

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

LUCAS DUARTE DE MEDEIROS

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓTICA DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL**

**NATAL/RN
2017**

LUCAS DUARTE DE MEDEIROS

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓTICA DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Nome do Orientador – Professor Doutor Artur Cortez Bonifácio

**NATAL/RN
2017**

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Medeiros, Lucas Duarte de.

A Desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica do devido processo legal/ Lucas Duarte de Medeiros. - Natal, 2017.

100f.

Orientador: Prof. Dr. Artur Cortez Bonifácio.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Estado Democrático - Direito - Dissertação. 2. Teoria discursiva - Processo - Dissertação. 3. Procedimento da desconsideração - Personalidade jurídica - Dissertação. 4. Devido Processo Legal - Dissertação. I. Bonifácio, Artur Cortez. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

A dissertação “**a desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica do devido processo legal**”, de autoria do mestrando Lucas Duarte de Medeiros, foi avaliada e aprovada pela comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Artur Cortez Bonifácio

Prof. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva

Prof. Dr. Paulo Lopo Saraiva

Natal/RN, 13 de junho de 2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha avó, Therezinha
Mariz Duarte, o grande amor da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, registro minha gratidão a Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, que me abriu as portas para o Direito desde a graduação e deu o suporte institucional necessário para a minha formação jurídica, agradecimento que estendo a todos os funcionários e professores desta casa.

Agradeço também ao professor Doutor Artur Cortez Bonifácio, que, sem embargos das minhas limitações, sempre se demonstrou paciente e disponível na orientação deste trabalho.

Enfim, agradeço aos meus pais, que me propiciaram todas as condições materiais para que este trabalho fosse realizado, além do irrestrito apoio afetivo e moral para que eu seja melhor como pessoal e como profissional.

“Bravura sem bravata, humildade sem subserviência, generosidade sem ostentação”.

Moacyr Torres Duarte

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é traçar uma análise sobre os aspectos procedimentais quando da utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, bem como verificar se sua aplicação está em consonância com os direitos e garantias constitucionais decorrentes direta ou indiretamente do Devido Processo Legal. Assim, inicialmente, parte do paradigma do Estado Democrático de Direito, que exige a conformação do processo a bases mais democráticas. Em seguida, comenta o surgimento da pessoa jurídica e sua autonomia existencial e patrimonial no ordenamento jurídico. Feito isso, analisa-se a limitação da responsabilidade proveniente da personificação jurídica, e o contexto que permitiu o surgimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Discute-se, a seguir, as hipóteses de aplicação deste instituto no direito brasileiro. Enfim, apresenta uma proposta de teoria discursiva do processo, baseada nas ideias de Jurgen Habermas, para que este seja um instrumento de integração social a possibilitar a adequação do procedimento da desconsideração da personalidade jurídica ao Devido Processo Legal, no seu âmbito procedimental e material. Realiza-se, assim, uma profunda análise doutrinária, preocupando-se sempre com o plano empírico, por meio de reprodução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça referente à matéria enfocada. Não se descuidou, também, de analisar criticamente o pioneiro incidente de desconsideração da personalidade jurídica introduzido pelo Novo Código de Processo Civil, concluindo pela insuficiência da mera mudança legislativa e pela imperiosa necessidade de mudança de mentalidade no sentido de sedimentar uma teoria que garanta o Devido Processo Legal em todos os aspectos, a viabilizar uma Jurisdição Democrática.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Teoria discursiva do processo. Procedimento da desconsideração da personalidade jurídica. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the procedural aspects of the use of the institute of disregard of legal personality in Brazilian law, and also to verify if its application is in line with the constitutional rights and guarantees arising directly or indirectly from due process of law. Thus, initially, it has as a paradigm the Democratic State of Law, which requires the conformation of the process to more democratic bases. It then comments on the emergence of the legal entity and its existential and patrimonial autonomy in the legal system. This is done by analyzing the limitation of the responsibility deriving from legal personification, and the context that allowed the emergence of the institute from disregarding the legal personality. The hypothesis of application of this institute in Brazilian law is discussed below. Finally, it presents a proposal of discursive theory of the process, based on the ideas of Jurgen Habermas, to fit the civil process as an instrument of social integration to enable the adequacy of the procedure of disregarding the legal personality to due process in its procedural and material scope. It accomplishes a deep doctrinal analysis, always preoccupied with the empirical plan, by means of a reproduction of the jurisprudence of the Superior Court of Justice referring to the subject matter. It is also important to analyze critically the pioneering incident of disregarding the legal personality introduced by the New Code of Civil Procedure, concluding the insufficiency of the new legislation and the imperative need to change mentality in order to establish a theory that guarantees due process in all aspects, to enable a Democratic Jurisdiction.

Keywords: Democratic state. Discursive theory of the process. Procedure for disregarding legal personality. Due process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
2.1 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO	14
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	19
3 PERSONALIDADE E PESSOA JURÍDICA	25
3.1 DO SURGIMENTO DA PESSOA JURÍDICA E SUA AUTONOMIA EXISTENCIAL	25
3.2 A PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	27
3.3 DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E A SEPARAÇÃO ENTRE PESSOA NATURAL E PESSOA JURÍDICA: A FIGURA DO SÓCIO.....	29
3.4 A CRISE DA PESSOA JURÍDICA E DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE: A SUPERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	31
4 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	35
4.1 BREVE HISTÓRICO E AS HIPÓTESES DE SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.	36
4.2 NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO.....	43
4.3 A TEORIA MAIOR E A TEORIA MENOR.....	45
4.4 DO PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ANTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	47
4.4.1 Ponderações iniciais sobre a pesquisa jurisprudencial	47
4.4.2 Da prova exigida	49
4.4.3 Da forma processual e oportunidade para sua arguição	50
4.4.4 Prazo para ajuizamento	53
4.4.5 Necessidade de manifestação prévia da pessoa que se pretende atingir	54
5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL-CONSTITUCIONAL E A JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA	57
5.1 EM BUSCA DE UMA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA	57
5.2 TEORIA GERAL DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: O PROCESSO COMO MEIO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL.....	58
5.3 A TEORIA DISCURSIVA DO PROCESSO	62
5.3.1 Racionalidade comunicativa e o direito como <i>médium</i> entre facticidade e validade	63
5.3.2 A teoria discursiva do direito	66

5.3.3 O avanço para uma teoria discursiva do processo	70
5.4 A INFLUÊNCIA DA TEORIA DISCURSIVA NO PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	73
6 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA MEDIANTE A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	74
6.1 A APLICAÇÃO DISSONANTE DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL À TEORIA DA DISREGARD DOCTRINE PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	74
6.2 A PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS NO PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	77
6.3 INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO QUE DETERMINA A INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS SÓCIOS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL	79
7 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	81
7.1 DO PROCEDIMENTO LEGAL PARA A SUA APLICAÇÃO	81
7.2 INTEGRAÇÃO DA PESSOA CUJO PATRIMÔNIO SE PRETENDE ATINGIR NA RELAÇÃO PROCESSUAL	84
7.3 DA PROVA EXIGIDA PARA A DECISÃO	86
7.4 DA NECESSÁRIA SUSPENSÃO DO PROCESSO: UMA CRÍTICA AO MODELO.....	88
8 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto tem como pressuposto o surgimento e consolidação do Estado Democrático de Direito, que reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, propiciando a conjugação do princípio da soberania popular, dando ênfase à Carta Constitucional e sua força normativa, com os respectivos mecanismos que buscam a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, surgiu o fenômeno da constitucionalização do Direito, e, como não poderia deixar de ser, do direito processual civil e de seus institutos. O processo passou a ter uma formação embrionária constitucional, garantindo a participação de todos os envolvidos e de terceiros interessados, sem cunho inquisitório, em plena observância ao Devido Processo Legal, pioneiramente positivado na Constituição de 1988, e seus subprincípios. O devido processo deixa de ter apenas a lei como fonte normativa, mas, antes disso, deve observar a Constituição e suas normas.

É bom frisar, desde logo, que as pretensões deste projeto vão além do estudo do *due proces* originário da Magna Carta do Rei João sem terra, de 1215, que tão somente garantia o direito de que os julgamentos fossem realizados por juízes que estivessem nas mesmas condições (igualdade) de liberdades, costumes e bens do acusado. Muito além disso, o que se pretende é tratar efetivamente sobre o Devido Processo Legal sob a atual ótica constitucional, que alterou o próprio conceito de processo, inserindo nele a garantia da formação participada no procedimento e demais direitos presentes no ordenamento jurídico e formalmente estabelecidos em modelos legais, tais como o contraditório, a ampla defesa, a razoável duração do processo e a efetividade da tutela jurisdicional.

Dentre os direitos e garantias fundamentais assegurados, vislumbra-se, dentre outros, o direito e a garantia à personalidade, a qual não pode, em nenhuma circunstância, ser violada sem a observância do Devido Processo Legal (constitucional). A obtenção de personalidade é a condição que o sistema jurídico elegeu para que se possa atuar nele diretamente, ou, mais precisamente, a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações.

Nada obstante, não foi somente ao homem que o ordenamento legal atribuiu personalidade. Já na Roma antiga, observavam-se sujeitos de direito que não eram seres humanos propriamente, mas instituições coletivas, cujo patrimônio era separado do patrimônio das pessoas que as compunham. Mais à frente na história, notabilizaram-se a Igreja Católica e as corporações de ofício. O surgimento dessas últimas, inclusive, é o marco

do primeiro período do direito comercial, e influenciou para a consolidação das hoje chamadas pessoas jurídicas.

A pessoa jurídica surge, pois, no sistema jurídico no momento em que há convergência de objetivos das pessoas naturais que, isoladamente, não atingiriam esses objetivos, ou tardariam mais a alcançá-los. Essa constatação que motivou a união de pessoas e bens, com o devido reconhecimento pelo direito, que atribui personalidade ao grupo, distinta de cada um de seus membros, passando o novo ente a atuar na vida jurídica com personalidade própria.

As pessoas jurídicas têm, assim, capacidade de agirem em nome próprio, declarando a sua vontade, adquirindo direitos e contraindo obrigações, afinal, elas possuem autonomia existencial e patrimonial em relação aos membros. Logo, silogisticamente, por todos os atos que praticam, têm responsabilidade própria.

A limitação da responsabilidade de que gozam as pessoas jurídicas nasceu como um instrumento que o direito pôs à disposição dos particulares que se arriscam a empreender sem que esses, contudo, ficassem expostos a riscos exacerbados, diminuindo-se também os custos de capital e das transações, favorecendo a organização econômica da empresa e o empreendedorismo.

Em razão dessa facilidade, a pessoa jurídica passou a ser utilizada por alguns indivíduos como instrumento de perpetração de fraudes e negócios ilegais, mediante a prática de atos que desvirtuam do seu real escopo, pois assim ficariam acobertados pela autonomia patrimonial/existencial propiciada pela personalidade jurídica, auferindo proveito para si em detrimento dos direitos de terceiros.

Em decorrência desses acontecimentos, instalou-se um cenário que alguns convencionaram chamar de crise da pessoa jurídica. Essa problemática está relacionada com a verificação de um descompasso entre o tradicionalmente aceito acerca de sua natureza jurídica e as peculiaridades do mundo social e jurídico, o que fez repensar o instituto.

Foi se desenvolvendo, paulatinamente, como solução dessa problemática, a relativização do dogma da autonomia subjetiva da pessoa jurídica em relação aos seus membros. Passou-se a pensar em afastar a limitação da responsabilidade dos sócios nos casos em que estes desvirtuassem o fim da pessoa jurídica, encobrendo-se dos benefícios que essa proporciona.

Foi assim que surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que funcionou como verdadeira válvula de escape desse contexto de crise, com a necessária

superação da personalidade jurídica, visando impedir a perpetração de fraudes e abusos de direito que se consumam sob a proteção indevida desse instituto.

Sem embargos, não se pretende desenvolver um trabalho pontual sobre os aspectos de direito material no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica, mesmo porque o tema já foi demasiado debatido na doutrina pátria, sendo o escopo do presente a pesquisa e subsequente articulação de um posicionamento jurídico-processual a respeito do tema.

Isso porque, e muito em razão da prologada omissão legislativa sobre o tema, foi por muito tempo flagrante a inexistência de técnicas processuais específicas a orientar os aspectos procedimentais da desconsideração, o que ocasionou uma jurisprudência descuidada e que não raro fere garantias constitucionais do processo. Assim é que o ponto central do trabalho é buscar posicionar a desconsideração da personalidade jurídica sob o Devido Processo Legal, o que, aliás, é inevitável no Estado de Direito Democrático.

Importante salientar que o advento da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, criou um incidente de desconsideração, sendo pioneiro na instituição de regras processuais sobre o assunto. Não obstante, a lei deve andar *pari passu* com a teoria processual adequada, sob pena de se possibilitar interpretações em contrário da própria legislação e da Carta Magna.

Por isso que se visa inserir o incidente de desconsideração dentro de um contexto de processo integrativo e democrático, preocupado com a legitimidade dos provimentos jurisdicionais, conforme a teoria discursiva do direito proposta por Jurgen Habermas.

Nesse prumo de ideias, busca-se demonstrar um modelo que possibilite uma jurisdição democrática, garantindo em concomitância às formalidades (constitucionalmente) necessárias do procedimento e os direitos materiais envolvidos na lide, em observância ao Devido Processo Legal procedimental e substancial.

Em sendo assim, ainda que devidamente regulado, o incidente deve se pautar na estrita correspondência com o devido processo constitucional, e em garantias e direitos fundamentais, que, por sua própria natureza, são indisponíveis e aptos à concretização de um processo justo, como a incontestável distinção entre pessoa jurídica e a pessoa física dos sócios.

Nessa perspectiva, a verificação se houve expropriação de bens dos sócios sem a averiguação da responsabilidade apta à afetação, e possibilitada por um procedimento inadequado, só é possível e legítima no cenário do processo constitucionalizado, sendo inadmissível a aplicação do incidente que desconsiderar as normas constitucionais aplicáveis.

Nesse diapasão, a partir da análise do Devido Processo Legal e os direitos e garantias fundamentais a ele atrelados, buscar-se-á demonstrar que não se pode conceber a aplicação da

norma material que positivou a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em desrespeito ao processo.

Assim é que já no segundo capítulo o presente trabalho estabelecerá as suas premissas, apresentando o contexto de Estado Democrático de Direito em que ele é pensado, bem como posicionando o devido processo legal como direito fundamental que é.

No terceiro capítulo apresentará o conceito de personalidade jurídica e de pessoa jurídica, além de esclarecer o fenômeno jurídico da limitação de responsabilidade, que possibilitou a criação da figura do sócio. Seu fechamento se dá com a exposição do momento de crise da pessoa jurídica e da limitação de responsabilidade, abrindo caminho para o quarto capítulo, que tratará especificamente da desconsideração da personalidade jurídica, expondo, além do seu conceito e natureza jurídica, como seu procedimento acontecia antes do advento do Novo Código de Processo Civil.

O quinto capítulo é onde será introduzida a doutrina de Habermas, e, portanto, é o sustentáculo teórico desta dissertação. Nele se buscará apresentar uma teoria do processo adequada ao Estado Democrático de Direito, focada na integração social e, igualmente, na discursividade.

Em seguida, parte-se para a parte empírica do trabalho, tendo o sexto capítulo o objetivo de apresentar como deveria ser o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica acaso fosse observado o devido processo legal e a teoria do processo proposta no trabalho.

Enfim, o capítulo sete apresentará como o Novo Código de Processo Civil regulamentou o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, oportunidade em que será feito também uma comparação do modelo legal vigente com a proposta apresentada no decorrer deste trabalho, para, no capítulo oitavo, apresentar as conclusões.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É imprescindível que, antes de aprofundar a discussão sobre a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, especialmente no que toca à sua parte procedimental, seja narrada a evolução histórica e teórica do Devido Processo Legal, situando-o no contexto do Estado atual, a fim de saber o alcance desse princípio em nosso ordenamento.

Isso porque tanto os fundamentos jurídico-doutrinários apresentados ao longo da tese como sua conclusão dependem de tais premissas. Assim, inicialmente, enfrenta-se a evolução do Estado, desde o Estado de Direito ao Estado Democrático para, então, apresentar uma das consequências desse último, qual seja a constitucionalização de diferentes ramos do Direito, inclusive o Direito processual Civil, no afã de encontrar o significado e influência do Devido Processo Legal na ordem jurídica atual.

2.1 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO

O iluminismo agrupou um conjunto de ideais filosóficos que chegaram ao seu apogeu na primeira metade do século XVIII. Predominava, no ambiente jurídico, a filosofia jusnaturalista, que pregava a existência de valores e direitos inerentes à condição humana e independente de uma norma estatal. Já na filosofia política, as principais pregações eram a separação de Poderes, como forma de limitação do soberano, e a doutrina do contrato social, pacto ficto e prévio em que todos os indivíduos, reais detentores do poder, legitimam a outorga de poder a um governante, renunciando uma parcela de sua liberdade individual.

Utilizando-se dessa ideologia, a burguesia se insurgiu contra o regime absolutista até então vigente, em que os governantes ditavam arbitrariamente as leis do Estado e a elas não se submetiam, encontrando-se em um Estado de supralegalidade, fazendo eclodir, já na segunda metade do século XVIII, as revoluções Americana e a Francesa, pautadas na limitação do poder do Estado frente aos cidadãos. Para alcançar seu objetivo, os burgueses instituíram como cume do ordenamento jurídico o princípio da legalidade, pelo qual não havia outra fonte de autoridade que não a lei, devendo ela ser produção exclusiva do Estado por meio do Poder Legislativo.

A vitória dos revolucionários instituiu o Estado de Direito, que parece bem sintetizado pelo conceito kantiano de Estado, definindo-o como a reunião dos homens sob o comando de

leis jurídicas, constituído a partir de um contrato social que reconhece o direito supremo de liberdade das pessoas¹.

Por ter elegido como valor maior a liberdade, o Estado de Direito é também conhecido como Estado Liberal, modelo que se prestou essencialmente a

erigir o contrato social como fonte do poder político e a razão prática como base para uma filosofia redentora das ações dirigidas à proteção de interesses e direitos individuais, a questão final que surge diz respeito ao modo de limitar juridicamente a ação do poder político².

Surgiram, nessa época, os direitos fundamentais, então entendidos como direitos dos indivíduos em face do Estado, positivados em uma Constituição. Durante o Estado Liberal, houve uma maior preocupação com os direitos de liberdade, justamente para demarcar uma zona de não intervenção do Estado na esfera de autonomia das pessoas, limitando seu poder. Assim é que o “Estado de Direito reconhece as liberdades públicas, assumindo um dever negativo – um não fazer ou deixar de fazer – em respeito aos cidadãos”³.

A transferência da concentração de decisões do Soberano para a lei, e a relevância da liberdade sobre os demais valores, o que ocorreu sob a influência liberal incorporada à concepção de Estado, estabeleceu uma igualdade apenas formal entre os cidadãos, privilegiando a classe burguesa, mais abastada.

A partir de meados do século XIX, começaram a ocorrer mudanças na concepção de Estado em razão da crítica ao modelo liberal, sobretudo pelo seu cunho individualista. A população começou a reivindicar maior igualdade econômica e social, para além da igualdade formal perante a lei. Como bem explica o professor Paulo Bonavides⁴:

a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais -, termina “a apregoada liberdade, como Bismarck já a notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”.

O Estado passa a incorporar algumas funções, reveladas em prestações positivas em favor dos indivíduos, com o objetivo de implementar uma igualdade social. Instaura-se o chamado Estado Social de Direito, que culminou com uma maior positivação de direitos

¹ DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Lider, 2006, p. 122.

² GOÉS, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

³ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p. 161.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 61.

sociais nas constituições⁵. Inaugurava-se o chamado constitucionalismo social, em que o clássico Estado de Direito assume feições prestacionistas. Nos dizeres do Dr. Artur Cortez Bonifácio: “o Estado social é forma de inclusão do indivíduo, é garantia de políticas voltadas para direitos básicos do cidadão. Não é abstenção. É positivação. É muito mais do que uma proposta de Estado: é realizabilidade”⁶.

Ocorre que, por variadas razões sociopolíticas, o mundo passou por um período de guerras, entre 1914 e 1945, que permitiram, juntamente com a filosofia jurídica reinante à época, a instauração de regimes totalitários, que institucionalizaram legalmente ordenamentos jurídicos arbitrários, com o fim de aumentar a força e violência do Estado no desempenho de suas funções, sem que os cidadãos respeitassem ou concordassem com tais leis, inexistindo qualquer busca de aceitação por parte desses.

A história mostra que inúmeras atrocidades foram cometidas, especialmente na segunda grande guerra mundial, por esses regimes de cunho totalitarista, que fundamentavam sua legitimidade no legalismo exacerbado. Por isso, passou-se a pensar em um modelo de Estado mais democrático, abandonando a ideia de Estado – meramente - de Direito e/ou Social que tinha como princípio maior o da legalidade, para buscar ter um foco no princípio democrático e na legitimidade das decisões tomadas pelo Estado.

Aconteceu, assim, um movimento de trânsito do Estado de Direito formal para a formação de Estados constitucionalmente mais democráticos, resultando na promulgação de novas constituições (por exemplo, a da França em 1946, Itália em 1947 e Alemanha em 1949), mais comprometidas com direitos fundamentais e valores democráticos, buscando “fazer democracia a partir do e pelo direito”⁷. Surgiu o Estado Democrático de Direito, que engloba “a um só tempo o Estado da Legalidade e o modelo de Estado, o qual oportuniza a participação do povo no processo e decisão políticos, pelas formas permitidas na Constituição, legitimando o exercício do poder”⁸.

Não foi diferente com a Constituição brasileira, que estabelece, já em seu artigo primeiro, que “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de

⁵ A primeira Constituição que ampliou consideravelmente o rol de direitos sociais foi a Mexicana, promulgada em 5 de fevereiro de 1917. Contemporâneas, e não menos importantes para a consolidação dos direitos sociais, foram as Constituições Russa de 1918 e a Constituição de Weimar de 1919.

⁶ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p. 163.

⁷ STRECK, Lênio Luiz. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11-28, dez. 2013, p. 18.

⁸ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p. 167.

Direito [...]”⁹. O modelo expressamente adotado é o do Estado Democrático de Direito, que não se contenta apenas com princípios do Estado de Direito, mas, agrupando os Estados Liberal e Social, supera-os para introduzir princípios para um Estado Democrático.

O incremento do elemento democrático na nossa Constituição busca legitimar o poder, de modo que a soberania popular é quem deve dizer de onde ele advém e quem permite a participação dos cidadãos nas decisões tomadas pelo Estado, dado que sem ela o Estado se torna apolítico. Nos dizeres de Habermas, no Estado Democrático:

o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido¹⁰.

Abandona-se, assim, o legado da filosofia da consciência, que fundamentava o Direito (e os direitos fundamentais) no sujeito privado - como propunha Kant com base na autonomia moral do sujeito. Esse desprendimento necessário é obtido com um novo prisma que é alcançado mediante um conceito discursivo de soberania popular. Nesse sentido, bem acentua Habermas que a vontade racional que se forma no sujeito singular deve passar por meio da autonomia política, que corresponde à vontade de todos, passando ao largo “da força de legitimação de uma formação discursiva da opinião e da vontade”¹¹.

De outra banda, a opção constitucional pelo Estado Democrático exige que os poderes legislativo, executivo e judiciário produzam normas legítimas. Pode-se dizer, em rigor, que o princípio democrático atual transcende o conceito do Estado Liberal de democracia, que propunha um modelo fictício no qual não havia participação popular efetiva no processo de tomada de decisões e inexistia necessidade de aceitação sobre elas.

Como bem pontua o professor Paulo Bonavides:

Os valores democráticos e os princípios de segurança jurídica e social, dos quais pende a conservação do Estado de Direito, só hão de encontrar seu significado profundo numa democracia participativa em que a legitimidade viva, ao revés da legalidade morta, tenha prevalência¹².

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, Brasília. 05 out. 1988.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen; HÄBERLE, Peter. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 68.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 138.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 313.

Percebe-se, assim, uma nítida distinção entre Estado de Direito e Estado Democrático. Enquanto naquele a legitimidade da lei residia em sua origem (emanada pelo Legislativo) e forma (escrita), tendo caráter geral e abstrato para buscar a igualdade formal perante a lei, neste a lei passa a ser legítima quando produzida por procedimentos democráticos. Em outras palavras, embora seja verdade que o direito é resultado da tomada de decisões pelo Poder Legislativo, essas só são válidas por representar a institucionalização jurídica dos discursos práticos realizados pelos cidadãos que formam na esfera pública. Assim,

a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controversa encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos¹³.

Enfim, o Estado Democrático de Direito transpõe o Estado de Direito oitocentista, albergando em seu âmago as proposições desse, somadas às ações positivas oriundas do Estado Social, além de uma participação efetiva dos cidadãos, produto de uma democracia que pretende legitimar as ações do Estado¹⁴.

Uma Constituição que se estruture sob o Estado Democrático tem, de um lado, os direitos e garantias fundamentais como ordenadores de todo sistema jurídico, e, de outro, o elemento democrático. Forma-se, assim, um binômio Direito-Discurso: o discurso precisa do Direito para obter realidade ao passo que o direito precisa do discurso para obter legitimidade¹⁵.

No Estado Democrático de Direito exsurge, portanto, a obrigatoriedade da formação das decisões estatais discursivamente, as quais não podem prescindir da participação ativa dos cidadãos mediante informação e/ou manifestação nos processos de tomada de decisões nas mais diversas esferas do Estado, não bastando a imperatividade da lei para lhes conferir legitimidade.

O fato de estar previsto na Constituição dá ainda maiores relevos ao Estado Democrático de Direito, na medida em que

impera o ambiente jurídico da legalidade constitucional, isto é, o sistema jurídico-normativo deve conformar a sua concretização aos valores e princípios

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 138.

¹⁴ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p. 169.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 33.

constitucionais, tendo em vista o atendimento da igualdade substancial, para além da mera liberdade e igualdade perante a lei¹⁶.

Operando como um princípio modelador do sistema jurídico, o Estado Democrático de Direito impõe ao Estado que conduza seus procedimentos com vistas à legitimação, exigindo do legislador, do administrador e, em particular, do juiz, um compromisso com a concretização das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles o do Devido Processo Legal¹⁷.

E é nesse contexto em que está inserido o Devido Processo Legal, não mais se submetendo aos resquícios da processualística do Estado de Direito, de cunho inquisitório e impositivo, mas sim servindo como garante da participação processual adequada, com arrimo nos princípios constitucionais do processo, com vistas à formação de uma decisão judicial mais democrática e procedimentalmente legítima.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A origem do Devido Processo Legal remonta à Carta Magna de 1215 do Rei João Sem Terra, que, em razão da instabilidade política então reinante, assinou o documento como forma de abrandar os ânimos dos membros da nobreza revoltada, aduzindo no artigo 39 do documento que “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos nem mandaremos agir, contra ele senão mediante um juízo legal de seus pares ou segunda a lei da terra”¹⁸.

Percebe-se que a locução originariamente utilizada foi *law of the land* (lei da terra), sendo que a expressão Devido Processo Legal (*due process of the law*), só foi cunhada em 1354, quando o rei Eduardo III, seguindo a velha tradição, publica pela primeira vez o documento na língua inglesa para confirmar as leis da terra e, entre elas, a *Bill of Rights*, dispondo “que nenhum homem de qualquer estado ou condição que ele seja, possa ser posto fora da terra ou da posse, ou molestado, ou aprisionado, ou deserdado, ou condenado à morte, sem ser antes levado a responder a um Devido Processo Legal”¹⁹.

¹⁶ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p. 168.

¹⁷ **Ibidem**, p. 171-172.

¹⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 9.

¹⁹ **Ibidem**, p. 10.

Na concepção originária, o conteúdo do princípio se restringia a garantir o direito ao processo, tal como era legalmente estabelecido. Ou seja, possuía um enfoque estritamente formal e um alcance um tanto reduzido, mas foi incorporando novos significados com o passar do tempo.

Como bem memora Domingo García Belaunde, o conceito inicial do Devido Processo Legal, inobstante ter se originado no ambiente saxão, foi universalizado, com um sentido muito semelhante em cada Estado, em cujo âmbito se inclui, em síntese:

Ser demandado adecuadamente (esto incluye se noticiado de la demanda), apersonarse, ofrecer y actuar pruebas, instancia plural y seguir el proceso que corresponda y ante el juez natural. [...] esto es mucho menos de lo que se indica em el texto constitucional sobre garantías de la administración de justicia, y em otros artículos dispersos, pero creemos que es lo básico²⁰

Ocorre que esse modelo, que talvez servisse ao Estado de Direito, não tem mais cabimento no atual Estado Democrático de Direito, em que a Constituição de 1988, no seu artigo 5º, inciso LIV, pioneiramente declarou expressamente o Devido Processo Legal como direito fundamental, impondo a irradiação de seu conteúdo e efeitos para a disciplina de todas as modalidades de processo, inclusive o Processo Civil.

Sabe-se que os Direitos Fundamentais são:

direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.²¹

A incorporação constitucional do Devido Processo Legal teve reflexos imediatos no processo civil moderno e em nosso ordenamento, passando a ser ele fonte mediata e imediata dos princípios jurídico-processuais existentes no sistema jurídico brasileiro. Como afirma Nelson Nery Jr., ele é “o princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre o qual todos os outros se sustentam”²².

Diante do novo paradigma de Estado, e de sua positivação como direito fundamental, restou imperiosa a construção de um conceito e aplicação do processo sob bases mais democráticas, afastando-se o princípio do Devido Processo Legal de seu significado histórico, como bem explicado pelo professor Dr. Rosemiro Pereira Leal, para quem:

²⁰ BELAUNDE, Domingo García. **Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá: Temis, 2001, p. 166.

²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

²² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais** – teoria geral dos recursos. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993, p. 25.

Muito se fala do instituto do *Devido Processo Legal* como garantia constitucional, ora em sentido material (*substantive due process of law*), ora em sentido processual (*procedural due process of law*), sem que se explique claramente de qual Lei decorre o *due process*. A faticidade inesclarecida sobre a qual se apóia a expressão *due process*, como herança da *Magna Charta Libertatum* outorgada pelo 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*. Na origem histórica dessa expressão (*due process of law*), a concretização do direito pelo “devido processo” (modo de julgamento colegiado) haver-se-ia de fazer por pessoas (*juízes*) que estivessem em nível de igualdade em liberdades, costumes e bens com o ameaçado (acusado) ou lesado em direitos. O pressuposto do exercício e da garantia do *due process of law* era o acusado ou lesado ser homem livre como seus *pares* que viessem a proferir o julgamento, isto é, a paridade definia-se pela condição socioeconômico-político entre pessoas e não por lei escrita pelo povo constituinte que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual. Aqui, a expressão *Devido Processo Legal* quer significar o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade entre iguais revelada pelo Rei. No sistema de *common law* a Lei que preconizava o *due process* era, e ainda é, a lei moral dos juízes ou da razão natural taumaturga e não a lei como instituição jurídico-popular em bases processuais de produção do Direito Democrático. No seu nascedouro, o *due process* era um direito revelado e instituído pelo monarca e devido aos *pares* pela judicção dos juízes e não direito fundamental (de fundamentos construídos, garantidos e constitucionalizados democraticamente e legitimadores da Jurisdição).²³

Assim, o Devido Processo Legal hoje deve ser entendido também como direito fundamental garantidor de um modelo constitucional de processo, inclusive civil, daí sendo comumente chamado também de devido processo constitucional, calcado na democratização da normatividade²⁴, tendo a jurisdição a tarefa de garantir as condições processuais estabelecidas na Carta Magna.

Essa é a lição Eduardo J. Couture, para quem:

a garantia de ordem estritamente processual acabou por transformar-se, com o andar do tempo, no símbolo da própria garantia jurisdicional. Ter assegurada a defesa em juízo consiste, em última análise, em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo a forma estabelecida em lei. [...] Um procedural limitation veio a converter-se, pela evolução do tempo, em uma general limitation²⁵.

Nesse contexto, como garantia constitucional do processo, o princípio do Devido Processo Legal não se presta a resguardar apenas a legalidade na restrição dos direitos

²³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Thomson-IOB, 2005, p. 65.

²⁴ 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.

²⁵ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Campinas: Red Livros, 1999, p. 74.

constitucionais processuais, mas também os conteúdos de todos os direitos fundamentais da melhor maneira possível, “revelando uma imbricação entre forma e conteúdo”²⁶.

Assim, o princípio em comento, tal como encartado na Constituição brasileira, possui duas facetas, uma procedimental (*procedure due process*), consistente no conjunto de garantias²⁷ que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades/poderes processuais e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional, e outra substancial (*substantive due process*), que implica a limitação ao poder estatal e ao poder econômico de particulares, vetando normas e decisões judiciais que desrespeitem direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, implicando a autolimitação do Estado no exercício da jurisdição, na medida em que deve exercê-la observando as limitações contidas nos direitos e garantias fundamentais, de acordo com padrões democráticos da sociedade²⁸.

Destarte, o enfoque procedimental do princípio vertente significa, em suma, a garantia de um procedimento ordenado, concretizando-se pela aplicação das garantias processuais oferecidas às partes pelo ordenamento jurídico, com o fito de conformar o procedimento e diminuir intromissões errôneas nos bens da vida tutelados nos processos judiciais e administrativos²⁹.

O sentido substancial, a seu turno, possibilita o controle da legitimidade das normas por meio do princípio da isonomia, examinando a razoabilidade das leis, de modo a evitar arbitrariedades em detrimento desse princípio. A cláusula do Devido Processo Legal, portanto, não é mais mera garantia processual, tendo se transformado, ao lado do princípio da igualdade,

no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, com destaque para a sua novel função de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, notadamente da ‘razoabilidade’ (*reasonableness*) e da ‘racionalidade’ (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos em geral do Poder Público³⁰

²⁶ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 185.

²⁷ Não há um consenso sobre quais garantias estão inseridas dentro do Devido Processo Legal, sendo inegável, todavia, que os direitos fundamentais certamente estão, como, por exemplo, o contraditório, ampla defesa, inafastabilidade de jurisdição, razoável duração do processo, motivação, publicidade, isonomia e o acesso à justiça.

²⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

²⁹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 200.

³⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 31.

Portanto, mais do que uma garantia meramente processual, o devido processo contém um aspecto substantivo que evita as atuações restritivas de direitos fundamentais por parte do Estado, a fim de afastar arbitrariedades no espaço de liberdade dos cidadãos.

Não se pode olvidar, noutro quadrante, que, ao passo que o constituinte brasileiro optou por adotar o modelo do Estado Democrático de Direito, ele exigiu a garantia e plena eficácia dos direitos fundamentais, dentre eles o do Devido Processo Legal. Afinal, a Constituição

é a bússola condutora das relações que se passam no Estado e se projetam aos Estados. Isso envolve um permanente trabalho de concretização. [...] a eficácia normativa desses propostas requer uma nova postura do juiz e da Jurisdição Constitucional, no sentido de garantir que a realidade jurídico-constitucional se efetive na prática³¹.

Noutro aspecto, como a Constituição brasileira fez a opção pelo princípio democrático e a ampla proteção dos direitos fundamentais, em consonância com a maioria das constituições da última metade do século passado, pode-se inseri-la em um contexto mais amplo de busca de uma ordem universal de justiça³². Isso significa dizer que a concretização deve estar a serviço do direito, que tem como pressupostos os princípios do Estado Democrático num plano interno e externo³³.

Daí o Devido Processo Legal, como direito fundamental que é, estar referendado também por normas internacionais dispostas em instrumentos diversos, “cujo diálogo com as normas internas permite a elaboração de propostas que questionem e ensejem a modificação de situações contrárias”³⁴ ao conteúdo que integra o seu conceito.

Assim, pode-se afirmar que no Estado Democrático de Direito o processo é legitimado pelo Devido Processo Constitucional, que deve ser concretizado ao máximo pelo Poder Judiciário, substituindo a imposição estatal natural do Estado de Direito pela participação discursiva e democrática dos cidadãos envolvidos, legitimados e destinatários do provimento final, respeitados todos os direitos e garantias a eles constitucionalmente assegurados.

É nessa linha que o presente trabalho tem arrimo, sustentando-se na necessidade de um tratamento pretoriano diferenciado no que concerne ao procedimento quando da aplicação da

³¹ BONIFÁCIO, Artur Cortez. O Juiz e a legitimação do sistema constitucional tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André (Orgs.). **Elementos atuais de direito tributário**: estudos e conferências. Curitiba: Juruá, 2005, p. 55.

³² BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p. 53.

³³ **Ibidem**, p. 55.

³⁴ **Ibidem**, p. 56.

Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, eis que impende que ele seja realizado nos moldes do processo constitucionalizado.

3 PERSONALIDADE E PESSOA JURÍDICA

3.1 DO SURGIMENTO DA PESSOA JURÍDICA E SUA AUTONOMIA EXISTENCIAL

Nem todos os indivíduos são considerados sujeitos para o Direito, mas tão somente aqueles que possuem personalidade jurídica. Ou seja, a obtenção de personalidade jurídica é a condição que o sistema jurídico elegeu para que se possa atuar nele diretamente, ou, mais precisamente, a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações³⁵.

Veja-se, assim, que o subsistema jurídico é permeado por sujeitos dotados de personalidade jurídica e a relação entre eles é chamada de jurídica, pois regulada pelo Direito. Dá-se a esses sujeitos o nome de “pessoa”. Como é o ser humano, em primeira análise, o sujeito das relações jurídicas é a ele que primeiramente se conferiu o atributo da personalidade.

O ordenamento jurídico brasileiro, *exempli gratia*, por meio do Código Civil em vigência, afirma logo em seu primeiro artigo que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”³⁶, e continua no seu segundo artigo estipulando que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”³⁷.

Nada obstante, não foi somente ao homem que o Direito atribuiu personalidade. Na medida em que as relações sociais se tornaram mais complexas, com a necessidade de aprimoramento de atividades relacionadas à produção de bens e serviços, seja pelos particulares ou pelo Estado, percebeu-se a necessidade de interferência do ordenamento jurídico no sentido de criar uma pessoa ficta a quem se reconhece a existência da titularidade de direitos e obrigações, e que possa, portanto, ser sujeito nas relações jurídicas, mesmo não possuindo elementos fisiopsíquicos.

A existência de pessoas jurídicas não significa, necessariamente, que elas terão direitos e obrigações limitadas, mas sim que têm um tratamento próprio e mais adequado à essência de sua natureza jurídica de entidade ao qual o direito confere personalidade.

Já no Direito Romano são encontradas figuras com tais características, dotadas de *corpus habere*, a exemplo do *municipium*, consistente na personificação das cidades romanas para se relacionar com terceiros dada a diversidade de relações sociais obtidas com o aumento

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 213.

³⁶ BRASIL. **Lei 10.406**. Institui o Código Civil. Presidência da República, Brasília. 10 jan. 2002.

³⁷ BRASIL. **Lei 10.406**. Institui o Código Civil. Presidência da República, Brasília. 10 jan. 2002.

de sua autonomia; do *collegia*, grupos de pessoa de uma mesma profissão; e das *societates publicanorum*, conjunto de pessoas que uniam patrimônio particular com o objetivo de ajudar Roma quando lhe faltassem recursos financeiros³⁸.

Na Idade Média, a ideia de constituição de sujeitos de direito que não eram seres humanos propriamente foi implementada com o crescimento do número de instituições coletivas, cujo patrimônio era separado do patrimônio das pessoas que as compunham. Nesse período, notabilizaram-se a Igreja Católica e as corporações de ofício. O surgimento dessas últimas, inclusive, é o marco do primeiro período do direito comercial³⁹.

Caio Mário da Silva Pereira⁴⁰, ao observar com muita precisão, ponderou que a complexidade da vida civil e a necessidade de conjugação de esforços dos indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse coletivo fez surgir esses agrupamentos, necessitando-se, pois, que lhes conferisse personalidade diversa do que aquela das pessoas que o integram.

Têm-se aí as raízes da chamada pessoa jurídica. A ordem jurídica atribuiu personificação a um ente abstrato formado pela vontade coletiva do grupo que o compõe, diferenciando-se da pessoa como ser humano individualmente considerado, bem como dos componentes do grupo. Para fins de distinção, essa última categoria passou a ser denominada pessoa física, pessoa individual, pessoa humana, ou, mais apropriadamente para ordenamento jurídico brasileiro, pessoa natural.

Portanto, a pessoa jurídica surge no sistema jurídico no momento em que há convergência de objetivos das pessoas naturais que, isoladamente, não atingiriam esses objetivos, ou tardariam mais a alcançá-los. Essa constatação que motivou a união de pessoas e bens, com o devido reconhecimento pelo direito, que atribui personalidade ao grupo, distinta de cada um de seus membros, passando o novo ente a atuar na vida jurídica com personalidade própria⁴¹.

As pessoas jurídicas constituem assim realidade, criada pelo direito, dentro do subsistema jurídico. Achou-se por bem conferir a elas personalidade própria para participar da

³⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Conceito da pessoa jurídica**. 1962. Tese (livre docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 11.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 12.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 297.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 182.

vida jurídica assim como as pessoas naturais, de modo que não se pode levar a crer que elas sejam meras ficções jurídicas. Como bem acentua a doutrina autorizada,

a personalidade jurídica não é uma ficção, mas uma forma, uma investidura, um atributo que o Estado defere a certos entes, havidos como merecedores dessa situação. A pessoa jurídica tem, assim, realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal à realidade das instituições jurídicas. No âmbito do direito, portanto, as pessoas jurídicas são dotadas do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas⁴²

Nesse sentido, a pessoa jurídica não é uma mera ficção legal, uma simulação ou algo imaginado, mas sim uma realidade, pois ela existe no mundo do direito, e existe dotada de vida própria, de vida real⁴³. Assim se posiciona grande parte da doutrina moderna⁴⁴.

Em razão da acessão de personalidade para as pessoas jurídicas, elas adquirem, *ipso facto*, autonomia existencial. Em outras palavras, essas entidades são juridicamente autônomas.

Por fim, e para os fins do presente estudo, atenta-se para o fato de que, por não terem vida natural, embora sejam sujeito de direito, com patrimônio próprio, as pessoas jurídicas atuam no mundo dos negócios por intermédio de seus integrantes, sejam associados, administradores ou diretores, a depender da espécie em que se enquadram⁴⁵.

3.2 A PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito brasileiro reconheceu há muito tempo personalidade a entes diversos das chamadas pessoas naturais. Já no anteprojeto do ilustre Teixeira de Freitas, apresentou-se uma incipiente previsão e regulamentação das pessoas jurídicas, apresentando o seu conceito por exclusão. O seu artigo 272 dizia que “todos os entes suscetíveis de aquisição de direito, que não são pessoas de existência visível, são pessoas de existência ideal”⁴⁶.

O Antigo código civil de 1916, bebendo dos ensinamentos já profetizados por Teixeira de Freitas, apresentava regras sobre a separação patrimonial entre pessoas físicas e

⁴² ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 87 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 189-190.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 310.

⁴⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 87 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 190.

⁴⁵ **Ibidem**, p. 190.

⁴⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1, p. 347.

jurídicas, tratando-se também da responsabilidade dos participantes da pessoa jurídica. Já em seu artigo 20 preceituava o seguinte: “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

Atualmente, o diploma que trata das pessoas jurídicas mais incisivamente, inclusive dispondo quais são as suas possíveis espécies e requisitos legais, é o Código Civil de 2002, em sua parte geral, livro I, título II.

Para ser instituída uma pessoa jurídica devem somar-se alguns requisitos, sob pena de não estando presente apenas um deles, não se reconhecer sua existência. Basicamente, pode-se afirmar que são quatro pressupostos para a sua constituição, quais sejam: a) o *animus* criador, que a distinga de seus membros; b) a elaboração de seu ato constitutivo; c) o registro do seu ato no órgão competente; d) e que seu objeto seja lícito⁴⁷.

O *animus* é, a rigor, a vontade dos membros que pretendem compor uma pessoa jurídica. Deve haver pluralidade de vontades convergentes. O ato constitutivo é o requisito formal consubstanciado na redução a termo das condições sob as quais a pessoa jurídica irá funcionar a partir de sua formação, é o documento que regerá a vida da pessoa jurídica. Malgrado haja esse documento, ela só passa a existir legalmente uma vez que ele seja registrado. Por fim, quanto a liceidade do objeto, essa é indispensável para a sua formação, uma vez que não pode a pessoa jurídica ir de encontro ao ditames estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Em sendo assim, seria impossível estabelecer uma pessoa jurídica com fins de cometer crimes, por exemplo⁴⁸.

No que toca à sua classificação, o Código Civil pátrio separa as pessoas jurídicas em dois grandes grupos, as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado. Aquelas dizem respeito ao direito internacional público ou ao direito administrativo, e, por isso, escapam à moldura do presente trabalho, porque não são compostas por sócios pessoas físicas.

Por sua vez, as pessoas jurídicas de direito privado estão taxativamente previstas no artigo 44 do Código Civil vigente, dividindo-as em associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos. Aqui, mais uma vez, deve-se proceder com um corte epistemológico, pois o foco trabalhado tange às sociedades empresárias.

A disciplina sobre esse tipo de pessoa jurídica encontra-se apenas no Livro II do novo Código Civil, concernente ao direito empresarial, disciplinando as diversas formas

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 298.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 186.

societárias no seu título II, sendo as mais usuais nos dias de hoje a sociedade limitada e a sociedade anônima⁴⁹. Para esse diploma legal, as sociedades empresárias são aquelas em que seus sócios se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de determinada atividade econômica, e dividem entre si, a partilha dos resultados e dos riscos do negócio.

O conceito de sociedade empresária, pois, existe quando dois elementos fundamentais conjuntamente se complementam: a pessoa jurídica e a atividade empresarial. Em resumo, a sociedade empresária é a pessoa jurídica de direito privado não estatal, que explora empresarialmente seu objeto social, caso limitada, por exemplo, ou a forma de sociedade por ações, no caso das sociedades anônimas⁵⁰.

Há, ainda, de se fazer uma diferenciação necessária, que diz respeito às subespécies de sociedade. De um lado, as sociedades simples, que consistem na junção de profissionais do mesmo ramo, exercendo um labor técnico específico. Delas se diversificam as sociedades empresárias, pois essas exercem o ofício principal do empresário, tal qual conceituado no artigo 966 do Código Civil, com os seguintes dizeres: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Essas últimas, apenas, são passíveis do processo de falência.

3.3 DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E A SEPARAÇÃO ENTRE PESSOA NATURAL E PESSOA JURÍDICA: A FIGURA DO SÓCIO

A diferenciação entre pessoa jurídica e pessoa natural, aliada à legalização daquela, proporcionou, dentre outros fatores, a separação de responsabilidades. Essa foi uma forma deveras racional que o legislador achou, sobretudo no campo econômico, pois estremar um patrimônio e afetá-lo à realização de um fim específico fez possível que os sócios afastem de si e de seus bens pessoais, a responsabilidade por um eventual fracasso na empreitada empreendida.

É imperioso destacar que:

O benefício da responsabilidade limitada não foi, pois, introduzido pela elaboração do conceito de pessoa jurídica. É anterior a ele, tanto com relação às sociedades anônimas, como à outras figuras associativas existentes na época romana e na intermédia. Assim, a concepção de uma sociedade como pessoa jurídica não

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 64.

⁵⁰ **Ibidem**, p. 109-111.

constitui o fundamento da limitação da responsabilidade, mas sua justificação teórica dada *a posteriori*. Trata-se, certamente, de uma grandiosa construção conceitual: graças ao conceito de pessoa jurídica, a responsabilidade limitada do acionista pode não mais ser considerada, como o foi um tempo, um benefício em sentido próprio, ou seja, um privilégio, uma exceção ao princípio geral da ilimitada responsabilidade patrimonial. Transforma-se, ela própria, em aplicação do princípio geral: possibilita argumentar que, em uma sociedade por ações, o sócio não responde pelas obrigações sociais com o seu patrimônio pela natural razão de se tratar de obrigação alheia, isto é, pela mesma razão que o cidadão "A" não responde pelas obrigações do cidadão "B".⁵¹

A responsabilidade limitada se manifesta, então, como a demarcação do conjunto circunscrito de bens da pessoa jurídica, destinada a arcar com as obrigações assumidas, sobre a qual os credores podem agir.

Por sua vez, o ordenamento brasileiro reconhece a capacidade de as pessoas jurídicas agirem em nome próprio, declarando a sua vontade, adquirindo direitos e contraindo obrigações, afinal, como dito alhures, elas possuem autonomia existencial em relação aos membros. Logo, silogisticamente, por todos os atos que praticam, têm responsabilidade própria.

Em decorrência da autonomia existencial, a pessoa jurídica tem também autonomia patrimonial. Partindo-se dessa premissa, acaso seja rigidamente acatada, com base na teoria da personalidade jurídica, os patrimônios dela e de seus membros não podem se confundir, de modo que fatos que ensejam responsabilização de uma sociedade não pode envolver, em tese, a pessoa física do sócio, do mesmo modo que a responsabilização desse não pode interferir na vida da pessoa jurídica de qual participa⁵².

Precisas as palavras de Ada Pellegrini Grinover⁵³ ao aludir que:

A essa conveniência ou necessidade de criação da pessoa jurídica liga-se a idéia da *limitação da responsabilidade dos sócios* pelos atos praticados sob o manto da sociedade. Com efeito, é inegável ter sido essa limitação da responsabilidade dos que se unem em sociedade, mediante a separação entre o patrimônio dessa sociedade e o dos sócios, um dos principais avanços (e, porque não dizer, um dos principais atrativos) para o desenvolvimento dos grandes empreendimentos comerciais, hoje tão comuns em nossas vidas.

⁵¹ MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso - sociedade unipessoal - contratualismo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, Set. 2002, p. 313.

⁵² A título exemplificativo observa-se o artigo 1.024 do Código Civil Brasileiro que assim preceitua: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Em sentido convergente o artigo 596 do Código de Processo Civil com a seguinte redação: “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 executados os bens da sociedade”.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 6, jan./jun. 2006, p. 53.

Nesse mesmo prumo assevera Amador Paes de Almeida⁵⁴ ser consequência da personalidade jurídica a autonomia existencial e, sobretudo, patrimonial da pessoa jurídica, sendo que “os bens da sociedade não se confundem com os bens particulares de seus respectivos sócios, tampouco respondem os sócios pelas obrigações sociais”.

Não se pode confundir pessoa jurídica com as pessoas físicas que a compõem. Com efeito, a personificação das sociedades empresárias a partir de sua formalização faz surgir a figura do sócio, esse como componente da sociedade, mas com ela não se confundindo. Para ser mais preciso, socorre-se das lições sempre valiosas de Fábio Ulhôa Coelho⁵⁵, que, discorrendo sobre o regime jurídico do sócio da sociedade contratual aduz que:

A natureza da situação jurídica do sócio é *sui generis*, quer dizer, insuscetível de rigorosa sujeição a um regime jurídico próprio ou aproximado de alguma outra figura jurídica, com vistas à definição de parâmetros que auxiliassem a solução das pendências relativas aos seus direitos e deveres perante a sociedade. Neste sentido, não se revela correto entendê-lo seja como um proprietário da sociedade empresária – esta, sendo pessoa jurídica, é inapropriável – ou como seu credor – embora tenha direito a participar dos lucros sociais, em caso de falência, o sócio não poderá concorrer à massa, obviamente, se não dispuser de outro título. Desta forma, o sócio submete-se a um regime jurídico que lhe é próprio, composto por um conjunto de obrigações e direitos que a lei e, por vezes, o contrato social lhe reservam.

O conceito serve também para os sócios de outros tipos societários, como os chamados acionistas, assim chamados os sócios da sociedade cujo capital social é fracionado em unidades representadas por ações⁵⁶.

O certo é que, forte na diferença entre pessoa física e pessoa jurídica, aos membros dessa não podem ser imputadas as suas condutas e obrigações, limitando-lhes a responsabilidade.

3.4 A CRISE DA PESSOA JURÍDICA E DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE: A SUPERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A limitação da responsabilidade nasceu como um instrumento que o direito pôs à disposição dos particulares que se arriscam a empreender sem que esses, contudo, ficassem expostos a riscos exacerbados, diminuindo-se também os custos de capital e das transações, favorecendo a organização econômica da empresa e o empreendedorismo.

⁵⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 87 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 192.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141.

⁵⁶ **Ibidem**, p. 182.

Isso foi possível com o florescimento do instituto da pessoa jurídica, calcada nos princípios da autonomia existencial e patrimonial, que a distingue de seus integrantes como sujeito diverso, titular de direitos e passível de contrair obrigações.

Em razão dessa facilidade, a pessoa jurídica passou a ser utilizada por alguns indivíduos como instrumento de perpetração de fraudes e negócios ilegais, mediante a prática de atos que desvirtuam seu real escopo, pois assim ficariam acobertados pela autonomia patrimonial propiciada pela personalidade jurídica, auferindo proveito para si em detrimento dos direitos de terceiros. O instituto da pessoa jurídica passou, então, a perder forças, chegando até mesmo a ser colocada em xeque a pertinência de sua existência⁵⁷.

Em decorrência desses acontecimentos, instalou-se no cenário o que alguns convencionaram chamar de crise da pessoa jurídica⁵⁸. Essa problemática está relacionada com a verificação de um descompasso entre o tradicionalmente aceito acerca de sua natureza jurídica e as peculiaridades do mundo social e jurídico, o que fez repensar o instituto⁵⁹.

Walfrido Jorge Warde Júnior⁶⁰, noutro pórtico, defende em sua tese de doutoramento, fortemente baseado na *common law*, que a referida crise perpassou o instituto da pessoa jurídica, que continua sendo usado com a devida importância que tem, mas atingiu incisivamente a limitação da responsabilidade.

Para sustentar sua opinião, ele explica que as funções que primeiramente autorizavam a limitação da responsabilidade entraram em choque com as novas tendências do pensamento jurídico-econômico no século XX, sobretudo com a intensificação das atividades econômicas por parte das sociedades empresárias. As funções a que se prestava a limitação da responsabilidade não mais se justificam em face de causas trazidas por esse novo cenário econômico mundial⁶¹.

Aponta o aludido autor três principais causas que concorreram para a eclosão da crise na responsabilidade limitada, quais sejam: a) mudança na lógica da regulamentação da

⁵⁷ OLIVEIRA, Roberto Carlos de. A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade direta dos sócios da sociedade limitada. **UNOPAR Científica: Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 2, n. 1, p. 167-178, mar. 2001, p. 168.

⁵⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁵⁹ PINTO, Marcos de Oliveira. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica e sua incidência no Direito tributário. **Revista da Esmese**, n. 5, 2003, p. 57.

⁶⁰ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 163-164.

⁶¹ **Ibidem**, p. 164-165.

concorrência; b) a proteção dos direitos dos credores e, por fim; c) a necessidade de compensação dos custos sociais⁶².

A primeira causa diz respeito à facilitação da entrada e permanência dos operadores nos mercados. Para tanto, a limitação da responsabilidade seria a forma que evitaria a concorrência injusta e desleal, minimizando as chances de monopólios e práticas de concentração de mercado. Sem embargos, os teóricos da economia provaram que a inserção de novos concorrentes de nada adiantaria, pois seriam “rapidamente devorados pelo mercado”⁶³. Essa causa foi percebida primeiramente no contexto estadunidense, sendo que as duas seguintes são mais condizentes com a realidade brasileira.

A segunda causa, por sua vez, evidencia o choque entre a diminuição dos riscos empresariais e a tutela dos direitos de crédito. A possibilidade de se ter uma sociedade com responsabilidade limitada foi desenfreadamente aproveitada por diversos investidores que vivenciaram as vantagens por ela proporcionadas, o que externalizou a maior parte dos custos dos empreendimentos. O incentivo à limitação de responsabilidade ocasionou diversos investimentos impensados e por demais arriscados, influenciando o descumprimento do direito ao crédito. Ou seja, sob a proteção da limitação da responsabilidade são promovidas externalização de custos insustentáveis e, por vezes, contrária ao direito. Disso surge a necessidade de compensar esses custos, “com o emprego de novos instrumentos jurídicos, sob pena de tornar inócua a tutela dos direitos de crédito”⁶⁴.

A terceira causa trata, em síntese, da necessidade de alguém pagar pelos custos sociais. Nem todas as relações jurídicas entre a sociedade e seus credores são compensadas. Há credores que não estão a par do risco que envolve seu crédito, tendo pouco acesso à informação. Isso facilita práticas que frustrem esse crédito, como a confusão patrimonial ou a subcapitalização. Nesses casos há aumento do custo social sem que a sociedade pague por eles⁶⁵.

Sem ter a pretensão de preferir por um ou outro modelo, o que se mostra incontestável é a necessidade de evitar que a pessoa jurídica sirva como escudo para obliterar negócios ilegais e legitimar a realização de fraudes.

⁶² WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 165.

⁶³ **Ibidem**, p. 171.

⁶⁴ **Ibidem**, p. 172-173.

⁶⁵ **Ibidem**, p. 175-177.

Igualmente, há de se ter a sensatez de saber da importância desse instituto para o direito e para a sociedade, de modo que deve se chegar a um denominador comum que inviabilize a atividade fraudulenta e, ao mesmo tempo, preserve a personalidade jurídica.

Foi se desenvolvendo, paulatinamente, como solução dessa problemática, a relativização do dogma da autonomia subjetiva da pessoa jurídica em relação aos seus membros. Passou-se a pensar em afastar a limitação da responsabilidade dos sócios nos casos em que estes desvirtuassem o fim da pessoa jurídica, encobrendo-se dos benefícios que essa proporciona.

Os problemas relacionados ao abuso da pessoa jurídica devem, pois, resolver-se com um estudo de limitação justa e razoável da responsabilidade sobre o exercício do privilégio obtido com a autonomia da pessoa jurídica no caso concreto, consideradas as suas funções precípuas e seu uso correto⁶⁶.

Não se diga que essa opção seria a negação da pessoa jurídica. Como bem sustenta Ada Pellegrini Grinover⁶⁷:

Essa *superação* da personalidade jurídica, suprimindo-se a autorização legal para separação de patrimônio, e a atribuição (imputação) de responsabilidade direta aos indivíduos que compõem a sociedade não são incompatíveis ou mesmo contraditórias com as razões que inspiraram a criação das pessoas jurídicas. É que, estando essa autorização limitada à persecução dos interesses que criaram a sociedade, parece mesmo ser compatível com o conceito de pessoa jurídica

Em seguida, a mesma autora aduz⁶⁸, baseada nas lições de Moremans, que nunca essas hipóteses tratariam propriamente de negar a personalidade jurídica, mas sim de impor uma limitação, já que as consequências de uma atuação dos sócios fora de certos limites impostos pelo ordenamento jurídico devem ser a eles imputadas.

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 6 jan./jun. 2006, p. 56.

⁶⁷ **Ibidem**, p. 55.

⁶⁸ **Ibidem**, p. 55.

4 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu como uma válvula de escape desse contexto de crise, com a necessária superação da personalidade jurídica, visando impedir a perpetração de fraudes e abusos de direito que se consumam sob a proteção indevida desse instituto, em consonância, aliás, com a própria Constituição Federal⁶⁹ e com a legislação infraconstitucional⁷⁰, que veda a associação para fins ilícitos, que afrontem a ordem jurídica e os bons costumes.

O Eminentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sidnei Beneti⁷¹ a conceitua como sendo o meio “pelo qual se ignora a existência da pessoa jurídica para responsabilizar seus integrantes pelas conseqüências de relações jurídicas que a envolvam”.

Do exposto, tem-se que é fato incontroverso a distinção de personalidade entre sociedade e o sócio. Sem embargos, quando a personalidade jurídica se desvirtua para encobrir situação antijurídica praticada pelo seu sócio em detrimento de terceiros, abre-se espaço para o uso da desconsideração, de modo a responsabilizar quem de fato praticou o ato, e não a sociedade em si. Nesses casos, há abuso da forma pessoa jurídica, havendo manifesta ruptura com a realidade fática⁷².

Consagrou-se, assim, como um “instrumento hábil que possibilita ao credor o direito de livrar-se da fraude e do abuso praticado, obscuramente, por aquele que gere a pessoa jurídica”, preservando, contudo, sua autonomia existencial⁷³.

Com um raciocínio muito preciso, Fábio Ulhoa Coelho⁷⁴ argumenta que a teoria da desconsideração foi criada exatamente para aprimorar a separação de patrimônios, uma vez que, ao tentar impossibilitar o cometimento de fraudes e abusos, tem, ao mesmo tempo, a intenção de “preservar o instituto da pessoa jurídica, ao mostrar que o problema não reside no próprio instituto, mas no mau uso que se pode fazer dele”, e de “resguardar a própria pessoa

⁶⁹ O inciso XVII do artigo 5º assim preceitua: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

⁷⁰ A Lei 6.015/73, mais conhecida como lei de registros públicos, assim dispõe no seu artigo 115: “Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes”.

⁷¹ BENETI, Sidnei Agostinho. Desconsideração da sociedade e legitimidade ad causam: esboço de sistematização. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1006.

⁷² BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁷³ **Ibidem**, p. 31.

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 13.

jurídica que foi utilizada na realização da fraude, ao atingir nunca a validade de seu ato constitutivo, mas apenas a sua eficácia episódica”.

O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Menezes Direito chega à conclusão que “a desconsideração da personalidade jurídica não deve ser olhada como a destruição do instituto da autonomia entre a sociedade e seus membros, mas, sim, como meio para corrigir o seu mau uso”⁷⁵. Em seguida, citando Fábio Ulhoa Coelho afirma que:

O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity ou piercing the veil) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos de seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude⁷⁶

Em outras palavras, a autonomia existencial e patrimonial, muito antes de ser ofendida por uma eventual desconsideração da personalidade jurídica, foi violada pelo próprio particular (seja sócio ou administrador) que desvirtuou a realidade da pessoa jurídica, pois é o uso indevido da pessoa jurídica que deu ensejo à sua crise, e ele que deve ser combatido. De modo que a desconsideração não fere a personalidade jurídica, mas, muito pelo contrário, resguarda-a ao passo que busca sanar os vícios que os particulares a sujeitam quando fogem dos balizamentos legais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto relativamente novo, que, por pouco regulado na lei, muito tem avançado pela construção jurisprudencial, porém, por um estudo comparado, suas raízes mais remotas remetem a outros sistemas, o que passará a ser tratado para se saber como se deu sua incorporação no direito brasileiro.

4.1 BREVE HISTÓRICO E AS HIPÓTESES DE SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto se desenvolveu pioneiramente no sistema de *common law*, que, sem o rigor das formas e das taxações legais inerentes à *civil law*, flexibilizou a personalidade

⁷⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: _____. **Estudos de direito público e privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 108.

⁷⁶ **Ibidem**, p. 108.

jurídica de modo a possibilitar a sua aplicação. Portanto, é na jurisprudência do direito anglo-americano que são encontrados os primeiros precedentes históricos, sendo que a

desconsideração é produto típico do método indutivo, que nutre o *common law*, ou seja: provém de sentido contrário ao resultante do método dedutivo do *civil law*, fundado no silogismo, em que se parte de uma norma ou princípio para depois se chegar ao caso, pois, pelo método indutivo, examinam-se os julgamentos de casos semelhantes e deles se extrai a norma ou princípio de regência⁷⁷.

Tem-se como marco de surgimento do instituto decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos, no caso *US Bank of United States vs. Deveaux*, do ano de 1909 sobre o qual a maioria dos autores apenas menciona a existência sem maior aprofundamento⁷⁸.

Segue-se, ainda no sistema de *common law*, em 1897, no Reino Unido, a decisão *Salomon vs. Salomon & Co.*, esse sim amplamente difundido entre os autores brasileiros, tido como paradigma de aplicação do instituto.

Para melhor propriedade de relato do referido caso, socorre-se das breves palavras de Rubens Requião sobre esse, contando que um particular, de nome Aaron Solomon

havia constituído uma company, em conjunto com outros seis componentes da sua família, e cedido seu fundo de comércio à sociedade que fundara, recebendo em consequência vinte mil ações representativas de sua contribuição, enquanto para cada um dos outros membros coube apenas uma ação para a integração do valor da incorporação do fundo do comércio na nova sociedade. Salomon recebeu obrigações garantidas no valor de dez mil libras esterlinas. A sociedade logo em seguida se revelou insolvável, sendo o seu ativo insuficiente para satisfazer as obrigações garantidas, nada sobrando para os credores quirografários. O liquidante, no interesse dos credores quirografários, sustentou que a atividade da company era atividade de Salomon, que usou de artifício para limitar a sua responsabilidade e, em consequência, Salomon deveria ser condenado ao pagamento dos débitos da company, devendo a soma investida na liquidação de seu crédito privilegiado ser destinado à satisfação dos credores da sociedade. O juízo de primeira instância e depois a corte acolheram essa pretensão, julgando que a company era exatamente uma entidade fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu agent ou trustee, e que ele, na verdade, permanecera como o efetivo proprietário do fundo de comércio. Era a aplicação de um novo entendimento, desconsiderando a personalidade jurídica de que se revestia Salomon & Co.⁷⁹

No caso relatado foi comprovado que a atividade da companhia era, ainda, a própria atividade pessoal de Aaron Salomon com o fito de limitar a própria responsabilidade e, como

⁷⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. Desconsideração da sociedade e legitimidade ad causam: esboço de sistematização. In: DIDIER JUNIOR, Fredie.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1008.

⁷⁸ **Ibidem**, p. 1007.

⁷⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 350.

penalidade, ele foi condenado a pagar os débitos da empresa de que era sócio, pois se encontrava insolvente.

Tal decisão não foi mantida pela *House of Lords* sob o argumento que a *company* havia sido constituída nos ditames da lei, portanto era válida. Não subsistiu responsabilidade pessoal para Aaron Salomon em relação aos credores da Salomon & Co., e continuou válido o seu crédito privilegiado.

Em que pese a reforma da decisão, ela virou paradigma e logo consolidou a *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity* no direito anglo-saxão.

Anos depois a teoria viria a se espraiar, difundindo-se entre diversos países e sob diversas alcunhas: nos Estados Unidos é conhecida como *Lifting the Corporate Veil*; na Alemanha como *durchgrift der juristischen Person*; na Itália como *superamento della personalità giuridica*; na Espanha como *teoria de la penetración*, além de ser acolhida por outros países europeus⁸⁰.

No Brasil, a disciplina foi introduzida pela doutrina, sendo que apenas tardiamente veio a ter consagração jurisprudencial e legislativa. Pioneiramente, o nunca assaz citado professor Rubens Requião, valendo-se das lições do jurista Wormser, assim definiu o instituto:

Quando o conceito de pessoa jurídica se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais⁸¹.

Os tribunais e juízes, valendo-se das lições já introduzidas pela doutrina, começaram um movimento apontando para a utilização do instituto, ainda que modicamente. Alguns casos célebres são lembrados por Amador Paes de Almeida, que, ao consultar a obra de Rubens Requião⁸², cita a apelação 164.678, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o Tribunal desconsiderou a personalidade jurídica, devido à malícia dos sócios, evitando a fraude, de modo a não ocasionar lesão ao direito dos credores no caso concreto.

⁸⁰ GÓIS, Jean-Claude Bertrand de. Perfil evolutivo da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil. **Revista da Esmese**, n. 11, 2008, p. 88-89.

⁸¹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 14.

⁸² ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 87 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 197.

Absorvendo os ensinamentos doutrinários, timidamente expressos na jurisprudência, finalmente no ano de 1990, o legislador previu o que tem se considerado como primeiro texto legal a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mediante a Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor). Posteriormente outros diplomas viriam a consagrar a teoria, tais como a Lei 9.605/1998, que dispõe sobre atividades lesivas ao meio ambiente e o Código Civil de 2002.

Nada obstante, há divergência quanto ao pioneirismo do Código de Defesa do Consumidor. Para Amador Paes de Almeida⁸³, o marco legislativo brasileiro de aplicação da teoria em comento teria sido o Decreto-Lei 5.452 (Consolidação das Leis do Trabalho), que, no longínquo ano de 1943, já fizera uso de alguns princípios do instituto em seu artigo 2º, parágrafo 2º⁸⁴. Outros autores citam também o artigo 134, VII e 135, II do Código Tributário Nacional, o artigo 10 do decreto 3708/19, que regulava as Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, e os artigos 116 e 117 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76). Malgrado essa diversidade de supostos marcos, a maioria da doutrina afirma que “tais disposições nada tem a ver com a tese da *disregard*, eis que somente visavam responsabilizar diretamente aqueles que exorbitassem dos poderes que lhes foram confiados, tratando-se de verdadeira responsabilização por atos próprios”⁸⁵.

Independentemente do marco legislativo, o certo é que hoje diversos diplomas legais preveem a aplicação do instituto em situações fáticas distintas, de modo que houve uma maximização de sua utilidade, transmutando-se para o plano empírico e criando diferentes hipóteses de aplicação. E foi com a vigência do Código de Defesa do Consumidor que ficou muito claro o abrigo que a legislação brasileira deu à teoria, senão vejamos o *caput* do seu artigo 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

⁸³ ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 87 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 196.

⁸⁴ Assim preceitua o parágrafo 2º do artigo 3º da Consolidação das leis do trabalho: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

⁸⁵ SOUZA, Vanessa Ribeiro Côrrea Sampaio. Desconsideração da personalidade jurídica: teoria e legislação no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 7, n. 9, dez. 2006, p. 415.

insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.⁸⁶

Em linhas parecidas com as que delineou o Código de Defesa de Consumidor acerca do tema, e de extrema importância para o presente trabalho, a Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), assim preceitua em seu artigo 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.⁸⁷

Os supracitados dispositivos são, até hoje, alvos de grande controvérsia. Muito embora tenha sido elogiável a pretensão do legislador em permitir a defesa do consumidor em detrimento dos abusos cometidos pelos empresários, e em coibir as infrações à ordem econômica, tem-se que um dos pressupostos essenciais para viabilizar a desconsideração da personalidade jurídica foi esquecido, qual seja, o necessário intuito fraudulento, contrariando as raízes históricas da teoria.

Ora, das redações dos dispositivos acima, percebe-se claramente a permissão para desconsiderar a pessoa jurídica nos casos de falência e insolvência que terminem a existência legal da pessoa jurídica por meros atos de má administração. O fracasso da empresa enseja a superação de sua personalidade para atingir a pessoa do sócio, mesmo sabendo-se que nada tem a ver a sua má administração com objetivos ilícitos e antijurídicos.

Essa crítica não passou despercebida pela doutrina, sendo que grande parte impõe como pressuposto para o magistrado levantar o véu da pessoa jurídica a ocorrência de locupletamento irregular. Vale-se do magistério de Fábio Ulhoa Coelho, para quem é

Pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência. A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. O credor da sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a

⁸⁶ BRASIL. **Lei 8.078**. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências, Brasília. 11 set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁸⁷ BRASIL. **Lei 8.884**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília. 11 jun. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração.⁸⁸

Na mesma esteira, Ada Pellegrini Grinover, ao tratar do enunciado no Código de Defesa do Consumidor, lembra das seguintes palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

[...] tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõe nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto da lei e a doutrina nenhum proveito traz à tutela dos consumidores, ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos.⁸⁹

Em seguida, tratando da Lei antitruste, aduz que:

O segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração é o art. 18 da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste). Em duas oportunidades, poderá verificar-se a desconsideração da personalidade jurídica na tutela das estruturas de livre mercado: na configuração de infração da ordem econômica e na aplicação da sanção. [...] não há dúvidas quanto à pertinência da aplicação da teoria da desconsideração no campo da tutela do livre mercado; mas, como o legislador de 1994 praticamente reproduziu, no art. 18 da Lei Antitruste, a redação infeliz do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor, acabou incorrendo nos mesmos desacertos. Desse modo, a segunda referência legal à desconsideração no direito brasileiro também não aproveitou as contribuições da formulação doutrinária, perdendo consistência técnica.⁹⁰

Afora os já citados diplomas, ainda há incidência da teoria em diversas leis⁹¹, sendo que sua aplicação se tornou ainda mais difundida quando incorporada pelo novo Código Civil, em seu artigo 50, que assim dispõe:

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

⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 16. Ed. São Paulo: Saraiva 2005, p. 126-127.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, jan./jun. 2006, p. 59.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 59.

⁹¹ Por exemplo: na Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), art. 4º: "A execução fiscal poderá ser promovida contra: (...) V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado. § 2.º À dívida ativa da Fazenda pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial"; na Lei 9.605/98 (Meio Ambiente), art. 4.º: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente"; na Lei 9.841/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), art. 25: "É autorizada a constituição de sociedade de garantia solidária, constituída sob a forma de sociedade anônima, para a concessão de garantia a seus sócios participantes, mediante a celebração de contratos".

determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.⁹²

Não é difícil perceber que o novo Código Civil se divorciou da ideia de que a desconsideração da pessoa jurídica pode ser realizada pela mera má administração que gera insolvência, tendo estabelecido como pressuposto o abuso no uso da pessoa jurídica, que pode se manifestar pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Embora não tenha expressamente utilizado a palavra fraude, o que seria de bom tom para se coadunar com a origem da *disregard doctrine*, há quem diga que a expressão desvio de finalidade abarca o conceito de fraude. Mais que isso, o Código Civil previu a confusão patrimonial, que engloba hipóteses em que o há excesso de poder se algum dos sócios, para que estes não tratem a pessoa jurídica como se fosse coisa própria sua⁹³.

Pode-se dizer que houve uma tentativa de resgate ao modelo original da teoria, de modo a minimizar o seu uso em todas as situações de mera insolvência, o que gera muita instabilidade no negócio e intimida a formação de sociedades empresárias.

Excertos recentes do Superior Tribunal de Justiça vêm adotando essa nova posição da legislação, nos quais se percebe a clara preferência pelo entendimento albergado pelo Código Civil⁹⁴.

⁹² BRASIL. **Lei 10.406**. Institui o Código Civil. Presidência da República, Brasília. 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁹³ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A desconsideração da pessoa jurídica em face da evolução do direito obrigacional e os limites de sua aplicação judicial. **BDJur**, Brasília, DF, 14 set. de 2009, p.16. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/24367>>. Acesso em 10 out. 2012.

⁹⁴Por oportuno, merecem transcrição o Agravo Regimental no Recurso Especial 28612 / SP e o Agravo Regimental no Recurso Especial 1173067 / RS, respectivamente: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE SOCIETÁRIA E RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SEUS SÓCIOS E ACIONISTAS CONTROLADORES. INCABIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE OU DE EXCESSO DE PODER. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 2. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação no domínio do Direito Obrigacional e se restringe aos casos em que a entidade originariamente obrigada deixa de desempenhar a tempo e modo o dever jurídico assumido, em decorrência ou em face de atos praticados pelos seus dirigentes, controladores ou acionistas, com desvio de finalidade ou excesso de poder (art. 50 do Código Civil), pelo que estes assumem a responsabilidade ilimitada pela solvência daquele mesmo dever. 3. A insolvência da sociedade, ocorrente quando os seus recursos são insuficientes para responder pelas obrigações assumidas, não enseja, por si só, a aplicação da teoria da desconsideração de sua personalidade, eis que os seus acionistas e controladores não estão legalmente obrigados a realizar aportes financeiros emergenciais. [...] (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 28612/SP**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 14 ago. 2012. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em 21 ago. 2012); CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ENCERRAMENTO IRREGULAR. INSUFICIÊNCIA. - A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si só, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. - Agravo não provido (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp**

Disso se percebe que a mera falta de patrimônio não é admitida como hipótese de desconsideração, significando que o avanço sobre os bens particulares dos sócios requer, conforme sobredito, a prova do abuso do uso da pessoa jurídica, seja pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, que encerram um objetivo fraudulento. Constitui-se, assim, como exceção e não como regra, o que faz alguns doutrinadores afirmarem que mesmo nos casos em que a lei permite a desconsideração pela simples carência de patrimônio como, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, “a interpretação de tais dispositivos só pode e deve ser feita à luz de todo o arcabouço doutrinário que preparou a incorporação da regra pelo sistema positivo”⁹⁵, de modo que a desconsideração deve ser tida como medida excepcional.

4.2 NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

Do conceito apresentado de desconsideração da pessoa jurídica, pode-se afirmar que ela implica uma situação transeunte, não correspondendo à invalidação permanente da personalidade jurídica, nem tampouco a invalidação imediata de qualquer ato ou negócio jurídico, tendo como escopo precípua evitar o desvirtuamento das funções para as quais foi originariamente criada a pessoa jurídica.

Por ser assim, a desconsideração corresponde a uma situação de ineficácia da pessoa jurídica para determinado caso concreto, não havendo de se falar em invalidade da sociedade ou de atos por ela praticados. Com muita propriedade, Gilberto Gomes Bruschi ensina que tal ineficácia “é a relativa, pois somente ocorre a desconsideração quando o negócio jurídico for ineficaz para determinada pessoa e eficaz para as demais”⁹⁶. Em seguida arremata que, embora o ato jurídico produza seus efeitos, sendo plenamente válido, sua eficácia subjetiva é reduzida.

Com brilhantismo, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luís Filipe Salomão, ao tratar sobre a natureza jurídica da desconsideração da pessoa jurídica em seu voto no Recurso Especial nº 1.180.191, bem ponderou se tratar de

técnica de execução de dívidas existentes, técnica essa consistente não na ineficácia ou invalidade de negócios jurídicos celebrados pela empresa, mas na ineficácia

1173067/RS. Relator: Min. Nancy Andrichi . Julgado em: 16 jun. 2012. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em 19 jun. 2012).

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 6, jan./jun. 2006, p. 62.

⁹⁶ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

relativa da própria pessoa jurídica - *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto social da empresa -, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade.⁹⁷

Feitas essas considerações, pode-se com mais facilidade precisar a natureza jurídica da desconsideração, diferenciando-a de outros institutos.

Por exemplo, é comum se fazer um paralelo entre a *disregard doctrine* e os vícios dos atos jurídicos, como os casos de nulidade e anulabilidade, em virtude de que em ambas situações há supressão de determinados efeitos jurídicos. No entanto, como já foi dito, a desconsideração é tomada como um defeito subjetivo, em relação ao sujeito que o pratica, ao passo que o vício do ato jurídico é um defeito objetivo.

Aproxima-se, também, a desconsideração da fraude contra credores. Essa está caracterizada quando realizados atos fraudulentos, praticados em detrimento de credores, com o objetivo de diminuir o patrimônio do devedor e aplicar um calote. Tal conduta é antijurídica e os atos dela proveniente podem ser anulados com ajuizamento da chamada ação pauliana. Em outras palavras, o que pode haver na fraude contra credores é a invalidação dos atos praticados em seu desfavor, podendo anular também o negócio jurídico fraudulento. É um caso representativo de ineficácia do ato, enquanto na desconsideração se desconsidera episodicamente a eficácia da personalidade de um sujeito⁹⁸.

Outra figura próxima da desconsideração é a chamada fraude à execução. Nessa, assim como na desconsideração, o que ocorre é a ineficácia relativa. Nada obstante, diferentemente da superação passageira da pessoa jurídica, na fraude à execução o que é relativamente ineficaz é um negócio jurídico celebrado entre determinado indivíduo, devedor em processo de execução em curso, e um terceiro alheio ao processo. Essa transação é válida apenas entre os contratantes, não operando efeitos perante a execução. Ou seja, o bem alienado continua a responder pela dívida anterior ao negócio, de modo que seu desiderato é a ineficácia de ato ou negócio jurídico⁹⁹.

O viés claramente subjetivo da desconsideração torna impensável sua equiparação com institutos que objetivam anular o negócio jurídico ou determinado ato jurídico. Vale-se, mais uma vez, das lições do Ministro Luís Filipe Salomão em voto de sua lavra no Recurso Especial nº 1.180.191, que traçou diferenças muito precisamente entre a desconsideração e esses outros institutos:

⁹⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1180191/RJ**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 05 abr. 2011. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em 09 jun. 2011. p. 12.

⁹⁸ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37-42.

⁹⁹ **Ibidem**, p. 35-36.

se conclui que a desconsideração da personalidade jurídica não se assemelha à ação revocatória falencial ou à ação pauliana, seja em suas causas justificadoras, seja em suas consequências. A primeira (revocatória) visa ao reconhecimento de ineficácia de determinado negócio jurídico tido como suspeito, e a segunda (pauliana) à invalidação de ato praticado em fraude a credores, servindo ambos os instrumentos como espécies de interditos restitutórios, no desiderato de devolver à massa, falida ou insolvente, os bens necessários ao adimplemento dos credores, agora em igualdade de condições (arts. 129 e 130 da Lei n.º 11.101/05 e art. 165 do Código Civil de 2002). A desconsideração da personalidade jurídica, a sua vez, não consubstancia extinção da pessoa jurídica, tampouco anulação/revogação de atos específicos praticados por ela, ainda que verificados os vícios a que faz alusão o art. 50 do Código Civil¹⁰⁰.

Portanto, embora possua semelhanças com alguns institutos jurídicos, percebe-se que tem traços que lhe são inerentes, que o diferenciam destes institutos, conferindo-lhe natureza jurídica própria e distinta.

Em suma, a desconsideração é o meio pelo qual o credor busca a ineficácia relativa do contrato social ou estatuto da pessoa jurídica, superando a sua personalidade, mas conservando o ente coletivo, em decorrência de um defeito advindo da atividade ilegítima do indivíduo que praticou o ato, e não do ato jurídico propriamente dito¹⁰¹. Deve-se, pois, interpretar sua natureza jurídica como uma

forma de recusa aos efeitos do ato constitutivo societário, para aquele caso concreto especificamente, mantendo-se, no mais e ante aqueles que não têm relação com o fato, perfeitamente válido e plenamente eficaz, tendo em vista que somente irá tornar relativamente ineficaz a pessoa jurídica.¹⁰²

4.3 A TEORIA MAIOR E A TEORIA MENOR

Ainda tratando exclusivamente da desconsideração da personalidade jurídica, cumpre falar sobre os requisitos para a sua aplicabilidade, devendo-se ressaltar que foram desenvolvidas no Brasil duas teorias sobre o tema: a teoria maior e a teoria menor.

A teoria maior é a vertente que advoga a permissão da desconsideração da personalidade jurídica apenas em casos de abuso da pessoa jurídica, devendo-se, nas demais situações proteger a personificação e os efeitos de sua existência. Em outras palavras, segundo essa teoria, o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas está

¹⁰⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1180191/RJ**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 05 abr. 2011. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em 09 jun. 2011. p. 11-12.

¹⁰¹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.

¹⁰² **Ibidem**, p. 45.

vinculado à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva da personalidade jurídica¹⁰³. Essa parece ter sido a corrente adotada pelo Código Civil.

Subdivide-se a teoria maior em duas vertentes, uma subjetivista e uma objetivista. Elas são assim classificadas de acordo com a presença ou ausência do dolo fraudulento. Desse modo, a corrente objetivista é a que defende que a desconsideração carece de que se prove a intenção de cometer o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, devendo ser aplicada pela mera ocorrência de uma ou de outra hipótese. A seu turno, a corrente subjetivista exige que o ato propiciador da superação episódica da personalidade jurídica tenha se dado com escopo precípua de fraudar ou lesar credores. Ao fim, é bom que se diga, que o Código Civil de 2002 não impõe o elemento volitivo quando tipifica as possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica, de modo que se sobressai a teoria objetivista sobre a subjetivista¹⁰⁴.

Eis um excerto jurisprudencial demonstrando a aplicação da teoria maior pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

- A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica.
- A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva
- Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente¹⁰⁵.

Em contrapartida, a teoria menor é aquela que permite mais facilmente a violação da personalidade jurídica, bastando que exista o crédito. Em outros termos, para a teoria menor, caso o devedor pessoa jurídica esteja insolvente e penda dívida ainda não adimplida, pode ser

¹⁰³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: _____. **Estudos de direito público e privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 109.

¹⁰⁴ GÓIS, Jean-Claude Bertrand de. Perfil evolutivo da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil. **Revista da Esmese**, n. 11, 2008, p. 93.

¹⁰⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 970635/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 10 nov. 2009. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em: 01 dez. 2009.

desconsiderada sua personalidade¹⁰⁶. Apresenta-se assim como uma medida drástica, pois implica quase que a negação do instituto da personalidade jurídica.

Bom exemplo da aplicação da teoria menor é o abaixo transcrito, julgado pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

[...] - A teoria maior/ da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. [...]¹⁰⁷

Enfim, essa concepção vem sendo adotada nos casos de direito de hipossuficientes ou em danos ambientais, mas não deve ser aceita como regra uma vez não corresponde à “trajetória histórica e da própria essência da teoria da penetração, podendo até mesmo ser considerada perigosa e causadora de insegurança jurídica”¹⁰⁸, sendo a teoria maior a regra geral.

4.4 DO PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ANTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.4.1 Ponderações iniciais sobre a pesquisa jurisprudencial

Não obstante a previsão em diversos diplomas legais no que toca à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, antes do advento da lei 13.258/2015 (Novo Código de Processo Civil), a legislação brasileira era omissa quanto ao procedimento adequado a ser

¹⁰⁶ SOUZA, Vanessa Ribeiro Côrrea Sampaio. Desconsideração da personalidade jurídica: teoria e legislação no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 7, n. 9, dez. 2006, p. 412.

¹⁰⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 279273/SP**. Relatora: Min. Ari Pargendler. Julgado em: 04 dez. 2003. Diário de Justiça, Brasília, DF, publicado em 29 mar. 2004, p. 230.

¹⁰⁸ SOUZA, Vanessa Ribeiro Côrrea Sampaio. Desconsideração da personalidade jurídica: teoria e legislação no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 7, n. 9, dez. 2006, p. 412.

observado. A essa omissão a jurisprudência reagiu, buscando assentar os aspectos processuais para a correta aplicação do instituto.

Sucedo que inexistia uma coerência jurisprudencial acerca do que seria processualmente adequado nos casos de desconsideração, seja porque essa é muitas vezes determinada sem a contemplação dos requisitos essenciais ou mesmo por ofender a garantia do Devido Processo Legal. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica era constantemente decretada à míngua de uma formação democrática, discursiva e participada da decisão judicial.

Fato é que o posicionamento jurídico-processual heterogêneo e muitas vezes sem critérios pode trazer prejuízos aos participantes do processo, seja por certas vezes ferir a atividade econômica ou mesmo por incentivar fraudes empresariais, na medida que não era incomum que o Poder Judiciário chegasse a decisões diferentes em casos similares, muitas vezes desrespeitando o Devido Processo Legal.

Para os fins do presente trabalho, focar-se-á nas decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça, eis que é o órgão responsável pela interpretação da Lei infraconstitucional em última instância, o que permite a constatação empírica da existência de aplicabilidade do instituto.

Igualmente, embora a aplicação do direito material não seja indiferente, a abordagem dos temas processuais controvertidos são mais relevantes no contexto desta dissertação, de modo que é essencial tratar sobre: 1) a prova exigida para a decretação da desconsideração; 2) a forma processual adequada e oportunidade para a sua arguição; 3) prazo para ajuizamento; 4) necessidade de manifestação prévia da pessoa que se pretende atingir.

No que tange à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, esses são os temas ligados às garantias processuais constitucionais, exigindo tratamento atento de modo a assegurá-las.

Entende-se essencial esse resgate da jurisprudência anterior à Lei 13.105/2015 para que seja aferido o entendimento dos tribunais em um passado recente, para que se possa averiguar até que ponto ela influenciou a nova legislação, realizando uma análise dos seus pontos convergentes e divergentes para, em capítulo posterior, proceder-se com uma crítica do sistema legal hoje em vigor.

4.4.2 Da prova exigida

Analisando-se em primeiro lugar a prova exigida, percebe-se que há dois polos extremos, de um lado quem defendia a possibilidade de decretar a desconsideração pela presença da mera insolvência ou indícios de fraude, e, de outro, quem exigia a comprovação efetiva, como ilicitudes já declaradas em outros processos.

Essencial que se verifique, de início, o caso concreto, e o fundamento legal em que ele se baseia, sendo bem diferente a prova exigida com fulcro no artigo 50 do Código Civil daquela exigida pelo artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, a teor do que já foi aqui exposto no tópico 4.3 em relação às teorias maior e menor.

É verdade que mesmo em casos com fundamento legal idêntico, há uma certa amplitude na variação da qualidade da prova, o que depende muito do caso analisado, não havendo um consenso nos mais diversos tribunais pátrios a esse respeito. No entanto, para os fins deste trabalho, como já dito, considerar-se-á o que foi gizado pelo Superior Tribunal de Justiça.

É bem verdade que, em regra, é vedado a tal corte de justiça a análise de fatos e provas, inclusive no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica, por força do enunciado 7 de sua súmula¹⁰⁹. No entanto, isso não impediu que fossem fincadas algumas premissas em relação à qualidade da prova exigida nos processos que discutam esta matéria.

Quando embasada no artigo 50 do Código Civil, o STJ entende que a deve haver prova robusta e concreta de fraude ou abuso de personalidade que prejudiquem terceiros, não bastando para a sua aplicação meros indícios, tais como a dissolução irregular da sociedade sem baixa na junta comercial, a mudança de endereço ou a mera insolvência da empresa, por exemplo, conforme precedente do Recurso Especial 970635/SP, já citado no tópico 4.3.

¹⁰⁹ O enunciado 7 da súmula do STJ consolidou entendimento antigo neste tribunal, tendo sido publicado no longínquo ano de 1990 e permanece em voga até hoje, possuindo a seguinte redação “SÚMULA 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 7. Julgado em: 28 jun. 1990. Diário de Justiça, Brasília, DF, publicado 03 jul. de 1990). Tal entendimento serve também aos casos de desconsideração da personalidade jurídica, como se abstrai do seguinte julgado: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SÚMULA 7/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. [...] 3. A conclusão a que chegou o Tribunal de origem, acerca da presença dos requisitos autorizadores para a desconsideração da personalidade jurídica, decorreu de convicção formada em face dos elementos fáticos existentes nos autos. Rever os fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal (Súmula 7/STJ) e impede o conhecimento do recurso por ambas alíneas. [...]” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 716221/RJ**. Relator Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 10 nov. 2015. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado 17 nov. de 2015).

Por sua vez, quando o caso tratar do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, ou outro caso que a teoria menor tenha aplicabilidade, são suficientes meros indícios, até mesmo presunções, como a alteração não anunciada de endereço da parte devedora, para que seja decretada a desconsideração, conforme o precitado Recurso Especial 279273/SP. Nesse caso, pode-se dizer que a jurisprudência optou por realizar uma inversão do ônus da prova, sendo fardo do executado e da pessoa atingida pela desconsideração comprovar a impossibilidade de sua decretação no caso.

Outro ponto essencial na discussão da prova exigida diz respeito ao caráter provisório ou definitivo do juízo de convicção emergente da própria prova. Questiona-se aqui, se o pedido de desconsideração pode ser arrimado em prova nova e unilateral ou se necessariamente em prova definitiva e inconteste, já submetida ao contraditório, ainda que no processo de conhecimento. Tal questão é importante para saber se a decisão judicial será dotada de um caráter universal, tornando-se legitimada e, assim, respeitadora do Devido Processo Legal e do Estado Democrático de Direito.

Todavia, o STJ parece ter adotado a tese de que a prova não precisa ser definitiva, sendo que a prova produzida unilateralmente, mesmo em se tratando de prova nova, não existente em fase anterior do processo nem submetida ao contraditório, pode ser suficiente para fundamentar a decisão de desconsideração da personalidade jurídica, conforme se perceberá pelo que será exposto no tópico seguinte.

4.4.3 Da forma processual e oportunidade para sua arguição

Feitas essas considerações, há de se perquirir quando e como a desconsideração tem espaço no processo civil. Tais questões são de tamanho relevo, uma vez que a desconsideração é medida excepcional, que invade esfera patrimonial de um terceiro *a priori* não responsável, que demanda cognição suficiente para que se prove a presença dos requisitos de fraude ou abuso a justificar sua utilização.

Portanto, sob a ótica do Devido Processo Legal, garantia imanente ao Estado Democrático, essa questão é de extrema importância, uma vez que a possibilidade de expropriação de bens de terceiros sem um procedimento de defesa adequado desses parece por demais temerária e inquisitiva.

Nesse passo, há quem diga que, por ser uma medida extraordinária deve ser fartamente provada, sendo que eventual fraude cometida há de ser apurada como fato constitutivo do direito do credor se beneficiar e executar os bens diretamente dos sócios,

necessitando de um processo cognitivo. Em sendo assim, o credor que deve provar a fraude, demandando um processo de conhecimento autônomo, no qual o magistrado sentenciaria pela existência ou não da ilegalidade¹¹⁰.

A tese aventada é defendida por respeitáveis juristas, vozes que ecoam no sentido de acreditar ser indispensável dilação probatória exauriente, por processo autônomo, sendo incorreto desconsiderar a personalidade por meio de decisão interlocutória¹¹¹. Recorre-se ao escólio de Fábio Ulhoa Coelho¹¹² para falar sobre o tema, que, citado por Grinover, afirma que:

o pressuposto inafastável da desconsideração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados. Ora, se assim é, o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores.

Para essa corrente, portanto, seria impensável que ocorresse a desconsideração no próprio processo de execução, pois o credor, ainda que vislumbrasse o ato fraudulento, não teria como executar diretamente contra a pessoa dos sócios por carecer de título executivo para tanto, o que só poderia se adquirir por meio de processo judicial diverso. Ademais, a instauração de novo processo garantiria a citação do sócio, de modo que esse pudesse exercer o contraditório e a ampla defesa de modo pleno, alegando quaisquer matérias de defesa que lhe forem convenientes, bem como indicando as provas que intender produzir.

No entanto, esse não era o posicionamento que se observava nos processos cíveis em nível de Superior Tribunal de Justiça. Tal corte de justiça adotava, majoritariamente, posicionamento por uma segunda corrente, privilegiando a celeridade, dando a possibilidade de o credor fazer o pedido de desconsideração por mera petição nos autos do mesmo processo, bastando que se comprovassem os atos contrários aos ditames legais. Essa posição está consolidada na jurisprudência daquele tribunal superior há pelo menos mais de uma década, conforme se verifica de inúmeros julgados antigos, a exemplo do RMS 16105/GO, julgado no ano de 2003, de onde parte da ementa consta o seguinte:

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 6 jan./jun. 2006, p. 63.

¹¹¹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83-84.

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 6 jan./jun. 2006, p. 64-65.

Segue julgado antigo sobre o tema, no qual já se decidiu pela desnecessidade de processo autônomo: “Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Sociedades distintas no plano formal. Confusão patrimonial perante credores. Desconsideração da personalidade jurídica da falida em processo falimentar. Extensão do decreto falencial a outra sociedade. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal. [...] - A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. [...]”¹¹³

Esse posicionamento do STJ tinha como base a natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica, que, conforme já amplamente exposto no item 4.2, acaso decretada, acarreta a ineficácia relativa do contrato social e/ou estatuto da pessoa jurídica. Portanto, o STJ, assim como parte da doutrina¹¹⁴, vale-se do princípio da celeridade e de uma analogia para fundamentar a sua posição: se a fraude à execução, que também implica a ineficácia relativa (da alienação do bem), pode ser decretada por mera decisão nos próprios autos, a *desconsideração* igualmente poderia sê-la, prescindindo de processo autônomo de conhecimento com tal condão.

Nesse sentido, Suzy Koury¹¹⁵ fez um resumo do entendimento do precitado Tribunal Federal à época, ressaltando que:

o STJ tem deixado clara a desnecessidade de ação autônoma para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, já tendo decidido que o juízo falimentar pode determinar medida cautelar de indisponibilidade de bens das pessoas que abusaram da forma da pessoa jurídica, de ofício, na própria sentença declaratória da falência, desde que presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, como também entendido que, afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses.

Assim, ainda antes da edição do Novo Código de Processo Civil, era pacificado no Superior Tribunal de Justiça que a superação da pessoa jurídica se afirma incidentalmente dentro do próprio processo, suscitada por simples petição, seja na fase de conhecimento seja já com o processo em execução, mas não necessariamente como um incidente processual apartado nem tampouco como um processo incidente.

¹¹³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RMS 16105/GO**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 19 ago. 2003. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em 29 set. 2003.

¹¹⁴ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96-97.

¹¹⁵ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

4.4.4 Prazo para ajuizamento

Havia intensa discussão quanto ao prazo para pleitear a desconsideração da personalidade jurídica em se tratando de um processo civil. Como se sabe, o tempo exerce influência sobre o direito, podendo ser causa extintiva de determinada pretensão jurídica, quando não exercida em certo período (prescrição), ou requisito de validade de alguns outros direitos, que só podem ser exercidos em dado prazo, sob pena de não mais existirem (decadência)¹¹⁶.

A desconsideração, assim, poderia, em tese, ser atacada por esses dois institutos. Nesse ponto, cumpre esclarecer alguns conceitos essenciais para o desate da questão, especialmente o de prescrição e decadência, a fim de verificar se a hipótese referente à desconsideração se amolda a algum dos dois.

Cumpre diferenciar direitos subjetivos de direitos potestativos. O direito subjetivo é aquele que dá poder ao seu titular para exigir uma contraprestação de outro sujeito. Como bem acentua Caio Mário da Silva Pereira, “quem tem um poder de ação oponível a outrem [...] participa obviamente de uma relação jurídica [...] suscetível de expressão na fórmula poder-dever: poder do titular do direito exigível de outrem”¹¹⁷.

Há outras situações, no entanto, que o ordenamento reconhece propriamente a fórmula poder-sujeição, ou seja, o titular do direito o exerce, e outra pessoa apenas reconhece seu exercício. Neste caso, inexistente dever. Não há nada que o titular da sujeição possa fazer para frustrar o exercício do direito, mas apenas se submeter à situação¹¹⁸. Assim, Os direitos potestativos são apenas exercidos, sem nenhuma contraprestação necessária, ao passo que os direitos subjetivos estão sujeitos a violações, e, acaso violados, nasce a pretensão do titular do direito de exigi-los perante o violador.

Esta diferenciação é necessária para corretamente se distinguir prescrição de decadência. Aquela é a perda da pretensão de exigir o direito subjetivo violado, em razão de um lapso temporal, e esta é a perda do próprio direito potestativo, pela inércia do titular no seu exercício.

No caso da desconsideração, o direito do credor em fazer temporariamente ineficaz o ato constitutivo da sociedade, afastando as limitações sociais de responsabilidade, superando episodicamente a pessoa jurídica, vem diretamente da lei. Ao se pleitear a superação, o credor

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 679-680.

¹¹⁷ **Ibidem**, p. 36.

¹¹⁸ **Ibidem**, p. 37.

exerce um direito potestativo, pois independe de contraprestação do devedor. Ele apenas tem o direito amparado e exerce-o. Ademais, inexistente direito subjetivo do credor violado que faça surgir uma pretensão. Em sendo assim, se eventualmente houvesse perecimento do pleito de desconconsideração seria por decadência. A essa conclusão também chegou o Ministro Luís Felipe Salomão quando assim relatou em seu voto no REsp 1180191/RJ, que orientou o STJ sobre o tema em debate, *in verbis*:

ao se pleitear a superação da pessoa jurídica, depois de verificado o preenchimento dos requisitos autorizadores da medida, o petionário exerce um direito potestativo de ingerência na esfera jurídica de terceiros, da sociedade e dos sócios, os quais, inicialmente, pactuaram a separação patrimonial entre pessoas jurídica e natural. [...] a circunstância de o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica consubstanciar-se em exercício de direito potestativo – e reclamar, por outro lado, uma tutela de natureza constitutiva -, poderia conduzir à conclusão de que tal pedido estaria, em tese, sujeito a prazo decadencial¹¹⁹.

Nesse sentido, impende ressaltar que os prazos decadenciais devem ser taxativamente previstos, pois inexistente regra geral para o exercício de direitos potestativos, como há para os direitos subjetivos (em virtude do prazo geral de prescrição previsto no Código Civil). Portanto, só apenas alguns direitos potestativos são sujeitos à decadência, exatamente aqueles que o legislador estabelece que sejam exercidos dentro de certo período. Logo, não havendo prazo para exercer o direito de pleitear a desconconsideração da personalidade jurídica, não há de se falar em prescrição ou mesmo decadência, sendo esse o entendimento dominante no STJ, conforme o julgado citado.

Bom que se diga que há quem sustente que caberia, por analogia, ou prazo da ação revocatória ou da pauliana. Nada obstante, como visto anteriormente, a desconconsideração objetiva apenas invalidar episodicamente a pessoa jurídica, e não negócios ou atos jurídicos, de modo que não se assemelha aos institutos. Em sendo assim, não cabe qualquer analogia no caso.

4.4.5 Necessidade de manifestação prévia da pessoa que se pretende atingir

Talvez o ponto mais controvertido do tema seja a possibilidade de decretação da desconconsideração no bojo do próprio processo sem a manifestação prévia das pessoas estranhas ao processo que se pretende atingir, isso porque devem ser garantidos os princípios

¹¹⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1180191/RJ**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 05 abr. 2011. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em: 09 jun. 2011. p. 13.

constitucionais do contraditório e/ou ampla defesa, de modo a permitir a contra-argumentação e defesa de quem não faz parte da relação jurídica originária.

Como visto, o STJ já aceitava que o requerimento de quebra fosse feito por petição nos próprios autos. Resta saber se a desconsideração podia ser acatada pelo juiz em decisão interlocutória, sem a oitiva prévia dos sócios (ou da sociedade, no caso da desconsideração inversa) alvos da desconsideração.

O entendimento então prevalecente no Superior Tribunal de Justiça era o de que o contraditório poderia ser postergado para o momento em que o terceiro alheio ao processo - como, por exemplo, a pessoa natural (o sócio) - demonstrasse irresignação contra o provimento judicial. Em outras palavras, considerava-se desnecessária até mesmo a intimação do terceiro antes de ser julgado procedente o pedido para desconsideração da pessoa jurídica. Assim, não havia de se falar em citação, pois não é necessária a instauração de um novo processo.

Esse entendimento se coadunava com parte da doutrina¹²⁰, situando a posição dos sócios (ou sociedades, na desconsideração inversa) como terceiros, e como eles poderiam ingressar posteriormente na lide, exercendo a partir daí sua defesa por meio de embargos de terceiros, exceção de pré-executividade ou mesmo agravo de instrumento, independentemente de contraditório prévio.

Esse entendimento foi pacificado e perdurou durante muito tempo, inclusive depois do advento do Novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, como se pode notar do julgado abaixo, cuja ementa parcialmente se transcreve:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. MATÉRIA ESTRANHA À FINALIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS ATINGIDOS. PRECEDENTES. VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADA. 4. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] 3. Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa. Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ. [...]¹²¹

¹²⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88.

¹²¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1459784/MS**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 04 ago. 2015. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em 14 ago. 2015.

Percebe-se, no ponto em questão, um embate entre as garantias jurídico-processuais do contraditório e ampla defesa e o princípio da razoável duração do processo, inserido por ocasião da Emenda Constitucional 45/2004, e que também se encontra inserido em um conceito amplo de Devido Processo Legal.

Ocorre que o princípio da razoável duração processual deve ser compreendido como a busca por uma economia máxima no processo - de tempo e de forma - sem prejuízo ou preterição das demais garantias processuais constitucionais, pois, caso contrário, estar-se-ia ferindo de morte o próprio Estado Democrático de Direito.

Assim é que, como será demonstrado adiante, o legislador optou por dar novos contornos no que se refere à necessidade de manifestação prévia da pessoa que se pretende atingir com a desconsideração, visando a um processo discursivo, garantindo a legitimidade da decisão judicial por um procedimento mais democrático, e que certamente deve ser observado pela jurisprudência nos casos futuros.

5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL-CONSTITUCIONAL E A JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA

5.1 EM BUSCA DE UMA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA

Apresentadas as premissas deste trabalho, fundamental analisar, doravante, como a realidade jurídico-processual brasileira se comporta e como, no contexto do Estado Democrático de Direito, ela deve se comportar. Daí ser essencial, neste momento, realizar uma análise da teoria do processo, a fim de demonstrar como ela pode melhor ser compatibilizada com o princípio do Devido Processo Legal.

A jurisprudência brasileira comumente subverte o conceito de processo, conferindo-lhe uma interpretação demasiadamente instrumental. Não é que se negue o caráter instrumental do processo, mas é que tal característica levada ao extremo, em especial quando releva os princípios processuais constitucionais, finda por empobrecer a Teoria do Processo, engessando-lhe de tal modo a permitir decisões solipsistas do juiz, em detrimento da discursividade entre as partes diretamente interessadas, sendo tais provimentos jurisdicionais, portanto, menos legitimados.

É imperioso que o processo judicial busque o máximo de participação dos envolvidos, não se reduzindo a reproduzir o modelo jurídico imposto, visando, assim, à integração social pela pacificação de conflitos. Deve-se evitar o que Luiz Moreira chama de secundarização da participação política, quando:

A democracia cede lugar à burocracia, pois a exigência democrática da participação política e do exercício da cidadania submete-se à forma como esses direitos políticos são exercidos, portanto, ao modo como se exige que eles sejam efetivados através de preceitos burocráticos. Ora, não se trata de negar ao cidadão seu direito ao voto, à associação e à participação, mas tão-somente de criar procedimentos burocráticos que se fazem indispensáveis à participação, o que evidentemente cria um embaraço, pois, tentando institucionalizar a participação política através da criação de procedimentos que lhe dêem efetividade, acaba-se por impedir que grande parte dos cidadãos tenham acesso a essas vias, o que acontece em todas as esferas da vida pública e política.¹²²

O processo jurisdicional deve, antes de tudo, servir como garantia de participação democrática, conferindo legitimidade aos provimentos jurisdicionais nele emanados, transcendendo a legitimidade pela mera legalidade, harmonizando-se, assim, com as exigências do Estado Democrático. Isso porque

¹²² MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004, p. 58-59.

a legitimidade é uma imposição da democracia, pois o exercício do poder esteja ele alicerçado nessa ou naquela função estatal, deve ser resguardado pela legitimidade que se verifique em sua efetiva realização. Por isso que num Estado Democrático a legitimidade não pode advir só da legalidade, principalmente quando se tem a participação popular como pressuposto para a sua configuração¹²³.

De outro lado, impensável que a participação processual seja dissociada dos preceitos constitucionais que ditam as regras do processo. Dito de outro modo, a busca pela discursividade dentro do processo deve ser acompanhada da observância do Devido Processo Legal, como forma de garantir a validade das decisões judiciais nele tomadas.

Assim, é necessário que haja uma teoria do processo jurisdicional ao mesmo tempo comprometida com o princípio democrático e com o Devido Processo Legal-Constitucional, cuja formulação aqui se ancora nas premissas e conceitos de Jurgen Habermas em sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, a partir da qual se acredita possibilitar uma fundamentação do processo como instrumento de integração social que vise uma Jurisdição Democrática, adequada ao modelo atual de Estado.

5.2 TEORIA GERAL DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: O PROCESSO COMO MEIO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL

No Estado Democrático de Direito, em que a força normativa da Constituição paira sobre todo ordenamento jurídico, o processo judicial deve seguir o regime constitucional que o rege, tanto no que diz respeito à sua estruturação como aos princípios constitucionais que o orientam.

No caso do Brasil, resta muito claro que a Constituição introduz um modelo constitucional de Processo, albergando vários dispositivos que caracterizam uma tutela constitucional, tornando-a indispensável para a legitimidade do processo. Uma das garantias do processo instituídas pioneiramente pela atual carta magna foi a insculpida no inciso LIV do art. 5º que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal”¹²⁴.

O conteúdo do Devido Processo Legal é amplo, entendendo-se esse como:

o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos público subjetivos (ou poderes faculdades processuais) destas,

¹²³ GOÉS, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 218.

¹²⁴ Art. 5º, inciso LIV. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, Brasília. 05 out. 1988.

mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.¹²⁵

Dentre a série de garantias institucionalizadas pelo Devido Processo Legal, pode-se citar o contraditório e a ampla defesa, a igualdade processual, o dever de motivação e publicidade das decisões judiciais, a vedação de obtenção de provas por meios ilícitos, o juiz natural, dentre outros¹²⁶.

Como bem explicita André Del Negri: “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”¹²⁷.

O Devido Processo Legal permite, nesse sentido, que o processo tenha contornos mais democráticos e discursivos, na medida em que exige que a Jurisdição - e, portanto, as decisões judiciais - seja exercida rigorosamente à luz da disciplina constitucional. É por isso que Rosemiro Leal afirma que:

o devido Processo Constitucional, como instituição constitucionalizada, explicita-se pelos elementos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia configurativos de sua teorização, afirmando-se como referente jurídico-discursivo da procedimentação em todos os níveis de atuação da Comunidade Jurídica.¹²⁸

O viés democrático potencializado pela implementação do Devido Processo Legal informa o processo no sentido de exigir da sua conformação um verdadeiro compromisso com a concretização da Constituição e dos direitos fundamentais titularizados pelos cidadãos¹²⁹. Por isso são precisas as palavras do Professor Ricardo Tinoco de Goés ao aduzir que:

a atuação individualista dos órgãos de jurisdição, inclusive com posturas às vezes propensas aos julgamentos monológicos e solipsistas, é incompatível com a democracia, igualmente incompatível é a atuação radicalmente restritiva, que vem a comprometer principalmente a eficácia dos direitos que são expressamente resguardados pela Constituição.¹³⁰

¹²⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88.

¹²⁶ **Ibidem**, p. 89.

¹²⁷ DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 74.

¹²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Thomson-IOB, 2005, p. 103.

¹²⁹ GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011, p. 305.

¹³⁰ GÓES, Ricardo Tinoco de. A legitimidade decisória da jurisdição segundo os postulados da democracia deliberativa: a teoria de Jürgen Habermas em base prospectiva. **Pensamento Jurídico - Revista da Faculdade Autônoma de Direito**, v. 8, n. 2, 2015, p. 145.

O papel da Jurisdição e do Processo estão impregnados, ou deveriam estar, do princípio democrático, devendo se constituir como alicerces da participação ativa e eficaz dos jurisdicionados e partes processuais. A informação democrática deve, porquanto, influenciar o objetivo desempenhado tanto pela Jurisdição como pelo Processo, devendo esses dois se espelharem na preocupação de resguardar, mediante a democracia, o direito de todos que têm direito, sendo essa a finalidade maior da democracia, em sua faceta material¹³¹.

Não resta outra alternativa à jurisdição senão pelo devido processo constitucional, respeitadas todas as suas garantias, de modo que o processo não seja um mero instrumento para a aplicação de direitos, mas sim um legitimador das condutas tomadas pelo Estado-juiz.

Nesse sentido, foi primordial a doutrina do italiano Elio Fazzalari que deu novos contornos ao processo ao propor sua teoria estruturalista, para a qual o processo seria o procedimento realizado em contraditório e não um mero instrumento da jurisdição. A partir daí foi possível invocar a ideia de legitimação das decisões judiciais pelo procedimento com a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo, o que melhor se adéqua aos postulados da democracia¹³².

Com base na garantia democrática do Devido Processo Legal, inserida na Constituição pelos cidadãos, os destinatários dos provimentos judiciais não podem estar adstritos de sua formação sob pena de afronta às garantias constitucionais, sendo necessário que a atividade do Estado-Juiz seja feita com plena participação das partes processuais. Portanto, a base legitimadora da jurisdição no Estado Democrático de Direito é, em última instância, a própria soberania popular, daí Rosemiro Leal afirmar que:

a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos), de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, da alteração, do reconhecimento e da aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade.¹³³

¹³¹ GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011, p. 306.

¹³² DINAMARCO, Candido Rangel, A Instrumentalidade do Processo, 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 155-157.

¹³³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Thomson-IOB, 2005, p. 100.

Parece ter seguido essas lições o legislador brasileiro, que, por ocasião da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), incluiu notáveis artigos sobre o tema. O artigo 9º, por exemplo, determina que: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”¹³⁴. Por sua vez, o artigo 10º assevera que: “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 deva decidir de ofício”¹³⁵.

Em resumo, abstrai-se da doutrina processual moderna, da Constituição e inclusive da lei processual civil, que o magistrado deve, obrigatoriamente, propiciar a participação das partes na formação do provimento, fomentado o debate. A teoria do processo moderno exige que ele seja um procedimento dialético, a promover uma discussão ampla entre todos os envolvidos. O processo deve ser um procedimento estruturado na forma de contraditório, sendo imprescindível o respeito ao Devido Processo Legal. O princípio democrático privilegia o debate e não a decisão judicial, eis que aquele que legitima esta. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma decisão ilegítima e, inclusive, inconstitucional, como se verá adiante.

Já fincada a necessidade de uma teoria do processo moldada ao Estado Democrático de Direito, tendo como paradigma o sistema processual constitucional, em especial o Devido Processo Legal, necessário fazer uma breve reflexão sobre a função e espaço do processo nesse cenário, especialmente no que toca à resolução de conflitos e interesses do Estado e, em última instância, do povo, dos cidadãos.

Na sociedade hodierna, plural, moderna e complexa, experimenta-se um nível de desagregação e exclusão social sem precedentes, com altíssimo risco de dissenso nas tomadas de decisões estatais, seja no Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário. Não é à toa que Habermas aduz que:

Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida; e, na medida de seu desencantamento, decompõe-se os complexos de convicções sacralizadas em aspectos de validade diferenciados, formando os conteúdos mais ou menos tematizáveis de uma tradição diluída comunicativamente.¹³⁶

¹³⁴ BRASIL. Lei 13.105. **Institui o Código de Processo Civil**. Presidência da República, Brasília. 16 mar. 2015.

¹³⁵ BRASIL. Lei 13.105. **Institui o Código de Processo Civil**. Presidência da República, Brasília. 16 mar. 2015.

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 44.

Daí o grande problema: “como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso”¹³⁷?

Sabe-se que a Jurisdição, poder-dever do Estado de dirimir conflitos e impor decisões, tem o escopo precípua de pacificação social, sendo isso nota distintiva em relação aos demais poderes-deveres do Estado, o de legislar e de administrar. A pacificação é o objetivo maior da jurisdição e, por consequência, de todo sistema processual, relacionando-se com o resultado do seu exercício perante a sociedade vida dos seus membros¹³⁸. Enfim, é no Poder Judiciário que desaguam as mais diversas desavenças da vida dos cidadãos e do próprio Estado.

Ora, para os padrões de democracia exigidos na atual configuração do Estado é muito tímida, para não dizer ineficiente, que a participação popular se dê unicamente pelo sufrágio, sendo imperioso que todos os cidadãos participem ativamente do processo de tomada de decisões, para que essas tenham como base o melhor argumento e se tornem mais legítimas.

Assim é que o processo exsurge como um locus propício à deliberação dos que nele são interessados diretamente, para que, por meio do discurso, senão criarem o direito regulador da situação jurídica controvertida, participem dessa criação de maneira prospectiva.

Portanto, na sociedade pós-moderna, cada vez mais pluralista e menos propensa ao consenso, o processo pode – e deve – ter o condão de promover a integração social, uma vez que vai além de garantir a mera participação do cidadão, mas possibilita a gestão da própria decisão estatal.

5.3 A TEORIA DISCURSIVA DO PROCESSO

Antes de tratar propriamente de uma teoria discursiva do processo, cumpre tecer alguns comentários sobre a teoria discursiva do direito, essa entendida, para os fins da presente dissertação, de acordo com o pensamento filosófico de Jurgen Habermas, especialmente em sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”.

Isso se faz necessário uma vez que a teoria discursiva do direito se apresenta como pressuposto lógico à formulação de uma teoria discursiva do processo. Dessa forma, ainda que brevemente e sem esgotar o conteúdo da doutrina do citado mestre alemão, apresenta-se apenas o que é imprescindível para a construção dessa teoria, sendo expostos, doravante, os elementos e conceitos fundamentais que compõem a teoria discursiva habermasiana.

¹³⁷ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 46.

¹³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

5.3.1 Racionalidade comunicativa e o direito como *médium* entre facticidade e validade

O processo de institucionalização da democracia dentro de um Estado de Direito, liga que culminou com o Estado Democrático de Direito, pressupõe a participação do cidadão, este sujeito capaz de subjetividade. Capacidade esta que lhe permite construir, de forma independente, opiniões individuais e responsável sobre qual a melhor alternativa de vida, mundo e da sociedade. Da mesma forma, tal característica permitiu a consolidação de um “um sujeito privado, que também pode assumir os papéis de membro da sociedade civil, do Estado e do mundo”¹³⁹.

Testemunha-se hoje a institucionalização do novo papel do cidadão: o cidadão, na sua qualidade de indivíduo, que articula seus atos privados de acordo com as exigências sociais e interesses coletivos exibidos em um contexto sociocultural. Ou seja, o reconhecimento das relações interpessoais no campo normativo, instituições legais e propósitos comuns fazem com que o indivíduo paute suas ações conforme as diretrizes que garantam a todos os cidadãos entenderem-se uns com os outros sobre os problemas que o mundo enfrenta hoje. Assim é que o momento histórico atual permitiu a incorporação da dimensão histórica na estruturação da identidade dos sujeitos individualmente considerados, fundindo correntes filosóficas aparentemente opostas.

Insurgiu da dinâmica e complexidade da sociedade pós-moderna uma necessária junção das sobreditas correntes filosóficas aparentemente contraditórias, a que focava em “uma sociedade centrada no Estado e a da sociedade composta de indivíduos”¹⁴⁰. Nesse sentido, Habermas afirma que: “a filosofia prática da modernidade parte da ideia de que os indivíduos pertencem à sociedade como os membros a uma coletividade ou como as partes a um todo que se constitui através da ligação de suas partes”¹⁴¹.

Daí ser o Direito uma instância de articulação, elo que torna possível a gestão democrática da sociedade pós-moderna por meio de procedimentos institucionalizados, garantindo aos cidadãos a participação e deliberação em torno dos problemas a se resolver ou das decisões a se tomar, permitindo o uso público da razão como parte do estilo de vida democrática.

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 17.

¹⁴⁰ **Ibidem**, p. 17-18.

¹⁴¹ **Ibidem**, p. 17.

Essa ideia do Direito como instância articuladora é justamente a proposta da teoria da ação comunicativa de Habermas, tendo como elemento central a razão comunicativa, sendo que esta se distingue da razão prática “por não estar adstrita a um nenhum ator singular nem a um macrossujeito político”¹⁴². A razão comunicativa, assim, tem como pressuposto os atos de fala pragmáticos, que tornam possível aos interlocutores uma comunicação direcionada na busca “da construção e manutenção de ordens sociais”¹⁴³.

Os participantes devem fazer uso da linguagem, atribuindo um conteúdo proposicional aos seus atos de fala, e, por sua vez, comprometem-se com suas opiniões emitidas, de tal modo que seu argumento pode ser normativamente acordado e reconhecido pela comunidade, refletindo-se no seu comportamento. Assim, os interlocutores devem articular sua fala comprometidos com a verdade e sinceridade na tentativa de gerar uma comunicação inclinada ao consenso.

A teoria da ação comunicativa de uma comunicação que intenta o consenso possui, assim, condições pragmáticas prévias que validam os atos da fala, e supõe que a comunicação tem que começar percebendo que:

os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso¹⁴⁴

De tal forma, os interlocutores fazem suas escolhas considerando as condições mínimas acordadas para que as relações interpessoais entre eles possam ser estabelecidas. Igualmente, eles assumem as obrigações e as consequências da atividade comunicativa, de modo que “as forças ilocucionárias dos atos de fala venham a ser utilizadas para a coordenação de planos de ação de diferentes atores”¹⁴⁵.

O que a teoria da ação comunicativa propõe é um conjunto de condições e regras que podem se tornar a base virtual da “fala factual” e do entendimento nas relações interpessoais. Condições que permitem localizar o ato de fala em seu ambiente natural: o estilo de vida. A rigor, emitir um ato de fala significa recorrer a um conjunto de condições (convenções) que configuram uma realidade social alheia à ideia de uma linguagem exclusivamente privada.

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 20.

¹⁴³ **Ibidem**, p. 35.

¹⁴⁴ **Ibidem**, p. 20.

¹⁴⁵ **Ibidem**, p. 35.

A razão comunicativa articula, pois, condições pragmáticas que fazem possível a comunicação orientada para o entendimento, e não prescreve ou propõe qualquer conteúdo que os participantes devam seguir. Na verdade, a razão comunicativa abarca, de um lado, o domínio das condições pragmáticas da fala (Verdade proposicional, veracidade subjetiva e correção normativa), e, de outro, “se refere apenas às intelecções e asserções e abertas a um esclarecimento argumentativo”¹⁴⁶. Reconhecer as dimensões acima, que constituem a razão comunicativa, implica compreender que existem dois elementos diferentes que se cruzam e se complementam. Supõe-se que essas dimensões compreendem a normatividade e a racionalidade da ação orientada para o entendimento.

Essas diferenças se destacam ao visualizar seu impacto na formulação de uma teoria normativa do direito e da moral como instância que permite “discursos formadores da opinião e preparadores da decisão, na qual está embutido o poder democrático exercitado conforme o direito”¹⁴⁷. Percebe-se que Habermas localiza a comunicação no campo do direito, questão fundamental para reconhecer que a

formação política da vontade do Estado, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida¹⁴⁸ de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos¹⁴⁹

Isso equivale, em vigor, em integrar “uma teoria contemporânea do direito” com a concepção clássica da democracia, uma vez que a organização social, como uma estrutura organizada a partir de instituições legítimas e equitativas, passa a ser o resultado de uma atividade social construtiva que passa por um processo de compreensão entre os participantes que agem de acordo com suas convicções, respeitadas as divergências entre eles.

A noção de integração que reconhece essa teoria do direito contemporâneo para o desenvolvimento das sociedades, adota e reconhece a prestação de compromisso a ser observado por todos os participantes ante as consequências geradas a partir de seus atos de fala, ou seja, a disposição dos participantes em se comprometer com antecedência, às consequências trazidas por suas ações linguísticas. Da mesma forma, a integração supõe nos

¹⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 21.

¹⁴⁷ **Ibidem**, p. 21.

¹⁴⁸ O conceito de mundo da vida é essencial para a teoria do agir comunicativo, constituindo-se do “complexo heterogêneo de formas de vida expressas linguisticamente e que compõem o horizonte de sentido de que se servem os atores sociais, representando o pano de fundo onde vivifica o agir comunicativo” (GOÉS, 2013, p. 70).

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 22.

participantes a compreensão do conjunto de conhecimentos especializados que validam o ordenamento normativo trazido por uma comunidade como parte de sua horizonte de vida.

É claro que uma teoria do direito pós-moderna, que integre os elementos da teoria da ação comunicativa, necessita ultrapassar a alternativa de uma “ordem estabilizada através da força e ordem legitimada racionalmente”¹⁵⁰ para um paradigma que reconheça a complexidade da interação social (facticidade) e a comunicação orientada para o consenso (validade) pelos participantes do processo de tomada de decisões.

Em outras palavras, essa perspectiva que articula ou integra dimensões pressupõe procedimentos metodológicos mediados pelo diálogo entre pontos de vista oriundos de diferentes tradições. Diálogo esse que permite, em termos de uma teoria do discurso jurídico, a complementaridade entre direito positivo e direito normativo¹⁵¹.

Deve-se, ponderar, enfim, o papel do direito nessa sociedade complexa pós-moderna, orientada pela teoria do agir comunicativo. Habermas bem explicita esse papel, ao afirmar que essa teoria toma a arriscada decisão de tentar assimilar a tensão entre facticidade e validade na medida em que:

ela preserva, de um lado, o engate na interpretação clássica de um nexo interno entre sociedade e razão, que pode ser mediado de diferentes maneiras, portanto um nexo entre circunscrições e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social; de outro lado, ela não abandona a idéia de uma condução consciente da vida. E, ao optar por isso, envolve-se num problema: como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentais? O medium do direito apresenta-se como um candidato para tal explicação, especialmente na figura moderna do direito positivo. As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado¹⁵²

5.3.2 A teoria discursiva do direito

Para melhor entendermos a teoria discursiva do direito de Habermas, em primeiro lugar, é necessário expor a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, focada no

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 22.

¹⁵¹ Isso porque a teoria do discurso, em princípio, firmou-se apenas no campo ético e moral, mas, nos termos da teoria habermasiana, a moral pós-tradicional orientada por princípios depende de uma complementação do direito positivo, de modo que a teoria discursiva do direito não é exclusivamente normativa, saindo dos “trilhos convencionais da filosofia política e do direito” (HABERMAS, v. 1, 1997, p. 23).

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 25.

princípio monológico do juiz Hércules, que, sozinho, basta-se na análise dos fatos e na obtenção da fórmula que melhor fará justiça diante do caso concreto que lhe foi apresentado.

Isso porque ele faz uso, para construção da sua teoria, do modelo ideal dworkiano que se trata “de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade e condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração”¹⁵³.

Essa proposta ao mesmo tempo se aproxima e se distancia de Habermas, pois ele defende uma jurisdição que deve albergar dois componentes, quais sejam: a segurança e a legitimidade.

Percebe-se a aproximação ao passo que o direito como integridade reconhece a existência de uma comunidade em que os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, obrigando cidadãos e órgãos da jurisdição¹⁵⁴, satisfazendo os predicados da legitimidade e da segurança.

No entanto, a teoria de Dworkin é refutada na medida em que apregoa que a aplicação da norma deve ser realizada de modo solipsista pelo juiz, com base em seus conhecimentos próprios, em desprestígio da argumentação. Para Habermas o procedimento deve ser mais importante do que propriedades individuais, como a capacidade para escolha racional, ou boas intenções, ou motivações apropriadas¹⁵⁵.

A teoria do direito como integridade carece de diálogo, pois o juiz Hércules não convive com outras pessoa, construindo suas decisões monologicamente. O próprio Dworkin parece reconhecer a falibilidade de sua teoria, ao afirmar que:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto¹⁵⁶.

Assim, a teoria habermasiana é desenvolvida a partir do discurso jurídico, fincadas em bases mais democráticas possíveis, conferindo aos cidadãos uma maior liberdade, a fim de legitimar as decisões por eles tomadas, já que não dependem de uma instituição salvadora

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 260.

¹⁵⁴ **Ibidem**, p. 267.

¹⁵⁵ **Ibidem**, p. 941.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 294.

como o juiz Hércules. Aliás, Habermas encontra na própria teoria do direito como integridade uma incongruência interna, já que:

o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma idéia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político apenas tomam de empréstimo ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo. [...] Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente. [...] “Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.”¹⁵⁷

Portanto, Habermas reconhece que os conflitos entre justiça e equidade sugerem um terceiro elemento - tal qual na teoria da integridade de Dworkin, que reconhece a integridade -, qual seja, o discurso, que é capaz de absorver a política e o Direito. Em outras palavras, o procedimento cria um paradigma para aliviar o fardo de Hércules, eis que esse passa a buscar consentimento de sua decisão pelos envolvidos no processo, que deixam de ser meros espectadores para participar argumentativamente do processo decisório.

Ou seja, para Habermas a decisão do juiz Hércules é deslegitimada, sendo que para a teoria do discurso: “a correção das decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo”¹⁵⁸.

Habermas também é contrário à teoria da ética discursiva de Robert Alexy, que tem como premissa a tese do caso especial, pela qual esse afirma ser o discurso jurídico um caso diferenciado de discurso prático geral, segundo o qual, incorporando a moral ao discurso jurídico, quando a “lei, precedente e dogmática não determinam a resposta a uma questão jurídica, o que define casos difíceis, são necessárias valorações adicionais, que não deixam desprender somente do material fundado em autoridade dado”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 276-278.

¹⁵⁸ **Ibidem**, p. 287.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 39-40.

Quando o que for fundado em autoridade ou institucional não der a resposta, a fundamentação da pretensão de correção do direito deve ser baseada justamente nas ditas valorações adicionais, que nada mais são do que elementos morais incorporados ao direito. Assim, Alexy não distancia o discurso jurídico do discurso moral, aproximando a correção moral e a jurídica, eis que ele apregoada uma “união necessária de direito e moral”¹⁶⁰.

A limitação institucional do discurso jurídico autorizaria a utilização do discurso prático em geral, que inclui argumentos morais. Para viabilizar a praticidade da tese especial, Alexy cria uma fórmula para determinar o modo como se devem apreciar os princípios uns em detrimento dos outros¹⁶¹.

Não obstante, na medida em que este busca legitimar o direito na moral, Alexy se esquece do princípio democrático, pois, como bem memora Habermas:

Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. [...] esse processo é mais complexo do que a argumentação moral, porque a legitimidade das leis não se mede apenas pela correção dos juízos morais [...]. É verdade que discursos jurídicos podem ser analisados seguindo o modelo de discursos morais, pois, em ambos os casos, trata-se da lógica de aplicação de normas. Porém a dimensão mais complexa de validade das normas do direito proíbe equiparar a correção de decisões jurídicas à validade de juízos morais e, nesta medida, considera-la como um caso especial de discursos morais.¹⁶²

Percebe-se, portanto, que Habermas não nega a existência de argumentos morais no direito. No entanto, uma vez que entram no mundo jurídico, eles mudam sua natureza, passando a possuir autoridade em razão de sua origem legislativa e não do seu conteúdo.

A racionalidade jurídica para Habermas é mais complexa, e alberga, não só razões morais, mas também pragmáticas e éticas, além de compromissos resultantes de negociação, cuja validade é originada no procedimento democrático de legitimidade¹⁶³. Assim, não é a moral que socorre o direito, quando ele não consegue resolver questões de aplicação, mas o direito que socorre a moral.

Em outras palavras, para Habermas, o juiz não pode se valer do discurso prático em geral e, conseqüentemente, socorrer-se de elementos morais que não passaram pelo processo

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 40.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 290.

¹⁶³ **Ibidem**, p. 200.

democrático que legitima o direito, porquanto “A justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas”¹⁶⁴.

Portanto, o que é característico do direito é a tensão entre facticidade e validade, cujo conteúdo deve ser controlado na própria jurisdição, especificamente no processo judicial, como um problema da decisão correta e consistente que consegue controlar o contraponto entre o procedimento e suas limitações fáticas¹⁶⁵.

Enfim, a teoria de Habermas ao mesmo tempo apresenta a libertação do Estado-Juiz solipsista, bem como do encargo de concentrar a responsabilidade inteira da construção de provimentos jurisdicionais sobre si ou com base em argumentos morais externos, fundamentando-se no princípio democrático. A teoria do agir comunicativo se apresenta, então, como proposta imprescindível para a pós-modernidade, revestindo-se de uma teoria do discurso puramente jurídico, a partir do momento em que seus substratos são compostos da vocação comunicativa dos cidadãos, e a coerção resultante dela será sempre a do melhor argumento, democraticamente obtido, e não em um contexto de conformação subalterna em relação à moral ou ao juiz.

Assim é que a teoria discursiva de Habermas afirma que o direito é legitimado pelo poder comunicativo, o único poder que transcende *erga omnes*, e que legitima as decisões estatais e não estatais, inclusive a decisão judicial, e que permite a harmonia entre o princípio do discurso e o princípio da democracia.

5.3.3 O avanço para uma teoria discursiva do processo

O Estado Democrático de Direito exige uma teoria do processo democrática, da qual exsurge o papel de integrador social do direito, verificando-se a adequação - e mesmo a necessidade - da implementação da teoria do agir comunicativo, para a garantia da própria democracia. O processo, nessa perspectiva, busca sempre o ideal de eficiente argumentação e defesa, mediante atos dos interessados, resguardando a ampla participação nos provimentos estatais e não estatais.

Assim é que se defende o uso da teoria habermasiana também no Poder Judiciário. Habermas é um proeminente defensor do princípio democrático pela via do discurso e do

¹⁶⁴ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 183.

¹⁶⁵ **Ibidem**, p. 292.

procedimento, mas sua tese não pode ter aplicação limitada a normatividade produzida pelo parlamento, como pensada originalmente.

Aliás, o próprio Habermas parece vislumbrar, ainda que não diretamente, o ordenamento processual como elemento de racionalidade no discurso jurídico, na medida em que garante um espaço isento de influências externas, de tal forma que as partes ficam limitadas ao que existe no processo, tendo as normas processuais o fito de compensar as falhas do discurso jurídico¹⁶⁶. As regras do processo civil, tais como os prazos processuais, a paridade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa, a produção de provas, e outras normas de procedimento são um meio de realizar uma atividade legitimamente argumentativa, para garantir uma decisão judicial legítima.

O direito processual constitucional e o Devido Processo Legal orientam a interpretação das normas de natureza processual para um caminho mais democrático possível, justamente para assegurar a legitimidade da decisão judicial. É dizer, que da soma dos ensinamentos de Habermas com a teoria do processo mais adequada – ou mesmo necessária – no contexto do Estado Democrático de Direito “restou confirmada a chance de se repensar a teoria habermasiana para dela aproveitar-se o que há de mais relevante na defesa de um exercício legítimo e democrático do poder, especialmente daquele que se expressa na prolação de provimentos judiciais”¹⁶⁷.

A interlocução da jurisdição com a cidadania ativa se dá por meio justamente do procedimento discursivo, esse permitido pelas normas processuais que regem a jurisdição, que institucionaliza espaços de participação para o debate das situações conflitivas, viabilizando a participação dos cidadãos interessados já no trâmite do processo judicial em que será proferida uma decisão.

É imperioso que se diga que:

O que pela interlocução se adiciona é a obrigatória observância do debate antes da decisão, mas não aquele debate endoprocessual, filiado aos supostos interesses da cidadania, hipoteticamente ideados na toada de uma representação processual ditada pela legalidade. A tônica agora é outra, pois o debate se dá sob a égide dos princípios do discurso e da democracia e, por isso, tem que ser amplo, isto é, acessível a todos e participativo, no sentido de dispor sobre iguais condições de atuação da universalidade dos interessados e concernidos.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 295.

¹⁶⁷ GOÉS, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 217.

A transferência da teoria habermasiana para a jurisdição faz da decisão judicial, tomada após prévio debate realizado mediante o processo deliberativo, ter maior qualidade e mais se aproximar do princípio da igualdade, sendo essa a saída que se julga capaz de englobar a deliberação democrática e a legitimidade da decisão judicial.

É de se dizer que o paradigma procedimental do direito habermasiano pretende “assegurar as condições necessárias, a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meio de práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição”¹⁶⁸. Não é diferente com os procedimentos jurisdicionais, em que as partes (cidadãos) devem se adequar pela comunicação entre si aos ditames constitucionais do processo, em especial o Devido Processo Legal.

Assim, “a democracia informa agora o processo no sentido de exigir da sua conformação um verdadeiro compromisso com a concretização dos direitos fundamentais titularizados por toda a coletividade”¹⁶⁹. Explica o professor Ricardo Tinoco que:

a Jurisdição e o Processo, como instrumentos de atuação do Estado precisam impregnar-se do princípio democrático, não apenas no sentido formal da expressão, isto é, na perspectiva de que devem constituir-se como ancoradouros da participação efetiva dos jurisdicionados e dos sujeitos do processo. Essa informação democrática, ao revés, deve incidir sobre o conteúdo dos papéis desempenhados pela Jurisdição e pelo Processo, ou seja, deve espelhar a preocupação de resguardar-se, pela democracia, o direito de todos os que, de fato, têm direito, sendo essa a finalidade maior da democracia, em seu plano substancial¹⁷⁰.

Na vigência de um Estado Democrático de Direito, o princípio constitucional do Devido Processo Legal dá ao processo judicial um alcance maior, não se resumindo à mera garantia de contraditório e da ampla defesa. Isso porque

o direito tem que ser aplicado a si mesmo através de formas de organização, a fim de não produzir apenas competências da jurisdição em geral, e sim introduzir discursos jurídicos como componentes de processos judiciais. As ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação, programado de uma maneira especial. [...] O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não-circunscritas, que obedecem a lógica de discursos de aplicação.¹⁷¹

¹⁶⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 210.

¹⁶⁹ GÓES, Ricardo Tinoco de. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011, p. 305.

¹⁷⁰ **Ibidem**, p. 306.

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 292.

O processo é também, portanto, um fator legitimador da decisão judicial, sendo que a necessária participação democrática das partes no processo judicial só pode ser alcançada pelo procedimentalismo de Habermas, que possibilita uma teoria discursiva do processo.

5.4 A INFLUÊNCIA DA TEORIA DISCURSIVA NO PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Impende ressaltar, como nota final deste capítulo, que a proposta de Habermas para uma nova teoria do direito – aplicada também ao processo judicial - oferece elementos a toda e qualquer norma jurídica processual, daí tê-la como base filosófica parcial da presente dissertação, que tem a pretensão de criticar e adequar o incidente de desconsideração da personalidade de pessoas jurídicas aos ditames do Devido Processo Legal.

Intenta-se, com esse recorte, rejeitar uma crítica que afirme o divórcio entre o capítulo vertente e o tema central. Aliás, não se pode depositar eficácia em uma proposição de mudança de paradigma unicamente a partir de argumentos antigos, uma vez que o pensamento de Habermas é muito caro a esta pesquisa, sobretudo quando aplicado ao processo.

Daí é que doravante se intentará aplicar a teoria discursiva e procedimental habermasiana aos aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, focando no plano empírico, tratando, em primeiro lugar, da jurisprudência vigente sobre o tema no período anterior ao advento do novo Código de Processo Civil e, feito isso, apresentar criticamente o modelo atual segundo a legislação processual civil.

6 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA MEDIANTE A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

6.1 A APLICAÇÃO DISSONANTE DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL À TEORIA DA DISREGARD DOCTRINE PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Devido Processo Legal está previsto na Constituição e, por isso, irradia seus efeitos sobre toda a Jurisdição. Uma doutrina processual que busque se adequar ao Devido Processo Legal deve propiciar a participação efetiva das partes na formação do provimento, fomentado o debate, exigindo que o processo seja reflexo do princípio democrático que legitima a decisão judicial.

Do que se pode abstrair do capítulo anterior, percebe-se que a teoria discursiva do direito de Habermas é uma alternativa e mesmo uma necessidade para a manutenção de Estados Democráticos que tenham, no campo processual, o Devido Processo Legal como mandamento nuclear do sistema, já que garante a efetiva participação do povo no processo de tomada de decisões, permitindo a integração social.

No que toca ao Poder Judiciário, a adoção da teoria evita arbitrariedades no ordenamento jurídico, já que se resgata a legitimidade das decisões jurisdicionais, assegurando o Devido Processo Legal. O processo judicial constitui um meio permissivo da intersubjetividade, ambiente no qual as partes, livremente, podem expor suas opiniões em condições isonômicas, e dentro do mais amplo contraditório, com vistas ao consenso.

O direito se comporta como o médium entre a facticidade e a validade, sob as condições constitucionalmente estabelecidas do Devido Processo Legal, revelando-se, inclusive dentro do processo, como agregador das vontades dos cidadãos e, igualmente, como garantidor da soberania discursivamente legitimada.

É bem verdade que a doutrina de Habermas não trata especificamente sobre o processo, ao menos não longamente, embora tenha tratado sobre a validação do direito. Sua doutrina é mais filosófica e sociológica, limitando-se ao direito abstrato e genericamente considerado, devendo ser considerada como paradigma, como ideal.

Dessa forma, embora não se pretenda uma aplicação integral do pensamento habermasiano no processo tradicional, pretende-se a aplicação de sua teoria ao menos em linhas gerais, com vistas a uma democratização processual, com incremento da liberdade e, sobretudo, do Devido Processo Legal.

Não só o processo legislativo, mas também os procedimentos judiciais devem incorporar o ideal da doutrina de Habermas, sendo o modo eficaz de corrigir as falhas

intrínsecas e extrínsecas do sistema processual, a exemplo da ineficácia ou mesmo inexistência de contraditório e do escasso acesso à justiça, o que é comum na jurisprudência brasileira.

É necessário, portanto, que os provimentos jurisdicionais no Brasil sejam impregnados pela teoria do discurso, instaurando-se um novo relacionamento entre facticidade e validade mediante a linguagem, inclusive no que tange à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Foi exposto no capítulo IV, mais especificamente no tópico 4.4, como se apresentava a jurisprudência brasileira, mormente em âmbito de Superior Tribunal de Justiça, no que tocava aos aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias antes do advento da Lei 13.105 (Novo Código de Processo Civil). Doravante, far-se-á uma análise dos casos e situações jurisprudenciais ali apresentadas (em especial da prova exigida, forma processual e oportunidade para arguição e da necessidade de manifestação prévia da pessoa que se pretende atingir), provando-se ser dissonante com a teoria discursiva do direito e do processo.

Do que se abstrai dos precedentes jurisprudenciais analisados, no que toca à prova exigida, percebe-se que prevalece o solipsismo, sendo o julgador a figura central do processo. Isso porque, conforme se observou, mostra-se suficiente a prova unilateral, ainda que nova e não submetida ao contraditório para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

Resta muito claro que uma decisão judicial nesse sentido não foi obtida pela razão comunicativa, que exigiria a formação do entendimento intersubjetivamente entre todas as partes. Se a decisão fosse tomada embasada na ação comunicativa evitaria, de um lado, uma decisão embasada em prova unilateral, e, de outro, permitiria eventual fortalecimento da prova apresentada caso, após submetida ao contraditório, não fosse satisfatoriamente refutada.

Desse modo, além de se preocupar com a materialidade e relevância da prova, imperioso que sejam observadas as garantias processuais constitucionais, especialmente a ampla defesa e o contraditório, permitindo que a linguagem seja instrumento da racionalidade, para nortear o processo a uma decisão obtida discursivamente.

No que toca à suficiência prova, observa-se uma imensa oscilação entre os precedentes do STJ citados, a saber o Recurso Especial 970635/SP e o Recurso Especial 279273/SP, variando da aplicação dos artigos 28 do Código de Defesa do Consumidor, neste caso, e 50 do Código Civil, naquele, às vezes se limitando aos casos tal como legalmente previstos, outras com interpretações extensivas.

Especialmente nos casos em que a desconsideração é realizada pelo simples fato de a sociedade não possuir bens ou ter a empresa alterado seu endereço, o que acontece nos casos em que aplica a chamada teoria menor, faz-se igualmente necessária a verificação concomitante dos requisitos legais estabelecidos.

Ora, mesmo quando se aplica o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível a prova do abuso de direito, de excesso de poder, de infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social de confusão patrimonial, falência, insolvência ou inatividade provocada por má administração. Assim, a prova deve abranger e ser suficiente para configurar todos os elementos legais autorizados da medida, para que não seja infirmada uma autolegislação por parte dos sujeitos e do Estado.

A qualidade da prova é muito importante para que a decisão não seja ilegal e, igualmente, injusta, desconectada da realidade e parcial, pois, se não permitida a sua ampla produção e refutação, sobressairá o solipsismo.

Igualmente importante é a prática da teoria discursiva no que tange à forma processual e oportunidade para arguição da desconsideração da personalidade jurídica. Quanto a esse tema, a jurisprudência do STJ parecia estar consolidada pela desnecessidade de ação autônoma e pela possibilidade de arguição a qualquer momento. No entanto, os casos se mostram omissos em adotar uma técnica uniforme que garanta o Devido Processo Legal e, ao mesmo tempo, regule todas as situações possíveis (a saber, se é necessária a suspensão do processo, se deve ser criado incidente em apartado, etc).

Certo é que a falta de um espaço próprio (seja uma ação autônoma ou, ao menos, um incidente em apartado) para a discussão sobre a desconsideração pode ocasionar uma desatenção na decisão, que muitas vezes acontece à margem do melhor argumento, eis que não raro é misturada a outras matérias e realizada sem observância das garantias processuais, e, portanto, sem uma aceitação racional de pretensão de validade.

Por fim, é essencial que o exame de facticidade e validade recaia em relação à necessidade de prévia oitiva da pessoa cujo patrimônio se pretende atingir com a desconsideração. Nesse ponto se percebe uma tensão entre a celeridade e o contraditório.

Dos casos retratados, tem-se que a jurisprudência prestigiava o que ela chamava de contraditório diferido, em que prescindia a participação prévia da pessoa que se pretendia atingir, o que, certamente, se encontra em desacordo com a teoria do agir comunicativo já que dispensa a participação livre das partes na busca do entendimento.

Ora, a decisão judicial antes de célere deve ser legítima. E mesmo a celeridade exige a validação da pretensão, na medida em que não pode ser dissociada do Devido Processo Legal

em sentido amplo. A ausência de participação das partes interessadas no provimento estatal quebra a formação da razão comunicativa, eis que para essa a paridade e interlocução discursiva na formação do consenso são imprescindíveis.

Temos, então, que as alegações da parte que requer a desconsideração, bem como suas provas, constituem-se de simples sentidos de verdade, uma vez que ainda não foram submetidas ao falseamento científico¹⁷², e esse só é alcançado com a integração dos sujeitos processuais, garantindo a segurança jurídica.

6.2 A PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS NO PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

De tudo que já foi exposto neste capítulo, percebe-se que a jurisprudência brasileira tem aplicado a teoria da *disregard doctrine* de modo distorcido, desatendendo aos mandamentos constitucionais impostos pelo Devido Processo Legal, em especial ao contraditório e ampla defesa, muitas vezes abandonando o princípio democrático.

As problemáticas apresentadas acima quando da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, relativas à qualidade da prova exigida, à forma e oportunidade de arguição e a necessidade de oitiva prévia da pessoa cujo patrimônio se pretende atingir parecem guardar todas elas um ponto de convergência, qual seja a (não) participação dos sujeitos no processo e, portanto, na formação do provimento judicial.

Ora, a distinção entre a pessoa natural do sócio e a pessoa jurídica é inquestionável, daí derivando a autonomia existencial e patrimonial de ambas, e, conseqüentemente, a responsabilização apartada em relação às obrigações contraídas por uma ou por outra.

Assim, é primordial que haja a cientificação dos sócios - ou da sociedade, quando de desconsideração inversa se tratar - acerca da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, pois só assim se oportuniza a todos os interessados a apresentação de argumentos previamente à formação do provimento jurisdicional sobre a desconsideração, garantindo o devido processo constitucional.

O pedido de quebra da personalidade jurídica implica a instauração de uma nova relação processual, em que as pessoas que se pretende atingir deverão ser partes formadoras da decisão. Desse modo, não há que se falar em contraditório diferido, já que novos direitos e interesses estão envolvidos, inclusive com a possibilidade de apresentação de novas provas.

¹⁷² POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16.

Para que seja definitivamente determinada a desconsideração, é essencial uma instrução processual ampla e adequada, democraticamente realizada, com manifestação de todas as partes para que seja encontrado o melhor argumento que legitimará a decisão.

A rigor, tal exigência decorre de uma teoria democrática do processo, sendo que o procedimento só será legítimo quando garantido pelo devido processo constitucional, que resguarda a todos jurisdicionados um meio de exercício dos seus direitos, maculando a decisão judicial que se baseie em prova unilateral, sem oitiva dos interessados e sem instrução processual própria. Afinal,

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.¹⁷³

Bem verdade que até o advento do Novo Código de Processo Civil, a legislação era silente no que toca à necessidade de formação de nova relação processual (seja por ação autônoma ou incidente processual próprio e apartado), bem como quanto à necessidade de prévia ciência da pessoa que pretendia se atingir. No entanto, deveria se aplicar nesses casos a Constituição Federal, que garante, em seu artigo 5º: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal”¹⁷⁴, bem como “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”¹⁷⁵. A Constituição ainda determina no mesmo artigo que “XXII - é garantido o direito de propriedade”¹⁷⁶.

Não obstante a falta de então de regulamentação infraconstitucional, a Carta Magna já orientava o processo sob uma perspectiva democrática, a qual demanda um procedimento aberto e dialético, estruturado no Devido Processo Legal, sob o enfoque do contraditório e da

¹⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**, 6. Ed. rev. atual., Ed. Thomson-IOB, São Paulo, 2005, p. 39.

¹⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, Brasília. 05 out. 1988.

¹⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, Brasília. 05 out. 1988.

¹⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, Brasília. 05 out. 1988.

ampla defesa, que albergue a efetiva participação dos envolvidos (jugador e partes destinatárias) na formação da decisão final, não olvidando da publicidade e correta fundamentação suficiente.

Tratando-se sócio e sociedade de sujeitos processuais distintos e independentes, qualquer provimento judicial que ocasione afetação patrimonial deve ser advindo e legitimado pelo devido processo constitucional, pois só assim se está respeitando a Constituição.

6.3 INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO QUE DETERMINA A INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS SÓCIOS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Da jurisprudência comentada neste trabalho se percebe que a garantia constitucional do Devido Processo Legal é comumente ceifada de muitos jurisdicionados, notadamente quando é possibilitada a decretação prematura da desconsideração da personalidade jurídica, em detrimento da participação das partes destinatárias, por meio de decisões judiciais ilegítimas que, para além de deferirem o pedido de desconsideração, ainda decretam uma indisponibilidade patrimonial dos entes despersonalizados.

Nesses casos, a pessoa cujo patrimônio foi atingido pela desconsideração só é cientificada dessa *a posteriori*, quando da indisponibilidade de bens, sem a possibilidade de prévia defesa, fato esse contrário às garantias constitucionais expressas. Quando isso ocorre, está-se diante de uma expressa inconstitucionalidade da decisão judicial, face à ofensa indevida do devido processo constitucional.

Decisões que se orientam nessa direção violam também o princípio da segurança jurídica, dado que não raro atingem direitos de terceiros que não tinham relação com o processo original, embora tenham alguma ligação jurídica com o devedor originário, a exemplo de outros sócios, esposas, herdeiros e demais credores. Igualmente, podem atingir bens que possuem natureza impenhorável, em descompasso com o que determina a legislação sobre o tema.

A decisão construída discursivamente evita também recursos infundados, já que permite a construção de um provimento baseado no melhor argumento, evitando a afetação de bens inaptos à satisfação do crédito, seja pela titularidade de terceiro ou por não serem penhoráveis.

O devido processo constitucional é, portanto, uma garantia fundamental que não pode ser censurada nos processos judiciais, sendo que os provimentos do Estado-juiz devem a ele obediência. A decisão que determina a indisponibilidade ou afetação de bens de qualquer

natureza das pessoas que sofrem com os efeitos da desconsideração da personalidade, sem sua prévia e ampla participação na construção do provimento, possui vício de inconstitucionalidade, eis que fere diversos dispositivos constitucionais inclusive os direitos e garantias fundamentais.

Em resumo, a decisão construída pelos ditames do Devido Processo Legal é mais legítima, mais racional, mais apta à integração social e, sobretudo, a única que garante os direitos fundamentais aos cidadãos, a saber por meio da concretização do Devido Processo Legal.

Caso contrário, quando determinada a desconsideração sem a ampla participação dos envolvidos, ter-se-á o processo como um instrumento arbitrário da própria razão do julgador, o que, além de ser inadmissível no Estado Democrático de Direito fundado na garantia do devido processo constitucional, eiva de inconstitucionalidade a própria decisão proferida.

Assim é que se acredita que, apenas com a filiação à teoria do agir comunicativo, que traz a discursividade para o âmago do processo judicial é que se conseguirá um resgate do princípio democrático no processo, adequando-se aos ditames do Devido Processo Legal.

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

7.1 DO PROCEDIMENTO LEGAL PARA A SUA APLICAÇÃO

Malgrado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica estar previsto expressamente em dispositivos legais de direito material, notadamente nos artigos 50 do Código Civil e no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, antes do advento da Lei 13.105 de 16 de março de 2015¹⁷⁷ (novo Código de Processo Civil), havia uma anomia decorrente da ausência de regulamentação dos seus aspectos processuais, confiando à jurisprudência a tarefa de dar contornos ao procedimento para a sua aplicação.

Sem embargos, conforme exposto ao longo deste trabalho, especialmente nas partes em que foram trazidos excertos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que a situação era de certa perplexidade, com decisões conflitantes e, não raras vezes, desrespeitadoras de direitos fundamentais como o Devido Processo Legal, o contraditório, a ampla defesa e o direito de propriedade.

Foi defendida nesta dissertação a necessidade de uma mudança na teoria do processo no sentido de adequá-la ao Estado Democrático de Direito, que o alçasse à condição de meio de integração social. Para tanto, propusemos uma teoria discursiva do processo, construída a partir da razão comunicativa, que une os princípios do discurso e da democracia.

E o novo Código de Processo Civil parece ter seguido nessa linha. Ainda que não expressamente faça menção à teoria habermasiana, inegavelmente ele democratiza a legislação processual civil brasileira e substitui um código que fora produzido durante um regime totalitário de ditadura. Tal intento é notado, aliás, desde a exposição de motivos, que inicia assim:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. [...] A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais.¹⁷⁸

¹⁷⁷ A lei teve *vacatio legis* de 1 (um) ano e passou a vigor, segundo determinou o Superior Tribunal de Justiça em sessão administrativa, no dia 18 de março de 2016.

¹⁷⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**: Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

Ainda na exposição de motivos, pode-se perceber que houve uma preocupação específica em criar um procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica que se adequasse com as normas constitucionais processuais, inclusive o Devido Processo Legal, o contraditório e a ampla defesa, ao mesmo tempo fomentando o discurso e evitando decisões solipsistas. É o que se abstrai da seguinte passagem:

A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.¹⁷⁹

A nota do novo Código de Processo Civil, portanto, é a aproximação do direito processual civil com a Constituição, sendo que diversos dispositivos buscam adequá-los ao Devido Processo Legal, o que já se percebe no seu artigo 9º, o qual afirma que: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”¹⁸⁰.

Confirmando a exposição de motivos, o novo Código de Processo Civil regulamenta também os aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica na sua parte geral, especificamente no Capítulo IV do Título III (Da Intervenção de Terceiros) do Livro III (Dos Sujeitos do Processo), nomeado de “Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”. Assim é que foi normatizado o regramento processual do incidente na nova legislação:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

¹⁷⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**: Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

¹⁸⁰ BRASIL. **Lei 13.105**. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília. 16 mar. 2015.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.¹⁸¹

Percebe-se que o novo Código de Processo Civil andou na linha do direito processual constitucional pós-moderno, instaurando pioneiramente o incidente da desconsideração da personalidade, procedimentalizando a aplicação do instituto em qualquer fase do processo cível, sendo incontroverso que buscou a aproximação com uma teoria integrativa do processo nesse ponto, na medida em que prevê um contraditório participativo e efetivo, de acordo com o Devido Processo Legal.

Aliás, o espírito do Novo Código de Processo Civil parece ter sido o de garantir o contraditório, tanto é que já no seu artigo 10 determina que: “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 deva decidir de ofício”¹⁸².

Não há mais que se falar, como ocorria anteriormente nos tribunais pátrios, em simples e irrestrita desconsideração sem quaisquer considerações a normas de direito processual, já que, em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, o incidente deve ser instaurado. Quando requerida na petição inicial, embora dispensada a formação do incidente, deve obrigatoriamente ser citado o sócio ou a pessoa jurídica.

Passou-se a garantir, assim, a participação da pessoa cujo patrimônio se pretende atingir na construção do provimento judicial, o qual só será legitimado quando efetivado de modo dialeticamente participativo, havendo possibilidade de defesa ampla, produção e impugnação de provas, além de argumentação e contra-argumentação, havendo todo um caminho a ser trilhado antes que seja proferida decisão sobre o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, maximizando sua qualidade e legitimidade.

¹⁸¹ BRASIL. **Lei 13.105**. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília. 16 mar. 2015.

¹⁸² BRASIL. **Lei 13.105**. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília. 16 mar. 2015.

7.2 INTEGRAÇÃO DA PESSOA CUJO PATRIMÔNIO SE PRETENDE ATINGIR NA RELAÇÃO PROCESSUAL

De acordo com o supracitado artigo 135 da nova legislação: “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”¹⁸³. Ou seja, o sócio ou a pessoa jurídica que se pretende atingir deve, obrigatoriamente, ser citado para não só compor a relação processual, mas para dela, efetivamente, participar, na medida em que poderá contra-argumentar o requerimento, apresentar provas e impugnar as provas apresentadas pela outra parte, passando obrigatoriamente a compor o passivo do incidente, sob pena de nulidade da decisão.

Como lembra Cassio Scarpinella Bueno:

A citação (e não mera intimação) dos sócios ou terceiros é indispensável, estabelecendo-se, de maneira incidental ao processo em curso, independentemente da fase que ele se encontre, o cabível contraditório sobre a existência, ou não, de fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica pretendida¹⁸⁴.

Assim, nos casos em que for realizado um pedido específico para a decretação da desconsideração durante o curso do processo, não há que se falar em litisconsórcio, já que se cria um incidente ao processo principal do qual não necessariamente o réu original será parte.

No entanto, diferentemente ocorre quando for requerida na petição inicial, sendo certo que, nesse caso, acata-se o enunciado 125 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁸⁵, para o qual: “Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentalmente no processo em curso”.

Trata-se, em qualquer caso, de incidente predestinado à criação (ou à ampliação) do título executivo (judicial ou extrajudicial) para permitir a prática de atos executivos em face de quem, até então, não consta, como devedor, do título que embasa o cumprimento de sentença ou a execução. O pedido de sua instauração, com a demonstração da presença dos pressupostos materiais, será comunicado imediatamente ao distribuidor, que fará as anotações cabíveis, suspendendo o processo, salvo se o requerimento for feito com a petição inicial, hipótese que, em rigor, nenhuma relação tem com o instituto ora anotado. Neste caso, que está previsto no § 2º, a situação parece se amoldar melhor à ocorrência de um litisconsórcio, ainda que formulado a título eventual e provavelmente fundado em diversa causa de pedir, isto é, na hipótese de a pessoa jurídica não ter condições de arcar com sua responsabilização¹⁸⁶

¹⁸³ BRASIL. **Lei 13.105**. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília. 16 mar. 2015.

¹⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 134.

¹⁸⁵ O Fórum Permanente de Processualistas Civis é um evento fechado que reúne processualistas de todo o país no intuito de uniformizar o entendimento sobre o Processo Civil.

¹⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 133.

Seja requerida na petição inicial ou no decorrer do processo, o procedimento estabelecido tornou não só possível, mas, antes, imprescindível, que o provimento judicial final seja proferido mediante prévia e ampla participação, o que melhor se coaduna com o Devido Processo Legal, eis que aplicados os seus subprincípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, garantindo a constitucionalidade e legitimidade da decisão estatal.

Ao permitir o dissenso, a discordância, a problematização e a regulação dos riscos advindos desses desacordos pelas partes processuais, a nova ordem legal traduz o Devido Processo Legal e se alinha com a teoria discursiva e com uma teoria integradora do processo. Desse modo, ela confere verdadeiramente legitimidade do direito, já que ele “não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade”¹⁸⁷.

O procedimento passou, portanto, a exigir plena aplicação do conteúdo constitucional do Devido Processo Legal, na medida em que o estrutura dialeticamente. E para Fazzalari: “A estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório”¹⁸⁸ que conforma o processo. E para que tal ocorra é necessário:

participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados¹⁸⁹

É imperioso ressaltar que o novo Código de Processo Civil não se limitou a determinar a intimação da parte, mas, mais do que isso, determinou sua citação, o que implica, porquanto, uma maior abertura de margem para defesa, com possibilidade de apresentação de manifestação, contra-argumentando a petição da parte contrária, além de permitir ampla produção/refutação de provas.

Assim, de mera integração à lide não se trata, mas sim de permissão ao interessado de construir participada e efetivamente o provimento judicial a ser proferido sobre o pleito de desconsideração da personalidade jurídica, mesmo porque

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 172.

¹⁸⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** 8 ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119- 120.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 112.

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 provimento¹⁹⁰.

Destarte, o incidente previsto no novo Código de Processo Civil, ao menos nesse aspecto, reforçou a garantia do Devido Processo Legal-Constitucional, na medida em que, antes de seu advento, a instauração do procedimento muitas vezes se dava em desacordo a esse direito fundamental, conforme foi observado pelas jurisprudências debatidas no trabalho vertente.

Fato é que hoje o pedido de desconsideração da personalidade jurídica (inclusive em sua modalidade reversa), seja na fase de conhecimento, de cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, não pode ter andamento com preterição da integração à lide da pessoa cujo patrimônio se pretende atingir, só podendo ser decidido caso assegurada a garantia inafastável do Devido Processo Legal.

7.3 DA PROVA EXIGIDA PARA A DECISÃO

O Novo Código de Processo Civil alterou substancialmente também a qualidade da prova exigida para a formação da decisão e o dever de motivação. Nesse sentir, o artigo 11 desse diploma legal assevera que: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”¹⁹¹. Por sua vez, o artigo 371 do mesmo diploma determina que: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”¹⁹².

No que toca especificamente o incidente de desconsideração, o parágrafo primeiro do artigo 131 e o parágrafo quarto do artigo 134, ambos transcritos acima no item 7.1, também ilustram a preocupação do legislador com outro subprincípio do Devido Processo Legal, o da motivação.

Da interpretação desses dispositivos legais se pode extrair que o novo CPC rompe com a estigma do livre convencimento do juiz, bem como da sua liberdade exacerbada para

¹⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 42.

¹⁹¹ BRASIL. **Lei 13.105**. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília. 16 mar. 2015.

¹⁹² BRASIL. **Lei 13.105**. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília. 16 mar. 2015.

apreciação da prova, tal qual determinava o antigo Código de Processo Civil em seu artigo 131 que autorizava ao juiz apreciar livremente a prova¹⁹³.

Daí a afirmação de Lênio Streck de que o livre convencimento ou livre apreciação da prova foram expungidas do Novo Código de Processo Civil, baseando tal afirmação nas palavras do Deputado Paulo Teixeira, então relator na Câmara dos Deputados do projeto que a ele deu origem, o qual assevera que:

embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão.¹⁹⁴

Portanto, o novo paradigma legislativo processual parece estar de acordo com o Estado Democrático ao exigir do magistrado um maior ônus argumentativo, cuja fundamentação deve obrigatoriamente se embasar em prévia construção conjunta de provas por todos os participantes do processo. Afinal, o processo judicial é um elemento de democracia, e as partes devem participar – ou, ao menos, ter a oportunidade - da construção das decisões que as atingirão diretamente. Somente assim é que se fará frente a uma dupla exigência da legitimidade, a mediação entre as autonomias pública e privada. As partes são autoras e destinatárias de um provimento jurisdicional. Por isso é que têm direito de participar efetivamente do processo¹⁹⁵, inclusive na produção e objeção de provas.

Assim, embora seja uma aparente redundância, eis que a legislação material já há muito determinou os requisitos legais que podem dar causa à desconsideração da personalidade jurídica, a nova legislação processual foi enfática quanto à exigência da presença dos requisitos legais para seu pedido e sua decretação.

¹⁹³ BRASIL. **Lei 5.869**. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília. 17 jan. 1973.

¹⁹⁴ STRECK, Lênio. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015, p. 35.

¹⁹⁵ **Ibidem**, p. 36.

Com isso, parece criar concomitantemente uma obrigação para as partes e para o magistrado. Para as partes cria o dever de fundamentar o seu pedido, o que, caso não atendido, deve redundar em improcedência imediata por falta de fundamentação e causa de pedir. Do modo como se apresenta o regramento do incidente, para que melhor espelhe o Devido Processo Legal, as partes não só podem indicar a hipótese legal de cabimento do pedido, mas têm o dever de realizar um cotejo desta com a situação fática do processo, a justificar o pleito de desconsideração.

De outro lado, a necessidade da presença dos requisitos fortalece a robustez da prova exigida para a formulação da decisão a respeito do pedido de desconsideração, mesmo porque essa, com o advento do novo código, não pode mais ser fundamentada unicamente em prova unilateralmente produzida e não submetida à refutação, de modo que a motivação deve destrinchar se há presença ou não dos requisitos, tendo como base as provas produzidas por todas as partes envolvidas. Deve o magistrado esmiuçar o direito material e os elementos probatórios que formaram seu convencimento.

Assim, não há mais que se falar a respeito do caráter provisório ou definitivo do juízo de convicção emergente da própria prova, dado que o provimento judicial oriundo do incidente de desconsideração não pode ser arrimado em prova nova e unilateral não submetida a contraditório, devendo ser necessariamente uma prova definitiva e já contestada. Daí avulta o caráter universal da decisão judicial proferida, tornando-se legitimada e, assim, respeitadora do Devido Processo Legal e do Estado Democrático de Direito.

7.4 DA NECESSÁRIA SUSPENSÃO DO PROCESSO: UMA CRÍTICA AO MODELO

Não obstante o louvável pioneirismo do novo Código de Processo Civil no regramento dos aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, prevendo um incidente próprio cujo procedimento deve obrigatoriamente ser observado pelo Poder Judiciário, tendo grande parte do seu teor uma inspiração democrática, ele não é imune a críticas.

Basta citar que, por força do § 3º do seu artigo 134, o novo Código exige que o processo principal seja suspenso, salvo quando requerido na petição inicial, suspensão essa que, ao menos em tese, deve perdurar até o julgamento final do incidente da desconsideração. Essa não parece ser a fórmula que mais se adéqua a uma teoria democrática e integradora do processo.

Conforme já dito alhures, o Devido Processo Legal formal abrange diversas garantias constitucionais, dentre elas a da razoável duração do processo, expressamente prevista no artigo 5º, LXXVIII, da nossa Carta Magna ao garantir: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹⁹⁶.

Como bem lembra Luiz Guilherme Marinoni, o próprio artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao afirmar que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garante a todos os cidadãos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva¹⁹⁷.

Ordenando o processo civil em consonância com os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, no que toca à razoável duração, determina no seu artigo 4º que: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Já no seu artigo 6º que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Assim, o Novo Código de Processo Civil pretende garantir a razoável duração do processo e a tutela jurisdicional efetiva, já que:

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litúgio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito. Mas, não há como esquecer, quando se pensa no direito à efetividade em sentido lato, de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva¹⁹⁸

Dessa forma, acaso levado a cabo na literal interpretação, o § 3º do artigo 134 do novo CPC frustra o escopo maior do instituto da desconsideração que é o de ser um instrumento hábil a possibilitar ao credor o direito de se esquivar da fraude e do abuso praticado, satisfazendo o seu crédito. Assim, não parece acertado suspender todo o processo em razão da instauração do incidente, sendo mais adequado cingir eventual suspensão à questão da

¹⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, Brasília. 05 out. 1988.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 1 maio 2017, p. 2.

¹⁹⁸ **Ibidem**, p. 2.

desconsideração – nada impedindo a prática de outros atos executivos no curso do processo principal.

Isso porque a tutela jurisdicional deve ser tempestiva, devendo ser sempre analisada a partir da utilização racional do tempo do processo pelas partes e pelo juiz. Conforme já se defendeu acima, certo é que o terceiro terá direito à defesa, no entanto não pode o réu, já citado previamente e que já apresentou defesa e provas, beneficiar-se da formação do incidente em relação a terceiros, injustificadamente, afinal “Se o réu tem direito à defesa, não é justo que o seu exercício extrapole os limites do razoável”¹⁹⁹.

Não parece razoável, nesse toar, que o processo principal fique suspenso caso haja alguma possibilidade de o credor executar algum bem da pessoa originariamente responsável sem que haja interferência em direito de terceiros, o que pode acontecer se esse vir a receber um crédito no curso do processo/execução ou mesmo se forem encontrados bens até então desconhecidos pelo credor. A suspensão nesses casos beneficia apenas o devedor.

De tudo que já se analisou em nosso ordenamento jurídico a respeito dos aspectos processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades Empresárias, conclui-se que a matéria, antes do novo Código, era tratada de maneira desordenada e dissonante pela jurisprudência, quase que inexistindo técnica processual, sem se preocupar com o Devido Processo Legal. Isso não ocorreria se os operadores do direito fizessem bom uso dos instrumentos processuais a sua disposição.

E é essencial que a jurisprudência pós-novo CPC não incorra no mesmo grave erro. A produção pretoriana deve ser ao mesmo tempo democrática e econômica, expurgando atos arbitrários e deduções solipsistas e, concomitantemente, ofertando soluções habilitadas a resguardar a eficácia do processo, sob todos os aspectos constitucionalmente assegurados.

As disposições atinentes ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica não podem prescindir de uma interpretação sistemática, que não destoe da lógica do próprio CPC, do Devido Processo Legal ou mesmo da natureza e objetivo do próprio instituto.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 1 maio 2017, p. 2.

8 CONCLUSÃO

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito se demonstrou ultrapassada a ideia originária do Devido Processo Legal como mero garantidor do direito a um processo, ampliando seu conceito na busca da construção de bases mais democráticas ao processo civil.

Assim é que seu âmbito de abrangência passou a abarcar todo o rol de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados (Devido Processo Legal formal) e também um instrumento de controle da legitimidade das normas no que toca à sua isonomia por meio de um exame de razoabilidade (Devido Processo Legal Substancial).

Não escapa a incidência do devido processo constitucional o procedimento de invalidação de atos de pessoas, eis que o direito à personalidade é uma garantia legalmente assegurada, e que possibilita a participação no mundo jurídico tanto de pessoas naturais quanto jurídicas.

Essas últimas surgiram no sistema jurídico no momento em que há convergência de objetivos das pessoas naturais que, isoladamente, não atingiriam esses objetivos, ou tardariam mais a alcançá-los. Essa constatação motivou a união de pessoas e bens, com o devido reconhecimento pelo direito, que atribui personalidade ao grupo, distinta de cada um de seus membros, passando o novo ente a atuar na vida jurídica com personalidade própria.

A limitação da responsabilidade nasceu como um instrumento que o direito pôs à disposição dos particulares que se arriscam a empreender sem que esses, contudo, ficassem expostos a riscos exacerbados, diminuindo-se também os custos de capital e das transações, favorecendo a organização econômica da empresa e o empreendedorismo. Fincou-se aí um sistema de autonomia existencial e patrimonial entre os integrantes e a pessoa jurídica, cada uma com direitos e obrigações próprias e distintas.

Não obstante, não tardou para que a pessoa jurídica passasse a ser utilizada por alguns indivíduos como meio de perpetração de fraudes e negócios ilegais, mediante desvirtuando seu real objetivo, acobertando os fraudadores pela autonomia existencial/patrimonial da pessoa jurídica. Em razão disso, inaugurou-se um cenário de crise da pessoa jurídica, o que fez repensar o instituto, e culminou com a germinação da teoria da *disregard doctrine*.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica surgiu como alternativa ao contexto de crise, propondo a superação da personalidade jurídica nos casos em que comprovado o abuso de personalidade, visando conter de fraudes consumadas sob a proteção indevida deste instituto.

Tal instituto, contudo, não é de simples aplicação. Há uma complexidade intrínseca da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, especialmente no que toca seus aspectos processuais, sendo que os operadores do direito se utilizam desse instrumento muitas vezes sem maiores preocupações e sem a juridicidade necessária.

O fato de não haver regulamentação precisa quanto ao procedimento da desconsideração ajudou a intensificar o cenário caótico de sua aplicação, de modo que a pesquisa acabou por revelar a precariedade, carência técnica e mesmo a inconstitucionalidade dos posicionamentos consolidados na jurisprudência brasileira a nível de Superior Tribunal e Justiça.

Demonstrou-se o completo afastamento principiológico do Estado Democrático de Direito, em especial no que se refere ao Devido Processo Legal, e a ausência de preocupação do Judiciário em legitimar suas decisões. Daí ter sido proposta uma nova postura em relação à teoria do processo, o que decerto tem aplicabilidade também ao procedimento da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, as ideias desenvolvidas intentaram enfatizar a dissonância do direito aplicado às teorias que hoje melhor têm (ou teriam) pertinência. Como proposta, optou-se pela aplicação da teoria discursiva do direito, de Jürgen Habermas, ao processo, o que, ao mesmo tempo, ressalta o papel desse como meio de integração social e resgata a legitimidade das decisões judiciais, rumando a tomada de decisões estatal a um patamar mais democrático.

A necessária participação da pessoa que se pretende atingir com o pedido de desconsideração da personalidade na formação do provimento, por exemplo, muito antes de ser uma proteção exacerbada de sócios e administradores abusivos, é uma proteção a outros direitos e garantias constitucionais, *in casu*, a proteção da própria empresa, ou seja, dos fins sociais por ela objetivados. Esses outros direitos envolvidos, muitas vezes de terceiros, é que podem ser assegurados por meio do processo.

Ressaltou-se, então, a aplicação dissonante do devido processo constitucional à teoria da *disregard doctrine* pela jurisprudência brasileira, demonstrando os desencontros da prestação jurisdicional, no que se refere à aplicação procedimental da dita teoria, principalmente quanto ao grau de suficiência da prova exigida, a forma processual e oportunidade para sua arguição e, também, à prévia oitiva da pessoa cujo patrimônio se pretende atingir com a desconsideração.

Não obstante a ausência de lei reguladora de então, fato é que o procedimento não poderia prescindir de observância das garantias inerentes ao processo constitucionalizado, pondo em xeque a supremacia do Estado Democrático de Direito, de modo a instalar uma

insegurança no cenário jurídico brasileiro. Aliás, o que se busca no presente trabalho é evitar a utilização da desconsideração da personalidade jurídica como um instrumento arbitrário da própria razão do julgador, o que, além de ser inadmissível no Estado atual, eiva de inconstitucionalidade a própria decisão proferida.

Por fim, traçou-se o atual panorama do procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, com a pioneira criação do incidente previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil), regulamentando os aspectos processuais para sua aplicação.

Percebe-se, da análise da nova legislação, que o legislador se preocupou com os deslizes da jurisprudência, o que saltou aos olhos desde a exposição de motivos, ao buscar conformar o procedimento da desconsideração com princípios constitucionais, notadamente o contraditório e a ampla produção de provas, ao exigir a citação prévia do sócio ou pessoa jurídica, garantindo participação das partes envolvidas o que, ainda que despreziosamente, aumenta a carga legitimante da decisão exarada.

Malgrado a elogiável atitude do legislador, o novo código não é imune a críticas, sendo que o regramento nele previsto ainda deixa a desejar e, em alguns pontos, ainda destoia da Constituição. Por exemplo, a necessidade de suspensão do processo frustra o escopo maior do instituto da desconsideração que é o de ser um instrumento hábil a possibilitar ao credor o direito de se esquivar da fraude e do abuso praticado, parecendo despropositada quando houver possibilidade de satisfação do crédito contra o devedor originário. A suspensão do processo fere a razoável duração do processo e também a efetividade da tutela jurisdicional, ambas garantias que também residem no âmago do Devido Processo Legal.

À guisa de conclusão, tem-se que os impasses verificados no âmbito da aplicação dos aspectos processuais, em juízo, da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias (ou na modalidade inversa), têm como solução a adequação ao Devido Processo Legal, proveniente de normas constitucionais e mesmo do novo Código de Processo Civil, por meio da formação de uma teoria do processo mais democrática, que fulmine, em primeiro lugar, os pedidos e decisões judiciais solipsistas e arbitrárias e, em segundo lugar, resguarde o império do princípio da supremacia da Constituição.

Assim, não é a mera aplicação da lei que garante um procedimento correto da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim a interpretação das normas, diante do caso concreto, do modo mais adequado e eficiente à defesa dos interesses das partes envolvidas, em consonância com as garantias e direitos fundamentais, as normas processuais infraconstitucionais e mesmo da natureza e objetivo do próprio instituto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 87 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BELAUNDE, Domingo García. **Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá: Temis, 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho. Desconsideração da sociedade e legitimidade ad causam: esboço de sistematização. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1005-1034.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

_____. O Juiz e a legitimação do sistema constitucional tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André (Orgs.). **Elementos atuais de direito tributário**: estudos e conferências. Curitiba: Juruá, 2005, p. 49-68.

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 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 13.105**. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília. 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art701>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. **Lei 10.406**. Institui o Código Civil. Presidência da República, Brasília. 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. **Lei 8.078**. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências, Brasília. 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. **Lei 8.884**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília. 11 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 19 mar. de 2017.

BRASIL. **Lei 5.869**. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília. 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RMS 16105/GO**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 19 ago. 2003. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em 29 set. 2003.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1180191/RJ**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 05 abr. 2011. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em 09 jun. 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1459784/MS**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 04 ago. 2015. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado em 14 ago. 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AgRg no AREsp 716221/RJ**. Relator Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 10 nov. 2015. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, publicado 17 nov. de 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 7**. Julgado em: 28 jun. 1990. Diário de Justiça, Brasília, DF, publicado 03 jul. de 1990.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Manual de direito comercial**. 16 ed. São Paulo: Saraiva 2005.

COUTORE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Campinas: Red Livros, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Lider, 2006.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: _____. **Estudos de direito público e privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 107-125.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8 ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GOÉS, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 13, n. 2, p. 291-312, jul./dez. 2011.

_____. A legitimidade decisória da jurisdição segundo os postulados da democracia deliberativa: a teoria de Jürgen Habermas em base prospectiva. **Pensamento Jurídico - Revista da Faculdade Autônoma de Direito**, v. 8, n. 2, p. 130-152, 2015.

GÓIS, Jean-Claude Bertrand de. Perfil evolutivo da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil. **Revista da Esmese**, n. 11, 2008, p. 87-101.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 6 jan./jun. 2006, p. 53-68.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

_____. HÄBERLE, Peter. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.) **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 67-82.

_____. Between Facts and Norms: an Author's Refleitions. **Denver University Law Review**, v. 76, 1999, p. 937-942.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Thomson-IOB, 2005.

_____. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

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

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **A desconsideração da pessoa jurídica em face da evolução do direito obrigacional e os limites de sua aplicação judicial**. BDJur, Brasília, DF, 14 set. de 2009. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/24367>>. Acesso em 10 out. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 1 maio 2017.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993.

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

_____. **Conceito da pessoa jurídica**. 1962. Tese (livre docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

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. 165-211.

_____. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Roberto Carlos de. A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade direta dos sócios da sociedade limitada. **UNOPAR Científica: Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 2, n. 1, p. 167-178, mar. 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

PINTO, Marcos de Oliveira. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica e sua incidência no Direito tributário. **Revista da Esmese**, n. 5, 2003, p. 55-81.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

_____. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 58, v. 410, dez. 1969.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Côrrea Sampaio. Desconsideração da personalidade jurídica: teoria e legislação no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 7, n. 9, dez. 2006, p. 399-424.

STRECK, Lênio Luiz. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11-28, dez. 2013. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23/27>>. Acesso em: 20 fev. 2017;

_____. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 abr. 2017;

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