

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK
ANDRÉ NUNES CONTI
COORDENADORES

DESCONSIDERAÇÃO da PERSONALIDADE JURÍDICA

PRESSUPOSTOS · CONSEQUÊNCIAS · CASUÍSTICA

VOLUME I

Alberto Camiña, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Amanda Athayde, Ana Carolina Gonçalves de Aquino, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, André Nunes Conti, Antonio Pedro Garcia de Souza, Ariana Anfe, Carolina Pagotto Trevizo, Cibelle N. de C. Moreira, Daniel Dias, Daniel Magalhães, Doralúcia A. Rodrigues, Eduardo Augusto Mattar, Felipe Ronco, Fernando Kuyven, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Gláucia Mara Coelho, Guilherme Setoguti J. Pereira, Heitor Vitor Mendonça Sica, Henrique de Moraes Fleury da Rocha, Henrique Del Vecchio Rodrigues, João Manoel de Lima Junior, João Paulo Saueia Godoy, José Roberto de Castro Neves, Luiz César Martins Loques, Luiz Daniel Haj Mussi, Luiza Crispim, Marcella Campinho Vaz, Marcelo Vieira von Adamek, Mariana Capaverde Keller, Mariana Hofmann Fuckner, Marina Amari, Mauricio Moreira Menezes, Milena Donato Oliva, Pablo Renteria, Rafael Setoguti Julio Pereira, Renata C. Steiner, Ruy Pereira Camilo Junior, Sidnei Beneti, Tiago Adão Ticoulat P. Borges, Uinie Caminha, Victor Montañés Rston

QUARTIER LATIN

**MARCELO VIEIRA VON ADAMEK; ANDRÉ NUNES CONTI
(COORDENADORES).**

*Desconsideração da Personalidade Jurídica - Pressupostos - Consequências - Casuística -
Volume 1.*

São Paulo: Quartier Latin, 2024.

*Desconsideração da Personalidade Jurídica - Pressupostos - Consequências - Casuística -
Volume 1 - 1ª ed. - São Paulo: Quartier Latin, 2024.*

ISBN 978-65-5575-300-4

1. Desconsideração da Personalidade Jurídica; 2. Desconsideração Atributiva; 3. Responsabilidade; 4. Direito Civil; 5. Direito Comercial. I. Título


EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro - São Paulo

CEP 01129-010

Telefone e whatsapp: +55 11 9 9431 1922

 editoraquartierlatin

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

XI. DESCONSIDERAÇÃO "EXPANSIVA" DA PERSONALIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS DE FATO

GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA¹

DANIEL MAGALHÃES²

1. INTRODUÇÃO

A história da limitação da responsabilidade em sociedades empresárias no Brasil possui contornos interessantes. De início, ainda sob a égide do Código Comercial de 1850, o regime aplicável à maior parte das sociedades (excetuadas as anônimas, ainda incipientes, e as sociedades por comandita simples, ao menos em relação aos sócios comanditários) era da responsabilidade *ilimitada* dos sócios por obrigações sociais. A partir do Decreto das Limitadas (Decreto 3.708/1919) deu-se um deslocamento do entendimento ao extremo oposto: a limitação da responsabilidade foi elevada à condição de viga-mestra da atividade comercial, consagrando uma visão jurídica que tinha como diretriz a proteção e o incentivo ao empreendedorismo e à livre iniciativa.

Desde o advento do Decreto das Limitadas até a década de 1970, a tendência da jurisprudência era de não responsabilizar os sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade, exceto nos casos expressamente previstos na legislação societária (como o administrador que cometesse atos ilícitos ou que atuasse com excesso de mandato)³. Essa realidade começou a mudar com o aparecimento de alguns casos isolados em que os tribunais identificaram situações muito específicas que, devido ao abuso da personalidade jurídica, ensejariam a responsabilização pes-

¹ Doutor e mestre pela USP. Professor do Insper. Presidente da Associação Brasileira de Special Situations e Litigation Finance. Presidente do IDSA - Instituto de Direito Societário Aplicado. Advogado de Monteiro de Castro, Setoguti Advogados.

² Mestrando em Direito Comercial pela USP. Bacharel pela Universidade Federal de Pernambuco. Secretário Geral da Associação Brasileira de Special Situations e Litigation Finance. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos e Desenvolvimento da Sociedade Anônima do Futebol. Advogado de Monteiro de Castro, Setoguti Advogados.

³ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil - história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 146-149.

soal dos sócios. Tais decisões foram fundamentalmente baseadas em legislações alienígenas⁴.

O estudo sistemático dessa excepcional responsabilização, hoje alcunhada sob o termo “desconsideração da personalidade jurídica”, começou a ser desenvolvida pela doutrina brasileira em 1969, comandada inicialmente por RUBENS REQUIÃO⁵⁻⁶ e, em seguida, por nomes como FÁBIO KONDER COMPARATO⁷, J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA⁸ e MARÇAL JUSTEN FILHO⁹. A preocupação era identificar situações específicas de utilização desfuncional da personalidade jurídica (e de sua subjetividade autônoma, separada), com finalidades antijurídicas¹⁰.

Algumas décadas depois, a flexibilização da responsabilidade limitada começou a radicalizar-se mediante movimentos legislativos e jurisprudenciais em várias áreas do direito – com destaque para a consumerista e trabalhista. Diante deste cenário, alguns entendem, não sem alguma dose de razão, que a separação patrimonial entre sociedade e sócio perdeu força, ensejando contemporaneamente sérias dúvidas quanto

4 SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil – história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 146-149.

5 Mais de 20 anos antes de REQUIÃO, entretanto, ASCARELLI já havia apresentado os principais aspectos desse instituto, em seu célebre artigo “O negócio indireto” publicado inicialmente em 1945, contribuição que infelizmente parece ter ficado adormecida por vários anos no direito brasileiro (ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto*. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2009. P. 205 e 206).

6 “A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, para impedir a fraude e o abuso do direito, está, como vimos, consagrada na jurisprudência de diversos países, cuja cultura jurídica sempre influiu e inspirou os nossos juristas. É concebível pois que a “disregard doctrine” tenha reflexos em nosso direito, ou com ele seja compatível e aplicável” (REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*, in: *Revista dos Tribunais*, nº 410/13, 1969).

7 A obra paradigmática do Professor COMPARATO já em sua primeira edição (1976) tratava do tema. (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 145-161).

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

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

10 OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 262.

à real vigência de um regime de responsabilidade limitada no Brasil¹¹⁻¹², o que aproximaria, em certa medida, o atual sistema do vigente antes do Decreto das Limitadas.

É nesse contexto e como tentativa de frear tal realidade que deve ser vista a Lei 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), que pode ser considerada o mais recente capítulo da tentativa de assegurar o caráter excepcional da desconsideração da personalidade jurídica. Essa lei buscou enfatizar o primordial papel que a separação patrimonial e a responsabilidade limitada das sociedades representam ao empreendedorismo e à atividade empresarial, trazendo delimitações ou detalhamentos mais precisos para as hipóteses de desconsideração¹³.

Sem pretensão de abarcar os pormenores relacionados às origens, ao desenvolvimento e aos destinos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pretende-se neste breve estudo fazer provocações quanto àquela que vem sendo chamada por alguns de desconsideração “expansiva” da personalidade jurídica.

Cuida-se precipuamente da situação em que há uma tentativa de imposição de responsabilidade em face de um agente que, apesar de ser sócio “de fato” da sociedade devedora, não é (por qualquer motivo), efetiva e formalmente, titular de participação societária de emissão desta. É nesse contexto que surgem as seguintes questões: é possível utilizar a desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de um terceiro formalmente alheio à sociedade? Se não, que linhas ar-

11 SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil – história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 25-26 e p. 146.

12 Nas palavras de LAMY FILHO: “Mais grave é a redução do número de sociedades pelo risco desmedido que oferece aos sócios, de ver seus bens arrolados em execuções da sociedade para a qual só ingressou muita vez para ajudar um amigo. E o milagre da limitação de responsabilidade, a pedra angular de toda a construção empresarial, está sendo abalada em seus fundamentos desnecessariamente porque, como visto anteriormente, se a pessoa jurídica era, apenas, uma fraude, já estavam os juízes autorizados a sentenciarem sua desconsideração por abuso, sem os absurdos que a prática comercial tem testemunhado ultimamente no país” (LAMY FILHO, Alfredo. *Desconsideração da personalidade jurídica*. In: LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 211).

13 LEONARDO, Rodrigo Xavier; e RODRIGUES JR, Otavio Luiz. A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; e RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 206.

gumentativas podem ser utilizadas para fins de responsabilizá-lo, quando comprovada a participação deste como sócio “de fato” da devedora? A tais outras situações de corresponsabilização aplica-se o incidente da desconsideração da personalidade jurídica disposto nos arts. 133 ao 137 do CPC?

A intenção deste trabalho será, assim, levantar algumas reflexões quanto à imposição de responsabilidade ao sócio “de fato” por dívidas contraídas pela sociedade devedora.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: PRINCÍPIOS, MODALIDADES E REQUISITOS.

A noção de separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus integrantes foi expressamente reforçada no art. 49-A da Lei da Liberdade Econômica¹⁴⁻¹⁵. Essa separação, para fins societários, se reflete em dois principais aspectos: (i) isolamento das posições jurídicas titularizadas pelos sócios e pela sociedade, de modo a impedir que direitos e deveres de uns sejam considerados direitos e deveres dos outros – *separação de titularidade*; e (ii) impedimento para que sejam imputados quaisquer fatos, comportamentos, conhecimentos ou qualidades da sociedade aos sócios (ou dos sócios à sociedade) – *separação de imputação*¹⁶.

Essa compreensão é importante para que possam ser diferenciadas as duas modalidades de desconsideração da personalidade jurídica: a *desconsideração atributiva* ou *regulatória*, de um lado, e a *desconsidera-*

14 CC. Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

15 O dispositivo recuperou a didática do art. 20 do Código Civil de 2016: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”, que, segundo PONTES DE MIRANDA, possuía caráter enunciativo (e propriamente considerada uma regra jurídica) (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Introdução*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo I, p. 407).

16 ADAMEK, Marcelo Vieira von; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Editora JusPodivm, 4ª ed., 2024. p. 149 e 150.

ção para imposição de responsabilidade por dívida alheia ou desconsideração patrimonial, de outro.

A desconsideração atributiva ou regulatória¹⁷, menos conhecida no direito brasileiro (mas nem por isso desimportante ou estranha ao sistema), caracteriza-se pela imputação de fatos, comportamentos, conhecimentos, proibições ou qualidades da pessoa jurídica aos seus membros ou vice-versa (dos membros à sociedade)¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰. É o caso da situação disciplinada pelo art. 254-A da Lei das Sociedades por Ações, que exi-

- 17 A terminologia “desconsideração atributiva” foi utilizada primeiramente por SALOMÃO FILHO, em tradução do termo “Zurechnungsdurchgriff” da doutrina alemã (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., p. 244 e 245). CONTI, ADAMEK e VALLADÃO utilizam a mesma terminologia (CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; e ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Direito processual societário (...)* cit. p. 151-154). O tema também foi tratado por PARGENDLER, que adotou em seus estudos a nomenclatura “desconsideração regulatória” (PARGENDLER, Mariana. Veil Peeking: The Corporation as a Nexus for Regulation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, 2021, v. 160, n. 1, p. 717-781; PARGENDLER, Mariana. Regulatory Partitioning as a Key Role of Corporate Personality. In: POLLMAN, Elizabeth; THOMPSON, Robert (coords.). *Research Handbook on Corporate Purpose and Personhood*. Cheltenham: Edgar Elgar Publishing, 2021; PARGENDLER, Mariana. Apontamentos Sobre a Desconsideração Regulatória da Personalidade Jurídica (Veil Peeking): Função e Critérios. In: BARBOSA, Henrique; FERREIRA, Jorge Cesa (coords.). *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 Anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2021; e PARGENDLER, Mariana. Comentários ao artigo 50 do código civil: a desconsideração da personalidade jurídica. In: MARTINS-COSTA, Judith e NITSCHKE, Guilherme (Coords.). *Direito privado na Lei de Liberdade Econômica*. São Paulo: Almedina, 2022, p.241-274). Independentemente do termo adotado, e apesar de certas peculiaridades inerentes às respectivas construções doutrinárias, para melhor estudo deste tema recomenda-se a leitura dos supracitados autores.
- 18 ADAMEK, Marcelo Vieira von; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário (...)* cit., p. 151.
- 19 PARGENDLER menciona que, do ponto de vista histórico, a desconsideração regulatória precede a desconsideração patrimonial, lembrando que, enquanto a Câmara dos Lordes do Reino Unido, em 1897, se recusou a perfurar o véu da pessoa jurídica para responsabilizar o acionista controlador pelas dívidas sociais em *Solomon v. Solomon & Co.*, “a Suprema Corte dos Estados Unidos procedeu à desconsideração da separação regulatória ainda em 1809 no caso *Bank of the United States v. Deveaux*. Na ocasião, o Chief Justice Marshal decidiu “olhar para a característica dos indivíduos que compõem a companhia”, que eram cidadãos do estado da Pennsylvania, para reconhecer a competência dos tribunais federais por diversidade de jurisdição, nos termos da Constituição dos EUA” (PARGENDLER, Mariana. Comentários ao artigo 50 do código civil (...)) cit., p. 251-252).
- 20 Para um estudo mais abrangente da imputação de conhecimento (uma das hipóteses exemplificadas de utilização da desconsideração atributiva), GOMES e GONÇALVES

ge a realização de oferta pública de ações aos acionistas minoritários em caso de alienação direta ou *indireta* do controle (*tag along*), abarcando, assim, a alienação do controle por intermédio de sociedade controladora com personalidade jurídica distinta²¹⁻²²⁻²³.

Todavia, sem dúvida a modalidade mais conhecida pela doutrina e jurisprudência brasileiras é a *desconsideração para imposição de responsabilidade por dívida alheia*²⁴ ou *desconsideração patrimonial*²⁵, positivada no art. 50 do CC e usualmente conhecida simplesmente por "desconsideração da personalidade jurídica". A terminologia é criticável por alguns motivos, como: (i) o fato de que a aplicação do instituto não leva propriamente à desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas a uma relativização da regra geral da separação patrimonial, tratando-se de uma derrogação pontual e específica do art. 49-A do CC; e (ii) pela possível aplicabilidade do instituto ainda quando a sociedade envolvida seja não personificada, ou seja, em situações em que não se estaria tec-

(GOMES, José Ferreira; e GONÇALVES, Diogo Costa. A imputação de conhecimento às sociedades comerciais. São Paulo: Quartier Latin, 2022).

21 PARGENDLER, Mariana. Comentários ao artigo 50 do código civil (...) *cit.*, p. 264.

22 Outro exemplo mencionado por CONTI: "*na aplicação de uma norma que estabelece um impedimento de voto em razão de situações de conflito de interesses, os interesses de um sócio podem eventualmente ser imputados à sociedade por causa da típica proximidade que os une (no caso, por causa do controle, que faz com que o sócio possa assegurar a persecução de seus interesses através da sociedade), fazendo assim com que a sociedade sofra as consequências da norma (o impedimento) em razão da relação de pertinência que ela pessoalmente guarda com o fundamento dessas consequências (os interesses conflitantes que lhe são imputáveis)*" (CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado (...) cit.*, p. 73).

23 No direito português, COUTINHO DE ABREU, ao citar exemplos de casos de imputação (*zurechnungsdurchgriff*), menciona: "*Uma pessoa que, por efeito de um trespassse, fica obrigada (explícita ou implicitamente) a não concorrer durante certo tempo com o trespassário viola tal obrigação quando constitui uma sociedade unipessoal com o objecto idêntido ou similar ao do estabelecimento alienado, ou quando entra em sociedade concorrente do trespassário, nela passando a exercer funções de administração ou ficando a deter posição majoritária (afastada a máscara pessoal-societária, vê-se o sócio a concorrer com o trespassário)*" (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial: das sociedades*, vol. II. Coimbra: Almedina, 3^a ed., 2009, p. 178).

24 Terminologia utilizada, por exemplo, por ADAMEK, VALLADÃO FRANÇA e CONTI, em tradução do termo alemão "*Haftungsdurchgriff*" (ADAMEK, Marcelo Vieira von; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário (...) cit.*, p. 151; e CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado (...) cit.*, p. 54).

25 Denominação utilizada por PARGENDLER (PARGENDLER, Mariana. Comentários ao artigo 50 do código civil (...) *cit.*, p. 251-252).

nicamente desconsiderando a personalidade jurídica (que inexistente), mas sim afastando-se a regra da limitação de responsabilidade²⁶⁻²⁷.

Além de tais críticas pela precisão do termo, é preciso atentar ao fato de que o art. 50 do CC, que positiva a terminologia “desconsideração da personalidade jurídica”, trata tão somente da modalidade de desconsideração para imposição de responsabilidade por dívida alheia ou desconsideração patrimonial, sem fazer alusão à desconsideração atributiva/regulatória. Tecnicamente, o termo desconsideração da personalidade jurídica é gênero do qual as duas modalidades supracitadas são espécies. No entanto, registrada tal ressalva, utilizar-se-á neste estudo, por razões didáticas, a denominação “desconsideração da personalidade jurídica” como sinônimo de “desconsideração para imposição de responsabilidade por dívida alheia” ou “desconsideração patrimonial”.

A regra geral estabelecida no CC consagra a chamada *teoria maior* da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual não basta, para imposição de responsabilidade aos sócios por dívidas da sociedade, a insuficiência patrimonial desta última; é necessário demonstrar o abuso de personalidade jurídica, que pode ser caracterizado pelo *desvio de finalidade* ou pela *confusão patrimonial*²⁸⁻²⁹.

26 ADAMEK, Marcelo Vieira von; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário (...)* cit., p. 150 e 151.

27 Questões como a aplicação do instituto em face de fundos de investimento levantam bons debates, já que os fundos possuem a forma de condomínio de natureza especial, de acordo com o art. 1.368-C do CC, e, portanto, em tese, não são sociedades e não possuem personalidade jurídica. Embora sob a ótica de um caso específico, o Ministro VILLAS BÔAS entendeu que: “Assim, o fato de ser o FIP constituído sob a forma de condomínio e de não possuir personalidade jurídica não é capaz de impedir, por si só, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em caso de comprovado abuso de direito por desvio de finalidade ou confusão patrimonial” (STJ, REsp 1.965.982, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05.04.2022, DJe 08.04.2022).

28 CC. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

29 Embora o art. 50 do CC fale em “abuso” da personalidade jurídica, PARGENDLER entende que se trata tecnicamente de aplicação disfuncional da separação patrimonial conferida pelo instituto, que é aferida objetivamente, assim como

O desvio de finalidade é o abuso da autonomia patrimonial mediante a desvirtuação do seu aspecto teleológico: o patrimônio da sociedade é intencionalmente utilizado não para a persecução dos fins sociais, mas para os fins pessoais dos sócios ou administradores³⁰. Trata-se de uma utilização disfuncional da separação patrimonial conferida pela personificação jurídica, que resulta em ato ilícito apto a fundamentar a responsabilização dos sócios ou administradores perante credores em razão das dívidas da sociedade (ou vice-versa). Nos termos do parágrafo 1º do art. 50 do CC, para os fins da desconsideração, o desvio de finalidade "é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de ilícitos de qualquer natureza", sendo certo que a mera expansão ou alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica não pode constituir desvio de finalidade, como dispõe o parágrafo 5º do mesmo artigo.

A confusão patrimonial, por sua vez, é a perda da autonomia material por abandono da separação de fato entre as relações jurídicas da sociedade e dos sócios/administradores, em desvirtuamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica³¹. Ou seja, situação em que é impossível determinar a separação fática entre os patrimônios da sociedade e dos sócios/administradores, o que faz com que a principal função econômica da separação patrimonial de direito caia por terra: a redução dos custos de monitoramento dos credores³²⁻³³.

ocorre com o controle do exercício disfuncional de direito subjetivo conforme art. 187 do CC (PARGENDLER, Mariana. Comentários ao artigo 50 do código civil (...) *cit.*, p. 255).

30 ADAMEK, Marcelo Vieira von; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário (...) cit.*, p. 162.

31 ADAMEK, Marcelo Vieira von; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário (...) cit.*, p. 162 e 164.

32 PARGENDLER, Mariana. Comentários ao artigo 50 do código civil (...) *cit.*, p. 257 e 258.

33 O parágrafo 2º do art. 50 do CC lista os seguintes exemplos que caracterizam a confusão patrimonial: I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. A redação ampla do inciso III deixa claro que se trata de um rol exemplificativo e alternativo de atos, não sendo necessário, para a caracterização da confusão patrimonial, a cumulação de todos eles.

Importante lembrar os destinatários que a desconsideração pretende atingir: administradores ou sócios da pessoa jurídica que obtiveram benefícios diretos ou indiretos (no limite do benefício auferido³⁴) resultantes do abuso da personalidade jurídica (*caput* do art. 50 do CC).

Brevemente rememorados alguns conceitos fundamentais, notamos que o presente estudo pretende limitar-se à desconsideração da personalidade para imposição de responsabilidade por dívida alheia aos chamados sócios “de fato” – não compreendendo, portanto, a aplicabilidade a estes da desconsideração atributiva/regulatória (tema que, embora muito interessante, deixaremos para outra oportunidade³⁵). Em razão disso, antes de tratar diretamente do tema pretendido, é importante tecer breves comentários à figura do sócio “de fato”.

3. CONCEITUAÇÃO DO TERMO: QUEM SÃO OS SÓCIOS “DE FATO”?

Sócios são as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 981 do CC). Nos casos, por exemplo, das sociedades limitadas e anônimas, os sócios possuem responsabilidade limitada ao valor das quotas/ações (arts. 1.052 do CC e art. 1º da LSA).

Ao tratar da responsabilidade limitada dos sócios, a legislação se refere sempre aos *sócios de direito*, ou seja, aos titulares de participações societárias regularmente inscritos nos atos constitutivos ou livros sociais. Contudo, e quanto aos indivíduos (pessoa física, jurídica ou ente não personificado) que atuam nos bastidores da sociedade como efetivos sócios desta, não só influenciando na gestão, como também partici-

34 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Das sociedades em geral. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial: empresa individual de responsabilidade limitada e sociedades de pessoas* / Alfredo de Assis Gonçalves Neto e Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, v. 2, 3ª ed., p. 97.

35 Assim como a análise da responsabilização dos administradores “de fato”.

pando de seus resultados³⁶, mas que não são devidamente inscritos ou registrados, formalmente, como sócios desta sociedade?

Tal figura pode receber várias terminologias, como *sócio oculto*³⁷, *sócio indireto* ou *sócio adjunto*³⁸. Para o presente estudo, adotar-se-á o termo *sócio de fato*, por entendermos ser tal nomenclatura a mais adequada³⁹⁻⁴⁰,

- 36 Concorde-se com a posição de CALIXTO SALOMÃO: "Na sociedade moderna, fundamental para a caracterização da condição de sócio não é o poder de influir na gestão social. A perda de importância dessa faculdade decorre diretamente da dissociação entre propriedade e poder de gestão na sociedade anônima, já encontrável nas antigas sociedades em comandita, mas que se generalizou nos tempos modernos por meio da criação das chamadas ações preferenciais. Assim, é preciso que o agente tenha auferido proveitos na forma de lucros para caracterizar a sua condição de sócio e, portanto, a sociedade de fato. A mera gestão, como controlador externo, pode equipará-lo, para fins de responsabilidade ao administrador mas não ao sócio (oculto)" (COMPARATO, Fábio Konder; e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima (...)* cit., p. 204 e 205). A única consideração adicional é que, para caracterização da condição de sócio, o indivíduo deve ter participado dos resultados da sociedade: tanto lucros quanto perdas. Nesse sentido, COMPARATO lembra, ainda, que "a participação do acionista no lucro da sociedade não se realiza, apenas, sob a forma de percepção de dividendo, mas de outras maneiras, segundo a sistemática legal de destinação dos lucros. O direito genérico do acionista consiste em não ser privado do benefício econômico gerado pela apuração de lucros no patrimônio social" (COMPARATO, Fábio Konder. A constituição da reserva de lucros a realizar e o dividendo obrigatório. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 152).
- 37 Termo utilizado por COMPARATO e CALIXTO SALOMÃO, por exemplo (COMPARATO, Fábio Konder; e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima (...)* cit, p. 205); (COMPARATO, Fábio Konder. Fideicomisso acionário e direito de subscrição em aumentos de capital. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 194).
- 38 ASCARELLI sugeria as expressões "empresário indireto ou adjunto" (ASCARELLI, Tullio. *Problemi Giuridici*, vol. II. Milão: Giuffrè, p. 476).
- 39 Dentre os motivos pela preferência do termo, tem-se que, em face da ausência de menção expressa no CC e LSA, um dos únicos diplomas legais a fazer referência a tal figura é a Lei nº 11.101/2005 ("Lei de Recuperação de Empresas") em seu art. 179, que dispõe: "Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade".
- 40 O "sócio indireto" poderia denotar alguma forma de participação societária indireta na sociedade em questão (nos moldes em que a LSA utiliza o termo); e não é isso que se quer dizer. O sócio de fato é aquele que não está inscrito ou registrado nos livros ou registros da sociedade ou mesmo de sua controladora. Ou seja, é o indivíduo que, formalmente, não possui qualquer relação societária com a sociedade. O termo "sócio adjunto" também não é preferível, pois poderia denotar assessoriedade ou suplência - mais uma vez, não é o que se quer dizer.

considerando que o sócio de fato pode atuar tanto de forma *aparente* quanto *oculta*⁴¹.

Vertente mais comum, o sócio de fato *oculto* é aquele que conduz ou influencia as deliberações sociais e a administração sem se identificar, atuando nos bastidores da sociedade de modo a exercer as prerrogativas de sócio por via indireta⁴². Na maior parte dos casos, o sócio *oculto* atua por meio de um sócio *de direito* que é por ele indicado e que está sob sua influência, referido no léxico popular como “laranja”. Também há hipóteses em que o sócio *oculto* atua por via indireta sem que necessariamente haja um “laranja” representando-o, mas nesses casos geralmente há uma relação orquestrada com os demais sócios *de direito*⁴³.

Por sua vez, o sócio de fato *aparente* é aquele que, mesmo formalmente desprovido de participações societárias, além de praticar todos os atos inerentes à condição de sócio e receber a partilha dos resultados da sociedade, conduz ostensivamente a gestão desta, seja mediante sua influência nas deliberações sociais, seja efetivamente praticando os atos de administração em nome da sociedade – sem os devidos poderes –, hipótese em que poderia ser enquadrado também como *administrador de fato*⁴⁴.

O sócio de fato, assim, é aquele que gere ou influencia os destinos da sociedade, auferir os resultados gerados por esta, tem consciência da situação de associação por ele experimentada com os demais sócios⁴⁵, mas por qualquer motivo não é formalmente titular de participação societária.

41 Logo, a utilização do termo “sócio oculto” abarcaria somente uma das modalidades de sócios de fato.

42 ROCHA, Glauco da. *A teoria do órgão de fato e sua aplicação ao direito brasileiro*. São Paulo: Editora Dialética, 2023, p. 248.

43 Note-se, inclusive, que tal situação pode ocorrer por uma inércia em providenciar o arquivamento no registro competente (ou inscrição nos livros sociais) da aquisição das quotas/ações pelo sócio oculto.

44 ROCHA, Glauco da. *A teoria do órgão de fato (...) cit.*, p. 248.

45 Ressalva importante para que não se confunda o termo “de fato” com o proveniente do seu sinônimo francês apontado por VALLADÃO: “de outra parte, se a sociedade do seu sinônimo francês apontado por VALLADÃO: “de outra parte, se a sociedade de fato, ou constituída de fato, for entendida como o seu sinônimo francês, ou seja, aquela em que “os seus membros não têm consciência da situação de cossócios por eles experimentada”, estamos aí fora do campo do direito societário, em uma situação anômala” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 112).

Não há que se confundir sócio de fato com “*sociedade de fato*”. Primeiro porque o que no direito anterior se convencionou denominar de “*sociedade de fato*” (aquela constituída sem prova escrita) atualmente está abrangida pela sociedade em comum, conforme art. 987 do CC⁴⁶. Em segundo lugar, o termo “sócio de fato”, utilizado da maneira aqui sugerida, não engloba somente os casos de inexistência de prova escrita da sua condição de sócio, mas também quando, havendo contrato escrito, este não foi devidamente registrado – ou seja, incluiu o sócio da antiga “*sociedade irregular*”⁴⁷, também abarcada atualmente pelo conceito de sociedade em comum.

Apesar da certa negligência do ordenamento societário quanto a essa figura, os sócios de fato são realidade presente no cotidiano empresarial, especialmente em sociedades de pessoas, em que a figura do sócio possui maior relevância.

O problema se coloca quando há a necessidade de responsabilização de tais sócios de fato. Não é incomum a seguinte situação fática: credor que possui um crédito em face de uma sociedade que enfrenta dificuldades financeiras e não tem conseguido cumprir com suas obrigações. Além disso, o credor tem conhecimento de que um determinado indivíduo, com vasto patrimônio pessoal, atua como sócio de fato dessa sociedade, e, portanto, pretende responsabilizá-lo por tais dívidas. Seria essa uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica?

O art. 305 do Código Comercial parecia responder de forma clara este questionamento, ao elencar uma série de atos que caracterizavam a presunção de existência de sociedade, mencionando expressamente que “a responsabilidade dos *sócios ocultos* é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos”⁴⁸.

46 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Asociedade em comum* (...) cit., p. 110-115.

47 A ultrapassada terminologia é criticável, pois a qualificação de “irregular” não é adequada para os negócios jurídicos, como o contrato de sociedade, que devem ser enquadrados nas categorias de existência, validade e eficácia. O que pode ser irregular é a *atividade* exercida pela sociedade sem registro, se esta ocorrer antes do registro ou persistir após o seu cancelamento, mas jamais a própria sociedade. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum* (...) cit., p. 113-117).

48 Código Comercial. Art. 305 – Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente:

O CC, por sua vez, não reproduziu expressamente tais normas, abrindo espaço para uma interessante discussão quanto ao reconhecimento do sócio de fato e o mecanismo jurídico para imposição de sua responsabilidade. É o que se pretende analisar a seguir.

4. OS PRINCIPAIS CAMINHOS PARA IMPOSIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS SÓCIOS DE FATO

Apesar da alta incidência prática, o tema da responsabilização dos sócios de fato parece ainda carecer de maior sistematicidade⁴⁹. Diante disso, e sem qualquer pretensão de efetivamente oferecer uma sistematização, procuraremos elencar alguns caminhos argumentativos que têm sido mais utilizados pela doutrina e pela jurisprudência.

4.1. A DESCONSIDERAÇÃO “EXPANSIVA” DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Os estudos dedicados à desconsideração da personalidade jurídica para imposição de responsabilidade por dívida alheia⁵⁰ geralmente divi-

1 - Negociação promíscua e comum. 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum. 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública. 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum. 5 - A dissolução da associação como sociedade. 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais. 7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social. 8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes. 9 - O uso de nome com a adição - e companhia. A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (artigo nº 316).

49 É importante esclarecer que a responsabilização a que se pretende debruçar não é aquela que deriva de violação, pelo sócio de fato, de disposições legais - nesta hipótese haveria responsabilização por ato próprio, ou, mais especificamente, responsabilidade civil, que inclui situações de comportamento doloso ou culposos que não justificam propriamente a desconsideração da personalidade jurídica, mas a responsabilização pelas regras gerais do direito civil. A responsabilização por ato próprio objetiva responsabilizar o dirigente da sociedade (neste caso o sócio de fato) consoante regras do direito comum, sem pôr em questão o conceito de personalidade jurídica (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. RB-4.6, E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/307663894/v2/page/RB-4.6%20>).

50 Há discussão doutrinária se na desconsideração o sujeito responde por dívida alheia ou própria. CALIXTO SALOMÃO entende ser caso de responsabilização por dívida própria: “A desconsideração entendida como método não pode ser confundida com uma aplicação da teoria dualista da obrigação, ou seja, da imputação da

dem-na em algumas modalidades. Há, por exemplo, a desconsideração clássica, a inversa, a indireta,⁵¹ e mais recentemente a *expansiva*, à qual restringiremos este estudo.

Há autores que definem a desconsideração *expansiva* como “aquela que objetiva atingir o patrimônio de terceiros, estranhos à pessoa jurídica que se pretende desconsiderar, e que buscam, com o devedor, ocultar bens capazes de satisfazer as dívidas contraídas”.⁵² Ou aquela “por meio da qual se busca atingir o patrimônio do sócio oculto, cuja empresa demandada encontra-se em nome de terceiro, coloquialmente de denominado “laranja”⁵³.

responsabilidade a pessoa diferente do devedor. [...] Não é esse, portanto, o elemento distintivo da desconsideração. Nela, o sujeito responde por dívida própria, decorrente não de um ato mas de uma atividade abusiva. [...] Seu caráter distintivo está na prática de uma atividade lesiva e no fato de que o responsável será sempre seu beneficiário, que não se confunde necessariamente com os executores da atividade lesiva” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., p. 261 e 262). A doutrina majoritária, entretanto, entende que o terceiro responde por dívida alheia (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; e ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Direito processual societário (...)* cit. p. 177; YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; e SETOGUTI, Guilherme (coords.), *Processo Societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 213 e 214). Para detalhamento da discussão CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado (...)* cit., p. 69.

- 51 Há quem entenda que a desconsideração *expansiva* seria gênero do qual a desconsideração *indireta* é espécie, (CASTRO, Roberta Dias Tarpinian. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual*. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 94-95). No entanto, é possível entender a desconsideração *indireta* como aquela em que há relação societária indireta entre a sociedade devedora e o terceiro cujo patrimônio se pretenda atingir. A desconsideração *expansiva*, por sua vez, serviria para designar a tentativa de responsabilização de terceiro que não possui qualquer relação societária formalizada com a sociedade devedora. Entende-se que há aí uma diferença relevante, que torna útil a separação.
- 52 BUENO, Cassio Scarpinella. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica para além da desconsideração: uma homenagem ao professor Fábio Ulhoa Coelho. In: CAMPINHO, Sérgio; FRAZÃO, Ana; e MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo (Coords.). *Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho*, Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 408.
- 53 ROQUE, Andre Vasconcelos. Comentários aos arts. 133 a 137. In: GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: GEN/FORENSE, 2021, p.200.

O termo também é adotado na jurisprudência⁵⁴, embora de forma pouco sistemática. O instituto foi discutido recentemente pelo STJ no Recurso Especial nº 2.055.325, quando a relatora Ministra NANCY ANDRIGHI assegurou que: “trata-se de técnica cuja aplicação deriva de interpretação teleológica da norma do art. 50, §2º, do CC/02, cujo objetivo reside na responsabilização de terceiro que ocupa a posição de ‘sócio oculto’”. Referido Recurso Especial será tema de análise mais detalhada a seguir, tendo em vista suas peculiaridades e importantes conclusões. Por sua vez, a I Jornada de Direito Processual Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal emitiu o seguinte Enunciado de n. 11: “Aplica-se o disposto nos arts. 133 a 137 do CPC às hipóteses de desconsideração indireta e expansiva da personalidade jurídica”.

Apesar do aparente acolhimento do termo “desconsideração expansiva da personalidade jurídica”, é preciso ir além em sua análise. Trata-se realmente de uma desconsideração de personalidade jurídica?

O instituto da desconsideração não é utilizado apenas para os casos em que há uma personalidade jurídica a ser desconsiderada, como já mencionado. Mas aqui não se trata de discutir a existência ou não de personalidade jurídica apta a possibilitar a desconsideração. Na verdade, a pergunta essencial é: seria possível utilizar a desconsideração da personalidade jurídica e o procedimento previsto no arts. 133 ao 137 do CPC para imposição de responsabilidade aos sócios de fato?

Como visto, a desconsideração pressupõe uma responsabilização (que não preexiste) a terceiro mediante o reconhecimento judicial, que traz o terceiro para a demanda principal e sujeita seu patrimônio às medidas de cobrança. Entretanto, é possível entender a situação do sócio de fato como uma hipótese de imposição de responsabilidade *própria*,

54 Citem-se alguns julgados que reconhecem a desconsideração *expansiva*: TJSP; Agravo de Instrumento 2095451-86.2021.8.26.0000; Data do Julgamento: 12/08/2021. TJSP; Agravo de Instrumento 2208710-88.2023.8.26.0000; Data do Julgamento: 30/11/2023. TJSP; Agravo de Instrumento 2194860-64.2023.8.26.0000; Data do Julgamento: 31/01/2024. TJSP; Agravo de Instrumento 2109960-17.2024.8.26.0000; Data do Julgamento: 03/06/2024. TJMG; Agravo de Instrumento 1.0000.22.157821-4/001 | 1578222-02.2022.8.13.0000; Data de Julgamento: 09/02/2023. TJMG; Agravo de Instrumento 1.0000.23.005063-5/001; Data de Julgamento: 28/04/2023.

mediante o reconhecimento de uma *sociedade em comum* entre este sócio e a sociedade devedora.

Nesse caso, como será exposto a seguir, a responsabilização do sócio de fato independeria da desconsideração da personalidade jurídica, já que a responsabilidade dos sócios da sociedade em comum é, por imposição legal, solidária, ilimitada e direta (ou subsidiária apenas aos que não contrataram pela sociedade)⁵⁵. Ao expor essa questão, o conceito de desconsideração “expansiva” passa a soar mais como uma linha argumentativa para instauração analógica do incidente da desconsideração disposto no CPC do que propriamente um outro tipo de desconsideração conforme estabelece o direito material – art. 50 do CC. É o que se pretende expor a seguir.

4.2. O RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE EM COMUM

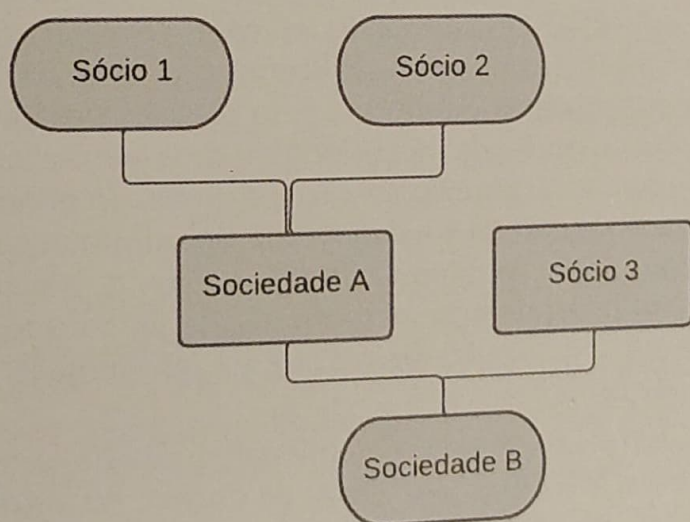
O conceito geral de sociedade emerge do art. 981 do CC, segundo o qual “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. O Código separa as sociedades entre as personificadas (Livro II, Título II, Subtítulo II) e as não personificadas (Livro II, Título II, Subtítulo I). Para constituir uma sociedade personificada, exige-se que haja contrato escrito e que este seja levado ao registro próprio (art. 985), enquanto para a constituição de uma sociedade não personificada não se impõe tal obrigatoriedade (arts. 987 e 992). Nota-se, assim, que a exigência de contrato escrito está ligada à possibilidade da aquisição de personalidade jurídica, mas não é uma formalidade essencial à própria *validade* do contrato de sociedade. Para a *validade* do contrato social não se exige forma especial, apenas para a sua *eficácia* – inexistindo prova escrita, há *ineficácia relati-*

55 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo. Sociedade em comum. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial: empresa individual de responsabilidade limitada e sociedades de pessoas* / Alfredo de Assis Gonçalves Neto e Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, v. 2, 3^a ed., p. 200.

va do contrato, ficando os sócios privados de provar a existência da sociedade, mas os terceiros poderão prová-la de qualquer modo⁵⁶.

Neste sentido, a sociedade em comum, nos termos dos arts. 986 ao 990 do CC, se configura em três hipóteses, como exposto por VALLADÃO FRANÇA em seu paradigmático estudo sobre o tema: “a) quando for constituída e exercer sua atividade sem prova; ou b) com prova escrita, mas sem inscrição no registro próprio, ou antes dele; ou c) seu registro foi cancelado, mas continuar o exercício da atividade. Abrange, portanto, tanto a antiga sociedade de fato (como tal entendida aquela formada sem prova escrita), como a antiga sociedade irregular (como tal entendida aquela com prova escrita, mas cujo contrato não tivesse sido inscrito no registro próprio)”⁵⁷.

Relembrados tais conceitos, coloca-se em destaque a seguinte provocação: seria possível entender que uma sociedade personificada constitua com um sócio de fato uma sociedade em comum? A pergunta é importante para compreender as formas de responsabilização deste sócio de fato, tema central da presente exposição. O cenário imaginado é o seguinte:



Considerando que (i) a Sociedade A é uma sociedade personificada; (ii) o Sócio 3 não consta formalmente nos registros societários da

56 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Asociedade em comum*(...)cit., p. 106-107.
 57 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Asociedade em comum*(...)cit., p. 122-123.

Sociedade A⁵⁸, embora exerça todos os direitos e obrigações de sócios, incluindo a conferência de bens, influência significativa, recebimento de resultados, etc; e (iii) a Sociedade A está com dificuldades em adimplir as obrigações contraídas com seus credores, pergunta-se: é possível entender que a Sociedade A e o Sócio 3 constituem entre si uma sociedade em comum (Sociedade B)?

Há renomada doutrina, a seguir citada, que entende que sim⁵⁹, de forma que seria possível afirmar que a Sociedade A e o Sócio 3 respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais da Sociedade B, e aquele que contratar pela Sociedade B estará excluído do benefício de ordem, nos termos do art. 990 do CC⁶⁰⁻⁶¹⁻⁶². Segundo COMPARATO, "O

58 O fato de não estar inscrito, entretanto, não significa necessariamente que inexistente contrato escrito que comprove a existência da Sociedade B.

59 GLAUCO DA ROCHA discorda do posicionamento, sustentando que "*não há uma sociedade em comum entre os sócios de fato, mas sim um reconhecimento de uma posição orgânica de sócio aos agentes de fato na sociedade existente, com base na teoria do sócio de fato. Evita-se, assim, a criação de distintas sociedades em comum (i.e., entre os sócios de fato e entre a sociedade em comum oculta dos sócios de fato e a sociedade existente). [...] Com efeito, não há intenção de o sócio oculto de fato e os integrantes da sociedade existente em formar uma sociedade a parte. O sócio de fato atua na sociedade existente, e, por interferir sobre sua estrutura orgânica, deve ser considerado como um de seus sócios (arcando com os deveres, obrigações e ônus dessa posição, reitere-se)*" (ROCHA, Glauco da. *A teoria do órgão de fato (...) cit.*, p. 253). O referido autor, portanto, sugere a utilização da chamada "teoria dos órgãos de fato" para responsabilização direta do sócio de fato, equiparando-o ao sócio de direito. Entretanto, em razão da incipiência do desenvolvimento da referida teoria, e ausência de requisitos seguros para sua aplicação, no ordenamento brasileiro, o caminho da caracterização da sociedade em comum parece oferecer bases mais sólidas para resolução da problemática. Além disso, a utilização seletiva da teoria dos órgãos de fato (fazendo com que o sócio de fato arque apenas com os ônus inerentes à posição de sócio) também pode ser questionável, salvo melhor juízo e especificidades de casos concretos.

60 CC. Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

61 Para o caso tratado, em geral a Sociedade A seria utilizada para contratar com terceiros, não sendo aplicável a ela o benefício de ordem, nos termos do art. 990 do CC supracitado. Quanto ao Sócio 3, a subsidiariedade dependeria da sua atuação: se for sócio de fato aparente, haveria responsabilidade direta; se for sócio de fato oculto, aplicável a subsidiariedade (benefício de ordem).

62 Sendo aplicável às sociedades não personificadas (como é a sociedade em comum) subsidiariamente os regramentos das sociedades simples (arts. 986 e 996 do CC), e, para estas últimas, há regra que expressamente permite sócio pessoa jurídica (art. 997, inciso I, do CC), inquestionável a admissibilidade de que uma sociedade personificada seja sócia de uma sociedade em comum. Sobre a

sócio oculto, pessoa física ou jurídica, não entra nem pode entrar a fazer parte de sociedade regular. Ele cria uma sociedade de fato com ela, sócia ostensiva. E a responsabilidade de ambos é solidária e ilimitada”⁶³.

Conforme VALLADÃO FRANÇA, “a figura da *sociedade oculta*, que se configura normalmente por meio de uma sociedade existente que tem um ou mais sócios ocultos – no mais das vezes, credores sociais que passam a ditar os destinos da empresa –, formando com ela, assim, uma sociedade em comum. Nessa hipótese, a sociedade em comum se dará entre *aquela* e estes (e não entre *os sócios daquela* e estes)”⁶⁴⁻⁶⁵⁻⁶⁶.

Reconhecida a sociedade em comum no caso narrado, não estaríamos diante de uma situação de responsabilidade sem débito (como a de um terceiro contra o qual se venha a desconsiderar a personali-

discussão quanto à possibilidade de participação societária de uma sociedade de capital em uma sociedade de pessoas (hipótese um pouco mais específica), Comparato já apresentava soluções – ainda que propostas ao direito anterior, úteis também atualmente (COMPARATO, Fábio Konder. Da licitude da participação de sociedade de capitais em sociedade de pessoas. *In: Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 269-289).

63 COMPARATO, Fábio Konder; e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima (...)* cit., p. 205. CALIXTO SALOMÃO, ao comentar esse trecho: “Na verdade, existe um princípio geral de responsabilidade do sócio oculto. Esse princípio já vinha previsto nos arts. 304 e 305 do Código Comercial (já revogados), que estabeleciam a responsabilidade pessoal dos sócios nas sociedades de fato e nas sociedades irregulares. O Código Civil veio a consagrar princípio mais amplo na matéria, prevendo em seu art. 990 a responsabilidade solidária e subsidiária dos sócios – excluídos quanto à subsidiariedade os sócios que por ela contrataram – desse tipo de sociedade (ao qual é de se equiparar o sócio oculto da sociedade anônima)”.

64 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum (...)* cit., p.123.

65 VALLADÃO relembra os dizeres de NOÉ AZEVEDO, ainda em 1930: “Entendemos que pode ser feita a prova da transformação de uma sociedade regular em sociedade de fato, pela inclusão de novos sócios, assim como também achamos possível que uma sociedade regularmente constituída conserve a sua personalidade jurídica própria, mas entre as relações de tal natureza com terceiros, que chegue a formar com estes uma outra sociedade, que, não sendo regularizada, há de ser considerada como sociedade de fato” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum (...)* cit., p.123. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Das sociedades irregulares e sua prova*. Memorial do Aggravado Apud. AZEVEDO, Noé. *Das sociedades irregulares e sua prova*. Memorial do Aggravado n. 16.429 da Capital. São Paulo: Empresa Graphica da Revista dos Tribunaes, 1930).

66 No mesmo sentido, CAMPINHO: “Nessas condições, verificada a existência do sócio oculto, deve sua responsabilidade tornar-se efetiva e ser qualificada como solidária ilimitada, por aplicação dos mesmos princípios que regem a responsabilidade dos sócios na sociedade irregular ou de fato, denominada, pelo novo Código Civil, sociedade em comum (art. 990). É ele um sócio de fato e não de direito, não podendo se beneficiar da própria torpeza” (CAMPINHO, Sergio. *O direito de empresa à luz do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 12ª ed., 2011, p.209).

de jurídica), mas sim de uma responsabilidade patrimonial secundária (ou mesmo direta, para os sócios que contrataram pela sociedade)⁶⁷. Ou seja, não haveria necessidade de reconhecimento judicial da obrigação ou da responsabilidade; elas preexistem em razão da regra de responsabilidade aplicável ao tipo societário da sociedade em comum. Com isso, seria irrelevante caracterizar ou não desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, já que, em sentido material, a responsabilização do Sócio 3 independe da desconsideração da personalidade jurídica estabelecida no art. 50 do CC.

Desse entendimento resultam importantes questionamentos processuais, como a possibilidade ou não de utilização do incidente de desconsideração para fins de caracterização da sociedade em comum e responsabilização do sócio de fato. Antes de enfrentar esse tema, entretanto, cabe citar alguns contrapontos à visão exposta.

Em primeiro lugar: por que geralmente não se invoca a figura da sociedade em conta de participação? O questionamento é muito válido.

Assim como a sociedade em comum, a sociedade em conta de participação é não personificada e sua constituição independe de qualquer formalidade, podendo provar-se por todos os meios de direito (art. 992 do CC). Característica marcante da sociedade em conta de participação é que a atividade social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, que é quem responde perante terceiros – tanto com seu patrimônio pessoal quanto com o patrimônio especial formado pela contribuição dos sócios participantes (art. 991 do CC). Logo, enquanto o sócio ostensivo possui responsabilidade direta, exclusiva e ilimitada, por ser o único que se obriga perante terceiros, o sócio participante não responde pelas obrigações assumidas perante estes, ainda que em razão da atividade da sociedade em conta de participação, sendo sua responsabilidade limitada ao plano interno (perante o sócio ostensivo)⁶⁸.

67 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; e ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Direito processual societário (...)* cit. p. 176.

68 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em conta de participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 79-94.

MAURO BRANDÃO LOPES apontou três diferenças entre a sociedade em conta de participação e a “sociedade irregular” (úteis e adaptáveis à sociedade em conta de participação). *Primeiro*, na sociedade em conta de participação a propriedade dos fundos destinados à operação se encontra sempre sob a propriedade exclusiva do sócio ostensivo (ainda que conferido pelo sócio participante), enquanto na “sociedade irregular” (leia-se em comum) essa propriedade é de todos os sócios em “compropriedade ou comunhão”, embora sujeitos às normas gerais da sociedade. *Segundo*, na sociedade em conta de participação a responsabilidade dos sócios participantes pode ser livremente estipulada em contrato social, ao passo que na “sociedade irregular” (leia-se em comum) ela é sempre e necessariamente ilimitada e solidária perante todos os sócios, embora subsidiária para os sócios que não contratem em nome dela. *Terceiro*, na “sociedade irregular” (leia-se em comum) a gerência pode ser exercida indistintamente por qualquer dos sócios, ao passo que na conta de participação ela é sempre do sócio ostensivo⁶⁹.

Como o CC admite a existência de mais de um sócio ostensivo na sociedade em conta de participação (parágrafo único do art. 996), na prática a diferenciação entre esta e a sociedade em comum pode se tornar difícil. Voltando ao exemplo narrado, somente cogitável a formação de uma sociedade em conta de participação caso o Sócio 3 fosse um sócio de fato *oculto* – já que, se aparente, desvirtuada estaria a figura da sociedade em conta de participação (considerando a inexistência de contrato escrito).

Mas o fator que mais pesa para a não caracterização da sociedade em conta de participação na hipótese analisada é a inexistência de responsabilidade do sócio participante (no caso, o Sócio 3 – sócio de fato) perante terceiros, de modo que o sócio de fato poderia utilizar-se dessa estrutura para manter sua responsabilidade exclusivamente em relação ao sócio ostensivo (Sociedade A). Nesse caso, seria possível discutir a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade em conta de participação para fins de imposição de responsabilidade ao sócio parti-

69 LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 41-42.

cipante (sócio de fato), medida que exigiria a demonstração dos requisitos para deferimento da desconsideração, ou seja, desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, além da comprovação que o sócio participante auferiu benefícios do ato ilícito.

Esse panorama terminaria por proteger e beneficiar a condição do sócio de fato em detrimento dos credores, incentivando a utilização de estrutura usualmente criada com finalidade ilegal de blindagem patrimonial. Por isso, entende-se que na maior parte dos casos reconhecer a sociedade em conta de participação no cenário em análise seria favorecer ou tornar mais vantajosa uma situação de fraude, o que não se pretende.

Outro caminho seria fundamentar a responsabilização do sócio de fato com base na *simulação*⁷⁰, com fulcro no artigo 167, §1º, inciso I, do CC. Mas a simulação é aplicável a atos, e não a uma atividade, daí porque a adaptação do regramento civilista da simulação para o âmbito societário mostra-se problemática. Como série de atos encadeados e ordenados a um fim, uma atividade (como a sociedade) não pode ser declarada nula ou anulada. Nessa linha, CALIXTO SALOMÃO FILHO afirmou que "Sociedade simulada não há. O que pode haver é a caracterização da simulação em um determinado ato específico".

Embora haja precedentes que encarem a situação do sócio de fato com base na simulação⁷¹, entende-se que esse instituto não é facilmente adaptável ao regime de constituição de sociedades.

Nota-se, portanto, que a compatibilidade da situação proposta com a ideia da sociedade em comum aparenta ser a mais coerente, embora seja inquestionável reconhecer a causuística inerente à discussão.

70 Em linha com ASCARELLI: "De acordo com o ensinamento dominante (Ferrara), a simulação se caracteriza por uma discordância entre vontade e declaração: declara-se o que na realidade não se deseja, por efeito de uma combinação, com o fito de simular, feita entre as partes". (ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto (...) cit. p. 179).

71 TJSP; Apelação Cível 0004401-86.2010.8.26.0068; Data do Julgamento: 25/10/2021. TJSP; Apelação Cível 1005115-07.2021.8.26.0565; Data de Julgamento: 01/11/2023. TJSP; Apelação Cível 0006496-19.2015.8.26.0358; Data de Julgamento: 05/04/2022. TJPR, Apelação Cível 16590946; Data de Julgamento: 28/02/2018. TJSC; Apelação Cível 0306057-53.2017.8.24.0023; Data de Julgamento: 12/12/2023.

Mas, caso acolhido o reconhecimento da sociedade em comum para responsabilização do sócio de fato (Sócio 3), ainda é cabível falar em “desconsideração expansiva da personalidade jurídica” para tais situações? Sob a ótica do direito material societário, provavelmente não⁷²; já que a hipótese configuraria a constituição de uma sociedade em comum, em que a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais preexiste e independe de reconhecimento judicial. Sob o viés processual⁷³, entretanto, o conceito de “desconsideração expansiva” em certa medida pode ser útil.

5. A “DESCONSIDERAÇÃO EXPANSIVA” COMO RECONHECIMENTO INCIDENTAL DE SOCIEDADE EM COMUM

O questionamento que se coloca, sob o aspecto processual do tema aqui discutido, é se, para além das hipóteses tradicionais de desconsideração da personalidade jurídica (em que não há preexistência de responsabilidade de terceiro), o mesmo incidente processual, previsto nos arts. 133 ao 137 do CPC, *poderia* ou *deveria* ser utilizado, quando menos de modo extensivo ou analógico, para casos de imposição direta de responsabilidade⁷⁴ – como, por exemplo, na situação de responsabilização de sócios de uma sociedade em comum. O fato de, em tais casos, a responsabilidade preexistir indica que o incidente da desconsideração deve ser desprezado ou que não poderia ser utilizado?

Para autorizadas vozes da doutrina, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica *pode* e *deve* voltar-se à apuração de outras

-
- 72 Em linha com esse entendimento, XAVIER LEONARDO e RODRIGUES JR.: “Há, no ordenamento jurídico, regras de imputação de responsabilidade de terceiros por dívidas da pessoa jurídica, os quais não guardam nexos com a desconsideração. Quando o legislador, v.g., define que o sócio é solidariamente responsável por dívida da pessoa jurídica, esse é um caso no qual não existe qualquer ato de desconsideração” (LEONARDO, Rodrigo Xavier; e RODRIGUES JR, Otavio Luiz. A desconsideração da pessoa jurídica (...) cit. p. 205).
- 73 Importante lembrar que o conceito processual de desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com o conceito material que lhe serve de fundamento (BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 70 ao 187*. In: *Coleção comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, MARINONI, Luiz Guilherme (dir.) e ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 275).
- 74 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; e ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Direito processual societário* (...) cit. p. 176-178.

hipóteses de corresponsabilização estranhas à desconsideração propriamente dita⁷⁵.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO anota que "a despeito do texto empregado pelo §1º do art. 133 e pelo §4º do art. 134, é correto entender que outras causas de corresponsabilização de sócios, que não guardam relação ou que não se confundam com a desconsideração da personalidade jurídica, nem mesmo em seu formato 'expansivo' ou 'indireto', como analisado no item anterior – e, por isso mesmo, que pretendam responsabilizar até mesmo administradores ou grupos de empresas –, também podem ser discutidas ao longo do processo, no incidente cognitivo disciplinado pelos arts. 133 ao 137", e complementa: "esse entendimento merece ser difundido e aplicado largamente, não cabendo ao intérprete deixar-se levar pelo nome que o legislador acabou por dar ao instituto, limitando-o por força de sua enunciação textual"⁷⁶.

No mesmo sentido, YARSHELL anota que "a técnica do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que é desdobramento do princípio do contraditório, aplica-se a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial"⁷⁷.

O caso aqui discutido, portanto, é um bom exemplo de situação em que, apesar de não estar materialmente caracterizada hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, o incidente processual pode ser

75 YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. (...) *cit.*, p. 224. BUENO, Cassio Scarpinella. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica para além da desconsideração (...) *cit.*, p. 411 e 412. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 65ª ed., 2024, p. 390. RODRIGUES FILHO assim anota: "Embora seja nítido o intuito do legislador de regular apenas a desconsideração voltada para fins de responsabilização, é preciso ter em mente que ela não se restringe a essa finalidade, e nada impede que a desconsideração da personalidade tenha seu aproveitamento em situações em que se necessita de uma tutela simplesmente declaratória ou até mesmo constitutiva" (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*, (...) *cit.*, . RB-8.2).

76 BUENO, Cassio Scarpinella. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica para além da desconsideração (...) *cit.*, p. 411 e 412.

77 YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. (...) *cit.*, p. 224.

utilizado. Dentre alguns argumentos contundentes para que se defenda esse entendimento, destaca-se o fato dele resultar na desnecessidade de ajuizamento de ação declaratória autônoma para reconhecimento da sociedade em comum, o que representa inegável economia processual – garantindo-se, ao mesmo tempo, o devido processo legal, com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

O STJ posicionou-se quanto à questão no Recurso Especial nº 2.055.325, já ressaltado anteriormente⁷⁸. Em síntese, o julgado analisou se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica era a via processual adequada para o exercício da pretensão de estender os efeitos da execução a terceiro (sócio de fato), apontado como responsável de fato pela condução da empresa individual executada. O juízo de primeiro grau havia extinguido o incidente sem resolução de mérito, sob o argumento de que a pretensão deduzida exigiria a propositura de ação autônoma.

Neste caso, a execução era movida contra empresário individual, ou seja, pessoa física que exerce atividade empresária em nome próprio, sem personalidade jurídica ou separação patrimonial e com responsa-

78 RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. QUESTÃO PREJUDICADA. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. “SÓCIO OCULTO”. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL. AÇÃO PRÓPRIA. DESNECESSIDADE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, POR ANALOGIA, DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. [...] 5. É considerado empresário individual a pessoa física que, atuando em nome próprio, exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou para a circulação de bens ou de serviços, sem que exista separação entre o patrimônio pessoal e aquele utilizado para o desenvolvimento de tal atividade. 6. Mesmo inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), o empresário individual não é considerado pessoa jurídica. “A empresa individual é mera ficção jurídica, criada para habilitar a pessoa natural a praticar atos de comércio, com vantagens do ponto de vista fiscal” (REsp 487.995/AP, Terceira Turma, DJ 22/5/2006). 7. Nesse contexto, não se pode cogitar de desconsiderar a personalidade jurídica do empresário individual para fins de extensão dos efeitos da execução à sua pessoa física (haja vista a inexistência de separação patrimonial). 8. Todavia, deve-se admitir que seja deduzida nos próprios autos, por analogia ao incidente de desconsideração de personalidade jurídica, a pretensão de extensão da responsabilidade patrimonial ao “sócio oculto”, que, no particular, segundo indicado, conduzia e administrava, de fato, a empresa individual devedora. 9. O direito de desempenhar atividade empresarial de forma individual não pode ser utilizado em violação direta ao princípio da boa-fé, a serviço da fraude ou do abuso de direito. 10. Recurso especial provido. (sublinhou-se) (STJ, REsp n. 2.055.325/MG, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 12.9.2023, DJe 02.10.2023.)

bilidade ilimitada. Tratava-se, assim, de tentativa de utilização do incidente de desconsideração para atingir o patrimônio pessoal de sócio de fato do empresário individual, que, como dito, não possui personalidade jurídica a ser desconsiderada.

A Ministra Relatora NANCY ANDRIGHI ponderou o seguinte: "Diante disso, inclusive a fim de que seja respeitada a efetividade da execução e a duração razoável do processo, impõe-se reconhecer que um terceiro, a quem se imputa a prática de atos fraudulentos que acabaram por frustrar a pretensão executiva, pode ser demandado nos próprios autos, por analogia ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, para apuração de seu vínculo e dos limites de sua responsabilidade em relação à obrigação inadimplida. Muito embora não se possa cogitar da apuração do preenchimento dos requisitos autorizadores da extensão da responsabilização patrimonial, sobretudo em processo de execução, sem que se garanta ao terceiro o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, revela-se, por outro lado, despicienda a exigência de propositura de ação autônoma para a adoção de tal medida excepcional".

Em votação unânime, a 3ª Turma do STJ entendeu que cabe a utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para estender as responsabilidades patrimoniais de obrigações inadimplidas (ainda que por um ente sem personalidade jurídica) a um sócio de fato, sem necessidade, portanto, de propositura de ação declaratória autônoma. É dizer: reconheceu que o procedimento da desconsideração previsto no CPC não tem a sua utilização restrita às hipóteses específicas de desconsideração da personalidade jurídica do art. 50 do CC, mas sim pode ser empregado em outras situações de extensão de responsabilidade patrimonial a terceiros – o que, em certa medida, fortifica a posição de que o incidente deveria, na verdade, ser denominado *incidente de corresponsabilização*⁷⁹.

79 Terminologia sugerida por CASSIO SCARPINELLA BUENO (BUENO, Cassio Scarpinella. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica para além da desconsideração (...) *cit.*, p. 412).

Se empregado à hipótese sugerida no presente estudo, o entendimento exarado na decisão resultaria na compreensão de que aquilo que alguns chamam de desconsideração expansiva da personalidade jurídica nada mais é que o reconhecimento incidental da existência de uma sociedade em comum para fins de imposição de responsabilidade a algum de seus sócios⁸⁰.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de dedicados estudos sobre a desconsideração da personalidade jurídica nas últimas décadas, pelas suas múltiplas facetas e importantes consequências o instituto continua a despertar intrigantes questionamentos.

Neste espaço propomo-nos a tratar das situações em que se pretende responsabilizar (e atingir o patrimônio pessoal) dos chamados sócios de fato: aqueles que gerem ou influenciam os destinos da sociedade, recebem os resultados por ela distribuídos, têm consciência do caráter associativo em que se encontram, mas que não são formalmente titulares de participação societária da sociedade inadimplente.

Buscando fundamentar tal possibilidade de responsabilização dos sócios de fato, uma parte da doutrina idealizou a denominada desconsideração "expansiva" da personalidade jurídica. Como se viu, entretanto, há dúvidas fundadas quanto à existência de uma desconsideração da personalidade jurídica (no sentido material) em tais casos.

A desconsideração em sentido tradicional pressupõe uma responsabilização (que não preexiste) a um terceiro, sempre mediante o reconhecimento por decisão judicial que traz esse terceiro para a demanda principal e sujeita seu patrimônio às medidas de cobrança. A pretensão de responsabilização do sócio de fato, entretanto, pode ser entendida como uma hipótese de responsabilidade própria, mediante o reconheci-

⁸⁰ Para outros, porém, nos casos como o aqui proposto, não se está diante de um simples incidente processual, mas de uma ação incidental por meio do qual se exercita uma demanda que, a rigor, poderia ser proposta por ação autônoma (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; e ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Direito processual societário (...)* cit. p. 179-180).

to de uma sociedade em comum entre a sociedade devedora e tal sócio de fato. Como na sociedade em comum a responsabilidade dos sócios é solidária, ilimitada e direta (ou subsidiária apenas aos sócios que contrataram pela sociedade), é questionável se a responsabilização do sócio de fato exigiria a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Logo, se reconhecida a sociedade em comum no caso em discussão, não estaríamos diante de uma responsabilidade sem débito, mas sim de uma responsabilidade patrimonial secundária (ou direta, para os sócios que contrataram pela sociedade) – a responsabilidade, note-se, preexiste, independentemente de reconhecimento judicial.

Uma das principais consequências dessa análise é que, com a dispensabilidade da desconsideração para fins de imposição de responsabilidade ao sócio de fato e o reconhecimento da sociedade em comum, são irrelevantes o desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, requisitos expressos da desconsideração disposta no art. 50 do CC.

Os casos aos quais a idealização da desconsideração "expansiva" se dedicam, portanto, não correspondem materialmente aos que caracterizam a desconsideração da personalidade jurídica do CC. Por outro lado, sob o viés processual, a utilização da terminologia pode ter alguma correspondência. Isso porque o incidente de desconsideração (arts. 133 ao 137 do CPC), para boa parte da doutrina e da jurisprudência, pode e deve ser utilizado, de modo extensivo ou analógico, para casos de imposição direta de responsabilidade – que são justamente as hipóteses de responsabilização de sócios de uma sociedade em comum. O fato de nesses casos a responsabilidade dos sócios preexistir não significa que o incidente da desconsideração não possa ser utilizado.

A despeito do texto e da nomenclatura utilizados pelo CPC, é possível entender que outras causas de corresponsabilização de sócios (diferentes da desconsideração tradicional) também podem ser discutidas no âmbito do incidente disciplinado nos arts. 133 ao 137 do CPC – entendimento que, em certa medida, já foi reconhecido e utilizado pelo STJ.

Tendo em vista todo o exposto, nota-se que os caminhos e as possibilidades de responsabilização de sócios de fato por dívidas da socieda-

de devedora sem dúvida suscitam bons e importantes debates, inclusive pelas suas peculiaridades casuísticas e incidência prática. Apesar disso, a falta de sistematicidade quanto ao tema por vezes resulta em aplicações confusas de diversos institutos jurídicos para solucionar casos com contextos fáticos e jurídicos similares. Além de oportuno, fomentar esse debate é bastante necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Curso de direito comercial: das sociedades, vol. II. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2009.
- ADAMEK, Marcelo Vieira von; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Editora JusPodivm, 4ª ed., 2024.
- ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2009.
- AZEVEDO, Noé. *Das sociedades irregulares e sua prova*. Memorial do Agravo n. 16.429 da Capital. São Paulo: Empreza Graphica da Revista dos Tribunaes, 1930.
- BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 70 ao 187*. In: Coleção comentários ao Código de Processo Civil, v. II, MARINONI, Luiz Guilherme (dir.) e ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica para além da desconsideração: uma homenagem ao professor Fábio Ulhoa Coelho. In: CAMPINHO, Sérgio; FRAZÃO, Ana; e MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo (Coords.). *Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho*, Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2022.
- CAMPINHO, Sergio. *O direito de empresa à luz do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 12ª ed., 2011.
- CASTRO, Roberta Dias Tarpinian. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual*. São Paulo, Quartier Latin, 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. Da licitude da participação de sociedade de capitais em sociedade de pessoas. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 269-289.
- _____. Fideicomisso acionário e direito de subscrição em aumentos de capital. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- _____. Sociedade em comum. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial: empresa individual de responsabilidade limitada e sociedades de pessoas / Alfredo de Assis Gonçalves Neto e Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, v. 2, 3º ed.

- GOMES, José Ferreira; e GONÇALVES, Diogo Costa. A imputação de conhecimento às sociedades comerciais. São Paulo: Quartier Latin, 2022.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- LAMY FILHO, Alfredo. Desconsideração da personalidade jurídica. In: LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier; e RODRIGUES JR, Otavio Luiz. A desconsideração da pessoa jurídica - alteração do art. 50 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; e RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz (coords.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica Lei 13.874/2019.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação.* São Paulo: Saraiva, 1990.
- OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A dupla crise da pessoa jurídica.* São Paulo: Saraiva, 1979.
- PARGENDLER, Mariana. Apontamentos Sobre a Desconsideração Regulatória da Personalidade Jurídica (Veil Peeking): Função e Critérios. In: BARBOSA, Henrique; FERREIRA, Jorge Cesa (coords.). *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 Anos do Código Civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2021;
- PARGENDLER, Mariana. Comentários ao artigo 50 do Código Civil: a desconsideração da personalidade jurídica. In: MARTINS-COSTA, Judith e NITSCHKE, Guilherme (coords.). *Direito privado na Lei de Liberdade Econômica.* São Paulo: Almedina, 2022.
- PARGENDLER, Mariana. Regulatory Partitioning as a Key Role of Corporate Personality. In: POLLMAN, Elizabeth; THOMPSON, Robert (coords.). *Research Handbook on Corporate Purpose and Personhood.* Cheltenham: Edgar Elgar Publishing, 2021.
- PARGENDLER, Mariana. Veil Peeking: The Corporation as a Nexus for Regulation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, 2021, v. 160, n. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Introdução.* Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo I.
- REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*, in: Revista dos Tribunais, nº 410/13, 1969.
- ROCHA, Glauco da. *A teoria do órgão de fato e sua aplicação ao direito brasileiro.* São Paulo: Editora Dialética, 2023.
- RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomson-reuters.com/launchapp/title/rt/monografias/307663894/v2/page/RB-4.6%20>.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. Comentários aos arts. 133 a 137. In: GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: GEN/FORENSE, 2021.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil - história, direito e economia.* São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário.* São Paulo: Malheiros, 4ª ed. Quartier Latin, 2014.
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em conta de participação.* São Paulo: THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 65ª ed., 2024.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário.* São Paulo: Saraiva, 12ª ed., v.1, 2021.