

Breves notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica no processo de tutela da probidade administrativa

*Flávio Luiz Yarshell*¹
Advogado

Introdução

Dentre as inúmeras alterações trazidas pela Lei 14.230/2021, uma que parece ter relevância teórica e pragmática é a que diz com a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica. Assim ocorre não exatamente por se tratar de uma novidade: para ficar no passado recente, o Código de Processo Civil já houvera disciplinado o modo de se realizar referida desconsideração, conforme regras dos artigos 133 a 137, aplicáveis subsidiariamente no âmbito do processo de improbidade, tanto quanto já deveriam ser na esfera processual penal² – o que tem relevância se considerada a estreita relação entre esse último e os processos civis sancionadores, dentre os quais se insere aquele de que ora se trata. Sem embargo disso, a relevância do tema deriva, de um lado, da considerável complexidade das alterações trazidas pela nova legislação; e, de outro, das dúvidas que,

¹ Professor Titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Árbitro.

² Vista a questão sob a óptica da funcionalidade da pessoa jurídica, a apreensão de bens com fundamento no art. 4º da Lei n. 9.613/1998 é explicável pela ideia de desconsideração da personalidade jurídica inversa. Colhe-se, aliás, da jurisprudência, caso em que se reconheceu exatamente tratar-se de desconsideração inversa, não obstante, ali, corretamente, ter-se concluído que a hipótese deveria ser tratada com cuidado (cf. TRF-1, 2ª Seção, MS n. 0066532-97.2014.4.01.0000, rel. Juiz convocado Leão Aparecido Alves, j. 15.6.2016, p. 28.6.2016). De forma semelhante, o art. 4º da Lei 9.605/1998, que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dispõe expressamente que “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Sobre a desconsideração no âmbito do Direito penal, ver: LOBATO, José Danilo Tavares. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: uma inconsistência dogmática e de princípios. *Revista da EMERJ*, vol. 13, n. 50, p. 270-271, 2010; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Desconsideração e consideração da pessoa jurídica no Direito Penal Ambiental: convergindo antíteses aparentes para a tutela penal do meio ambiente humano. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 491-528, 2013; YARSELL, Flávio Luiz. Desconsideração da personalidade jurídica no processo pena. *Carta Forense*, ago. 2018.

ainda hoje, permeiam o tema da desconsideração da personalidade jurídica – tudo a sugerir novos desafios e questões no específico campo da improbidade administrativa, sobre os quais doutrina e jurisprudência deverão se debruçar.

O objetivo deste confessadamente limitado e despretensioso artigo é o de indicar alguns desses potenciais pontos de relevo e de sugerir possíveis soluções que permitam, de um lado, que o escopo de repressão aos atos de improbidade não seja indevidamente frustrado; mas que, de outro lado, não sejam praticadas violações ao devido processo legal e, menos ainda, indevidas extensões de responsabilidade patrimonial, a pretexto de tutela da probidade administrativa.

1. Exame da legitimidade passiva: os elementos configuradores da improbidade não se confundem com os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica

Para que se compreenda o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo sancionador de improbidade administrativa, parece útil partir da análise da legitimidade passiva na referida demanda, que abrange todos quantos estejam sujeitos às sanções ao ressarcimento/devolução de bens e às sanções legais, previstas nos §§ 6º e 7º do art. 1º, no art. 2º e no art. 3º da Lei 8.429/1992. Trata-se de requisito cujo controle deve ser feito em estado de asserção³, de tal sorte que saber quais pessoas devem efetivamente responder é questão relativa ao mérito da causa – com a ressalva, justamente por isso, de ser possível controle prévio pelo juiz se, desde logo, verificar que, nem mesmo em tese, a pessoa demandada se enquadra nas figuras previstas pela Lei como

³ Na doutrina, ver, exemplificativamente: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação para Agir. Indeferimento de Petição Inicial. In: *Temas de Direito Processual: 1ª Série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 200; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 112; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 92-93; COSTA, Susana Henriques da. *Condições da Ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 135; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 106-107; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 92-97; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 169-170; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 334-335. Na jurisprudência, mais recentemente, ver: STJ, 3ª T., REsp n. 1.991.550/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.8.2022, DJe 25.8.2022.

aptas à prática dos ilícitos ali previsto e, portanto, passíveis de submissão às respectivas sanções.

Em duas passagens – nos §§ 7º e 15, dos artigos 16 e 17, respectivamente – o texto alude à desconsideração da personalidade jurídica e, em ambas, remete à aplicação subsidiária do CPC. Em se tratando de improbidade que envolva pessoa jurídica, é preciso considerar os fatos e fundamentos que lhe sejam imputados. Assim, para além de acusação que eventualmente possa ser feita aos sócios, membros ou administradores por atos próprios (art. 3º, § 1º), se atos forem também imputados à entidade, então ela deverá figurar como demandada. Nesse caso, não se tratará de desconsideração de personalidade jurídica, mas de responsabilidade civil direta, vez que os fatos e fundamentos caracterizadores da improbidade administrativa são diversos daqueles que justificam a desconsideração – seja essa última invocada com base no art. 50 do Código Civil, seja com base em algum outro dispositivo aplicável para esse fim específico.

Dessa forma, de desconsideração só se pode cogitar para efeito de extensão de responsabilidade patrimonial, mas não para a aplicação das penas previstas pela Lei, salvo se o “terceiro” de que se pudesse cogitar (sociedade ou sócios, conforme o sentido da pretendida desconsideração) tiver, ele próprio, praticado alguma das condutas típicas. Nesse caso, à referida pessoa se deve chegar por imputação direta de ato ímprobo; caso em que, aí sim, mediante o exercício do contraditório a partir de postulação nesse específico sentido, ele estará também sujeito à imposição das sanções do art. 12 (que não as medidas patrimoniais de caráter restitutivo).

Portanto, é preciso cuidado para separar fenômenos relativos ao débito (*Schuld*), de um lado, e à responsabilidade (sem débito, *Haftung*) de outro. Naquele primeiro, por exemplo, é que está situada eventual solidariedade, fenômeno associado à obrigação. Tal é o que se extrai da letra do art. 264 do Código Civil, que atrela o conceito de solidariedade ao de obrigação. Como ensina a doutrina, que “É solidária a obrigação de quem assume, em reforço, a dívida (adesão à dívida, *Schuldbeitritt*, ou coassunção de dívida [...])”⁴. Assim, “A obrigação solidária passiva pode ser conceituada como a relação obrigacional, oriunda de lei ou de vontade das partes, com multiplicidade de devedores, sendo que cada um

⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 2012. t. 22, § 2754, n. 3. Versão e-book baseada na ed. atual. de 2012.

responde *in totum et totaliter* pelo cumprimento da prestação, como se fosse o único devedor”⁵ – relembrando-se que

A obrigação, como categoria do direito material, é portanto uma situação jurídica visivelmente estática, que não contém em si nem oferece ao titular do direito qualquer força ou autorização para efetivamente trazer a seu patrimônio o que lhe é devido, contra a vontade do obrigado [...].

Já o tema da *responsabilidade patrimonial*

*associa-se intimamente ao dessas atividades realizadas pelo Estado-juiz no exercício da jurisdição, não se confundindo com a problemática jurídico-substancial da determinação da existência, inexistência, conteúdo ou objeto dos direitos e obrigações*⁶.

Disso é possível extrair que o surgimento da solidariedade, ao menos por regra, deve ser contemporâneo à constituição da própria obrigação na medida em que é naquele momento que se define quem são os credores e os devedores. Se, depois daquele momento, alguém assume a posição de devedor solidário em relação a uma dada obrigação anteriormente constituída, isso só poderá ocorrer por obra de eventual nova manifestação de vontade; que, embora até prescindida da vontade do devedor originário, jamais dispensaria a expressa e inequívoca declaração da pessoa que também assumisse a dívida. Como destaca a doutrina, “[...] se não houver menção explícita no título constitutivo da obrigação ou em algum artigo de lei, ela não será solidária, porque a solidariedade não se presume”⁷. Ela pode “surgir simultaneamente com a obrigação a que adere, como acontece usualmente, como também em ato separado e

⁵ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 171.

⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. 4, p. 326-327.

⁷ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 148-149.

posterior, que faça menção à obrigação originária”⁸ – o que, como dito, pressupõe a voluntária, expressa e inconfundível adesão de um terceiro à dívida⁹, em verdadeira “associação de crédito mútuo”, para empregar expressão cunhada pela doutrina brasileira clássica, que bem destacou: “Por ser excepcional em nosso direito civil a solidariedade, e, pois, impresumível, razão é conste no contrato ou no ato, inequivocamente”¹⁰ – tal como resulta do disposto no art. 265 do Código Civil.

Essas constatações têm repercussão relevante na medida em que, diversamente do que se passa no caso de extensão de responsabilidade patrimonial fundada em desconsideração da personalidade jurídica (que, diga-se, pressupõe alguma forma de abuso ou de fraude), tratando-se de pretensão ao reconhecimento de débito, é imprescindível que o suposto devedor tenha participado da formação da decisão condenatória, isto é, que tenha integrado a fase de conhecimento, como decorre da letra expressa do § 5º do art. 513 do CPC, taxativo ao estatuir que “O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento”; regra que, de resto, já se reconhecia sob a égide do diploma precedente, consoante firme jurisprudência, bem ilustrada pelo teor do verbete 268 da jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça¹¹.

Sobre isso, bem já se ponderou que

Essa circunstância de responsabilidade patrimonial executiva por débito alheio não se mescla com as hipóteses de responsabilidade patrimonial por fato de outrem, no mais das vezes advinda de responsabilização solidária de caráter civil. O divisor de águas entre as duas situações é a inexistência de débito próprio na hipótese de responsabilidade executiva secundária, além de ser esta materializável diretamente na seara executiva, ao passo que, nos cenários de responsabilidade patrimonial por fato de outrem, em geral, há estipulação legal

⁸ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 148-149.

⁹ Cf. LÔBO, Paulo. *Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 137.

¹⁰ Cf. NONATO, Orosímbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1959. v. 2, p. 171, 177.

¹¹ “O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado”.

responsabilizando alguém por agir alheio, geralmente em caráter solidário, porém exigente de apuração judicial prévia com conseqüente condenação em processo cognitivo, vale dizer, o responsável patrimonial por fato de outrem será responsável executivo primário, porque necessariamente terá que ter tido contra si a prolação de sentença condenatória prévia (será, portanto, devedor e responsável patrimonial)¹².

De forma coerente com esse pensamento, já havíamos asseverado, em âmbito doutrinário, que

[...] se o demandante entende que determinada pessoa está obrigada (plano do débito) a determinada prestação, ele tem o ônus de inserir o suposto devedor no polo passivo da relação processual em sua fase cognitiva: uma coisa é desconsiderar personalidade para estender responsabilidade patrimonial; outra – juridicamente inviável – é instaurar execução ou cumprimento de sentença à mingua de título executivo. Tal é o que se extrai do § 5º do art. 513 e do art. 783 do CPC 2015¹³.

Esse é, aliás, o único entendimento possível à luz dos postulados constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

A propósito, isso faz lembrar da questão relativa ao momento da desconsideração: se o Ministério Público ou a pessoa jurídica prejudicada desde logo tiverem – ou puderem ter – conhecimento de fatos que autorizam a desconsideração, a bem da segurança jurídica e, ainda, por lealdade, é ônus do demandante indicar tais fatos desde logo na inicial e, nesse caso, observar-se-á o disposto no § 2º do art. 134 do CPC.

¹² Cf. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária*: a execução em face do sócio, do cônjuge, do fiador e afins. São Paulo: RT, 2016. n. 17. Versão e-book baseada na 1ª ed. impressa.

¹³ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica dono CPC 2015: aplicação e outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 214-215. Nesse mesmo sentido, cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 229.

É certo que isso precipitará a vigência dos encargos decorrentes da litispendência para o “terceiro”; que, nesse caso, desde logo assumirá a posição de litisconsorte passivo (embora o fundamento que lhe seja imputado seja diverso da improbidade). Mas, a contrapartida disso – em prol da segurança jurídica – é se evitar que a desconsideração venha a ocorrer muito tempo depois, com potenciais implicações patrimoniais relevantes ou mesmo à duração do processo, e que inclusive podem envolver outras pessoas; o que é bem ilustrado pela hipótese do § 3º do art. 792 do CPC. De outra parte, justamente por se considerar o encargo que a litispendência representa, será preciso que o juiz avalie com cuidado a formação do polo passivo, evitando-se que o processo possa se traduzir em ônus não razoável ou proporcional para o demandado. Em última análise, a inclusão desde logo, pelo autor, permitirá que o juiz avalie se efetivamente é – ou pode ser – caso de desconsideração, de sorte a resolver o quanto antes possível esse tema.

2. Constrição de bens fundada em desconsideração da personalidade jurídica: por regra, só deve ocorrer depois de processado e decidido o incidente de desconsideração

Ao tratar da indisponibilidade de bens, cuja natureza é essencialmente a de um arresto, a nova Lei passou expressamente a exigir a demonstração do perigo da demora, que não pode ser simplesmente presumido e que deve ser visto à luz da relevância dos fundamentos da demanda (art. 16, §§ 3º e 4º)¹⁴. A prévia oitiva do réu – na esteira do princípio constitucional do contraditório – deve ser a regra (§ 4º) e, nesse particular, as mudanças trazidas pela Lei 14.230/2021 estão em linha com as do CPC/15, no tocante às necessidades de estrita observância do contraditório e do dever de motivação (artigos 9º, 10 e 489, § 1º).

Embora a medida possa recair sobre todos os bens sujeitos à regra de responsabilidade patrimonial (inclusive de ativos que se encontrem no Exterior, mediante cooperação), sua extensão é determinada pelo valor do dano indicado na inicial, considerando-se eventual somatória se e quando houver mais de um réu (§§ 5º e 6º do art. 16). Sobre isso, é

¹⁴ Em semelhante sentido, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: comparada e comentada*. São Paulo: Forense, 2021. p. 191-192; COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. *Nova Lei de Improbidade Administrativa: de acordo com a Lei n. 14.230/2021*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 171.

necessário um juízo preliminar de plausibilidade dos alegados danos e do respectivo valor, à luz dos elementos probatórios que possam instruir a inicial (ou que surjam no curso do processo). Portanto, não devem prevalecer simples alegações ou estimativas feitas pelo Ministério Público, sujeito parcial que é. Aliás, se é dado ao juiz controlar, diante de título executivo, os valores pretendidos pelo autor (CPC, art. 524 e §§ 1º a 5º), com maior razão ele deve fazê-lo quando ainda se trabalha apenas com a alegação do autor e sem cognição mais aprofundada. Isso pode ser ilustrado pelo disposto no § 3º do art. 18 da Lei, que considera, para fins de apuração de valor de ressarcimento, o desconto daquele relativo aos “serviços efetivamente prestados.

No caso de bens de terceiro, há duas hipóteses consideradas pela Lei (art. 16, § 7º), na esteira das considerações feitas no tópico anterior: ou tal pessoa concorreu para o ilícito (em estado de asserção e elementos preliminares de convicção) – caso em que não se trata de um terceiro porque tal sujeito deve ser demandado, isto é, deve ocupar o polo passivo da relação processual; ou se trata de pessoa à qual se poderá chegar por descon sideração da personalidade jurídica – cujos fundamentos, como já destacado, são diversos dos tipos previstos pela lei, como configuradores de improbidade administrativa. No segundo caso, aplicam-se as regras que norteiam a constrição de bens dos legitimados passivos por responsabilidade direta e, claro, é de rigor que a medida seja precedida da observância do devido processo legal.

Não se nega que,

em casos excepcionais e devidamente justificados, será possível postergar o contraditório do terceiro, mediante a edição de tutela provisória cautelar. Isso porque, evidentemente, a oitiva prévia que se dá ao terceiro não pode servir de oportunidade para que ele frustre a medida executiva, se e quando deferida. Portanto, excepcionalmente, mediante os requisitos próprios da tutela de urgência (art. 300), poderá ser determinada a apreensão de patrimônio penhorável do terceiro supostamente responsável, antes que decidida a pretensão de descon sideração¹⁵.

¹⁵ Cf. YARSELL, Flávio Luiz. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica dono CPC 2015: aplicação e outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. In: YARSELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 224.

Mas, de nada adiantaria consagrar o instituto que, como visto, dá grande importância ao contraditório prévio se, de outra parte, medidas constritivas de urgência fossem deferidas com complacência. Por vias oblíquas, estar-se-ia fazendo letra morta da importante inovação que o CPC/15 positivou e que a Lei 14.230/2021 incorporou. Por outras palavras, não é a simples potencialidade de desconsideração que pode autorizar a invasão patrimonial porque, fosse assim, e as coisas continuariam a ser como antes; ou até piores, na medida em que, no sistema precedente, na disciplina legal dos embargos de terceiro, para além da previsão de tutela liminar da posse prevista no art. 1.051 do CPC/1973, o art. 1.052 desse mesmo diploma era taxativo ao dizer que “determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal”.

A respeito do tema, já se lembrou que

Um dos argumentos de quem defende a necessidade de penhorar primeiro e diferir a oportunidade de defesa do sócio estaria lastreado no fato de que a demora ou ciência prévia poderia ser um catalizador das fraudes ou inviabilizar sua repressão.

Contudo, como bem se ponderou,

Vão passos largos, contudo, até assumir que o risco de dilapidação possa, de imediato, permitir (autorizar) a desconsideração sem participação efetiva, em contraditório, da pessoa atingida, furtando-lhe a possibilidade de documentar (em sentido amplo) a inoportunidade de fraude, uso regular da pessoa jurídica, ou, mais genericamente, a inexistência dos requisitos de direito material que autorizariam a sua responsabilização¹⁶.

Ainda, é judiciosa a lição segundo a qual

¹⁶ Cf. VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 151-154. De forma semelhante, vide CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017. p. 164-166.

Quando o objetivo da disregard doctrine é justamente o de estender os efeitos de certas e determinadas obrigações, responsabilizando sócios ou administradores por dívidas da sociedade, deve-se ter em mente que, por regra, a execução pressupõe a existência de título executivo contra aquele a quem se dirigirão os atos expropriatórios, e, desta maneira, não haverá possibilidade de se proceder à execução sobre o patrimônio dos responsáveis secundários, enquanto não julgado o pedido de desconsideração da personalidade.

E mais:

Não haveria sentido em antecipar a condenação sobre direitos patrimoniais, exceto em relação às hipóteses de evidência, porque, se de um lado temos o afirmado direito de propriedade de uma parte, do outro também está presente interesse da mesma natureza. Haverá, aí, hipótese em que se deverá aguardar o tempo necessário para o desenvolvimento da cognição exauriente, em tese, de razoável duração¹⁷.

Como sabido, eventual fraude não se presume. Pelo contrário, é da doutrina que o ônus da prova é sempre de quem alega sua suposta existência. Para ilustrar, lembre-se da lição segundo a qual se a “fraude é alegada pelo credor e seu reconhecimento beneficiará a ela, é a ele que cabe o ônus de demonstrar a efetiva ocorrência do alegado fato fraudulento”. E mais:

A conclusão só poderia ser diferente se a lei ditasse alguma presunção de fraude. Mas, como isso inexistente e seria mesmo iníquo, é sempre ao credor que cumpre provar os fundamentos da pretendida desconsideração da pessoa jurídica¹⁸.

¹⁷ Cf. RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 359-361.

¹⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2010. t. 1, p. 540.

Assim,

Precisamente porque a má-fé, malícia, fraude ou abuso constituem fatos extraordinários na vida dos negócios, prevalece a multissecular necessidade de provar essas máculas de conduta, sob pena de ser o juiz impedido de reconhecê-las [...]. Presume-se a boa-fé, porque é fato ordinário. A má-fé precisa sempre ser provada [...] porque é fato extraordinário (na clássica lição de Malatesta, o ordinário se presume e o extraordinário se prova)¹⁹.

De forma análoga, também já se ponderou que,

No caso de desconsideração com bloqueio de bens prévios, está-se diante de uma situação que subverte o modelo do devido processo legal, em especial quanto ao ônus da prova. Se é milenar que a boa-fé se presume e a má-fé se prova, caberia ao exequente, em momento prévio e com contraditório, provar a efetiva ocorrência da má-fé e não relegar ao sócio atingido pela desconsideração o ônus de (possível) prova negativa de que não houve uso fraudulento da sociedade.

Também é judiciosa a lembrança de que

A dilapidação de bens não é exclusividade de situações envolvendo o uso fraudulento de sociedades (embora se possa admitir que pessoas jurídicas são utilizadas para esse fim). O sistema é coeso e fértil em permitir mecanismos para evitar esses danos e consequente esvaziamento da tutela satisfativa que se persegue²⁰.

Conforme amplamente destacado pela doutrina, a estrita observância do devido processo legal exige a assim denominada primazia da cognição

¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 538.

²⁰ Cf. VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 151-154.

plena e exauriente e seu corolário que é a regra da tipicidade dos provimentos sumários. Isso pode ser bem ilustrado pela lição segundo a qual

Se uma moderada flexibilidade é inevitável, para adequar a marcha do processo às exigências de uma cognição adequada e da plenitude de defesa, a predeterminação do procedimento na lei é uma garantia fundamental, imposta pela segurança jurídica e pela previsibilidade de que devem desfrutar as partes para poderem ditar as suas estratégias [...] é a lei que deve estabelecer a extensão das faculdades concedidas às partes e dos poderes conferidos ao juiz [...].

Assim, “A sumariedade da cognição deve decorrer da lei, pois isso resulta necessariamente dos valores de justiça procedimental e de equidade, ínsitos à garantia constitucional do devido processo legal”. Então,

a cognição sumária, além de prevista em lei, somente se justifica para atender a valores constitucionais, como a efetividade e a celeridade, não podendo ser transformada num meio atípico e generalizado de tutela jurisdicional, que impeça o acesso à cognição plena e à obtenção de um provimento apto à formação da coisa julgada²¹.

3. Do caráter excepcional e subsidiário da extensão de responsabilidade patrimonial. Necessidade de, primeiramente, buscarem-se bens do devedor e responsável patrimonial primário

A insolvência do devedor não é condição imprescindível para que se cogite da extensão de responsabilidade patrimonial via desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, isso não significa dizer que a existência de patrimônio do devedor – responsável patrimonial primário – seja um dado e irrelevante para se decidir sobre se é ou não caso de se avançar no patrimônio de responsáveis que não são devedores. Vale dizer: antes

²¹ Cf. GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 10, 2012, p. 275 et seq., esp. p. 278.

de se chegar ao patrimônio de quem não ostenta o débito, mas apenas e eventualmente a responsabilidade, é fundamental esgotar as possibilidades de expropriação dos bens do (suposto) devedor. Isso é racional e afasta a necessidade de eventuais novas medidas com natureza regressiva, do responsável que pagou em relação ao devedor propriamente dito (CPC, art. 795, § 3º). Afinal, são “excepcionais os casos de obrigação sem responsabilidade ou de responsabilidade sem obrigação”²². Por isso é que o CPC prevê que, na extensão de responsabilidade patrimonial a outrem que não exatamente o devedor, deve-se preferir a excussão de bens deste último (art. 795, *caput* e parágrafos).

Dessa forma,

*A regra é de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica serem executados*²³.

Isso certamente vale quando se quer estender responsabilidade por dívida de um sócio à empresa (desconsideração inversa). Por outras palavras, “A responsabilidade patrimonial secundária é excepcional e não se presume, posto implicar o sacrifício do patrimônio de outrem para satisfação de dívida alheia”. São postulados ressaltados pela generalidade da doutrina, processual e civilista²⁴.

A título de ilustração e reforço, vale lembrar que no direito estrangeiro vigora, em geral, a regra da subsidiariedade do responsável secundário, que goza de benefício de excussão prévia do patrimônio do devedor

²² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 249-250.

²³ Cf. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 148.

²⁴ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 269-270; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 6, t. 2, p. 465, 471-472; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2, p. 7-8; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 202-203; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 2, p. 110-111; ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 104; CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 21-22; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 2, p. 29-30; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1, p. 24-25.

primário. Nessa linha cumpre mencionar, em primeiro lugar, o Código Civil francês (que, como é notório, constitui o modelo de base para os demais Códigos de *civil law*), cujo art. 2.299, em matéria de contrato de fiança, dispõe:

*O fiador é obrigado a pagar ao credor somente na ausência do devedor, que deve primeiro ser discutido em sua propriedade, a menos que o fiador tenha renunciado ao benefício da discussão, ou a menos que esteja solidariamente obrigado com o devedor; neste caso, o efeito de seu compromisso é regido pelos princípios estabelecidos para dívidas conjuntas e solidárias*²⁵.

Além disso, na mesma definição de fiança (*cautionnement* em língua francesa), o *Code civil* francês estabelece, no seu art. 2288, que: “Aquele que dá garantia a uma obrigação está obrigada ao credor a cumprir a obrigação, se o devedor não a cumprir ele mesmo”²⁶. Com base nessas disposições, a doutrina francesa assinala a natureza subsidiária da responsabilidade do fiador a respeito daquela primária do devedor principal²⁷.

Como é notório, o benefício de ordem encontra-se, de uma maneira semelhante ao que ocorre no sistema francês, também no sistema brasileiro a favor do fiador, no art. 827: “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”. Na mesma linha, o art. 2.304 Código Civil italiano, em relação à sociedade em nome coletivo: “Os credores da empresa, mesmo que a empresa esteja em liquidação, não podem exigir o pagamento dos acionistas individuais, exceto depois que os ativos da empresa tiverem sido executados”²⁸. Trata-se de uma outra clara aplicação

²⁵ No original: “*La caution n’est obligée envers le créancier à le payer qu’à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n’ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu’elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur; auquel cas l’effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires*”.

²⁶ No original: “*Celui qui se rend caution d’une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n’y satisfait pas lui-même*”.

²⁷ Nesse sentido, ver: PIETTE, Gaël. Cautionnement. In: *Encyclopédie Dalloz*. Paris : Dalloz, 2016. § 26. Nessa linha, ver: SIMLER, Philippe; DELEBECQUE, Philippe. *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*. 6. ed. Paris: Précis Dalloz, 2012. n. 47.

²⁸ No original: “*I creditori sociali, anche se la società è in liquidazione, non possono pretendere il pagamento dai singoli soci, se non dopo l’escussione del patrimonio sociale*”. Sobre o tema, ver: CARBONI, Bruno. Sussidiarietà e diritto di preventiva escussione. *Rassegna di Diritto Civile*, 2003. p. 28 et seq.

da regra da subsidiariedade, de tal sorte que, em primeiro lugar, devem vir os bens do devedor e de extensão de responsabilidade patrimonial só se deve cogitar em caráter excepcional.

Nem se pode dizer que isso não se aplicaria aos casos em que a responsabilidade decorre de desconsideração – e isso sob pretexto, quiçá, de que assim se estaria a prestigiar o uso abusivo da personalidade. É que, como leciona a doutrina,

A justificativa deste incidente – trazer um terceiro para submeter seu patrimônio à expropriação – existe porque há risco de que o responsável pela dívida (réu) não possua patrimônio suficiente para arcar com a dívida pela qual ele responde²⁹.

Ademais, “Não se pode perder de vista que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica nasceu sob o signo da excepcionalidade. Apenas em caráter excepcional é que deve ser decidida”³⁰. Assim,

Qualquer que seja a razão para responsabilizar secundariamente o sócio, haverá a possibilidade do exercício do direito do benefício de ordem (art. 795, § 1º, do Novo CPC), podendo o sócio indicar bens da sociedade para que respondam à satisfação da dívida antes que seus bens sejam atingidos³¹.

A aplicação do art. 795 do CPC, mesmo em caso de desconsideração da personalidade jurídica é de rigor. Primeiro, as hipóteses de desconsideração não configuram atos ilícitos que ensejem punição em sentido estrito. Segundo, a lei já prevê consequências patrimoniais gravosas para os envolvidos, se e quando se reputar correto desconsiderar a personalidade. Terceiro, a questão deve ser tratada com objetividade, como estritamente patrimonial que é: ao credor, em ambiente de boa-fé, bastará ver atendida a legítima expectativa (se credor realmente for) de ser satisfeito a partir do patrimônio do próprio devedor. Fora daí, dar-se-ia margem ao abuso.

²⁹ Cf. ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 280.

³⁰ Cf. LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169-172.

³¹ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1154.

Não se deve permitir que a extensão de responsabilidade, via desconsideração, transforme-se em indevido meio de pressão sobre quem quer que seja. Se o devedor tem patrimônio, não há razão lógica ou jurídica para se alcançar terceiros, ainda que a título de desconsideração. Quarto, se a lei prevê que a execução seja feita de forma menos gravosa para o devedor (CPC, art. 805), com maior razão isso deve valer para o mero responsável patrimonial, ainda que por desconsideração. Essa menor onerosidade, portanto, deve se traduzir em que os meios executivos recaiam sobre bens ofertados pelo devedor e responsável primário; e apenas subsidiariamente sobre outro patrimônio.

Como já tivemos oportunidade de ponderar,

a vinculação entre débito e responsabilidade continua a ser a regra. Sendo excepcional o descasamento entre uma coisa e outra, as regras que disciplinam a matéria – seja no plano contratual, seja no plano legal – devem ser interpretadas de forma estrita. O processo não é fonte autônoma de direitos substanciais. A satisfação do credor, que o processo há de proporcionar, deve respeitar os limites estabelecidos naquele plano do ordenamento. Não compete ao Judiciário alargar as hipóteses legais de desvinculação entre débito e responsabilidade. Essa ruptura, se e quando desprovida de fundamento legal, é nociva e traz sério risco à segurança que deve presidir as relações jurídicas. Não se há de ter um processo civil melhor às custas de um responsável patrimonial a qualquer preço. Uma coisa é trabalhar para que a atuação dos meios executivos seja mais racional e eficaz; outra é, a pretexto de satisfação do credor, negar o devido processo legal³².

Nem se argumente, eventualmente, com o maior grau de liquidez do patrimônio do terceiro a quem se estende a responsabilidade. Com efeito, a liquidez é critério relevante na constrição (art. 848, V), mas não é justificativa suficiente para se estender a responsabilidade patrimonial,

³² Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica dono CPC 2015: aplicação e outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 213-214.

nem para transformar o que é subsidiário em principal. Basta ver que o art. 50 do Código Civil, mesmo na redação dada pela Lei 13.874/19, não considera a iliquidez do patrimônio como um critério supostamente autorizador da desconsideração – ao contrário, como já se teve oportunidade de decidir, em referência ao entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça,

À luz da previsão legal, [...] a inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não caracteriza, por si só, quaisquer dos requisitos previstos no art. 50 do Código Civil, sendo imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial³³.

4. A título de conclusão

Como dito no início, a proposta era a de exame de questões emergentes da nova Lei, relativamente à desconsideração da personalidade jurídica. Alvitra-se que as novas disposições possam contribuir para a eficiência do sistema de tutela da probidade administrativa, sem que, contudo, abram margem para situações nas quais seja indevidamente expandido o conceito de responsabilidade patrimonial desvinculada da obrigação (débito).

³³ Cf. STJ, 4ª T., REsp n. 1.729.554-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8.5.2018, DJe 6.6.2018.

