³⁹Il processo è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nela cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività.

5.2 Processo democrático e participação das partes: uma luta contra o solipsismo

A atividade solitária, hercúlea e autoritária do julgador é desenvolvida de forma fértil para os adeptos da Escola Paulista de processo, segundo a qual o processo é instrumento da jurisdição e não uma garantia constitucional.

Nesse panorama, “*o processo passa a ser visto como locus em que o juiz vai buscar fundamentos para legitimar as suas compreensões de bem-estar social, suprimindo déficits de igualdade material entre as partes, mas que pode ser degenerado como mecanismo de dominação.*” (NUNES, 2009, p. 178). Aliás, isto foi evidenciado por Max Weber (2004, p. 128-141), em os três tipos puros de dominação legítima, quando atribui a dificuldade de desenvolvimento do processo à burocracia, à utopia, ao mito, à crença, ao carisma, considerados os tipos de dominação.

Trata-se do protagonismo do julgador, que atua em um solipsismo metódico, de forma a conduzir o provimento final de maneira a buscar a clarividência de seus valores e sentimentos, muitas das vezes, desprezando o ordenamento jurídico vigente e a garantia dos destinatários do provimento estatal em ser também protagonista deste.

A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (hard cases), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado. (NUNES, 2009, p. 191).

Criticando o solipsismo, Dierle Nunes sugere o policentrismo, em busca de um processo democrático e constitucionalizado. Posto que não podemos ter a Constituição como um instrumento de mera formalidade e essencial ao Estado dominador, deve-se considerar o devido processo legal como eixo condutor e garantidor da democracia processual, observado que a ilusão da legalidade formal não satisfaz e concretiza a democracia, mas sim o processo segundo o devido processo legal, mediante a eficácia do policentrismo, conforme apresentação da técnica policêntrica exarada por Picardi, em citação traduzida por Dierle Nunes:

[...] a atividade jurisdicional é estruturada, necessariamente, como processo, entendido como subespécie do procedimento, isto é, como procedimento de estrutura policêntrica e com desenvolvimento dialético (. Arts. 111 e 24 Const. e 101 CPC). O processo é policêntrico, já que envolve sujeitos diversos, cada um dos quais possui uma colocação particular e desenvolve um papel específico. À estrutura subjetivamente complexa corresponde então um desenvolvimento dialético. (NUNES, 2009, p. 212).

A ilusão da legalidade e da técnica não resolve as crises da participação tardia ou não participação na construção do provimento Estatal, o processo é que consagra e consolida democraticamente a garantia do devido processo legal, eis que:

na perspectiva democrática, será possível enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos realizada em simétrica paridade de armas (Fazzalari), mas também com estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material e fornecerá os elementos constitutivos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes (do imparcial e dos parciais). (NUNES, 2009, p. 196).

O direito de defesa tardio não consagra a garantia do devido processo legal, tendo em consideração que *“o juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, inclusive daqueles que asseguram a participação dos sujeitos processuais na formação da decisão.”* (NUNES, 2009, p. 200).

Qualquer ato decisório deve ser moldado pela consagração do devido processo legal de maneira democrática, *“nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o debate endoprocessual, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, seu controle, mediante a implementação técnica de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica”* (NUNES, 2009, p. 211), sendo precedido da abertura do contraditório, momento no qual será ofertada a defesa hábil à formação do provimento final, caso contrário, quando a *“participação das partes for somente episódica, não se configurará processo, mas mero procedimento.”*(NUNES, 2009, p. 206).

Então, o provimento que resolver o incidente de desconsideração da personalidade jurídica só será legitimado após a concretização do devido processo constitucional, observado que o processo é pós-contraditório, ou seja, enquanto não instaurada a relação processual em contraditório técnico e efetivo teremos somente um procedimento que não legitimará nenhum provimento, à exceção das medidas de urgências, as quais se justificam a cada caso concreto.

5.2.1 Processo constitucional como garantia da formação participada na construção do provimento

Somente um procedimento estruturado no ordenamento jurídico legitimado pelo devido processo legislativo é capaz de propiciar a aplicabilidade lógico-sistemática das garantias constitucionais do devido processo constitucional, o qual é eixo condutor do processo democrático, como advertem Andolina e Vignera:

Na nova perspectiva pós-constitucional, o problema do processo não se restringe somente ao seu ser (isto é: a sua concreta organização segundo as leis ordinárias vigentes), mas também o seu dever ser (isto é: a conformidade de seu correspondente positivo à normatização constitucional sobre o exercício da atividade jurisdicional).⁴⁰ (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 5, tradução nossa.)

O ser do processo confunde-se com a concepção instrumentalista, enquanto relação processual geradora de um provimento final, mediante a aplicação das normas jurídicas vigentes. Situação que não prevalece no pós-constitucionalismo, conforme Andolina e Vignera, posto que não tem mais sentido a existência do processo sem diálogo, observado que é procedimento realizado em contraditório, o qual é eixo do devido processo constitucional, garantia constitucional. Assim, o dever-ser do processo é exatamente a certeza de que o processo só restará legitimamente configurado quando de sua constitucionalização, a qual ocorre mediante a observância do devido processo constitucional.

Vê-se que o modelo constitucional do processo tem como eixo condutor o devido processo constitucional. Presente, assim, o cerne da Teoria Neo-institucionalista do processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2010, p. 103), que definiu o processo como instituição jurídica garantidora do exercício dos direitos criados e concretizados no ordenamento jurídico mediante procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal), com essencial e imprescindível presença dos princípios institutivos (autocríticos) do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdicionalidade.

⁴⁰Nella nuova prospettiva post-costituzionale, quindi, il problema del processo non riguarda soltanto il suo essere (id est: la sua concreta organizzazione secondo le leggi ordinarie vigenti), ma anche il suo dover essere (is est: la conformità del suo assetto positivo alla normativa costituzionale sull'esercizio dell'attività giurisdizionale).

Conjunto de princípios e (institutos) jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, 2010, p. 86).

Não resta dúvida que o processo, no pós-constitucionalismo, tem como fim a formação do provimento de forma participada, em igualdade de armas, levando-se em conta que não podemos ser meros expectadores do nosso destino, mas dialogadores participantes da formação do provimento Estatal, de maneira efetiva, posto que, novamente invocando a doutrina de Andolina e Vignera:

A distribuição dos poderes e deveres processuais devem ser organizadas de modo a assegurar (em face dos princípios, salvo as exceções e limitações constitucionalmente exisentes) “o perfeito equilíbrio das partes”: isto é, a possibilidade, para quaisquer dos destinatários do provimento jurisdicional, de participarem do procedimento formativo em um plano de recíproca e simétrica paridade e com a garantia de “poder fazer aquilo que fez a outra parte para se fazer compreender e ter razão.”⁴¹ (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 113-114).

Trata-se de ser oportunizada a participação efetiva no procedimento para que, discursivamente, se tenha a possibilidade de construir, juntamente com o julgador, o provimento final, de modo a concretizar o direito material invocado, sob observância do devido processo constitucional.

⁴¹La distribuzione deis poteri e doveribprocessuali devono essere organizzate in guisa tale da assicurare (in linea di principio e salve Le eccezioni e limitazioni costituzionale consentite) ‘il perfetto equilibrio delle parti’: la possibilita, cioè, per ciascuno dei destinatari del provvedimento giurisdizionale di partecipare al relativo procedimento formativo sun um piano di recíproca e simmetrica parità e con la garanzia di “potere fare quello che fa l’altra parte per farsi ragione.

A discursividade aqui entendida, não como mero expediente de fala ou oportunização desta, mas em face do dialogismo⁴², o qual atua como influenciador no discurso de maneira a refutar, adequada e tecnicamente, o argumento contrário. Forma-se, assim, o efetivo contraditório como meio de concretização da ampla defesa, a qual deverá ser formal e material e desenvolvida de maneira técnica e fundamentada na lei, doutrina e jurisprudência. Caracterizando-se, destarte, a sequência “*defesa = contraditório = participação = audiência preventiva*”⁴³ (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 113, tradução nossa.), a qual proporcionará a interlocução.

A garantia de interlocução técnica e oportuzinada consagra o contraditório como a “*garantia para qualquer parte de intervir ativamente no diálogo e de ser, por isso, adequadamente e tempestivamente informada de todas questões processuais ou substantivas propostas no curso do processo pela outra parte*”.⁴⁴ (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 113, tradução nossa.).

Presente, portanto, a essência da garantia constitucional do devido processo constitucional, consistindo na “*plena e efetiva realização do princípio da participação paritária das partes no curso de elaboração do conteúdo da decisão final.*”⁴⁵ (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 124, tradução nossa.).

Assim, sob o eixo da garantia constitucional do devido processo constitucional, o processo deve ser entendido como “*conquista teórica da cidadania juridicamente fundamentizada em princípios e institutos de proposição discursiva e ampliativa em réplica ao colonialismo dos padrões repressores de “centração psicológica e política” dos Estados-nações-hegemônicos*”. (LEAL, 2010, p. 36)

Constitucionalizado, portanto, o processo, a partir daí, deixa de ser um instrumento nas mãos do Estado-Juiz para ser uma garantia de formação participada, mediante diálogo técnico e efetivo, na formação do provimento final, o qual ficará legitimado para concretizar a tutela jurídica estatal, na concepção do Estado Democrático de Direito.

⁴² Dialogismo é o que Mikhail Bakhtin define como o processo de interação entre textos que ocorre na polifonia; tanto na escrita como na leitura, o texto não é visto isoladamente, mas sim correlacionado com outros discursos similares e/ou próximos. Em retórica, por exemplo, é mister incluir no discurso argumentos antagônicos para poder refutá-los.

⁴³ Difesa = contraddittorio = partecipazione = audizione preventiva

⁴⁴ Garanzia per ciascuna parte di interloquire su (e di essere, perciò, adeguatamente e tempestivamente informata di) ogni questione processuale o sostanziale prospettata nel corso del processo da un'altra parte

⁴⁵ Piena ed effettiva realizzazione del principio della partecipazione paritaria delle parti all'iter di elaborazione del contenuto della sentenza.

5.2.2 *Processo como procedimento constitucionalizado e realizado em contraditório*

A observância do devido processo constitucional desnatura a necessidade de buscar isoladamente seus instrumentos técnicos de manifestação (COUTURE, 1948, p. 55), que são o direito ao contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o juízo competente, a fundamentação das decisões e a participação técnica de um advogado, eis que:

A garantia processual constituída pela necessidade de aplicação da lei da terra, foi reconhecida nas primeiras constituições, anteriores à Constituição Federal dos Estados Unidos. As constituições de Maryland, da Pensylvania y Massachusetts reconheceram, em disposição expressa, o conceito de que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (“due processo f Law”).⁴⁶ (COUTURE, 1948, p. 50, tradução nossa.).

“O direito de defesa em juízo não é um direito substancial das defesas, senão o puro direito processual de defender-se”⁴⁷ (COUTURE, 1948, p. 46, tradução nossa.) tecnicamente, mediante a instauração do contraditório efetivo. Já a igualdade de condições deve estar presentes entre Autor e Réu ao fundamento de converter-se sempre em uma garantia constitucionalizada.

Verifica-se, portanto, a consagração de conquistas políticas processuais, uma vez que a garantia do devido processo constitucional configura-se uma vitória decorrente da luta contra a arbitrariedade dos julgadores, contra a insegurança no resultado final e principalmente contra as garantias constitucionais vigentes no Estado Democrático de Direito.

O direito à defesa adequada, mediante a instauração do contraditório efetivo, não somente temporal, mas o contraditório fundado em apresentação de defesa técnica, substancial e propiciadora da formação do provimento, constituí o corolário das garantias constitucionais.

⁴⁶La garantía procesal constituída por la necesidad de aplicar la ley de la tierra, fué recogida en las primeras Constituciones, anteriores a la Constitución federal de los Estados Unidos. Las constituciones de Maryland, de Pensylvania Y Massachusetts recogieron en una disposición expresa, el concepto de que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal (“due processo f Law”).

⁴⁷El derecho de defensa em juicio no es el derecho sustancial de las defensas; sino el puro derecho procesal de defenderse.

A observância do devido processo legal propiciará, também, que se “*obste a que uma determinada pessoa e os bens sejam objetos de medidas expropriativas que não reflitam a um razoável exame dos fundamentos disponíveis*”.⁴⁸ (COUTURE, 1948, p. 52, tradução nossa.). Fato este que se concretizará quando da oportunização de defesa, em face da transmutação de meras informações em provas, observada a regularidade da dilação probatória constitucionalizada.

Ou seja, o direito de defesa, mediante a instauração do contraditório, não se reveste simplesmente no chamado “his day in court” concedido à parte (seu dia no tribunal, seu direito de se fazer escutar o direito), consoante a Suprema Corte Americana, conforme identificado por Couture, consiste em quatro preposições de concretização do devido processo constitucional com enfoque no direito de defesa:

- 1 – que o demandado tenha tido a devida notícia, a qual pode ser atual ou implícita, acerca da extensão dos procedimentos que podem afetar seus direitos;
- 2 – que se tenha dado razoável oportunidade de comparecer e expor seus direitos, inclusive o direito de se fazer ouvido, apresentar testemunhas, apresentar documentos relevantes e outras provas;
- 3 – que o tribunal ao qual os direitos são questionados seja constituído de maneira hábil á dar razoável segurança de sua honestidade e imparcialidade;
- 4 - que seja um tribunal competente⁴⁹ (COUTURE, 1948, p. 59-60, tradução nossa.)

A defesa também não pode revestir-se em um incansável petitório com listagem de inúmeras garantias e direitos constitucionais, em uma simples dialética atécnica e amorfa, a qual é muitas das vezes prolixa. Pelo contrário, deve ser técnica e adequada à concretização da instrução probatória, mediante a apresentação de argumentos e fundamentos que permitam uma persuasão dialética participada, o que permitirá a formação legitimada do provimento final.

Assim, o provimento estatal só será legitimado e democrático quando for ofertado aos destinatários a oportunidade de argumentação técnica, probatória e discursiva. Trata-se, aqui, de consagração do princípio do contraditório, na qualidade de “*fluxo discursivo entre os sujeitos processuais e constitui uma baliza procedimental para o exercício das funções endoprocessuais.*” (NUNES, 2009, p. 224).

⁴⁸Obsta a que la persona y los bienes sean objeto de medidas de parte de la autoridad que no respondan a un razonable examen de los fundamentos com que e disponen.

⁴⁹1)que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos con los cuales el derecho puede ser afectado; 2) que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el derecho de declarar por sí mismo, de suministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas; 3) que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituído de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; 4) que sea um tribunal de la jurisdicción adecuada.

O contraditório é, então, uma garantia de influência (NUNES, 2009, p. 227) no desenvolvimento, na construção e conclusão do provimento final. Um veículo condutor à decisão final, mediante a participação endoprocessual discursiva, por intermédio de interlocutores técnicos (advogados, ministério público, juízes), sendo o diálogo o ápice do processo democrático.

Nesse sentido, Dierle Nunes, em referência a Comoglio, atribui ao contraditório um feixe de direitos, quais sejam:

- a) Direito de uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo de defesa no curso do procedimento;
- b) O direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante;
- c) O direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador;
- d) Direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório. (NUNES, 2009, p. 130)

O contraditório é, portanto, uma garantia constitucional de participar da construção do provimento, mediante a discursividade, o debate, a produção bilateral de provas, a oportunização de defesa técnica.

5.3 *Terza via* como veículo de decisão solitária do juiz: subtração do devido processo legal

La decisione della terza via ocorre sempre nos casos em que o julgador exara um provimento decisivo de ofício ou mediante o requerimento de uma das partes, baseado em tese fática ou jurídica não submetida previamente ao contraditório ou à audiência da parte contrária.

Em outras palavras, o Estado-Juiz, sem a observância da garantia do devido processo constitucional, profere um provimento ao alvedrio do conhecimento da parte destinatária dos efeitos deste, fato este que possibilita seja o julgador o solitário protagonista da decisão e voltado para a sua própria consciência, desprezando a existência das partes litigantes e a própria participação destas.

Trata-se de uma decisão não legitimada pelo devido processo constitucional, uma vez que não foi construída discursivamente, operando-se de forma a macular garantias indisponíveis dos destinatários do provimento, como por exemplo, o direito à propriedade (afetação patrimonial somente após o devido processo).

A decisão de *terza via* é conhecida também como decisão surpresa, a qual foi repudiada pelo ordenamento italiano, quando da minirreforma do Código de Processo Civil, mediante a Lei de n. 69, datada de 18 de junho de 2009, que introduziu um parágrafo ao seu artigo 101, assim definindo:

101 – Princípio do contraditório. O juiz, salvo quando a lei disponha em contrário, não pode decidir sobre alguma proposição, se a parte contrária contra a qual é proposta não é citada regularmente e não é partícipe. **Se for necessário colocar nos fundamentos da decisão uma questão revelada de ofício, o juiz adia a decisão, assegurando às partes, sob pena de nulidade, um prazo, não inferior à vinte e não superior a quarenta dias da comunicação, para o depósito em secretaria de memoriais contendo observações sobre as mesmas questões. (grifos nossos).**⁵⁰ (ITALIA, 2009. p. 64, tradução nossa.).

Vê-se que a decisão de *terza via* é expressamente vedada pela legislação italiana, sendo nula a sentença que decorrer de um procedimento não realizado em contraditório. Garante-se, no mínimo, a discursividade, ainda que não técnica, na formação do provimento estatal.

A previsão na lei ordinária italiana somente vem reafirmar a garantia constitucional do contraditório, a qual é consagrada no artigo 111, segundo parágrafo da Constituição Italiana (. Codice di Procedura Civile e leggi complementari. A cura di Marcello Lacobellis, 2009), e que, também, é inserta na Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, inciso LV “*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*” (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, a decisão de *terza via* ou decisão surpresa sempre será uma afronta ao princípio do contraditório e, por consequência, à ampla defesa, e não pode ser, de maneira alguma, acolhida pelos julgadores como maneira de impor seus sentimentos e fundamentos solitários. Assim é porque o devido processo constitucional não pode ser maculado por decisões que suprimem a garantia constitucional do contraditório prévio à decisão, ressalvado, é claro, os casos de urgência, os quais de modo algum se enquadram no conceito de decisão surpresa.

⁵⁰101. Principio del contraddittorio. Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. **Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.**” (grifos nossos).

A interligação do contraditório e ampla defesa é evidente, não sendo possível a prática da ampla e irrestrita defesa sem a oportunidade do contraditório, como, por sua vez, não é possível a abertura do contraditório pró-forma, ou seja, sem que se concretize a defesa técnica adequada e mediante a discursividade na formação do provimento.

O provimento final não pode e não deve ser uma surpresa para o desfavorecido pela decisão, observado que, se instaurado adequadamente o contraditório efetivo e técnico, nenhuma decisão surpreenderá o destinatário dos efeitos desta, de modo a retirar-lhe garantias fundamentais, ou melhor, de modo a lhe retirar a garantia do devido processo constitucional. “Resgata-se a importância técnica e legitimadora do processo, uma vez que este implementará a baliza discursiva necessária (contraditório) para o debate participativo.” (NUNES, 2009, p. 231).

No tema sob estudo, sempre que se deconsiderar a personalidade jurídica, por ato de mero despacho, sem a audição da parte contrária e prejudicada (sofredores dos efeitos do provimento) ou dilação probatória hábil à formação de tal provimento estatal, ou seja, sem a instauração do contraditório, restará caracterizada uma decisão surpresa, ou na doutrina italiana, *una decisione della terza via*.

A decisão surpresa ou de *terza via* constitui uma afronta ao devido processo constitucional, na medida em que os destinatários do provimento final não tiveram a oportunidade de produzir defesa, de serem ouvidos tecnicamente e apresentar provas e argumentos hábeis a legitimar o provimento. Sempre que uma decisão for caracterizada pela surpresa, esta será nula, como já decidiu a Corte de Cassação Italiana e, mais timidamente, alguns julgados no Brasil:

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Quando do julgamento, em 17 de fevereiro de 2011, Recurso de Apelação nº 1.0024.07.680549-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): JÚLIO RODRIGUES PLÁCIDO - APELADO(A)(S): MUNICÍPIO BELO HORIZONTE, BEPREM BENEFICENCIA PREFEITURA MUN BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. FERNANDO BOTELHO. Publicado no DJE em 25 de março de 2011. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA "EXTRA PETITA". NULIDADE. I - Ao juiz incumbe resolver estritamente as questões que lhe são submetidas pelas partes, sendo nula a sentença fundada em fatos não debatidos na lide. II - Proferida sentença de improcedência de pedido de incorporação de adicional de insalubridade aos proventos de aposentadoria, quando o pleito exordial faz-se claro quanto à consideração do tempo especial trabalhado sobre condições insalubres para cômputo do tempo para aposentadoria, revela-se vício "extra petita" do "decisum". III - Omissão integral de apreciação de pedido não autoriza suprimento, pelo Tribunal, nos termos do art. 515, par. 1º, do CPC. (MINAS GERAIS, TJMG, RA nº 1.0024.07.680549-8/001, Relator: Exmo. Sr. Des. Fernando Botelho, 2011).

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quando do julgamento do Recurso de Apelação nº N° 70009682014, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 26/10/2004. Site: tjrs.jus.br. “EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÊ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC. I - Aplicada aos demandados a pena de confissão porque não presentes à audiência, onde deveriam prestar depoimento pessoal, sob o argumento de haver a prova sido requerida na peça inicial, decisão que motivou o pedido de desistência da parte autora de produzir a prova pretendida produzir, causa surpresa, caracterizando o cerceamento de defesa, a desconsideração, em sentença, da penalidade aplicada. II Não intimada a parte demandada para a audiência, não se afigura possível a dispensa da produção da prova por ela requerida, inviabilizando a aplicação do disposto no artigo 515, § 3º, do CPC. DERAM PROVIMENTO. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, RA nº N° 70009682014, Relator: Alzir Felipe Schmitz, 2004)

No caso da desconsideração da personalidade jurídica, seja pelo acolhimento da Teoria Maior ou Menor, a abertura do contraditório é uma garantia fundamental para a legitimação do provimento, uma vez que o destinatário do ato decisório não pode ser surpreendido com os efeitos da decisão, como ocorre hodiernamente, quando o sócio não integrante da demanda em desfavor da sociedade tem seus bens bloqueados ou penhorados de forma arbitrária e sem a cientificação primordial à observância do devido processo legal.

Evidente, sempre, a necessária consagração do contraditório como garantia de influência das decisões (NUNES, 2009, p. 239), de forma a oportunizar uma defesa adequada e hábil a desconstituir possível alegação de desvio de finalidade ou fraude, como é o caso do incidente procedimental de desconsideração da personalidade jurídica.

Impõe-se que seja garantido o contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais, respaldados na abertura do contraditório de forma efetiva e extensiva a todos os participantes do processo, bem como para aqueles que poderão ser afetados pelo provimento.

Nula, por consequência, a decisão proferida em sede de *terza via*, seja no ordenamento italiano (Sentença de nº 15.705, de 2005, proferida pelo Tribunal de Cassação Italiano, a qual decidiu ser nula a sentença que fora proferida em ofensa ao princípio do contraditório e em expressa caracterização de decisão de *terza via*.) por expressa previsão legal, seja por ofensa à garantia constitucional do devido processo legal, consoante ordenamento jurídico brasileiro que, apesar de não trazer o contraditório nem a previsão de invalidade da decisão surpresa no corpo do Código de Processo Civil vigente, prima pela inafastável aplicação e consagração desta garantia fundamental.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil traz, em seus artigos 9º e 10, a previsão do contraditório obrigatório e o dever do juiz em julgar somente depois de instaurado o contraditório. Vejamos:

Art. 9 – Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito. Art. 10 – O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. (BRASIL, 2010)

5.4 A desconsideração da Personalidade Jurídica mediante a garantia do devido Processo Legal

O contraditório, que tem como embrião a premissa latina “*audiatur et altera pars*”, vigorou como direito à informação e reação (bilateralidade), de maneira estática, com uma participação fictícia e aparente por longo período, até a transição do processo liberal (dominado pelas partes) para o processo social, no qual o juiz assume a posição de protagonista, chegando-se a se pensar, até mesmo, em elidir o contraditório. (NUNES, 2004, p. 40-42).

Somente após a Segunda Guerra Mundial, com a constitucionalização das garantias fundamentais, dentre elas, a garantia do devido processo constitucional, o contraditório deixou de figurar como mero coadjuvante para protagonizar toda estrutura formadora do provimento, que é o próprio processo.

O contraditório passa, então, por três fases bem delineadas: 1) a mera bilateralidade – informação; 2) participação na formação do provimento – Fazzalari, observado que a teoria fazzalariana não eleva o contraditório à garantia fundamental e 3) a efetiva e dinâmica participação – contraditório como garantia constitucional, sendo nulo o provimento que ceifa o contraditório, seja antecipado, seja postergado (casos específicos e de risco iminente).

Nesse sentido, Dierle Nunes sintetiza a evolução do contraditório:

O processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo que privilegiava a figura do juiz passa em um estado democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo dos sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para a fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental. (NUNES, 2004, p. 41).

Vê-se que o contraditório é uma garantia e, por tal razão, não constitui uma obrigação de participação, mas sim uma faculdade indisponível de participação paritária, efetiva, adequada e técnica na formação do provimento.

O contraditório prévio e efetivo é, pois, o sustentáculo do devido processo constitucional, o qual não se resume na simples informação, tão menos na participação das partes, mas sim na efetiva participação, de modo a propiciar aos destinatários do provimento meios hábeis, legítimos e propícios à consecução de atuação e defesa adequada à participação no procedimento, de tal maneira que este se transmude em processo.

A inexistência do contraditório efetivo (direito fundamental) constitui a maléfica concretização de uma “*difesa monca*”⁵¹ (GRADI, 2000, p. 128), ou seja, sem a participação construtiva dos destinatários dos efeitos do provimento final, equivale à própria inexistência do processo, por tal motivo:

Possibilitar as partes a desenvolver as próprias defesas após o exercício dos poderes do magistrado não pode ter um conteúdo meramente discricionário, mas uma verdadeira e própria obrigação do magistrado, que, por conseguinte, não pode ser considerado autorizado a emitir julgamentos “surpresa” ou decisões da “terceira via”.⁵² (GRADI, 2010, p. 111, tradução nossa.)

O provimento que for proferido sob maculação do contraditório, ou seja, sem sua efetivação de forma eficaz, deve ser declarado nulo, posto que a condição para a existência de um processo válido e legitimado é a consagração do devido processo constitucional, sendo o contraditório um divisor de águas para diferenciar o processo de um mero procedimento.

A exigência do contraditório efetivo está assegurada no Código de Processo Civil Francês:

Artigo 16 – Princípio do contraditório. O juiz deve, em todas as circunstâncias, observar e respeitar o princípio da contradição. Não se pode aceitar, em sua decisão, a presença dos meios, as explicações e documentos apresentados pelas partes, se eles foram debatidos em contraditório. Ele não pode basear as suas decisões sobre os meios que a lei permite que sejam identificados de ofício sem primeiro ter convidado as partes a apresentar as suas observações.”⁵³ (FRANÇA, 2010, tradução nossa.)

⁵¹Defesa deficiente, incompleta.

⁵²Consentire alle parti di svolgere le proprie difese a seguito dell’esercizio dei poteri del giudice non può costituire il contenuto di una mera facoltà discrezionale, bensì un vero e proprio obbligo del magistrato, il quale non può dunque ritenersi autorizzato ad emettere le c.d. sentenze “a sorpresa” o sentenze della “terza via”.

⁵³Article 16 – PRINCIPE DE LA CONTRADICTION. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

No Código de Processo Civil Italiano

101 – Princípio do contraditório. O juiz, salvo quando a lei disponha em contrário, não pode decidir sobre alguma proposição, se a parte contrária contra a qual é proposta não é citada regularmente e não é partícipe. Se for necessário colocar nos fundamentos da decisão uma questão revelada de ofício, o juiz adia a decisão, assegurando às partes, sob pena de nulidade, um prazo, não inferior à vinte e não superior a quarenta dias da comunicação, para o depósito em secretaria de memoriais contendo observações sobre as mesmas questões. Este parágrafo foi inserto em razão do artigo 45, parágrafo 13, da Lei de 18 de junho de 2009, n° 69.⁵⁴ (ITALIA, 2009, p. 64, tradução nossa.)

O ordenamento jurídico brasileiro também consagra o contraditório efetivo. A Constituição Federal, no artigo, 5º, inciso LV, segundo o qual “*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.*” Também o Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro traz, em seus artigos 9º e 10, a previsão do contraditório obrigatório e o dever do juiz decidir após a sua instauração. Vejamos:

Art. 9 – Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito. Art. 10 – O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. (BRASIL, 2010).

Não restam dúvidas, por conseguinte, que o contraditório é o eixo condutor do processo na formação do provimento. Caso contrário, estará eivada de nulidade a decisão judicial que desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade com a inserção dos sócios na extensão dos efeitos da decisão, sem a observância do efetivo contraditório, mediante a cientificação destes acerca de possível decisão de afetação patrimonial, mediante ofensa a garantia constitucional da propriedade e individualidade dos sócios perante a sociedade.

⁵⁴Codice di Procedura Civile e leggi complementari. A cura di Marcello Lacobellis. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri – Simone. 2009. p. 64. Art. 101. Principio del contraddittorio. Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione. (1) Questo comma è stato aggiunto dall'art. 45, comma 13, della Legge 18 giugno 2009, n. 69

Possibilitar as partes a desenvolver as próprias defesas após o exercício dos poderes do magistrado não pode ter um conteúdo meramente discricionário, mas uma verdadeira e própria obrigação do magistrado, que, por conseguinte, não pode ser considerado autorizado a emitir julgamentos "surpresa" ou decisões da "terceira via". (GRADI, 2010, p. 113).

A desconsideração da personalidade jurídica, que se faz por meio de mero despacho procedimental, sem a cientificação dos destinatários de tal decisão (sócios), os quais estão fora da relação processual, culmina em arbitrariedade, observada a garantia do devido processo constitucional, eis que: *“olvidado o bom senso, antes de configurar un avanço na busca da justiça, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica será caminho aberto para a arbitrariedade.”* (SILVA, 2002, p. 123).

Assim, a persistente aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, principalmente na jurisdição trabalhista, consagra a arbitrariedade diária do Estado-Juiz brasileiro.

Inúmeras agressões em desfavor do devido processo constitucional e do direito à propriedade são praticadas por julgadores desconhecedores de preceitos constitucionais e aplicadores equivocados da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica. Fato este que se pode vislumbrar quando do julgado proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região de n 0098240-32.2008.5.03.0132, em sede de recurso de Agravo de Petição, datado de 25 de agosto de 2010, o qual de forma a contrariar todos os requisitos da desconsideração, aplicou indistintamente a teoria menor por presunção sem a efetivação do contraditório prévio.

Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região de n 0098240-32.2008.5.03.0132, quando do recurso de Agravo de Petição, datado de 25 de agosto de 2010, DEJT – p. 159. Relatoria de José Miguel de Campos. “EMENTA: PESSOA JURÍDICA SEM FIM LUCRATIVO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A "associação" é pessoa jurídica; logo, pode ser alcançada pelo instituto da desconsideração da personalidade jurídica. O instituto em questão, grosso modo, significa retirar a "capa" protetora conferida pela lei à pessoa jurídica a fim de alcançar quem sob ela se esconde, seja sócio ou associado, não importando, dessarte, em regra, se há ou não fim lucrativo. O que importa é se a personalidade fictícia é obstáculo ao pagamento dos credores, mormente se forem trabalhistas. Frisa-se, no entanto, que a integração do direito do trabalho pelo direito comum será feita, caso a caso, pelo julgador, no que concerne à questão de se aplicar ora o disposto no art. 28 do CDC, ora o disposto no art. 50 do CC/02, que cuidam, de forma diferenciada, do multicitado instituto da desconsideração. O art. 50 do CC/02 é explicado pela Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, enquanto o art. 28 do CDC é explicado pela Teoria Menor. A Teoria Maior (art. 50 do CC/02) nos indica que, para haver a desconsideração, instituto de exceção, precisamos ter, a insuficiência patrimonial somada a um motivo, que pode ser o comportamento dos sócios ou o desvio de finalidade - que é uma das formas de abuso da personalidade, juntamente com a confusão patrimonial, sendo aplicável nas hipóteses em que a pessoa jurídica, não tendo fins lucrativos, não contribui para o incremento patrimonial dos associados. Por outro lado, a Teoria Menor (art. 28 do CDC) nos indica que basta apenas haver a insuficiência patrimonial, situação em que se enquadram as pessoas jurídicas com finalidade lucrativa, vez que a presunção, neste caso, é invertida, ou seja, presume-se que haja o aumento patrimonial pelos sócios do empreendimento. (MINAS GERAIS, TRT, AP 0098240-32.2008.5.03.0132, Relator José Miguel de Campos, 2010).

Nesse mesmo sentido, os Tribunais de Justiça Estaduais (Minas Gerais, São Paulo) desconsideram a inarredável garantia do devido processo constitucional e, reiteradamente, admitem a desconsideração da personalidade jurídica por mero despacho, sem a formação efetiva e participada do provimento, postergando o contraditório e a ampla defesa para depois da constrição patrimonial, fato este lamentável e arbitrário em face da vigência do Estado Democrático de Direito.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recurso de Agravo de Instrumento de n 0007083-50.2011.8.13.0000, de relatoria de Osmando de Almeida, publicado no publicado DJMG em 09 de maio de 2011. “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - DISSOLUÇÃO IRREGULAR- POSSIBILIDADE.- Restando comprovada a dissolução irregular da sociedade, porquanto encerrou suas atividades sem solucionar o débito pendente que detinha junto aos seus credores, deve ser decretada a desconsideração da personalidade jurídica da mesma.” (MINAS GERAIS, TJ, AI 0007083-50.2011.8.13.0000, Relator Osmando de Almeida, 2011)

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento de n 0189723-58.2011.8.26.0000, de relatoria de Agravo de Instrumento Vicente de Abreu Amadei. Julgado em 13 de setembro de 2011 e registrado em 16 de setembro de 2011. “EMENTA: Agravo de Instrumento Execução fiscal Decisão que afastou alegação de nulidade Manutenção Anterior decisão judicial preclusa que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da executada, citação e penhora dos bens da agravante Ausência de nulidade. Recurso não provido. Inexiste nulidade quando o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica e de citação e penhora dos bens dos sócios é deferido por decisão judicial coberta pela preclusão. (SÃO PAULO, TJ, AI 0189723-58.2011.8.26.0000, Relator Vicente de Abreu Amadei, 2011.)

Prevalece, portanto, a arbitrariedade, apesar da contribuição de Serick para a inibição da arbitrariedade do julgador, quando da desconsideração da personalidade jurídica, pois, nos dizeres de Lamartine de Oliveira, a preocupação com a valoração do elemento subjetivo da pessoa jurídica limita a desconsideração, pois, “*só deveria ser ignorada a autonomia da pessoa jurídica quando tivesse ela sido utilizada, de modo voluntário, para fraudar a lei, elidir obrigação contratual ou prejudicar terceiros.*” (OLIVEIRA, 1979, p. 609).

Por fim, devemos deixar bem claro que não se trata, aqui, de culto inconseqüente ao contraditório. Pelo contrário, objetiva-se a formação de um processo, de maneira tal, a se concretizar o direito democraticamente. Posto que, o direito à apresentação de defesa adequada é ato de legitimação prévia do provimento final, uma vez que o sentimento do juiz, o requerimento da parte contrária e a apresentação de provas unilaterais não podem ser sustentáculos para inibição do contraditório prévio e efetivo, sob pena da abertura do contraditório após a constrição patrimonial constituir-se uma rotineira arbitrariedade.

6 PROCEDIMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM CONSONÂNCIA COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

6.1 A distinção da Pessoa Jurídica da Pessoa Física dos sócios no Procedimento de desconsideração da Personalidade Jurídica

O interesse da pessoa jurídica, bem como seus objetivos, são distintos dos interesses e objetivos de seus membros, observada a existência real e distinta de ambos.

Nesse diapasão, não pode haver confusão de interesses, como, em hipótese alguma, a utilização desvirtuada de um objetivo para alcançar benefício de um ou vários membros da pessoa jurídica, posto que os benefícios sempre deverão ser convertidos em favor da pessoa jurídica que os objetivou e alcançou.

Independente de a pessoa jurídica ter somente um sócio, adverte Serick, “*A propriedade, os créditos, os outros direitos e obrigações da pessoa jurídica permanecem direitos e obrigações da sociedade também quando esta é formada por um único sócio.*”⁵⁵ (SERICK, 1996, p. 75, tradução nossa.). Vê-se que é visível, portanto, que Rolf Serick entendeu como nítida a distinção entre a sociedade e seus sócios, mesmo em se falando em sociedade unipessoal.

Rolf Serick exemplifica a distinção entre a sociedade e seus sócios com um fato muito marcante. Em determinada época nos Estados Unidos da América, quando alguns loteamentos e condomínios não admitiam negros como proprietários, um número de negros, que podiam e queriam adquirir terrenos, para contrariarem o preconceito racial, criaram uma pessoa jurídica para tal fim, a qual adquiriu os terrenos regularmente, assumindo todos os direitos de propriedade inerentes. Esta estratégia possibilitou a ocupação dos negros, sem qualquer interferência dos transmitentes, uma vez que a sociedade é distinta de seus sócios e essa não tem cor, raça ou credo. (SERICK, 1996, p. 76). Isso colocou uma pedra na discussão sobre o alcance do princípio essencial de distinção entre a sociedade (pessoa jurídica) e seus sócios (pessoa física).

A distinção da pessoa jurídica da pessoa física dos seus sócios é, pois, evidente, não sendo exceção a sociedade unipessoal, pois, conforme Rolf Serick:

⁵⁵La proprietà, i crediti, gli altri diritti ed obbligazioni della persona giuridica rimangono diritti e obbligazioni della società anche quando questa è formata da un unico socio.

No caso da sociedade unipessoal, os débitos da sociedade não são débitos dos sócios, sendo que o patrimônio do acionista deve ser nitidamente distinto do patrimônio da sociedade por ações, que, também, a pessoa jurídica sujeito de direito é independente da pessoa a qual, ocasionalmente, participa as cotas sociais, deve-se entender sem dificuldades que não existe diferença entre a sociedade de um único sócio e a pessoa jurídica com mais membros.⁵⁶ (SERICK, 1966, p. 21-22, tradução nossa.).

Por tudo isso, é evidente que a pessoa jurídica é completa e isoladamente distinta da pessoa física dos seus membros, realidade evidenciada pela edição da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011.

Art. 1º Esta Lei acrescenta inciso VI ao art. 44, acrescenta art. 980-A ao Livro II da Parte Especial e altera o parágrafo único do art. 1.033, todos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), de modo a instituir a empresa individual de responsabilidade limitada, nas condições que especifica. (BRASIL, 2011)

A referida lei alterou o Código Civil Brasileiro listando no artigo 44, inciso VI, “*as empresas individuais de responsabilidade limitada*”, como pessoa jurídica de direito privado.

A alteração da legislação confirma a distinção da pessoa física da pessoa jurídica, o que já havia ocorrido há trinta anos na Alemanha (LUCENA, 2001, p. 5)⁵⁷, pois, se assim não fosse, não faria sentido a criação de uma empresa individual, observado que não se trata de uma simples criação legislativa, mas sim de uma realidade que baseia na distinção entre pessoa física e jurídica, eis que a personalidade expressa sempre uma realidade, não se reduzindo à mera ficção. (MALBERG, 2000, p. 45).

Carré de Malberg, em remissão às lições de Laband, de forma clara e precisa, delimita a criação da pessoa jurídica e a distinção desta da pessoa física de seus membros, espelhando uma realidade necessária:

Ou bem os indivíduos se limitam a criar entre eles uma simples sociedade contratual, e, nesse caso, essa formação, que não é mais de do que uma reunião de associados, não forma senão uma relação de direito, um laço social entre os participantes. Ou, muito ao contrário, os indivíduos compreendidos no grupo se encontram unidos de tal forma que constituem entre todos uma comunidade indivisível ou corporativa, e, então, esta segunda concepção cria um sujeito de direito, distinto de seis membros individuais e superior a eles.⁵⁸ (MALBERG, 2000, p. 46-47, tradução nossa.).

⁵⁶Nel caso di società unipersonale, i debiti della società non son debiti del socio, che il patrimonio dell'azionista deve tenersi nettamente distinto dal patrimonio della società per azioni, che, dunque, La persona giuridica quale soggetto di diritto è indipendente dalla persona alla quale, occasionalmente, appartengono le quote sociali, si deve ammettere senza difficoltà che non esiste una differenza di struttura fra La società com único sócio e La persona giuridica com più membri.

⁵⁷Minirreformas ocorridas no Direito alemão em 1981.

⁵⁸O bien los individuos se limitan a crear entre ellos una simple sociedad contractual, y en este caso esa formación, que no es más que una reunión de asociados, no engendra sino una relación de derecho, un lazo social entre los partícipes. O, muy al contrario, los individuos comprendidos en el grupo se encuentran unidos en tal forma que constituyen entre todos una comunidad indivisible o corporación, y entonces esta segunda formación crea un sujeto de derecho, distinto de los miembros individuales y superior a ellos.

A pessoa jurídica é, então, uma unidade jurídica (MALBERG, 2000, p. 50) autônoma, unificada, uma expressão da realidade jurídica, uma constituição de uma individualidade própria e permanente, com personalidade distinta da de seus sócios (os quais podem sair e ingressar na sociedade sem que isso cause a extinção desta), com patrimônio próprio, direitos e obrigações distintas e delimitadas, que se opõe aos seus membros, refletindo, por fim, fatos criados pelo ser humano.

A pessoa jurídica não se reveste em um mero agrupamento, aglomerado ou junção de membros com objetivos comuns, mas sim, em similitude com o Estado, como explica Carré de Malberg, *“implica, com efeito, que a coletividade dos nacionais não se reduz a uma mera sociedade de indivíduos, senão que forma, e seu conjunto indivisível, um sujeito único de direitos, portanto, uma pessoa jurídica.”*⁵⁹ (MALBERG, 2000, p. 53, tradução nossa.).

Certo, por consequência, que a gestão da pessoa jurídica é efetivada por um ou mais de seus membros, eis que *“é impossível conceber uma vontade estatal que não seja uma vontade humana”*⁶⁰ (MALBERG, 2000, p. 42-43, tradução nossa.), mas isso não autoriza a estes desvirtuar os objetivos ou os benefícios em proveito próprio, em atenção ao fato de que a organização societária é uma unidade representativa de uma coletividade e não sujeita a esta:

O regime de gestão dos interesses de uma coletividade organizada é necessariamente um regime unitário, que implica uma gestão de conjunto dos representantes da coletividade e que exclui a possibilidade, para os membros da comunidade, de exercer como amos, todos os assuntos desta, as suas vontades individuais.⁶¹ (MALBERG, 2000, p. 33, tradução nossa.)

Assim, imperioso se fez a distinção e conceituação de pessoa jurídica e pessoa física, realizada por Fran Martins, que assim disserta:

é a 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, as quais deram lugar ao seu nascimento; ao contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. (MARTINS, 2006, p. 184).

⁵⁹Implica, en efecto, que la colectividad de los nacionales no se reduce a una mera sociedad de individuos, sino que forma, en su conjunto indivisible, un sujeto único de derechos, por lo tanto una persona jurídica

⁶⁰Es imposible concebir una voluntad estatal que no sea una voluntad humana.

⁶¹El régimen de gestión de los intereses de una colectividad organizada es necesariamente un régimen unitario, que implica una gestión de conjunto de los representantes de la colectividad y que excluye la posibilidad, para los miembros de la comunidad, de ejercer como amos, en los asuntos de ésta, sus voluntades individuales.

A distinção é clara e precisa, posto que consagra a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a responsabilidade pelas atividades desenvolvidas em consonância com o estatuto social, os limites dos direitos e obrigações, a titularidade processual, fatos estes que não inibem a desconsideração das sociedades de responsabilidade limitada, quando comprovada fraude, abuso de direito e ato contrário aos limites da própria sociedade. “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.*” (COELHO, 2007, p. 35).

6.2 A necessária cientificação dos sócios: garantia constitucional

A distinção entre a pessoa jurídica e a pessoa de seu ou seus sócios é inquestionável, como também não restam dúvidas acerca da autonomia patrimonial de ambos, bem como a responsabilidade pelas atividades desenvolvidas em consonância com o estatuto, fato este que torna imprescindível a cientificação dos sócios acerca da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, quando questão suscitada no processo, momento no qual será oportunizada aos destinatários de tal decisão apresentar argumentos na construção desta.

Primordial é o compartilhamento de argumentos para a formação do provimento sobre desconsideração da personalidade jurídica. O incidente da desconsideração restará eivado de inconstitucionalidade sempre que evidenciada a ausência do devido processo constitucional. Ou seja, se o provimento for proferido de forma prematura, sem a oportunização de participação ou com esta postergada. Fato este que, infelizmente, acontece em nossos tribunais, pois, os sócios são cientificados somente após a declaração da desconsideração da personalidade ou, até mesmo, após a própria constrição patrimonial. Foi o que aconteceu quando do julgamento do recurso de Agravo de Instrumento de nº 1.0024.02.827705-1/004, o qual firmou entendimento de que:

não há necessidade da citação prévia dos sócios sobre o pedido da desconsideração, por não haver exigência de instauração de contraditório no momento do pedido, sendo necessária, tão-somente, a citação após o deferimento da medida, visto que é a partir daí que os sócios da executada passam a integrar o pólo passivo da execução.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - ENCERRAMENTO IRREGULAR DA SOCIEDADE - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA - POSSIBILIDADE. A alienação de bens da empresa e o encerramento irregular de suas atividades, com prejuízos ao credor, é suficiente para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, nos termos do art. 50 do Código Civil, ainda que em sede de cumprimento de sentença. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.02.827705-1/004 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): CSU CARDSYSTEM S/A - AGRAVADO(A)(S): UPTIME SISTEMAS LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. VALDEZ LEITE MACHADO. Julgado em 23 de junho de 2009. (MINAS GERAIS, TJ, AI 1.0024.02.827705-1/004. Relator: Exmo. Sr. Des. Valdez Leite Machado, 2009)

Decisão esta que, infelizmente, não difere das decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em desrespeito ao devido processo constitucional, persiste em firmar entendimento de que é desnecessária a citação dos sócios quando da construção do provimento de desconsideração da personalidade jurídica, assim se pronunciando:

É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. **Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.**

A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.

O contador que presta serviços de administração à sociedade falida, assumindo a condição pessoal de administrador, pode ser submetido ao decreto de extensão da quebra, independentemente de ostentar a qualidade de sócio, notadamente nas hipóteses em que, estabelecido profissionalmente, presta tais serviços a diversas empresas, desenvolvendo atividade intelectual com elemento de empresa.

5. Recurso especial conhecido, mas não provido.

(REsp 1266666/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011)

A confusão patrimonial existente entre sócios e a empresa devedora ou entre esta e outras conglomeradas pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de ser meramente formal a divisão societária entre empresas conjugadas.

Precedentes. (MINAS GERAIS, TJ, REsp 1266666/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, 2011)

A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente. No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhece a confusão patrimonial e se afirma que se trata, na prática, de pessoa jurídica única, bastando, por isso, uma única citação. Havendo reconhecimento da confusão, descabe a segunda providência.

Ademais, o recurso foi interposto exatamente pelos devedores que foram citados no processo de execução, circunstância que também afasta a pretensão recursal.

Não obstante a controvérsia tenha se instalado anteriormente à Lei n. 11.382/2006, é evidente a frustração da execução do crédito em razão da ineficácia de outros meios de constrição patrimonial, de modo que é cabível a penhora on line sobre os ativos financeiros do devedor. Recurso especial não provido. REsp 907.915/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 27/06/2011. (MINAS GERAIS, TJ, REsp 907.915/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2011)

Os julgados acima confirmam que a teoria da desconsideração jurídica foi acolhida pelo ordenamento jurídico vigente no Brasil. Contudo, não existe coerência acerca da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando o devido processo constitucional é ceifado ante a suposta desnecessidade de cientificação dos destinatários do provimento. O próprio Superior Tribunal de Justiça admite a busca de um resultado simplesmente prático para a satisfação do débito, onde são olvidadas questões primordiais, como o direito a propriedade, a distinção da pessoa jurídica da pessoa física de seus sócios e, principalmente, a garantia do devido processo constitucional.

A desconsideração da personalidade jurídica instaura uma nova relação processual, na qual os sócios serão partes formadoras do provimento na condição de pessoa física independente da pessoa jurídica em que são membros. Assim, não há que se falar em contraditório postergado, observada a existência de novos direitos e interesses, os quais são distintos dos próprios direitos e interesses da pessoa jurídica desconsiderada por meio de afetação dos sócios.

A decisão que desconsidera a personalidade jurídica é construída em face de fundamentos fático-legais hábeis à comprovação de abuso do uso da pessoa jurídica.

Para Serick (1966, p.78-79), a desconsideração poderá ocorrer quando se utiliza a pessoa jurídica para atuar: a) de forma contrária à lei; b) em detrimento das obrigações contratuais e constitutivas; c) em fraude; d) em fraude às filiais constituídas; e) em simulação; f) em atitudes contrárias à boa-fé.

Assim, para a averiguação dos fatos ensejadores da desconsideração da desconsideração da personalidade jurídica, mediante instrução processual adequada, imperiosa é a instauração da relação processual com a participação dos sócios, na qualidade de pessoas físicas e independentes da jurídica, para a formação do provimento concretizador da abertura do véu da pessoa jurídica.

A figura da desconsideração da personalidade jurídica decorre de previsão legal expressa, delineada na norma do art. 50 do Código Civil vigente, que assim prescreve:

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. (BRASIL, 2010)

Na mesma linha normativa, prescreve o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (BRASIL, 2010)

Diante das previsões legais, acima identificadas, a desconsideração da personalidade jurídica só pode ser declarada em hipóteses legais específicas, quais sejam, “*quando caracterizado o desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial*”, “*houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*”, momento no qual os bens dos sócios poderão responder pelas obrigações da sociedade desconstituída.

Contudo, a legislação ordinária vigente não estabelece expressamente a necessidade de formação de nova relação processual incidental, mediante citação pessoal dos sócios que, até então, não participavam do processo, uma vez que a pessoa jurídica detinha a sua personalidade. De qualquer forma, porém, não se pode desprezar a necessidade de citação, posto que a Constituição Federal prevê expressamente em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”, vez que “*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;*”.

Vê-se que, independente de previsão na esfera infraconstitucional, a citação dos sócios e, por conseqüente, a oportunização de sua participação efetiva na formação do provimento estatal, mediante o contraditório e a ampla defesa, é garantia constitucional, não podendo eles ficarem prejudicados por uma decisão judicial justiceira.

Nesse sentido, a teoria de Fazzalari é de suma importância para demonstrar a arbitrariedade e, até mesmo, a inconstitucionalidade de decisão de *terza via* que desconstituir a personalidade jurídica, mediante a afetação patrimonial, sem que haja a citação dos sócios, momento no qual as partes são cientificadas da nova relação processual instaurada.

O processo moderno exige um procedimento aberto e dialético, ou seja, exige a efetiva participação do julgador e das partes destinatárias na formação do provimento final, momento no qual surgirá procedimento estruturado no devido processo constitucional, sob o eixo do contraditório e da ampla defesa, não se dispensando a publicidade e a fundamentação.

Urge, pois, um processo na perspectiva de Elio Fazzalari “*O processo é um procedimento em cujo participam (são habilitados a participar) com eles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a surtir efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa anular a sua atividade.*”⁶² (FAZZALARI, 1996, p. 82, tradução nossa.).

Inafastável é, portanto, a necessidade da citação dos sócios quando da desconsideração da personalidade jurídica, mediante o devido processo constitucional, garantia que não pode ser colocada em segundo plano pela pura e grotesca aplicação isolada da legislação infraconstitucional (artigo 50 do Código Civil Brasileiro e artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor).

Ou seja, não basta uma simples análise de normas isoladas e distanciadas da sistemática do ordenamento jurídico vigente, eis que as normas dos artigos 50 do Código Civil e artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor não podem ser aplicadas de forma maquinal, arbitrária e em afronta ao devido processo constitucional, sem a participação processual dos sócios quando da desconsideração da pessoa jurídica, conforme alvitra Rosemiro Pereira Leal:

⁶² Il processo è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività.

Não há processo, nos procedimentos, quando o processo não estiver, antes, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido por leis ordinárias processuais (codificadas ou não) ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de convivência ou de discricionariedade do julgador. Na teoria jurídica da democracia, o procedimento só é legítimo quando garantido pela instituição do devido processo constitucional que assegure a todos indistintamente uma estrutura espaço-temporal (devido processo legal e devido processo legislativo) na atuação (exercício), aquisição, fruição, correição e aplicação de direitos. (LEAL, 2008, p. 39).

Indubitável é a importância da declaração da desconsideração da personalidade jurídica sob o prisma constitucional do processo, em observância ao sistema democrático, mediante o exaurimento do contraditório, ampla defesa e isonomia, ou seja, oportunização de participação efetiva, defensiva e igualitária das partes que se sujeitarão ao provimento final.

Caso contrário estar-se-á diante de uma expressa inconstitucionalidade do ato, face à decotação indevida do devido processo constitucional:

Não prevendo a lei de processo o *modus procedendi* para a desconsideração da personalidade jurídica, fica ao elevado alvedrio do magistrado condutor do feito estabelecer regras adequadas que resguardem os direitos fundamentais da pessoa jurídica e seus integrantes [...]

É imprescindível o pedido da parte, sendo até redundante a disposição do Código Civil ao exigir “[...] requerimento da parte ou do Ministério Público [...]”, porquanto sem o pedido viola-se o princípio da iniciativa da parte; ou inércia da jurisdição, consagrado nos artigos 2 e 128, entre outros do CPC; como imprescindível é que tanto a pessoa jurídica, como todos os seus sócios sejam intimados nas pessoas de seus procuradores judiciais para responderem à arguição e produzirem as provas que entenderem necessárias, inclusive pericial, se couber.

Com todo respeito às opiniões diversas, a nós nos parece abominável e repugnante, porque agride o dever de respeito à dignidade humana proclamado pela Constituição da República, a desconsideração, de ofício, pelo juiz, da personalidade jurídica para a imposição de gravames como penhora dos bens particulares dos sócios, ou deliberada sem audiência destes, com ofensa ao direito de resposta. Ato deste jaez constituem condenáveis arbitrariedades. (CARVALHO, 2006, p. 905-909).

E ainda, a própria segurança jurídica dos sócios e seus co-relacionados (esposas, herdeiros, credores) deve ser preservada pela garantia do devido processo constitucional, posto que não podem os sócios ser surpreendidos por decisão judicial de afetação patrimonial, sem que haja oportunidade de defesa técnica prévia pelo efetivo contraditório.

Se assim não for, o processo será um instrumento da própria razão do julgador (Escola Paulista ou Instrumentalista, fato este inadmissível no Estado Democrático de Direito, o qual se funda na garantia do devido processo constitucional, sendo o processo um instrumento sim, contudo, um instrumento, e um meio de diálogo técnico argumentativo do julgador e das partes que serão destinatárias do provimento, devendo este ser fundamentado nas razões de fato e direito decorrentes do diálogo e nunca das razões solitárias do convencimento do julgador. Argumentam, nesse sentido, os adeptos da escola instrumentalistas ou escola paulista, seguidores da teoria da relação jurídica de Bulow, segundo a qual a tutela estatal estampada no provimento (legislativo, administrativo e judiciário) é meio de satisfação, ou, nos dizeres de Cândido Dinamarco, “*receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição.*” (DINAMARCO, 2009, p. 123.)

Certo é, pois, que a desconsideração da personalidade jurídica sempre é uma medida excepcional, uma vez que se cria uma nova relação processual, com imperiosa abertura de oportunidade de efetiva defesa em meio ao contraditório técnico e argumentativo. Logo, necessária a instauração de litisconsórcio (sócios e sociedade), sob pena de se obter um provimento eivado de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 46, incisos I, II e III do Código de Processo Civil.

6.2.1 A formação do litisconsórcio: sociedade e sócios

A desconsideração da personalidade jurídica decorre da instauração de procedimento adequado, no qual se desnatura, desmembra, desconstitui a sociedade para afetação patrimonial dos sócios, formando, por consequência, uma nova relação jurídica para a consecução de um novo provimento judicial, agora, com a participação dos destinatários destes, os sócios.

Ou seja, quando do procedimento anterior à desconsideração da personalidade jurídica eram partes destinatárias do provimento o credor e a sociedade, sendo que, no momento em que surgem evidências para a concretização da desconsideração da personalidade, deve-se formar o litisconsórcio passivo, uma vez que irão integrar à relação processual os sócios, agora, também, sujeitos aos efeitos do provimento que poderá ou não atingir o patrimônio destes.

O litisconsórcio formado quando da desconsideração da personalidade jurídica decorre de lei, a teor da norma do artigo 46, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:
 I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
 II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;
 III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
 IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.
 (BRASIL, 1973).

Os sócios integraram a relação processual, na condição de litisconsortes passivos, eis que presentes: a) “*comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide*”, tendo em vista os efeitos da desconsideração da sociedade na qual comungam os sócios dos mesmos objetivos, direitos e obrigações; b) “*os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito*”, ou seja, todas as obrigações ou direitos a serem declarados quando da desconsideração da personalidade jurídica derivam da sociedade pré-constituída (relação contratual formal ou informal) e da existência de requisitos ensejadores do descobrimento do véu desta, mediante responsabilização dos sócios, ora litisconsortes; c) “*entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir*”, por consequência, a existência da sociedade e a possibilidade da desconsideração de sua personalidade trazem a conexão entre o objeto (sociedade) e a causa de pedir (desconsideração); por fim, o inciso IV traz hipótese muito semelhante aos incisos II e III (SOARES; DIAS, 2011, p. 180), pois em ambos os casos pode d) “*ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito*.”

Nesse entendimento, de maneira alguma, o provimento de desconsideração da personalidade jurídica pode ser prolatado pelo Estado-juiz sem interpretação lógico-sistemática dos preceitos das normas dos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil e a instauração do devido processo constitucional, momento constitutivo da relação processual com a abertura do contraditório aos sócios para a produção participada do provimento, assegurando-lhes a igualdade de tratamento. Caso contrário, o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica estará eivado de nulidade.

A afetação do patrimônio dos sócios sem a oportunização do contraditório é uma afronta à garantia do devido processo constitucional. A desconsideração da personalidade jurídica instaura uma nova discussão procedimentalizada de fatos, informações e provas, acerca da atividade lesiva dos sócios na consecução dos objetivos comuns da sociedade. Fato este que torna imperiosa a participação destes na conclusão final, qual seja: a desconsideração da personalidade jurídica só pode se operar após a participação dos sócios em litisconsórcio com a sociedade.

Assim, consagrada a presença do litisconsórcio a teor da norma do artigo 46 do Código de Processo Civil, a participação dos sócios para a concretização da desconsideração da personalidade jurídica gera, por via direta, a formação do litisconsórcio passivo necessário e ulterior, mediante a sucessão processual da sociedade pelos sócios, de modo unitário, uma vez que os efeitos do provimento atingirão a todos. (SOARES; DIAS, 2011, p. 178-181).

O Código de Processo Civil Brasileiro estatui em seu artigo 47 o litisconsórcio necessário, segundo o qual:

há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. (BRASIL, 1973)

Nesse contexto interpretativo lógico-sistemático das normas dos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil, imperiosa e obrigatória será a formação do litisconsórcio passivo, com o ingresso dos sócios na relação processual instaurada, quando da concretização da desconsideração da personalidade jurídica. A própria eficácia da sentença dependente da citação de todos os litisconsortes no processo, o que, infelizmente, não ocorre nos tribunais brasileiros, observado que o provimento que desconsidera a personalidade jurídica é proferido sem a formação do litisconsórcio, sendo postergado o contraditório aos sócios, o que não pode prevalecer ante a garantia do devido processo constitucional.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça deixa bem clara a afronta à garantia do devido processo constitucional quando aplica a desconsideração da personalidade jurídica mediante simples averiguação de inatividade de uma empresa, sem a oportunização de defesa participada dos sócios na formação de tal provimento, veja-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PROPOSTA CONTRA A CONSTRUTORA E SEUS SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, CAPUT E § 5º, DO CDC. PREJUÍZO A CONSUMIDORES. INATIVIDADE DA EMPRESA POR MÁ ADMINISTRAÇÃO.

1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios.

2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, **houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no art. 28, caput, do CDC.**

3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, **os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária.**

4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. para o Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004).

5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(MINAS GERAIS, TJ, REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2011). **(Grifos nossos)**.

PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE. PESSOAS FÍSICAS. ADMINISTRADORES NÃO-SÓCIOS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AÇÃO REVOCATÓRIA. DESNECESSIDADE.

1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.

2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. **Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.**

3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.

4. **O contador que presta serviços de administração à sociedade falida, assumindo a condição pessoal de administrador, pode ser submetido ao decreto de extensão da quebra, independentemente de ostentar a qualidade de sócio, notadamente nas hipóteses em que, estabelecido profissionalmente, presta tais serviços a diversas empresas, desenvolvendo atividade intelectual com elemento de empresa.**

5. Recurso especial conhecido, mas não provido.

(MINAS GERAIS, TJ, REsp 1266666/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, 2011)

Decisões como a aqui transcrita são constantes no judiciário brasileiro, salvo algumas exceções:

PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. Não há por que falar em violação do art. 535, II, do CPC nas hipóteses em que o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada. 3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando não demonstra o recorrente a identidade de bases fáticas entre os julgados indicados como divergentes. 4. Recurso especial não-conhecido. REsp 686.112/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 28/04/2008. (RIO DE JANEIRO, TJ, REsp 686.112/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2008).

Perdura o desrespeito à garantia constitucional do devido processo legal, bem como aos preceitos das normas dos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil, haja vista a ineficácia de pleno direito da sentença proferida em face da ausência da citação de todos os destinatários do provimento final.

Isto é, a desconsideração da personalidade jurídica acontece rotineiramente, por meio de despachos desprovidos da construção decisória legitimada, o que é inadmissível, pois:

A desconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado. (COELHO, 2007, p. 56).

Evidente, portanto, que a eficácia do provimento que desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade só será concretizada mediante a formação do litisconsórcio necessário (obrigatório) entre a sociedade e os sócios, em observância do devido processo constitucional e preceitos das normas dos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil. Situação esta que possibilitará que seja construído o provimento final que possibilitará a afetação patrimonial dos sócios.

Assim, instaurado o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, com a formação do litisconsórcio passivo obrigatório, consoante exposição acima, primordial será a suspensão do procedimento executório inicial instaurado em face da sociedade, até que seja propícia, ou não, a afetação patrimonial dos sócios, a qual só poderá ocorrer com a participação destes.

6.2.2 Necessária suspensão do processo

O pedido do credor para que seja desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade acontece no curso de processo de execução ou cumprimento de sentença, provimento este que concretiza o direito material de crédito em face da sociedade. Ou seja, é instaurado o procedimento condenatório ou executivo em face da sociedade, constituindo-se um crédito em desfavor desta, o qual será direcionado aos sócios quando configurado o fato espécie do desvirtuamento e/ou o abuso da pessoa jurídica. Daí o momento de penetrar o véu da sociedade, desconsiderando a personalidade mediante o devido processo constitucional, o que legitimará a afetação patrimonial dos sócios.

Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos. 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. (COELHO, 2007, p. 44).

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica será exceção à regra da não afetação dos sócios, o que se fará de forma incidental e como tal deve ser acolhida. Por consequência, será imprescindível a suspensão do procedimento executivo em face da sociedade até que se culmine ou não a declaração da desconsideração desta e afetação patrimonial dos sócios, que não eram devedores inicialmente.

Isto é, o procedimento expropriatório dos bens da sociedade ou dos sócios deverá ser suspenso e só poderá ser retomado depois de resolvido o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O projeto de novo Código de Processo Civil faz menção expressa ao incidente da desconsideração da personalidade jurídica em seus artigos 77 a 79.

CAPÍTULO II - DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico. Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica: I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio; II – é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial. Art.78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis. Art. 79. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento. (BRASIL, 2010)

O que não ocorre no Código de Processo Civil vigente, que não prevê a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Apesar da figura da desconsideração da personalidade jurídica estar prevista em dispositivos legais de direito material, tais como artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 50 do Código Civil.

A suspensão do processo instaurado em face da sociedade é medida de segurança jurídica, uma vez que o pedido incidental da desconsideração da personalidade jurídica societária requer a efetiva e técnica participação dos sócios para a legitimação da decisão que possibilitará o cumprimento do direito material em face da afetação patrimonial destes.

Trata-se de um incidente processual de importância e reflexos extensivos a partes não participantes do procedimento originário, fato este é a previsão legal inserta nos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil, não podendo o processo de execução ou cumprimento de sentença prosseguir sem que seja declarada a desconconsideração da personalidade jurídica, a qual só poderá ocorrer mediante a garantia inafastável do devido processo constitucional.

6.3 A inconstitucionalidade da participação “forçada” dos sócios quando da desconconsideração da Personalidade Jurídica

A distinção da personalidade e condição de parte processual da sociedade e dos sócios foi desenvolvida acima de modo a evidenciar que são sujeitos processuais distintos e independentes, como também, observada a garantia da indisponibilidade patrimonial sem o devido processo legal, esta não pode se concretizar de forma macular a referida garantia.

Nesse sentido, qualquer provimento judicial ensejador de afetação patrimonial deve ser advindo e legitimado pelo devido processo constitucional, observado que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, assegura que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”*

Contudo, tal garantia constitucional está, absurdamente, sendo ceifada de muitos jurisdicionados quando da aplicação prematura⁶³ da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, uma vez que esta ocorre, quase sempre, em detrimento ao devido processo constitucional, face às decisões judiciais que, de forma compacta, desconideram a personalidade de forma não legitimada (participação efetiva dos destinatários deste provimento) e, no mesmo ato, determina a indisponibilidade patrimonial dos sócios.

Ou seja, os sócios só são cientificados da desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando da indisponibilidade de bens, sem a regular oportunização de defesa, fato este inadmissível, eis que não compuseram a posição passiva do processo de cognição, ou mesmo da execução. Trata-se de uma participação “forçada” e contrária às garantias constitucionais, o que deve ser repudiado, como já foi considerado em doutrina:

⁶³ Aplicação prematura da desconconsideração da personalidade jurídica pelo fato de tal decisão ser proferida antes da abertura do contraditório e, por consequência, antes a oportunização de defesa aos sócios, a qual ocorre somente após o provimento e indisponibilidade de bens.

Para os juízes que adotam a teoria da desconsideração, como o desprezo da forma da pessoa jurídica depende, para eles, apenas a insolvibilidade desta, ou seja, a mera insatisfação de crédito perante ela titularizado, a discussão dos aspectos processuais é, por evidente, mais simplista. Por despacho no processo de execução, esses juízes determinam a penhora de bens de sócio ou administrador e consideram os eventuais embargos de terceiro o local apropriado para apreciar a defesa deste. Como não participaram da lide durante o processo de conhecimento e não podem rediscutir a matéria alcançada pela coisa julgada, acabam os embargantes sendo responsabilizados sem o devido processo legal, em claro desrespeito aos direitos subjetivos constitucionais. (COELHO, 2002, p. 56).

A participação efetiva e técnica dos sócios na formação da decisão que desconsidera a personalidade jurídica é condição primordial para a afetação patrimonial, o que só poderá acontecer se for legitimada pela garantia do devido processo constitucional. Assim, pode constituir-se a decisão de *terza via*, tendo em vista que dever ser preservada a segurança jurídica, respeitando-se, ainda, as restrições legais de indisponibilidade patrimonial, tais como, bem de família, salários e vencimentos, caderneta de poupança até o limite de quarenta salários mínimos, dentre outras previsões legais.

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo; art2V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político. (BRASIL, 1973)

6.3.1 Indisponibilidade de bens dos sócios sem o devido processo constitucional

O devido processo constitucional é uma garantia fundamental, a qual não pode ser ceifada, em hipótese alguma, dos destinatários do provimento do Estado-juiz. Isto é fato incontestado, não sendo, portanto, exceção quando da possibilidade de indisponibilidade de bens e valores dos sócios, afetação patrimonial, no momento da desconsideração da personalidade jurídica, eis que também a propriedade é um direito fundamental. De acordo com a Constituição Federal (1988), artigo 5, inciso , XXII: “é garantido o direito de propriedade.”

A indisponibilidade de bens e valores dos sócios só poderá operar-se mediante declaração judicial hábil à execução, ou seja, somente após a observância do devido processo constitucional, mediante a consagração do contraditório efetivo e defesa técnica, tendo em vista que o direito de propriedade se opera como garantia indissociável, o qual é a regra, sendo a indisponibilidade patrimonial por medida judicial, a exceção.

Até porque, nem todos os bens e valores dos sócios, mesmo com a observância do devido processo constitucional, podem ser afetados em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica.

A garantia da propriedade dos bens e valores decorre de hipótese legal de garantia à propriedade (BRASIL, 1973). Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis, como a garantia do bem de família

A instituição do bem de família é um caso especial de inalienabilidade voluntária. Sua origem é norte-americana. Nos Estados Unidos, em consequência de grave crise econômica que o atingiu no começo do século XIX, o Estado do Texas promulgou uma lei, em 1839, permitindo que ficasse isenta de penhora a pequena propriedade, sob condição de sua destinação à residência do devedor. Outros Estados daquela Federação adotaram a norma, e assim criou-se o instituto do homestead. (PEREIRA, 1993, p. 308-309).

Lei 8.009-90, os bens considerados absolutamente impenhoráveis, a teor da norma do artigo 649 do código de Processo Civil:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político. (BRASIL, 1973).

Assim, não são todos os bens dos sócios que poderão ser afetados quando da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que protegidos pela impenhorabilidade. Contudo, esta não é a regra quando dos incidentes de desconsideração da personalidade jurídica, posto que inúmeras decisões judiciais indisponibilizam bens impenhoráveis em razão da ausência da abertura do contraditório, afetando, por via direta, bens impenhoráveis, fato este que redundou em inúmeros recursos nos tribunais brasileiros.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ementa: DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA SOBRE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE SÓCIA DA EMPRESA EXECUTADA, SEM QUE DEFERIDA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS AUTOS DA AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONSTRIÇÃO JUDICIAL QUE NÃO SUBSISTE. ELEMENTOS ÍNSITOS AOS AUTOS QUE EVIDENCIAM TRATAR-SE, O OBJETO DA PENHORA, DE BEM DE FAMÍLIA, PROTEGIDO PELA IMPENHORABILIDADE (ART. 1º DA LEI Nº 8.009/90). VERBA HONORÁRIA QUE COMPORTA MAJORAÇÃO, A FIM DE MELHOR ATENDER ÀS EXIGÊNCIAS DO ART. 20, § 4º, DO CPC (OBSERVADOS OS CRITÉRIOS DO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL). APELAÇÃO DA EMBARGADA IMPROVIDA. PARCIALMENTE PROVIDA A APELAÇÃO DA EMBARGANTE. Apelação Cível Nº 70034389916, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 14/06/2011. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, AC Nº 70034389916, Relator: Mylene Maria Michel, 2011).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. EMENTA: AÇÃO CAUTELAR DE ARROLAMENTO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - PENHORA DE BENS DO SÓCIO - IMPOSSIBILIDADE - BEM DE FAMÍLIA. A penhora de bens de sócio de uma pessoa jurídica devedora é indevida por força da desconsideração da personalidade jurídica deferida que não observou o devido processo legal com possibilidade de ampla defesa. Se esse bem levado à penhora é considerado bem família, também por esse motivo a constrição judicial há de ser defesa. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.00.013366-3/001 EM CONEXÃO COM APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0145.03.063221-3/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - APELANTE(S): JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA - APELADO(A)(S): PANIFICADORA RAMOS SEVERINO LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. BATISTA DE ABREU. Publicado no DJ em 29 de setembro de 2006. (MINAS GERAIS, TJ, AC 1.0145.00.013366-3/001 em conexão com AC N. 1.0145.03.063221-3/001, 2006)

Então, além da necessária concretização do devido processo constitucional em decorrência da desconsideração, quando suscitado o respectivo incidente, mister se faz assegurar-se de que os bens afetados são aptos à satisfação do crédito, ou seja, se os bens constritos são penhoráveis. Caso contrário, estaremos diante de constringões ilegais, passíveis de recursos e, por consequência, ensejadores do grande volume de agravos de instrumento, embargos de terceiro ou de apelações nos tribunais.

6.3.2 A jurisprudência brasileira em face da desconsideração da Personalidade Jurídica

É incontestado que a teoria da desconsideração jurídica foi acolhida pelo ordenamento jurídico vigente no Brasil, contudo, não existe uma coerência jurisprudencial acerca da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Tal fato ocorre em razão da busca de um resultado simplesmente prático para a satisfação do débito, momento em que são olvidadas questões primordiais, como o direito a propriedade, a distinção da pessoa jurídica da pessoa física de seus sócios, a garantia do devido processo constitucional e, absurdamente, a própria contemplação dos requisitos da *disregard doctrine*.

A desconsideração da personalidade jurídica ocorre, rotineiramente, mediante despacho nos autos sem a observância da formação participada deste provimento. Tal acontecimento macula o devido processo constitucional, posto que, sucede sem a manifestação dos sócios, destinatários do provimento, em hipóteses não previstas legalmente como:

- a) a dissolução da sociedade sem comprovação da má administração;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.02.742343-3/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): DANIELA MOURAO NOGUEIRA - AGRAVADO: LOCALIZANDO.COM LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. OSMANDO ALMEIDA. Publicado em 09 de maio de 2011. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - DISSOLUÇÃO IRREGULAR- POSSIBILIDADE.- Restando comprovada a dissolução irregular da sociedade, porquanto encerrou suas atividades sem solucionar o débito pendente que detinha junto aos seus credores, deve ser decretada a desconsideração da personalidade jurídica da mesma. (MINAS GERAIS, TJ, AI 1.0024.02.742343-3/002, Relator Exmo Sr. Des. Osmando de Almeida, 2011)

b) a ausência de bens da sociedade passíveis de penhora;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - AGRAVO DE INSTRUMENTO DE N 0470628-03.2010.8.26.0000. Relator: Galdino Toledo Júnior. Comarca São Paulo. Órgão Julgador Nona Câmara de Direito Privado. Julgado em 04 de outubro de 2011. Ementa: RESCISÃO DE CONTRATO Cumprimento de sentença Pleito de desconsideração da personalidade jurídica da Cooperativa-devedora Cabimento Aplicação do artigo 28, § 5º, do CDC Ausência de indicação de bens livres e passíveis de constrição Possibilidade de lesão a direito dos credores Agravo desprovido. (SÃO PAULO, TJ, AI 0470628-03.2010.8.26.0000. Relator: Galdino Toledo Júnior, 2011).

c) mediante aplicação, absurda, do contraditório postergado, ou até mesmo sem a instauração do contraditório e possibilidade de ampla defesa, segundo o qual os sócios só são cientificados da desconsideração após a afetação patrimonial.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1266666/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011. PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE. PESSOAS FÍSICAS. ADMINISTRADORES NÃO-SÓCIOS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AÇÃO REVOCATÓRIA. DESNECESSIDADE. 1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos. 2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social. 4. O contador que presta serviços de administração à sociedade falida, assumindo a condição pessoal de administrador, pode ser submetido ao decreto de extensão da quebra, independentemente de ostentar a qualidade de sócio, notadamente nas hipóteses em que, estabelecido profissionalmente, presta tais serviços a diversas empresas, desenvolvendo atividade intelectual com elemento de empresa. 5. Recurso especial conhecido, mas não provido. (SÃO PAULO, STJ, REsp 1266666/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, 2011).

O quadro jurisprudencial evidencia a não uniformização do incidente da desconsideração da personalidade jurídica. Claro que não está consagrada pela grande maioria dos julgados a garantia do devido processo constitucional, com esteio no ordenamento jurídico vigente. Contudo, a não uniformização, que hoje aconteceria de foram equivocada, possibilita que tribunais garantam o devido processo constitucional em alguns julgados, como ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que não admitiu a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples fato da empresa ter encerrado suas atividades ou não ter bens passíveis de constrição judicial, o que restou claro quando do julgamento do recurso de apelação de n 1.0024.06.089447-4/001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.089447-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ANEXO 2 COMUNICAÇÃO PRODUÇÃO LTDA - APELADO(A)(S): MARCO AURELIO GOUVEA BOMFIM E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE DESCONSTITUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ, ABUSO, DESVIO OU FRAUDE. O deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária reclama a demonstração pelo requerente da ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, não sendo suficiente a alegação de inexistência de bens passíveis de satisfazer crédito reclamado em ação de execução. O fato de a empresa estar inativa não comprova, por si só, a ocorrência de encerramento irregular de suas atividades. É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade que encerrou as suas atividades de forma irregular, caso sejam encontrados bens dos sócios, de elevado valor, havendo, portanto indícios concretos de abuso à personalidade. Incabível a teoria da despersonalização da pessoa jurídica, para atingir os bens dos sócios, quando não restam comprovados a má-fé, abuso, desvio ou fraude perpetrados pela empresa devedora. (MINAS GERAIS, TJ, AC 1.0024.06.089447-4/001, Relator: Exmo. Sr. Des. Irmair Ferreira Campos, 2011)

Seguindo esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também decidiu o incidente da desconsideração da personalidade jurídica quando presentes todos os requisitos legais para a responsabilização e afetação dos bens dos sócios. Trata-se, pois, de decisões que seguem a linha de raciocínio estruturada no ordenamento jurídico vigente, uma vez que existentes requisitos pré-definidos para a desconsideração da personalidade jurídica.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70042691550, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 29/09/2011. Ementa: EXECUÇÃO CONTRA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ESPONTÂNEO E INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCABIMENTO. Não havendo prova suficiente da ocorrência das circunstâncias legalmente previstas a tanto, descabe a aplicação da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica, por ser medida extrema que representa exceção à regra geral da desvinculação existente entre a pessoa jurídica e a personalidade de seus sócios. A falta de pagamento espontâneo e a inexistência de bens passíveis de penhora não autorizam, por si só, o redirecionamento da Execução para a pessoa dos sócios da empresa. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, AI 70042691550, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, 2011).

Contudo, isso não ocorre na Justiça Especializada do Trabalho de Minas Gerais, posto que o simples fato de haver a ausência de bens da sociedade passíveis de penhora enseja a desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica por mero despacho, sem a concretização da abertura do devido processo constitucional, mediante a abertura de oportunidade aos sócios de participar na formação da decisão, a qual ocorre de forma prematura e em afronta ao ordenamento jurídico vigente.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO TERCEIRA REGIÃO - Recurso Ordinário n 00655-2007-111-03-00-8. Recorrentes: SETE POR SETE COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. e RAFAEL BRUNO DE PAULA, e, como Recorridos, os mesmos e LUCAS GUIMARÃES ROCHA. Relator: Márcio Ribeiro do Valle. Oitava Turma. Publicado em 08 de março de 2008. EMENTA: ILEGITIMIDADE PASSIVA. Já se pacifica, na doutrina e na jurisprudência pátria, o entendimento pelo qual, à ausência de bens da empresa devedora, suficientes para a garantia da execução, responderão os bens patrimoniais de seus próprios sócios, pelas dívidas por ela contraídas, mesmo que estes não tenham participado da fase processual de conhecimento. Esse entendimento, amplamente aceito na esfera do Direito do Trabalho e aplicado na sistemática processual trabalhista, decorre da teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica, consagrada no art. 28 da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Todavia, ainda neste contexto, o artigo 1.024 do Código Civil, aqui também aplicável de forma subsidiária, preconiza que “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Portanto, decidiu nestes autos, com acerto, a MMª Julgadora de origem, sob o fundamento de que esta forma de responsabilização dos sócios somente ocorre na fase de execução, depois de executados os bens sociais, quando demonstrada a inidoneidade da pessoa jurídica Reclamada, restando clara a distinção desta em relação à pessoa dos sócios, distinção esta capaz de justificar, até o presente momento, a exclusão dos mesmos do pólo passivo da lide instaurada. (MINAS GERAIS, TRT, RO 00655-2007-111-03-00-8, Relator: Márcio Ribeiro do Valle, 2008)

Vê-se, assim, que o quadro jurisprudencial acerca da desconsideração da personalidade jurídica não é dos melhores, observado que a eficácia do provimento que desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade só será concretizada mediante a formação do litisconsórcio necessário (obrigatório) entre a sociedade e os sócios e, em observância do devido processo constitucional e preceitos das normas dos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil. Situação esta que possibilitará que seja construído o provimento final que possibilitará a afetação patrimonial dos sócios.

Assim, instaurado o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, com a formação do litisconsórcio passivo obrigatório, a teor das normas dos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil, inibida estará a assombrosa interpretação subjetiva dos julgadores acerca da teoria da *Disregard Doctrine*, a qual só poderá ser aplicada em consonância com a garantia do devido processo constitucional.

7 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

7.1 Procedimento

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica decorre de previsão legal expressa, o qual foi descrito na norma do artigo 50 do Código Civil vigente que assim prescreve:

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. (BRASIL, 2010)

Na forma do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (BRASIL, 2010)

Apesar da figura da desconsideração da personalidade jurídica estar prevista em dispositivos legais de direito material, a instauração do procedimento deve obedecer aos preceitos das normas dos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil. Ou seja, não pode o processo de conhecimento, de execução ou de cumprimento de sentença prosseguir em desfavor dos sócios sem que seja oportunizada a defesa para a produção, de forma participada, do provimento de declaração da desconsideração da personalidade jurídica, a qual só poderá ocorrer mediante a garantia inafastável do devido processo constitucional.

Já o projeto de novo Código de Processo Civil faz menção expressa ao incidente da desconsideração da personalidade jurídica em seus artigos 77 a 79.

CAPÍTULO II - DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico. Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica: I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio; II – é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial. Art.78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis. Art. 79. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento. (BRASIL, 2010)

O que não ocorre no Código de Processo Civil vigente, que não prevê a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o que não impede diante da instauração do litisconsórcio e respeito ao devido processo legal, conforme já evidenciado.

A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma realidade do direito processual constitucional pós-moderno, sendo incontroverso, entretanto, que não há que se falar em formação de relação jurídica processual entre credor(es) e sócio(s) sem a abertura do contraditório participativo e efetivo, propiciador da técnica, ampla e irrestrita defesa, ou seja, sem a garantia constitucional do devido processo.

Nessa linha, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro normatiza melhor e objetivamente o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, mediante o incidente processual, assim prescrevendo:

Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;

II – é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Art.78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Art. 79. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento. (BRASIL, 2010).

O artigo 77, acima transcrito, de forma indubitável, define a instauração do incidente da desconsideração da personalidade de forma taxativa, de maneira a proceduralizar a aplicação do instituto da *disregard doctrine*, em qualquer fase do procedimento, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando os efeitos das obrigações instauradas pelo descortinamento da pessoa jurídica, mediante provimento judicial, se estenderem ao patrimônio dos sócios.

Não há que se falar, então, em simples e irrestrita desconsideração da personalidade jurídica, como uma tosca aplicação às normas materiais, posto que deve ser identificado o abuso do uso da pessoa jurídica nos exatos limites doutrinários da *disregard doctrine*, fato este que não vem acontecendo nos tribunais brasileiros, uma vez que se desconsidera a personalidade jurídica pelo simples fato da sociedade estar desativada ou na ausência de bens passíveis de constrição judicial.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70033626847, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 28/07/2011. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. Ante a inatividade, a não localização da sociedade e a ausência de bens penhoráveis, mostra-se cabível a desconsideração da personalidade jurídica das executadas, a fim de que haja direcionamento da execução contra os sócios delas. AGRAVO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, AI 70033626847, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, 2011)

Assim, em qualquer esfera de especialização da jurisdição, o incidente deve ser instaurado por requerimento da parte ou do Ministério Público, nunca de ofício, pois, “*o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta a demanda.*” (SILVA, 2002, p. 157).

Sendo, também, indisponível o direito dos sócios na participação da construção do provimento, o qual só será legitimado se efetivado de modo a propiciar participativa e efetiva defesa, com produção de provas e argumentação fático-jurídicas, que culminarão ou não na declaração da desconsideração da personalidade jurídica, para daí sim afetar o patrimônio dos sócios.

Isto é, a teor da norma do artigo 78, o sócio deverá ser citado, momento no qual restará formado o litisconsórcio passivo, para participar da instrução processual mediante o devido processo constitucional, garantia de legitimidade democrática do provimento que desconsiderar a personalidade jurídica.

7.2 Integração dos sócios na relação processual

A teor da norma do artigo 78 “Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.” (Brasil. 2010.) do projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, o sócio deverá ser citado para participar da relação processual, eis que será formado o litisconsórcio passivo necessário, mediante a garantia do devido processo constitucional, fato este que possibilitará a formação participada do provimento final, o qual poderá culminar ou não na afetação patrimonial.

A decisão que declara a desconsideração da personalidade jurídica, mediante a retirada do véu que resguarda os sócios face a distinção das personalidades, deve ser, como toda e qualquer decisão estatal, decorrente de um procedimento instaurado com observância do devido processo constitucional, concretizando o processo como procedimento: *”realizado em contraditório entre os interessados, e a essência deste estará na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários sofrerão seus efeitos.”* (GONÇALVES, 1992, p. 115).

Assim, no processo constitucional estão presentes os três princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa) que juntos integram o princípio do devido processo, fato este que constituiu uma reconstrução do processo sob a ótica constitucional, momento no qual o devido processo é erigido a direito fundamental face o Estado Democrático de Direito.

O devido processo, sob esse prisma, representa a garantia da legitimidade do Direito, onde o *“poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.”* (HABERMAS, 1996, p. 171).

Não se trata, portanto, de simples citação, mas integração dos sócios na construção participada e efetiva do provimento a ser proferida ante ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica, pois:

outra finalidade não pode ter o processo para o juiz, senão, por sua principiologia instituída em norma fundamental, ensejar às partes o pleno exercício do contraditório, da ampla defesa, da simétrica paridade (isonomia) de oportunidades de efetiva participação na construção do provimento. (LEAL, 2008, p. 190).

Trata-se, pois, de efetiva oportunidade de apresentação de defesa técnica adequada à formação do provimento final de desconsideração ou não da personalidade jurídica.

Sem embargo, o incidente processual da desconsideração da personalidade jurídica inserido no projeto de novo Código de Processo Civil reforçará a garantia do devido processo constitucional. Pois, apesar da figura da desconsideração da personalidade jurídica estar prevista em dispositivos legais de direito material, a instauração do procedimento deveria obedecer aos preceitos das normas dos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil, o que muitas das vezes não ocorre.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. CABIMENTO. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. DIVISÃO MERAMENTE FORMAL. CITAÇÃO DAS DEMAIS EMPRESAS. DISPENSA. RECONHECIMENTO DE QUE, NA PRÁTICA, SE TRATAVA DO MESMO ORGANISMO EMPRESARIAL. 1. A alegação de ofensa ao art. 535 do CPC deve ser afastada, porquanto deduzida de forma genérica no recurso, sem a indicação dos pontos acerca dos quais deveria o acórdão ter-se manifestado. No particular, incide a Súmula n. 284/STF. 2. A tese de que os executados não foram intimados a falar sobre os documentos que deram ensejo à constrição patrimonial não foi objeto de prequestionamento no acórdão recorrido, circunstância que atrai a incidência da Súmula n. 211/STJ. 3. A confusão patrimonial existente entre sócios e a empresa devedora ou entre esta e outras conglomeradas pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de ser meramente formal a divisão societária entre empresas conjugadas. Precedentes. 4. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente. No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhece a confusão patrimonial e se afirma que se trata, na prática, de pessoa jurídica única, bastando, por isso, uma única citação. Havendo reconhecimento da confusão, descabe a segunda providência. 5. Ademais, o recurso foi interposto exatamente pelos devedores que foram citados no processo de execução, circunstância que também afasta a pretensão recursal. 6. Não obstante a controvérsia tenha se instalado anteriormente à Lei n. 11.382/2006, é evidente a frustração da execução do crédito em razão da ineficácia de outros meios de constrição patrimonial, de modo que é cabível a penhora on line sobre os ativos financeiros do devedor. 7. Recurso especial não provido. REsp 907.915/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 27/06/2011. (SÃO PAULO, TJ, REsp 907.915/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2011)

Ou seja, não pode o processo de conhecimento, de execução ou de cumprimento de sentença prosseguir em desfavor dos sócios não integrantes da lide sem que seja produzido participativamente o provimento de declaração da desconsideração da personalidade jurídica, a qual só poderá ocorrer mediante a garantia inafastável do devido processo constitucional.

7.3 Resolução do incidente: decisão construída mediante a concretização do devido processo legal

O incidente que tem como objetivo o provimento judicial de declaração da desconsideração da personalidade ou não, caso presentes ou ausentes os requisitos necessários, será instaurado mediante a citação dos sócios para, observado o devido processo constitucional, defenderem-se tecnicamente de tal pretensão. Instaura-se, portanto, um procedimento que, realizado em contraditório, constituirá um incidente constitucionalmente processualizado.

Inicia-se, portanto, com o ingresso dos sócios na relação processual, mediante a abertura do contraditório efetivo e propiciador da defesa técnica adequada, defesa esta que contempla toda possibilidade de instrução processual, mediante produção de prova técnica, documental e testemunhal que, por fim, culminará, ou pelo ao menos deverá culminar, em um provimento construído pelo julgador e pelos destinatários dos efeitos da decisão final que, no caso concreto, são os sócios da sociedade desconsiderada ou não.

A defesa dos sócios, por conseguinte, deve ser instrumento preparatório do provimento, o qual verificará a existência ou dos requisitos propiciadores da desconsideração, levando-se em conta que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser evidenciada no sistema em que se enquadra a pessoa jurídica e a função por ela exercida (crise do sistema e crise da função) (OLIVEIRA, 1979).

A crise do sistema possui dois aspectos, o primeiro espacial, no qual se pode dizer a crise do próprio maximalismo e outro temporal, no qual é primordial regular a existência da sociedade no período compreendido entre a constituição de fato (pré-vida) e seu registro (OLIVEIRA, 1979, p. 104-105).

A crise do sistema só é superada, nos dizeres de Lamartine Oliveira, mediante o reconhecimento de todas as realidades societárias, associativas ou fundacionais, qualificando-as como sujeito de direito e obrigações (OLIVEIRA, 1979, p. 607).

No outro vértice, tem-se a crise da função, observado o afastamento da finalidade da pessoa jurídica, o qual pode ocorrer em determinadas hipóteses: fraude à lei, fraude às obrigações contratuais, fraude contra credores (transferência de patrimônio para pessoa distinta, lesando os credores), fraude na composição estrutural e societária, abuso de direito, dolo, simulação. Ficará configurado, assim, o desvio da função da pessoa jurídica, o qual é inibido pela *disregard*.

A pessoa jurídica é uma realidade que tem funções – função de tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com meios isolados de um ser humano; função de limitação de riscos empresariais; função de agrupamento entre homens para fins religiosos, políticos, educacionais; função de vinculação de determinados bens ao serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes. À medida, porém, que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras – não previstas pelo legislador – funções. Se tais funções novas entram em contrastes com os valores reitores da ordem jurídica, há crise da função do instituto. (OLIVEIRA, 1979, p. 608)

As técnicas de *disregard* ou de *Durchgriff* são o mais agudo sistema de crise de função. Elas denunciam a existência de um desvio do instituto – da função que lhe foi assinalada o legislador. E, ao mesmo tempo, visam evitar – principalmente ao servirem de inspiração à interpretação de algumas normas legais específicas – o surgimento concreto de novos casos de desvio. (OLIVEIRA, 1979, p. 608)

A subcapitalização na constituição do patrimônio da pessoa jurídica e o interesse direto em lesar, também, são causas do descortinamento do véu da pessoa jurídica.

E ainda, a imputação deve ser considerada quando da descon sideração, pois, consoante Lamartine de Oliveira: “*O que importa basicamente é a verificação adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas?*” (OLIVEIRA, 1979, p. 613).

Se o ato é imputado à pessoa jurídica na prática de atos de sua finalidade, não há que se falar em imputação ou responsabilização de seus sócios, contudo, se o ato é praticado por outra pessoa sob escudo da pessoa jurídica:

e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (*bons costumes*, ordem pública), é necessário fazer com a imputação se faça com predomínio da realidade sob a aparência. (OLIVEIRA, 1979, p. 613).

Diante da diversidade de requisitos para a descon sideração da personalidade jurídica, não há que se falar em ausência ou em contraditório postergado, uma vez que somente o devido processo constitucional tem o condão de propiciar legitimação do provimento a ser construído quando do pedido de descon sideração da personalidade jurídica, o qual deve ser fundamentado de modo a concretizar ou não os requisitos legais hábeis à aplicação da *disregard doctrine*.

7.4 Recurso cabível

O provimento judicial que, terminada a instrução, declarar ou não a descon sideração da personalidade jurídica, observada a norma do artigo 79 do projeto de novo Código de Processo Civil, resolverá o incidente “*por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.*” (Brasil. 2010.).

A decisão interlocutória que declarar ou não a descon sideração da personalidade jurídica é, como toda decisão, passível de recurso, o qual “*é um instituto de garantia revisional exercitável na estrutura procedimental*” (LEAL, 2010, p. 241), sendo extensão inquestionável do direito de defesa dos destinatários dos efeitos do provimento, os quais só poderão ser efetivados quando a decisão transitar em julgado.

A regra é que o recurso de Agravo de Instrumento seja recebido somente no efetivo devolutivo, contudo, por se tratar de uma decisão hábil à revisão recursal e propícia a causar danos de difícil reparação aos destinatários do provimento, uma vez que poderá afetar o patrimônio destes, o projeto novo Código de Processo Civil pecou em não inserir a aplicação do efeito suspensivo quando do recebimento do recurso, observado que tal efeito deve ser previsto, sendo somente o efeito devolutivo inerente a todo e qualquer recurso.

7.5 Críticas

Não basta, contudo, a criação de um novo Código de Processo Civil se perdurar a deficiência dos órgãos jurisdicionais. Inconteste é a presença de deficiência técnica, pessoal e estrutural, o que resta caracterizado pelos números fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, de forma rudimentar, apresenta estatísticas desprovidas de fundamentação e ou justificativas, acerca dos números de recursos julgados ou não no curso do ano.

A Secretaria Executiva de Planejamento e Qualidade na Gestão Institucional do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais apresenta semestral e anualmente o relatório de movimentação processual da Justiça Comum e dos Juizados Especiais - 1ª e 2ª Instâncias, relativamente aos meses de janeiro a maio de 2010. É demonstrada a evolução do movimento processual por meio de índices e taxas, o que nos permite dimensionar a demanda, a capacidade de atendimento ao jurisdicionado e o acúmulo de processos ao longo do ano. O relatório está estruturado em 3 partes, a saber: 1- Apresentação de dados, 1.1 – Justiça Comum, 1.2 - Juizado Especial, 2- Considerações Gerais, 3- Anexos. Relatórios estes que evidenciam que o acervo sempre crescente não permite que a grande parte dos processos sejam julgados no mesmo ano de distribuição. (MINAS GERAIS, TJ, 2011)

A estatística apresentada desconsidera a necessidade de se colocar quais foram as decisões monocráticas reformadas, mantidas ou cassadas, situação esta que proporcionaria melhor análise da performance técnica dos operadores de primeira instância que, muitas das vezes, são atécnicos e, o que é pior, causadores da necessidade de se recorrer. (DIAS; NEPOMUCENO, 2009, p. 463).

E ainda, além do volume de demandas judiciais, é imperioso ressaltar que a deficiência estrutural e funcional dos órgãos judiciários são fatores, muito evidentes, da precariedade da prestação da atividade jurisdicional, conforme cita Ronaldo Brêtas a situação caótica das Comarcas do Estado de Minas Gerais, onde na maioria das regiões faltam funcionários qualificados, promotores, juízes e estrutura física. (DIAS, NEPOMUCENO, 2009, p. 463).

Para que essa prestação alcance a celeridade, mediante tempo razoável do processo e a efetividade, em face do modelo constitucional do processo, necessária é a qualificação e o aprimoramento técnico de todos os operadores do direito (serventuários, juízes, advogados, assessores, estagiários, defensores e promotores), como também o aperfeiçoamento e modernização das estruturas físicas dos órgãos judiciais.

Diante desse quadro de deficiências pessoal, estrutural e técnica, tem-se que as desenfreadas reformas e edições de novas codificações constituem meros placebos⁶⁴ para a doente prestação da atividade jurisdicional, posto que sem a qualificação técnica adequada e atual, sem uma estrutura material mais moderna e quiçá padronizada (secretarias que atuam com um código de processo próprio), sem operadores de direito formados e atuantes com uma bagagem teórica e técnica adequadas, nunca se concretizará uma atividade jurisdicional eficiente e em tempo razoável.

A concretização do devido processo constitucional é uma garantia de toda sociedade politicamente organizada, que, infelizmente, vem sendo maculada diariamente pelas deficiências pessoal, estrutural e técnica dos órgãos judiciais.

⁶⁴ Placebo do latim *placere*, significando "agradarei" é como se denomina um fármaco ou procedimento inerte. Neste sentido, as reformas e a criação de novos códigos atuam como placebos à comunidade jurídica, ou seja, agradarão, mesmo que temporariamente, a alguns mas não solucionarão a enfermidade do judiciário.

8 CONCLUSÃO

Concluir um trabalho científico não significa o fim de uma pesquisa, pelo contrário, induz à abertura inexorável de um novo espaço propício a atividades intelectivas testificadoras que são as críticas, sugestões, argumentações fundamentadas ou não, tudo direcionando para o início de um novo trabalho crítico-discursivo. Trata-se de um fenômeno cíclico típico do ser humano, que não pode ser estático em seus conhecimentos e, tão menos, um receptor pacífico de informações, sob pena de retrocesso.

A própria Constituição no Estado Democrático de Direito deve ser formada de maneira lógica, sistemática, discursiva e dinâmica, com a participação ativa e efetiva dos cidadãos mediante informação e/ou manifestação representativa de todos os atos, com demonstração explícita das conseqüências na vida real que, de maneira alguma, pode ser estanque à realidade sócio, econômica e constitucional.

Nessa linha, o direito à preservação da personalidade é, também, uma garantia de toda e qualquer pessoa física ou jurídica, uma vez que propicia a participação no mundo jurídico de maneira a produzir efeitos que, se lícitos e em consonância com o ordenamento jurídico, poderão ser validados pelos destinatários destes, caso contrário, invalidados, desde que observado o devido processo constitucional.

A dinâmica crítica discursiva está presente no curso da história, como não poderia deixar de ser. Assim, vários tipos de sociedade foram identificados, seja no direito babilônico, seja no direito fenício, seja no direito grego, sendo o Código de Hammurabi, datado de 1760 a.C., a primeira identificação da sociedade enquanto agrupamento humano, a qual foi acolhida pelo direito romano.

As interações sociais, que foram trabalhadas pelos romanos de modo empírico, levaram à personificação de alguns organismos, sem que, com isto, fosse construída uma definição conceitual da personalidade jurídica de qualquer organismo que não fosse humano, eis que independe de vontade. O fenômeno da personificação que perdurou por séculos.

O *municipium* foi o primeiro organismo dotado de personalidade jurídica, com posterior reconhecimento do *collegia*, que equivalia a grupos associados de pessoas de uma mesma profissão ou ofício e *as societates publicanorum*, as quais eram compostas de pessoas que se associavam para somar quantias pecuniárias hábeis a realizar objetivos para Roma.

A personificação se fez presente, também, no direito germânico por meio da **gesamnte hand** – “comunhão em mão comum” e canônico (*persona ficta, nomem júris e corpus mysticum*). Surgem, então, organismos personificados e dotados de *corpus habere*, os quais eram organismos que possuíam personalidade jurídica face à existência de personalidade distinta da pessoa dos associados, dos cidadãos ou dos sócios, marcada, aqui, a personificação de entes distintos do ser humano.

Nesse contexto evolutivo conceitual, Savigny foi o autor que defendeu a tese de ficção legal, segundo a qual figura da pessoa jurídica é um ente criado pela autoridade estatal para que, ficticiamente, se estenda a capacidade jurídica do homem às pessoas jurídicas por meio de representação. Constituiu-se, aqui, as diretrizes da Escola Individualista. Contudo, em contraponto à Escola Individualista formaram-se as Escolas que afirmam a existência de realidades coletivas.

Entretanto, a vontade coletiva atuando de forma organicista foi incapaz de explicar a autonomia jurídica da sociedade coletiva, o que deixou por vencidas as teses pré-normativistas, pois se acreditava ser necessária a normatização para que a pessoa jurídica tivesse existência no mundo jurídico, gozando de direitos e obrigações distintos dos direitos e obrigações de seus membros. A normatização da pessoa jurídica nasce como maneira de formação e aceitação desta, haja vista que não se trata de uma criação fictícia, mas de uma criação permitida e regulamentada no ordenamento jurídico.

Apesar de todas construções doutrinárias, a normatização, tão somente, não foi capaz de elidir as consequências da autonomia e representação da pessoa jurídica, o que fez florescer a institucionalização da pessoa jurídica, mediante a Escola das Instituições, segundo a qual um grupo só será personificado se deter, no mínimo, dois elementos: interesse e vontade. Ou seja, interesse distinto da individualidade dos componentes do grupo e uma organização hábil a formalizar uma vontade coletiva, a qual será defendida e representada pela coletividade. Trata-se, pois, de uma instituição, observado que será uma organização instituída com o objetivo de exercer direitos e cumprir obrigações.

Hodiernamente, então, personificada está a pessoa jurídica como uma instituição, organizada e criada (formalizada ou não), não sendo, por consequência, o reflexo dos fins e ideais dos seus membros. Produto organizado para fins e objetivos próprios, distintos de seus membros, uma organização real, que não se confunde com este, com as propriedades de ambos e com a vontade alheia aos objetivos fixados quando de sua criação.

Esse panorama de distinção e delimitação de responsabilidade e patrimônio não durou muito, uma vez que foram criadas inúmeras sociedades, cujas formas associativas foram meio de auferir benefícios individuais em prejuízo a terceiros e a propriedade sociedade. Este fato este levou primeiro os norte-americanos e, logo depois, franceses e alemães, a criarem meios de repressão a esses abusos, eis que o patrimônio do sócio deveria ser revertido para resgatar débitos contraídos face ao abuso e uso indevido da sociedade.

A desconsideração da personalidade jurídica será exceção à regra da não afetação dos sócios, o que só poderá acontecer quando caracterizado o fato espécie do desvirtuamento e/ou o abuso da pessoa jurídica. Daí o momento de penetrar o véu da sociedade, desconsiderando a personalidade mediante o devido processo constitucional, situação que legitimará a afetação patrimonial dos sócios.

Razão de tudo que, independente de previsão legal acerca da *disregard doctrine*, a distinção da personalidade da pessoa física e jurídica é uma garantia insuperável de existência no ordenamento jurídico, enquanto seres politicamente ativos, dotados de direitos e obrigações. Sendo, por esta razão, impossível de ser desconsiderada ao alvedrio do devido processo constitucional discursivo.

Imperiosa é, portanto, a construção técnica do provimento, que tem que advir do debate em contraditório efetivo, discursivo, crítico e argumentativo e em igualdade de condições técnicas, sem interferências sensitivas e soberanas de um julgador protagonista de atos não construídos.

Contudo, não é suficiente a utilização desenfreada dos princípios e garantias constitucionais se não houver uma técnica de fixação de pontos controversos, de modo a configurar as hipóteses legais acerca da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse panorama, o trabalho, que aqui fecha um ciclo, tão somente, além de pontuar a evolução história da pessoa jurídica e da *disregard doctrine*, enfoca a insuperável e necessária presença da garantia do processo constitucional, o qual só é concretizado e legitimado pelo devido processo, mediante a dialogicidade dos sujeitos do processo, sem espaço para o protagonismo do julgador. Ou seja, não um contraditório efetivado em razão do julgador em face de sua consciência, mas um contraditório discursivo, crítico e argumentativo formador do provimento.

Eis que é essencial que o julgador participe do diálogo procedimentalizado, fato este que propiciará a formação participada e legitimada do provimento final. Desenvolver-se-á, assim, uma técnica de debate qualificado e em contraditório, o que inibirá a prolação de decisões ilegítimas, como uma decisão de *terza via*.

Dessa forma, o processo moderno passa a exigir um procedimento aberto e dialético, ou seja, exige a participação efetiva das partes, inclusive do julgador. Assim o processo seria e será o procedimento estruturado na forma de contraditório, que não dispensa a publicidade e a fundamentação. Apenas se estiver estruturado desta forma, o processo poderá ser considerado legitimado ao provimento no Estado Democrático e Social de Direito.

O auge do processo, sob o eixo democrático deve ser o debate e não o provimento, o qual será a legitimação do debate. Caso contrário, na falta de procedimento discursivo amoldado ao devido processo constitucional, o provimento final não refletirá a legitimidade dos produtores e destinatários deste.

A discursividade não pode ser entendida como mero expediente de fala ou oportunização desta, mas em face do dialogismo, o qual atua como influenciador no discurso crítico na estrutura da argumentação jurídica de maneira a refutar, adequada e tecnicamente, o argumento contrário.

Importante, ainda, deixarmos bem claro que não se trata, aqui, de culto inconseqüente ao contraditório, pelo contrário, se objetiva a formação de um processo, de maneira tal, a se concretizar o direito democraticamente, sendo o direito à apresentação de defesa adequada um ato de legitimação prévia do provimento final, uma vez que o sentimento do solitário julgador, o requerimento da parte contrária e a apresentação de provas unilaterais não podem ser sustentáculos para inibição do contraditório prévio e efetivo.

Evidencia-se o compartilhamento de argumentos para a formação do provimento: desconsideração da personalidade jurídica, o qual será eivado de inconstitucionalidade em face da ausência do devido processo constitucional se for proferido de forma prematura, sem a oportunização de participação ou com esta postergada, ou seja, após a declaração da desconsideração da personalidade. Nesse sentido a eficácia do provimento que desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade só será concretizada mediante a formação do litisconsórcio necessário entre a sociedade e os sócios e, em observância do devido processo constitucional e preceitos das normas dos artigos 46, incisos I, II, III e IV, 47 e 125, inciso I, do Código de Processo Civil. Situação esta que possibilitará que seja construído o provimento final que possibilitará a afetação patrimonial dos sócios.

Reafirmando-se a necessidade de instauração do incidente processual de forma a legitimar o provimento final, observadas as exigências das interações modernas, o projeto de novo Código de Processo Civil traz em seu bojo o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em seus artigos 77 a 79.

Assim, instaurado o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, com a formação do listisconsórcio passivo necessário, restará inibida a assombrosa interpretação subjetiva dos julgadores acerca da teoria da *Disregard Doctrine*, a qual só poderá ser aplicada em consonância com a garantia do devido processo constitucional.

Vê-se que é incontestado que a teoria da desconsideração jurídica foi acolhida pelo ordenamento jurídico vigente no Brasil. Contudo, não existe uma coerência jurisprudencial acerca da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que em busca de um resultado simplesmente prático para a satisfação do débito, são olvidadas questões primordiais, como o direito a propriedade, a distinção da pessoa jurídica da pessoa física de seus sócios, a garantia do devido processo constitucional e, absurdamente, a própria contemplação dos requisitos da *disregard doctrine*.

Tudo isso em razão da ausência de técnica e aperfeiçoamento de alguns operadores, como também em razão das evidentes deficiências estruturais nos órgãos judiciais, problemas que dificultam que o devido processo constitucional seja o eixo democrático de decisões proferidas fundamentadamente e em tempo razoável, fatos estes demonstrados neste trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**: il modello costituzionale del processo civile italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONGIOVANNI, Giorgio. Teorie “costituzionalistiche” del diritto: morale, diritto e interpretazione. In: ALEXY, Robert; DWORKIN, Ronald. **Teorici del neocostituzionalismo**. Bologna: CLUEB, 2000. P.17-20.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BRASIL. Projeto de Lei no Senado de nº 166. Dispõe sobre a alteração completa do Código de Processo Civil. **Senado Federal**, Brasília. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, Brasília. 05. out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 nov. 2011.
- BRASIL. Lei 8.884 de 11 de junho de 1994. Dispõe sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia e Prevenção e a Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jun. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Dispõe sobre o Código Processo Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jul. 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm> Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.000/MG. Ação de Resolução de Contrato de Promessa de Compra e Venda de Imóvel Proposta contra a Construtora e seus sócios. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Art. 28, Caput § 5º, do CDC. Prejuízo a consumidores. Inatividade da Empresa. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12. set. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=737000> Acesso em 12.dez.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 907.915/SP. Civil e processual civil. Recurso especial. Desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. Cabimento. Empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Divisão meramente formal. Citação das demais empresas. Dispensa. Reconhecimento de que, na prática, se tratava do mesmo organismo empresarial. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067589&sReg=200602642159&sData=20110627&formato=PDF>. Acesso em 12.dez.2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1266666/SP. Falência. Extensão de efeitos. Possibilidade. Pessoas físicas. Administradores não-sócios. Grupo econômico. Demonstração. Desconsideração da personalidade jurídica. Citação prévia. Desnecessidade. Ação revocatória. Desnecessidade. Relatora Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DJe 25 ago.2011 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=17050380&sReg=200901969409&sData=20110825&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12.dez.2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 686.112/RJ. Violação do art. 535, II, do CPC, não-ocorrência. execução. Desconsideração da personalidade jurídica. Penhora dos bens do sócio. Necessidade de citação. Sivergência jurisprudencial. não-comprovação. Relator Ministro João Otávio de Noronha, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3860037&sReg=200401338034&sData=20080428&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12.dez.2011

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 2947-88.2010.5.06.0000. Execução. Responsabilidade subsidiária do Município. Acionista da empresa executada. Sociedade de economista mista. Teoria da desconsideração da personalidade do devedor. Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 21 out. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/31181510/tst-04-10-2011-pg-57>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Fraude contra credores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Reforma da Lei das S.A.** São Paulo: Renovar, 2002.

CARVALHO, Milton Paulo de. Brevíssimas notas sobre o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO NETO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Direito de empresa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**: tomo I: la constitución y el proceso civil. Buenos Aires: EDIAR, 1948.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho processual civil**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000. Vol. I e II.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DERANI, Cristiane. Política nacional das relações de consumo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Associação Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 24, dezembro de 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3789/aspectos-coletivos-das-relacoes-de-consumo/2>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

DIALOGISMO. In: Wikipedia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Dialogismo>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional de processo. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no estado democrático de direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o estado democrático de direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Fraude no processo civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.v. 1.
Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/13548/a-perspectiva-dinamica-do-principio-do-contraditorio>> . Acesso em: 11 jun. 2011.

DOBSON, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica**: en el derecho privado. Buenos Aires: Depalma, 1991.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Civil**. Lei 1/2000 de 7 de Janeiro de 2000. Barcelona, 2000.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Milão: CEDAM, 1996.

FERRARA, Francesco. **Teoria delle persone giuridiche**. Napoli: Marghieri, 1915.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la Antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Hector. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal, **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, UNAM, nº 30. 1977. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/30/art/art3.pdf>>. Acesso: 11 nov. 2011.

FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Avec le concours de Isabelle Després. Annotations de jurisprudence et bibliographie por Laurent Dargent. Cent-unième édition. Paris: Dalloz. Edition, 2010.

GONÇALVES. Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GOYARD-FABRE, Simone. **Les principes philosophiques du droit politique moderne**. Paris: PUF, 1997.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 186, ano 35, p.125-131, ago. 2010.

GREGÓRIO, Viviane Micheli. A necessidade da citação pessoal dos sócios quando da desconstituição da personalidade jurídica. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord). **Direito processual: efetividade técnica constitucional**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

HABERMAS, Jürgen. **Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia**. A cura de Leonardo Ceppa. Milano: Guerini e Associati, 1996.

HAMMURABI. In: Wikipedia, la enciclopédia libre. Disponível em: http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi. Acesso em: 11 jun. 2011.

HANS, Kelsen. Teoría general del Estado. Tradução José Lión Depetre. México: Facultad de Derecho/UNAM – Fondo de Cultura Económica, 2000.

ITALIA. **Codice di Procedura Civile e leggi complementari**. A cura di Marcello Lacobellis. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2009.

JAQUES, Jaubert Carneiro. **Devido processo legal e desconconsideração da personalidade jurídica**. 2007. 170 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2007.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf> Acesso em: 12 de jun. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia**: a ação jurídica como exercício da cidadania. Palestra de encerramento do II Congresso de Direito Processual e Cidadania da USJT (Universidade São Judas Tadeu), São Paulo, em 26 ago. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20democracia.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LINS, Daniela Storry. **Aspectos polêmicos atuais da desconconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade Ltda**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Medida Cautelar ex officio e legitimidade decisória. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de Tutela**: Processo Cautelar e Tutela Antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p.133.

MALBERG, R. Carré de **Teoría general del Estado**. Tradução José Lión Depetre. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. I.

MARINONI, Luiz Guilherme. Fraude, configuração, prova, desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 5, n. 15. p. 143-170, 2000.

MÁRIO, Caio. **Instituições de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993. p. 200. v. 1.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1.0105.04.109222-9/001. Falência, sócio oculto, fraude e abuso de direito. Comprovação art. 6º, do decreto-lei nº 7661/45. Aplicação responsabilidade pessoal do sócio falido. Arrecadação/Sequestro de bens e cotas. Relator: Des. Ernane Fidélis, **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 06 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6011039/101050410922290011-mg-1010504109222-9-001-1-tjmg/inteiro-teor>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1.0145.00.013366-3/001 em conexão com apelação cível n. 1.0145.03.063221-3/001. Ação Cautelar de arrolamento. Desconsideração da personalidade jurídica. Penhora de bens do sócio. Impossibilidade - bem de família. Relator: Des. Batista de Abreu, **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 29 set. 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10145030632213001>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 1.0024.06.089447-4/001. Ação ordinária de desconstituição de personalidade jurídica. Inexistência de bens passíveis de penhora. Encerramento de atividades. Ausência de comprovação de má-fé, abuso, desvio ou fraude. Relator: Des. Irmair Ferreira campos, **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 11 mar. 2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=89447&complemento=1&seque ncial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ementa: Agravo de instrumento nº 0007083-50.2011.8.13.0000. Desconsideração da Personalidade Jurídica - Dissolução Irregular - Possibilidade. Relator: Des. Osmando de Almeida. **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 09 mai.2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=2&txt_processo=742343&complemento=2&seque ncial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0024.02.827705-1/004. Execução de Sentença. Encerramento Irregular da Sociedade. Desconsideração da Personalidade Jurídica da Empresa. Relator: . Des. Valdez Leite Machado, **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 23 jun. 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=2&txt_processo=827705&complemento=4&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0024.02.742343-3/002. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Dissolução Irregular. Possibilidade. Relator: Des. Osmando Almeida, **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 09 maio 2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=2&txt_processo=742343&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recurso de Apelação nº 1.0024.07.680549-8/001. Falência. Extensão de efeitos. Possibilidade. Pessoas físicas. Administradores não-sócios. Grupo Econômico. Demonstração. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Citação Prévia. Desnecessidade. Ação Revocatória. Desnecessidade. Relator: Des. Fernando Botelho, **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 25 mar. 2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=680549&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00655-2007-111-03-00-8. Ilegitimidade Passiva. Sócio. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Relator: Des. Márcio Ribeiro do Valle. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, 08 mar. 2008. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. Agravo de petição 0098240-32.2008.5.03.0132. Pessoa Jurídica Sem Fim Lucrativo. Desconsideração Da Personalidade Jurídica. Relator: Des. José Miguel de Campos, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, 25 ago. 2010. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm?conversationId=2042607>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral: tomo I: introdução, pessoas físicas e jurídica. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORTATI, Costantino. **Istituzioni di diritto publico**. Padova: CEDAM, 1969.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório, **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB – MG**, Belo Horizonte, v. 1, p. 39-55, jan./jun. 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Conceito da Pessoa Jurídica. 1962**. Tese (Livre Docência) - Universidade do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) **Jurisdição constitucional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 189-190.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

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

PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Processo e democracia**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.1.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo**. Tradução Milton Amaro. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

RAWLS, J. Teoría de la justicia. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 1993 In: SANDEL, Michael. **El liberalismo y los límites de la justicia**. Tradução María Luz Melon. Barcelona: Gedisa. 2000. p. 155.

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

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70034389916. Direito Privado não especificado. Embargos de Terceiro. Penhora sobre imóvel de propriedade de sócia da empresa executada, sem que deferida a desconideração da Personalidade Jurídica nos autos da Ação de Execução. Contrição Judicial que não subsiste. Elementos ínsitos aos autos que evidenciam tratar-se, o objeto da Penhora, de bem de família, protegido pela impenhorabilidade (Art. 1º da Lei nº 8.009/90). Relatora: Des. Mylene Maria Michel, **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre. 14 jun. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70034389916&num_processo=70034389916&codEmenta=4204617&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 jun. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70033626847, Ante a inatividade, a não localização da sociedade e a ausência de bens penhoráveis, mostra-se cabível a desconideração da personalidade jurídica das executadas, a fim de que haja direcionamento da execução contra os sócios delas. Relator: Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre. 28 jun. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70033626847&num_processo=70033626847&codEmenta=4263887&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 jun. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo nº 70009682014. Não intimada a parte demandada para a audiência, não se afigura possível a dispensa da produção da prova por ela requerida, inviabilizando a aplicação do disposto no artigo 515, § 3º, do CPC. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre. 26 de abril de 2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70009682014&num_processo=70009682014&codEmenta=945048&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 jun. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 70042691550. Execução contra pessoa jurídica. Ausência de pagamento espontâneo e inexistência de bens penhoráveis. Desconideração da personalidade jurídica. Descabimento. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre. 29 set. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70042691550&num_processo=70042691550&codEmenta=4379713&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 jun. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. Agravo de petição nº 0106100-48.2002.5.04.0203. Desconideração da Personalidade Jurídica. Responsabilidade dos sócios. Relator: Des. Clóvis Fernando Schuch Santos, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Porto Alegre. 13 out. 2011. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=01061004820025040203&operation=doProcessoReconsulta&action=2&intervalo=>>. Acesso em: 28 set. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANDEL, Michael. **El liberalismo y los límites de la justicia**. Tradução. María Luz Melon. Barcelona: Gedisa. 2000.

SANTOS, J.A. Penalva. A Aplicação do Princípio da Desconsideração da Personalidade Jurídica ao Direito Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 1996, n. 20, p. 20-64, jun 1996.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 0470628-03.2010.8.26.0000. Desconsideração da personalidade jurídica da Cooperativa-devedora Cabimento. Aplicação do artigo 28, § 5º, do CDC. Ausência de indicação de bens livres e passíveis de constrição Possibilidade de lesão a direito dos credores. Relator: Des. Galdino Toledo Júnior, **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo. 04 de out. de 2011. . Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5452664&v1Captcha=dReQt>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 0189723-58.2011.8.26.0000. Decisão que afastou alegação de nulidade. Manutença Anterior decisão judicial preclusa que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da executada, citação e penhora dos bens da gravante Ausência de nulidade. Inexiste nulidade quando o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica e de citação e penhora dos bens dos sócios é deferido por decisão judicial coberta pela preclusão. Relator: Des. Vicente de Abreu Amadei, **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, 16 set. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5402964>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad em las sociedade mercantiles**. Tradução Jose Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1958. Malheiros, 2000.

SERICK, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Milano: Doot. A. Giuffrè. Editore, 1966.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOARES Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Manual elementar de processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

SOARES, Carlos Henrique. Considerações Preliminares sobre o Relatório do Novo Código de Processo Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**, São Paulo, ano XI, v. 65, p. 75-82. Maio-junho 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TALCIANI, Hernán Corral. Venire contra factum proprium: escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. **Cuadernos de Extensión** (Universidad de los Andes), Colombia, n. 18, p. 19-33, febrero 2010.

TAVARES, Fernando Horta. **Urgências de tutela:** processo cautelar e tutela antecipada. reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal.** Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

VERRUCOLI, Piero. **Il Superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella "common law" e nella "civil law".** Milano: Giuffré, 1964.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da ação civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.