

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

SÉRGIO LUDMER

**INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA**

**RECIFE
2016**

SÉRGIO LUDMER

**INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito sob a orientação do Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

**RECIFE
2016**

L945i Ludmer, Sérgio
Incidente de desconsideração da personalidade jurídica /
Sérgio Ludmer, 2016.
116 f.

Orientador: Lúcio Grassi de Gouveia
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito, 2016.

1. Personalidade jurídica. 2. Processo civil. I. Título.

CDU 347.9

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

SÉRGIO LUDMER

Dissertação defendida e aprovada no dia 19 de dezembro de 2016, no anfiteatro do bloco G4 da UNICAP, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, pela Banca Examinadora composta por:

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia (UNICAP)
Presidente da banca e orientador

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UNICAP)
Examinador interno

Prof. Dr. Delosmar Domingos Mendonça Jr. (UFPB)
Examinador externo

**RECIFE
2016**

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Roberto e Bela, verdadeiros exemplos para minha vida, alicerces inabaláveis da minha formação.

Aos amados Gabriela, minha esposa, e Beni, nosso filho, pelo apoio incondicional, pela compreensão (nas ausências) e, sobretudo, pela energia e inspiração.

Aos meus irmãos, sanguíneos, Paulo e Lula e, de coração, Lilian e Duda, e meus sobrinhos David, Mario e José, pelo carinho que sempre me confortou nos momentos difíceis.

Aos colegas do Mestrado da UNICAP pela cumplicidade, amizade e aprendizado.

Ao Professor Doutor Lúcio Grassi pela acolhida generosa, pelas lições, pela orientação competente, pela compreensão, paciência e, especialmente, pelo exemplo de estudioso inquieto de direito processual.

RESUMO

A dissertação visa analisar a disciplina processual trazida pelo novo Código de Processo Civil para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sob o enfoque das garantias processuais. Analisou-se os fundamentos da pessoa jurídica, da teoria para a sua desconsideração e evolução legislativa da sua incorporação no direito brasileiro. Tratou-se, também, das garantias e princípios processuais informadores para a disciplina processual da *disregard doctrine*. Abordou-se, ainda, questões processuais relevantes para a aplicação da *teoria*. Finalmente, analisou-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil e sua aplicação noutras searas do direito.

Palavras-Chave: 1 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 2 Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. 3 Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 4 Código de Processo Civil de 2015. 5 *Disregard doctrine*. 6 Devido Processo Legal. 7 Contraditório e Ampla Defesa.

ABSTRACT

This paper has the purpose of assessing the normative framework relating to the Disregard doctrine (piercing/lifting the corporate veil) brought by the new Code of Civil Procedure, with an emphasis on the procedural guarantees. We assessed the fundamentals pertaining to the legal entity, the basis for its piercing/lifting and the legislative evolution of its adoption by the Brazilian legal system. We also assessed the procedural principles and guarantees underlying the disregard doctrine, evaluating important procedural matters of the application of such doctrine. Finally, we assessed how one can apply for piercing/lifting the legal entity as provided by the new code of civil procedure and its application in other areas of the Law.

Keywords: 1. Piercing/Unveiling the Corporate Veil; 2. Procedural Aspects of the Disregard doctrine; 3. Theory of the Disregard Doctrine; 4. New Code of Civil Procedure; 5. Due Process of Law; 6. adversarial system; 7. Broad/Full Defense

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A PESSOA (OU PERSONALIDADE) JURÍDICA.....	12
3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	14
4 DO DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	24
5 GARANTIAS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS INFORMADORES PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	28
5.1 Princípio do devido processo legal (<i>due process of law</i>).....	28
5.2 Princípio do contraditório.....	31
5.3 Princípio da ampla defesa.....	33
5.4 Princípio da eficiência ou efetividade.....	36
5.5 Princípio da cooperação ou colaboração.....	39
6 QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ANTES DO ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	44
6.1 Parte X Terceiro.....	44
6.2 A desconsideração incidental da personalidade jurídica no processo.....	48
6.3 Necessidade de citação daquele que sofre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica.....	52
6.4 Necessidade de ação própria para se desconsiderar a pessoa jurídica.....	56
7 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	61
8 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	75
8.1 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito ambiental.....	76
8.2 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito do consumidor.....	80
8.3 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho.....	83
8.4 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito do tributário.....	87

8.5 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito civil e empresarial.....	101
8.6 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo.....	104
9 CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS.....	117

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo os aspectos processuais da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica sob o enfoque das garantias processuais na ordem constitucional.

O foco principal da discussão, portanto, não está nas normas de direito material que dispõem sobre a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim centrado na efetivação da referida teoria asseguradas as garantias constitucionais.

Assim, inicialmente, será feita a introdução do tema com a conceituação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou *disregard doctrine* (como é conhecida nos países de língua inglesa), e um breve histórico da sua importação para o ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pretende inovar em relação ao direito material aplicado à espécie. Pretende-se, aí, sim, em relação a efetividade da teoria, analisar as correntes e precedentes atualmente existentes na comunidade jurídica pátria, para, então, contribuir na compreensão da disciplina objeto desse trabalho.

Nesse diapasão, após breve incursão pelo direito material, far-se-á uma análise sobre as garantias e princípios que devem ser observados no procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica a fim de compatibilizá-lo com as garantias processuais insculpidas na Constituição Federal, notadamente o princípio do devido processo legal, consubstanciado nos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Aliás, versando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, via de regra, da expropriação do patrimônio de pessoa aparentemente estranha a determinada relação jurídica que é levada ao judiciário, se alguém será privado de seus bens, que seja mediante “o devido processo legal”.

É certo, porém, que o processo tem como objetivo principal salvaguardar a efetivação do direito material. Dessa maneira, não se pode estudar qualquer teoria ou instituto sem perder de vista o princípio da eficiência, também de índole constitucional, decorrente da combinação de uma série de dispositivos constitucionais, tais como o artigo 37, *caput*, e os incisos XXXV e LXXVIII, do art. 5º, todos da Constituição Federal de 1988.

Por essa razão, optou-se por tratar, ainda no início do trabalho, das garantias e princípios processuais que consideramos relevantes para a efetivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Em seguida, passou-se a fazer uma breve abordagem sobre questões processuais que eram, e são, de extrema relevância para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica, e que estavam nas pautas e debates antes do advento do novo Código de Processo Civil.

São questões como: qual a condição (parte ou terceiro) de quem tem a personalidade jurídica desconsiderada no processo? O julgador pode declarar de ofício a desconsideração da personalidade jurídica? Quais os limites à responsabilização daquele que não consta no título executivo judicial? É necessário o ajuizamento de ação própria para a aplicação da teoria da *disregard doctrine* ou é possível sua declaração incidental no processo? Em que momento pode ser feita a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica? O sócio, ou a sociedade, devem ser citados ou intimados acerca do pedido de desconsideração da personalidade jurídica? Quais são os instrumentos dos quais os envolvidos dispõem para sua defesa? O integrante da pessoa jurídica pode exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade antes dos seus bens particulares? O sócio que não tem poder de gestão ou praticou abuso pode responder com seu patrimônio por dívida de sociedade empresária incidentalmente? São sobre essas e outras perguntas que se pretende tratar na abordagem das questões processuais relevantes para a desconsideração da personalidade jurídica antes do advento do novo Código de Processo Civil.

Por conseguinte, tratar-se-á do tema central, isto é, do Incidente para a Desconsideração da Personalidade Jurídica no novo Código de Processo Civil de 2015, subsumindo as disposições inseridas no Título III (“Da Intervenção de Terceiros”), Capítulo IV (“Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”), artigos 133 a 137, com as garantias processuais asseguradas pela Lei Maior.

Finalmente, analisar-se-á às hipóteses de incidência do Incidente para a Desconsideração da Personalidade Jurídica trazido pelo novo Código de Processo Civil em outras searas do Direito brasileiro, fazendo-se uma incursão na disposição prevista no artigo 15, da Nova Lei Processual Geral, e, com isso, buscar-se-á agregar conclusões que possam, contribuir para a disciplina processual para a

desconsideração da personalidade jurídica, seguindo um caminho que possibilite a efetivação da *disregard doctrine*, com a efetividade do processo, mas respeitando às garantias processuais asseguradas pela Constituição Federal.

2 A PESSOA (OU PERSONALIDADE) JURÍDICA

Considerando que o foco do presente trabalho não é o direito material, tampouco as teorias que tratam sobre a formação ou criação da pessoa jurídica, sintetizaremos o que vem a ser a pessoa jurídica apenas por questão didática.

Duas são as principais teorias, com diversos desmembramentos, que explicam a conceituação da pessoa jurídica.

A primeira, chamada de Teoria Organicista ou Teoria da Realidade da Pessoa Jurídica, encabeçada por Otto von Gierke, defende que a pessoa jurídica é um fenômeno associativo fático. É, portanto, é uma realidade preexistente ao direito, ao qual cabe somente declarar sua existência.

Segundo os ensinamentos de João Grandino Rodas:

Gierke deixou-se influenciar pelo conceito germanístico de personalidade, mais relativo que o romano. Fiel também à tradição organicista, imaginou uma pessoa coletiva real — *realer Gesamtperson* —, que paira sobre o conjunto de pessoas que a constitui, sendo assim, ao mesmo tempo, um ser único e coletivo — *teoria organicista*. Ela é dotada de vontade e capacidade de agir próprias. A vontade plúrima e única consiste na vontade comum por todos declarada de maneira ordenada — *Gesamtmille*. Já a capacidade de agir traduz-se na efetiva materialização da vontade geral em um ato — *Gesamthandlung*. A base estrutural de tudo é um corpo orgânico, cujos partícipes se amalgamaram mediante reunião corporativa. O todo coletivo, que é um organismo social, objetiva a consecução de fins comuns e pode surgir espontânea ou deliberadamente. A primeira modalidade se dá por intermédio de fatos histórico-sociais, enquanto a segunda, por meio de criação voluntária humana. De qualquer maneira, o reconhecimento estatal tem meramente valor declaratório, por não implicar criação.¹

A segunda, por sua vez, é a teoria ficcionista, liderada por Savigny e Kelsen. Para essa corrente, a pessoa jurídica seria uma criação do direito. Noutras palavras, seria um instrumento jurídico necessário para a obtenção de determinadas finalidades práticas. A concepção de Kelsen é ainda mais radical e decorre de sua visão normativista do direito. Para ele, pessoa jurídica é um simples ponto de referência de um conjunto normativo.

Tomamos aqui emprestado os dizeres de Leonardo Toledo da Silva que em sua obra *Abuso da desconsideração da personalidade jurídica* disse:

¹RODAS, João Grandino. Em seu conjunto, as teorias desvendam a pessoa jurídica. Revista Eletrônica Conjur, de 17 de junho de 2016. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2016-jun-17/olhar-economico-conjunto-teorias-desvendam-pessoa-juridica>». Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

Em um campo em que tantas concepções já foram lançadas e relançadas, com requintes de criatividade e minúcia, não nos seria útil buscar concluir acerca de nenhum conceito de pessoa jurídica. Concluir algo em assunto rodeado de “polemicas fatigantes”, conforme palavras do Professor R. Requião [5: Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, ano 58, v. 410, p. 14, dez. 1969.], seria um erro metodológico inescusável em uma obra que não tem como objetivo abordar especificamente as visões conceituais da pessoa jurídica.²

Em que pese a importância da realidade ontológica que está por trás do instrumento normativo que define a pessoa jurídica, sobretudo para se interpretar as leis e suas aplicações sobre as pessoas jurídicas, por razões meramente metodológicas adotaremos posicionamento que identifica a personalidade jurídica no aspecto normativo-instrumental.

Ou seja, para o escopo desse trabalho, parece-nos mais útil a concepção segundo a qual a pessoa jurídica é um instrumento jurídico necessário à obtenção de determinados efeitos jurídicos.

Demais disso, sendo certo que as pessoas jurídicas podem ser de direito público ou de direito privado, para os fins desse trabalho, trataremos apenas das pessoas jurídicas de direito privado, haja vista o enfoque que será dado ao tema.

Por fim, como bem ponderou Maurice Wormser:

*The difficult problem for the corporation lawyer of today is to learn how to employ the concept, to know when to apply fearlessly the theory of the existence of a corporation as an entity distinct and separate from its shareholders 'and when, on the other hand, just as fearlessly to disregard it. And the voices of the Sirens are at hand to decoy all but the most wary.*³

Numa tradução livre, o principal problema para o advogado hoje não é entender como empregar o melhor conceito de pessoa jurídica entre as teorias existentes. A grande dificuldade consiste em saber quando uma pessoa jurídica é realmente algo distinto de seus sócios ou, por outro lado, quando as figuras se confundem.

²SILVA, Leonardo Toledo da. Abuso da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

³WORMSER, Maurice. Piercing the veil of corporate entity. *Columbia Law Review*. Columbia, n. 12, 1912, p. 496. Disponível em: «https://www.jstor.org/stable/1110931?seq=1#page_scan_tab_contents». Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Personificar as sociedades de um modo geral trouxe para os empresários maior segurança quanto à separação patrimonial e à responsabilidade limitada de cada componente formador da pessoa jurídica.

Esse fato, sem dúvida, gerou a proliferação das sociedades empresárias como um meio, talvez o principal, de realização da atividade empresarial.

Contudo, o sucesso do instituto trouxe no calabouço a inconveniência da sua utilização abusiva, e muitas vezes fraudulenta, desencadeando, uma crise na ordem econômica, representada pelo prejuízo de credores diante da impossibilidade de se alcançar o patrimônio dos verdadeiros responsáveis pelas obrigações que se ocultavam sob o manto protetor da pessoa jurídica e permaneciam gozando dos frutos advindos da sociedade.

Nesse contexto, surge a teoria de origem norte-americana denominada *disregard doctrine*, que tem como escopo considerar ineficaz a estrutura da pessoa jurídica quando utilizada desvirtuadamente.

Segundo Maurice Wormser a primeira manifestação acerca da *disregard doctrine* se deu em 1809, no caso *Bank of United States vs. Deveaux*.⁴

Em que pese naquele caso não se ter aplicado a teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica, visando preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, julgou-se levando em consideração características individuais dos sócios.⁵

⁴WORMSER, Maurice. Piercing the veil of corporate entity. Columbia Law Review. Columbia, n. 12, 1912, p. 498. Disponível em: «https://www.jstor.org/stable/1110931?seq=1#page_scan_tab_contents». Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

⁵“As early as 1809, it was perceived that in many cases the literal application of the notion that a corporation is only a legal entity, and nothing more, would work injustice. - The Supreme Court of the United States, from its genesis, had taken over the language of the year books, and proclaiming its allegiance; had agreed with Coke that ‘a corporation aggregate of many is in-visible, immortal, and rests only in intendment and consideration of the law.’ [6: 10 Co. Rep. 32 b; and see Co. Litt. 250 a.] Now, if a corporation is merely a legal entity, if it is clothed only with invisibility and intangibility, it could not, of course, be a citizen of a state. The federal constitution, however, in article three, section two, limits, inter alia, the jurisdiction of the federal courts ‘to controversies between citizens of different states.’ In 1809, [7: Bank of United States v. Deveaux (U. S. 1809) 5 Cranch 61.] Chief Justice Marshall, therefore, in order to preserve the jurisdiction of the federal courts over corporations was compelled to look beyond the entity ‘to the character of the individuals who compose the corporation.’ The court proclaimed that ‘substantially and essentially’ the parties to the suit are the stockholders, and that of their several citizenships, cognizance would be taken. It is not within the scope of this article to discuss the development and history of this now repudiated ruling. One theory of federal jurisdiction today is that a corporation is an association of persons, citizens, fortified and buttressed by an arbitrary legal fiction that these persons are citizens of the state fathering the entity. [8: Grier, J., in Marshall v. Baltimore & Ohio R. Co. (U. S. 1853) 16 How. 314, 328-329; Shiras, J., in St. L. & San F. R.

O primeiro caso do qual se tem conhecimento em que foi aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi o famoso *Salomon vs. Salomon & CO*⁶, ocorrido na Inglaterra em meados de 1897.

Neste caso, apesar da Casa dos Lordes britânica ter reformado a decisão de primeira instância, mantida pela Corte de Apelação, que acolhera a alegação de que Salomon teria utilizado desvirtuadamente a *Salomon & CO* como sua fiduciária, ou seja, seu *agent* ou *trustee*, foi o responsável pelo surgimento da *disregard doctrine*, ensejando discussões a esse respeito pelo mundo.

Embora os tribunais de países que utilizam-se do *Common Law*, notadamente Inglaterra e Estados Unidos da América, tenham sido os primeiros a aplicar a *disregard doctrine*, foi um jurista alemão Rolf Serick pioneiro na sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

R. Co. v. James (1896) 161 U. S. 545, 562.] *The other theory regards a corporation 'to all intents and purposes as a person, although an artificial person, * * * capable of being treated as a citizen of that state, as much as a natural person.'* [9: Wayne, J., in Louisville, Cincinnati & Charleston R. R. Co. v. Letson (U. S. 1844) 2 How. 497,558] *It is simply necessary for present purposes to note that as early as 1809, the United States Supreme Court did not regard it as reasonable that the operation of the concept should be permitted to oust the federal courts of their important and far-reaching jurisdiction over corporations, a result which any overzealous adherence to the theory of corporate entity would inevitably entail. Already at that day, 'courts have drawn aside the veil and looked at the character of the individual incorporators.'*" [10: Williams, C. J., in Fairfield County Turnpike Co. v. Thorp (1839) 13 Conn. 173, 179, commenting on the decision in Bank of U. S. v. Deveaux supra]" (WORMSER, Maurice. Piercing the veil of corporate entity. Columbia Law Review. Columbia, n. 12, 1912, pp. 498-499. Disponível em: «https://www.jstor.org/stable/1110931?seq=1#page_scan_tab_contents». Acesso em: 10 de dezembro de 2016.).

⁶O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma 'Company', em conjunto com outros seis componentes de sua família, cedido o seu fundo de comércio sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da 'company' era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da 'company', vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários. O magistrado que conheceu do caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a 'company' era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu 'agent' ou 'trustee', que permanecera na verdade o efetivo proprietário do fundo de comércio. Nisto ficou a inauguração da doutrina do 'disregard', pois a Casa dos Lordes, acolheu o recurso de Aaron Salomon, para reformar aquele entendimento das instâncias inferiores, na consideração de que a 'company' tinha sido válidamente constituída, pois a lei simplesmente requeria a participação de 7 pessoas, que no caso não haviam perseguido nenhum intuito fraudulento. Esses acionistas, segundo os 'Lords', haviam dado vida a um sujeito diverso de si mesmos, e em última análise não podia julgar-se que a 'company' fôsse um 'agent' de Salomon. Em consequência não existia responsabilidade de Salomon para a 'company', e seus credores e era, conseqüentemente, válido o seu crédito privilegiado." (REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 803, pp. 749-764, Ano 91, set. 2002, pp. 757-758.).

Rolf Serick, na década de 50, após realizar estudos em diversos casos do direito alemão e norte-americano, no terceiro livro de sua obra *Forma e Realidade da Pessoa Jurídica*, sistematizou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em quatro princípios, que podem ser assim sintetizados:

O primeiro:

Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros. Por tanto, sólo procederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que se prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados.⁷

Ou seja. Pode-se desconsiderar a personalidade jurídica quando ela é utilizada com a intenção de furtar-se a uma obrigação legal ou contratual, ou, ainda, para prejudicar terceiros.

Por outro lado, não se justifica o afastamento da distinção entre o sócio e a pessoa jurídica se não há o abuso acima mencionado.

O segundo:

No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico. Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción.⁸

⁷SERICK, Rolf. Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles – El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de Derecho Español por Jose Puing Brutau, Barcelona: Ediciones Ariel, 1958, pp. 241-242. Na versão Italiana: “Se si abusa dela forma dela persona giuridica il giudice può, al fine di impedire che venga raggiunto lo scopo illecito perseguito, non rispettare tale forma, allontanandosi quindi dal principio dela netta distinzione tra sócio e persona giuridica. Esiste abuso quando, attraverso lo strumento dela persona giuridica, si cerca di eludere uma legge o di sottarsi ad obbligazioni contrattuali o di danneggiare fraudulentamente dei terzi. No si può giustificare il disconoscimento dela persona giuridica appellandosi all’esigenza dela tutela dela buona fede se non nella mistura in cui esista um abuso nel senso sopra specificato.” (SERICK, Rolf. Forma e realtà della persona giuridica. Traduzione di Marco Vitale, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1966, pp. 275-276.).

⁸SERICK, Rolf. *Op. Cit.*, 1958, p. 246. Na versão Italiana: “Non è possibile disconoscere l’autonomia soggettiva dela persona giuridica, solo perchè, altrimenti, non su realizzerebbe lo scopo di una norma o la causa oggettiva di um negozio giuridico. Questo principio può, però, ammettere eccezioni di fronte a norme di diritto societário la cui funzione è tanto fondamentale danon ammettere uma, neppure indireta, limitazione dela própria eficácia.” (SERICK, Rolf. Forma e realtà della persona giuridica. Traduzione di Marco Vitale. J. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1966, p. 281.).

Neste Rolf Serick não inova, apenas reforça a ideia de que o princípio da autonomia da pessoa jurídica deve sempre prevalecer, admitindo-se exceção somente no caso de cometimento de ilicitude ou, ainda, nos casos mencionados no primeiro princípio, sobretudo para que as normas de direito societário tenham sua função (noutras palavras, validade e eficácia).

O terceiro:

*Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que cinsideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En rdr caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma.*⁹

Aqui há uma colocação curiosa, mas que, de fato, dependendo da situação e do ordenamento jurídico pode ter relevante aplicação.

Diz Rolf Serick que todas as normas jurídicas relativas aos seres humanos poderão ser aplicadas às pessoas jurídicas.

Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar do tema em sua obra *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, explica essa questão da seguinte forma:

Em princípio, portanto, todas as normas jurídicas relativas aos seres humanos poderão ser aplicadas, também, às pessoas jurídicas, podendo, assim, definir-se a nacionalidade, a raça e até a honra destes entes morais. Isto porque o legislador criou as pessoas jurídicas como sujeitos de direito assemelhados ao ser humano [14: Rolf Serick, *Forma e Realtà della Persona Giuridica*, p. 288.]. Haverá, no entanto, exceções, não sendo, contudo, suficiente para as caracterizar a ausência de pressupostos próprios do ser humano, como no caso da indagação da *raça* da pessoa jurídica.¹⁰

Além de elucidativas as lições de Fabio Ulhoa Coelho, destacamos esse trecho, pois, conforme se analisará mais adiante, percebe-se que, se pela sistematização de Rolf Serick a pessoa jurídica tem sobre si a aplicação das mesmas normas aplicáveis aos seres humanos, não há dúvida que, já aqui, ele previa que uma

⁹SERICK, Rolf. Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles – El abuso de derecho por medio de la persona juridica. Traducción y comentarios de Derecho Español por Jose Puing Brutau, Barcelona: Ediciones Ariel, 1958, pp. 251-252. Na versão Italiana: “*Anche norme basate su attributi o capacità o valori umani possono trovare applicazione nei confronti di una persona giuridica, quando non vi sai contraddizione tra lo scopo di queste norme e la funcioze dela persona giuridica. In questo caso, se necessario, è possibile, per determinare i presupposti nromativi, far riferimento alle persone fisiche che agiscono attraverso la persona giuridica.*” (SERICK, Rolf. *Op. Cit.*, 1966, p. 287.).

¹⁰COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 21.

pessoa jurídica deve ter as mesmas garantias processuais que são asseguradas às pessoas físicas.

O quarto, e último, enunciado é o que segue:

*Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva.*¹¹

André Pagani de Souza traduz esse enunciado e o comenta nos seguintes termos:

se por meio da forma da pessoa jurídica se oculta o fato de que as partes de determinado negócio são, na realidade, o mesmo sujeito, é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica. Isso ocorre nas hipóteses em que se deve aplicar uma norma baseada na efetiva diferenciação ou identidade das partes em um negócio jurídico [7: {...} (Rolf Serick, *Forma e realtà della persona giuridica*, p. 292-294) {...}].¹²

O referido Autor, em seguida, traz uma síntese do pensamento de Rolf Serick que consideramos apropriada e que bem resume a sua sistematização, nesses termos:

Em a apertada síntese, Rolf Serick observa que o instituto da pessoa jurídica torna possível a perseguição de fins ilícitos sob uma aparente veste de legalidade [8: Rolf Serick, *Forma e realtà della persona giuridica*, p. 276.]. Em razão disso, a autonomia a pessoa jurídica só deve ser respeitada na medida em que servir para os objetivos a que foi criada [9: {...} (Rolf Serick, *Ibidem*, p. 276)]. Caso contrário a pessoa jurídica deve ser desconsiderada para alcançar as pessoas que agem por meio dela. Por isso, o autor chama a atenção par o fato de a pessoa jurídica não ser concebível sem as pessoas que a compõem e agem por ela. Logo, a conduta dessas pessoas deve ser levada em consideração caso o juiz pretenda afastar o princípio da autonomia da pessoa jurídica [10: Rolf Serick, *Ibidem*. p. 277]. O grande mérito da obra de Rolf Serick foi buscar a identificação de critérios seguros para desconsiderar a autonomia da personalidade Jurídica diante de abusos

¹¹SERICK, Rolf. Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles – El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de Derecho Español por Jose Puig Brutau, Barcelona: Ediciones Ariel, 1958, p. 256. Na versão Italiana: “*Se attraverso la forma dela persona giuridica si cela il fato che le parti di um determinato negozio sono, in realtà, lo stesso soggetto, è possibile disconoscere l’autonomia suggesttiva dela persona giuridica, quando si deve applicare una norma basata sulla efetiva e non anche sulla solamente giuridico-formale differenziazione o identità dele parti del negozio giuridico.*”. (SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Traduzione di Marco Vitale. J. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1966, pp. 292-293.).

¹²SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

e fraudes cometidos por meio da pessoa jurídica, sem com prometimento dela enquanto instituto técnico-Jurídico.¹³

Outro autor considerado importante no desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi o italiano Piero Verrucoli.

Piero Verrucoli em 1964, isto é, quase dez anos depois da consagrada obra de Rolf Serick, publicou um estudo chamado *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*.

Neste trabalho Piero Verrucoli pondera que a atribuição da personalidade jurídica seria um “privilégio” concedido pelo Estado para determinados grupos de indivíduos. Como tal, não poderia gerar situações injustas ou contrárias ao direito, pelo que, se o “privilégio” concedido pelo Estado for utilizado para fins contrário ao direito, deve haver o “superamento” da responsabilidade jurídica, o que seria a desconsideração da personalidade jurídica.¹⁴

Valendo-se, novamente, das lições de Fábio Ulhoa Coelho, assim ele explica o pensamento de Piero Verrucoli:

A personalização da pessoa jurídica (e das sociedades) é, no dizer de Verrucoli, um privilégio para os seus integrantes, no sentido de poderem existir e agir unitariamente, como um grupo. E enquanto um privilégio outorgado pelo Estado aos sócios, a personalização jurídica da sociedade não poderá servir à criação de situações injustas. É natural que a concessão de um privilégio se faça acompanhada por mecanismos de controle sobre a forma pela qual este será utilizado, ou seja, por meios, à disposição do Direito, para se reagir contra o abuso do privilégio. Uma das espécies de reação contra o abuso do privilégio é a desconsideração (ou superamento, como prefere Verrucoli) da personalidade jurídica. [22: {...} (Verrucoli, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella “Common Law” e nella “Civil Law”*, p. 76).]¹⁵

No Brasil, o primeiro estudo publicizado sobre o tema foi o do Professor Rubens Requião, no final da década de sessenta, publicado na Revista dos Tribunais (RT 410 de dez. 1969), fruto de uma conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, por ocasião do centenário de nascimento do Des. Vieira Cavalcanti Filho (fundador dessa faculdade e seu primeiro catedrático de Direito Comercial), que deduzia, em síntese, o seguinte:

¹³SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

¹⁴*Ibid.*, p. 35.

¹⁵COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 25-26.

Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado objetivando, como diz Cunha Gonçalves, “a realização de um fim” nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso.¹⁶

Noutras palavras, para o renomado jurista brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aquela que autoriza o juiz a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação às pessoas que a compõem, sempre que se utilizar a entidade jurídica para fraude e abuso de direito.

Não se trata, sob sua ótica, de anulação da personalidade jurídica, mas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, tendo em vista o desvio do uso legítimo da pessoa jurídica para, deliberadamente, prejudicar credores ou violar a lei em benefício de seus membros.

Nota-se que essas conclusões estão consentâneas com as teorias de Rolf Serick e Piero Verrucoli. Isso porque, na verdade, as principais contribuições de Rubens Requião (sem desmerece-las, muito pelo contrário, louvando-as) para o desenvolvimento da *disregard doctrine* no Brasil, sob nossa ótica, foram:

A primeira, ter sido o primeiro jurista brasileiro a divulgar e se aprofundar sobre o tema, disseminando, no Brasil, as teorias de Rolf Serick e Piero Verrucoli.

A segunda, ter sido o primeiro doutrinador nacional a tratar do tema de forma sistematizada.

A terceira, demonstrar a compatibilização existente entre as teorias sobre a desconsideração da personalidade jurídica até então conhecidas no direito estrangeiro com o direito brasileiro.

Quarta, a inspiração que suas conferências e obras trouxeram para que paulatinamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica fosse inserida em normas nacionais.

Ainda sobre as contribuições trazidas por Rubens Requião acerca do tema para no direito brasileiro, traz-se à colação as seguintes passagens que reputamos importantes para a compreensão do pensamento do referido jurista.

Uma, destacada por Fabio Ulhoa Coelho que disse o seguinte:

¹⁶REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 803, pp. 749-764, Ano 91, set. 2002, p. 754.

Rubens Requião incia sua conferencia confessando que, diante de fraudes perpetradas através do instituto da personalização das sociedades, discutidas em tese, dividia-se ele entre a solução ética, que repugnava o uso indevido do instituto, ea solução técnica, que repugnava a negativa da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. Entre uma e outra solução, pendia, em dúvida, o entendimento do jurista paranaense, gerando-lhe o que ele chamou de “problema de consciência”. Foi, por isso, com júbilo que ele tomou conhecimento das monografias escritas por Rolf Serick e Piero Verrucoli.¹⁷

Dando seguimento ao raciocínio Fabio Ulhoa Coelho cita diretamente Rubens Requião:

“A *disregar doctrine*, como insiste o professor germânico, aparece como algo mais do que um simples dispositivo do direito americano de sociedade. “É algo – diz ele – que aprece como consequência de uma ‘expressão estrutural da sociedade”. E, por isso, “em qualquer país em que se apresente a separação incisiva entre pessoa jurídica e os membros que a compõem, se coloca o problema de verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que essa radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao Direito”. “E assim, tanto nos Estados Unidos, na Alemanha, ou no Brasil, é justo perguntar se o juiz, deparando-se com tais problemas, deve fechar os olhos ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrário aos direitos, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição formal da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas. (...)”¹⁸

E arremata:

“Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.” [53: Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, p 70]¹⁹

Pois bem. Não há dúvida que o Professor Rubens Requião é um dos notáveis responsáveis pela importação e incorporação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao direito brasileiro, assim como pelos principais pilares, pela sistematização e estágio em que se encontra.

Outro jurista brasileiro de destaque sobre o tema é o Professor Fábio Konder Comparato. Este renomado doutrinador criticando o caráter subjetivo das obras de Rolf Serick e Piero Verrucoli tentou conceber uma teoria através da formulação de

¹⁷COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 34.

¹⁸*Ibid.*, p. 35.

¹⁹*Ibid.*, *Loc. Cit.*

critérios objetivos. Na essência do seu pensamento a desconsideração da personalidade jurídica é feita sempre em função do poder de controle societário. Haveriam duas hipóteses para dar ensejo a desconsideração da personalidade jurídica. Uma, *interna corporis*. Outra, *externa corporis*. No primeiro caso, a desconsideração deve ser feita quando houver abuso de poder de controle ou fraude à lei. Já no segundo, deve ser levantado o véu da pessoa jurídica se houver a confusão patrimonial.²⁰

Com todo o respeito que se nutre pela teoria do renomado Fabio Konder Comparato existem entre os doutrinadores, tais como Fábio Ulhoa Coelho e Lamartine Corrêa, críticas no sentido de que ele não teria logrado êxito em formular satisfatoriamente os critérios objetivos que pudessem afastar os critérios subjetivos das teorias de Rolf Serick e Piero Verrucoli.²¹

Vale mencionar, ainda, as relevantes contribuições que o jurista Fábio Ulhoa Coelho agregou no campo doutrinário com a sua obra: Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Nesse talante, agrada-nos seu poder de síntese com a seguinte preposição que ilumina a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro desde sua importação, qual seja:

Em outros termos, cabe invocar a teoria quando a *consideração* da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exurgindo a ilicitude apenas em seguida à *desconsideração* da personalidade jurídica dela. Somente nesse caso se opera a ocultação da fraude e, portanto, justifica-se afastar a autonomia patrimonial, exatamente para **revelar o oculto por trás da véu da pessoa jurídica**. [grifos nossos]
*Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos. A ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial.*²²

Cumprir lembrar e destacar que pretende-se com essa técnica impedir a utilização fraudulenta da pessoa jurídica, mas não a anulação em toda sua extensão. Noutras palavras, o que se quer com essa técnica é a declaração de ineficácia da pessoa jurídica para determinado efeito, em caso concreto, em virtude do uso

²⁰Cf. SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 31-70, *pass*.

²¹Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 17-45, *pass*.

²²COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. vol. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44-45.

legítimo da sociedade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar terceiros ou violar lei (fraude)²³. Enfim, a partir dos trabalhos de Rubens Requião e com as relevantes contribuições dos juristas aqui mencionados, dentre outros, , a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi sendo importada para o ordenamento jurídico brasileiro, através, com sói acontecer, da inclusão de dispositivos inseridos em normas esparsas, consoante abordaremos a seguir.

²³Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. vol. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 34-59, *pass*.

4 DO DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A primeira menção da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em nosso ordenamento jurídico-positivo ocorreu no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11.9.1990) cujo artigo 28 conferiu ao juiz o poder de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando houvesse “abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contratos sociais”, ou “quando houvesse falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração.”

Assim dispõe o *caput*, do artigo 28, e § 5º, da Lei nº. 8.078/90:

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

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Nota-se que os dispositivos acima mencionados, embora tenham sido os pioneiros na recepção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, misturaram diferentes conceitos, findando por deturpar a essência da *disregar doctrine*.

Isso porque, ao estabelecer que pode haver a desconsideração da personalidade jurídica quando houver “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social” pelo sócio, acionista, ou administrador, o Código de Defesa do Consumidor deturpou a base da construção teórica da *disregar doctrine*, pois essas previsões ensejam à responsabilização direta de tais pessoas, não trazendo qualquer relação com a hipótese da pessoa jurídica ser utilizada como obstáculo para que os danos causados ao consumidor sejam ressarcidos.

Quanto às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica “quando houver falência; estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa

jurídica provocados por má administração”, tomamos aqui os ensinamentos de André Pagani de Souza que, com a maestria que lhe é peculiar, explica:

[...] é forçoso reconhecer que também constituem condutas imputáveis ao administrador e que a personalidade jurídica da sociedade não se apresenta como um obstáculo para que os danos causados sejam ressarcidos. Assim, desnecessária é a menção à teoria da desconsideração da personalidade jurídica. [90: Nesse sentido é a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho: “teoria da desconsideração (...), tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar do superamento de sua autonomia. E quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica provoca danos a terceiros, inclusive consumidores, em virtude de comportamento ilícito, responde pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal, decorrente do ilícito em que incorreu” (*Curso de direito comercial*. v. 2. p. 50-51).] Vale a pena reproduzir o comentário de Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, sobre a introdução pela lei de pressupostos de incidência que não estão relacionados à formulação teórica da *disregard doctrine*: “Pressupostos inéditos – Sem embargo, adiciona outros pressupostos que primam pelo ineditismo, tais como a falência, insolvência ou encerramento das atividades das pessoas jurídicas, 'provocados por má administração'. O texto introduz uma novidade, pois é a primeira vez que o Direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito [91: Zelmo Denari. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 208.]²⁴

No que se refere ao § 5º, parece-nos que o legislador ao utilizar a locução “obstáculo” quis se referir a abuso de direito ou fraude. O fato é que o termo “obstáculo” deixou a norma com uma possibilidade de interpretação mais ampla, o que pode gerar certa confusão na ocasião da aplicação da teoria no caso concreto.

Contudo, preferimos crer que esse dispositivo procurou inserir a *disregard doctrine* no ordenamento jurídico na essência de sua concepção, diga-se, sem os excessos e as inovações trazidas pelo *caput* do artigo 28.

Decerto, a partir daí o legislador brasileiro passou a inserir, paulatinamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico, como foi o caso do artigo 18, da Lei n. 8.884, de 11.06.1994 (“Lei Antitruste”).

Prevê o referido artigo:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação

²⁴SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Sobre esse dispositivo calham os mesmos comentários já externados acerca do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

A terceira norma a incorporar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi a Lei nº. 9.605/98, de 12.02.1998, que tratou dos crimes contra o meio ambiente, e no *caput* do seu artigo 4º, dispôs: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.” Esse dispositivo também sofre as mesmas críticas externadas acerca do Código de Defesa do Consumidor.

Talvez, a legislação mais importante sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro seja o Código Civil de 2002. Isso porque inserido no Livro I, Título II, Capítulo I, que trata das disposições gerais sobre as pessoas jurídicas, o artigo 50, do Código Civil, incorporou a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na generalidade das relações jurídicas.

Infere o artigo 50 do Código Civil brasileiro:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Pois bem. De uma forma ampla e genérica, a depender do caso concreto, o legislador autorizou em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial o juiz a levantar o véu da pessoa jurídica para estender determinadas obrigações aos administradores ou sócios que responderão com seus bens particulares.

A Norma mais recente que trata da desconsideração da personalidade jurídica, excluindo o novo Código de Processo Civil, foi incorporada no âmbito do direito administrativo, notadamente a chamada “Lei Anticorrupção”.

A Lei nº 12.846, de 01.08.2013, expressamente trouxe a diferenciação entre a extensão da responsabilidade da pessoa jurídica e a desconsideração da personalidade societária. Isso é o que se depreende da leitura dos artigos 4º, § 2º, e 14º.

O § 2º, do artigo 4º, prevê o seguinte:

Art. 4º. Omissis

[...]

§ 2º. As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Já o artigo 14º, *caput*, diz:

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

Observa-se que o comando disposto no § 2º, do artigo 4º, dispõe de regra que não trata da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas da extensão dos efeitos da sanção pecuniária a terceiros.

Não deixa de ser, todavia, uma norma que considera a situação peculiar dos sócios para os efeitos daquela lei.

Noutro vértice, o artigo 14, *caput*, traz, expressamente, a incorporação da *disregard doctrine* no âmbito da Lei Anticorrupção.

E mais: por estar inserido no Capítulo IV, com o título “DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO”, o *caput* do artigo 14, da Lei nº 12.846/13, além de incorporar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Lei Anticorrupção, é pioneiro no ordenamento jurídico brasileiro no que tange a previsão para a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do procedimento administrativo.

Como aqui nos reservamos apenas a relatar a cronologia das normas do ordenamento jurídico brasileiro que tratam da desconsideração da personalidade jurídica, voltaremos a comentar sobre esses dispositivos e temas adiante.

Outrossim, considerando que o tema central desse trabalho é o incidente para a desconsideração da personalidade jurídica, instituído pelo novo Código de Processo Civil, Lei nº. 12.846, de 01.08.13, que recém entrou em vigor no início deste ano, reservaremos-nos, também, a tratar dessa inovação legislativa adiante, em tópico próprio destinado para tanto.

5 GARANTIAS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS INFORMADORES PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O adequado exercício da jurisdição é de interesse público. Daí decorre o caráter público do direito processual e a *indisponibilidade* das garantias a ele relacionadas.

Essa característica “publicista do processo”²⁵ faz pensá-lo como instrumento do Estado para a realização de certos objetivos.

Esse tema é de suma importância no âmbito desse trabalho porque no que concerne a desconsideração da personalidade jurídica sempre deve-se lembrar que os caminhos para ensejar o levantamento do véu da pessoa jurídica precisa observar as garantias processuais, inclusive em detrimento dos interesses individuais (credores, por exemplo), ou, até mesmo, da própria pessoa jurídica e dos seus integrantes, quando em conflito.

No mais, quando se está em voga a propriedade privada, a ordem econômica e o direito de defesa, além do caráter “publicista” do processo, exsurge o caráter constitucional do processo, desenhado, sobretudo, pelo artigo 5º, da Constituição Federal. Vale salientar que todos os seus incisos não necessitam de lei regulamentadora para produzir efeitos, já que o § 1º do mesmo dispositivo constitucional estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Assim, entendemos que não há como avançar no tema sem, no entanto, abordar, mesmo que de forma direcionada para este trabalho, as garantias e princípios informadores do processo civil que trazem correlação com a desconsideração da personalidade jurídica e que devem ser rigorosamente observados.

Dessa forma, trataremos, em sucessivo, de algumas garantias e princípios processuais informadores para a desconsideração da personalidade jurídica, a saber: devido processo legal, contraditório e ampla defesa, eficiência, e, ainda, cooperação .

5.1 Princípio do devido processo legal (*due process of law*)

²⁵Sobre a “perspectiva publicista do processo” Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 49-66.

O princípio do devido processo legal é fundamental²⁶ para o direito processual civil, pois trata-se do pilar sobre o qual todos os demais se sustentam.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV, consagrou o princípio do devido processo legal nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Vale anotar que tal dispositivo está inserido no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), ou seja, trata-se de cláusula pétrea, à luz do disposto no artigo 60, da Carta Política de 1988.

Extraí-se do suso-recortado dispositivo que a cláusula *due process of law* se manifesta pela proteção à *vida, liberdade e propriedade* em sentido amplo.

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A tradução, mal feita, da expressão *due process of law* como sendo ‘devido processo legal’ tem levado o intérprete a enganos, dos quais o mais significativo é o erro de afirmar-se que a cláusula teria conteúdo meramente processual. A cláusula se divide em dois aspectos: o devido processo legal substancial (*substantive due process clause*) e o devido processo legal processual (*procedural due process clause*).²⁷

Nelson Nery Junior afirma, ainda, que:

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e os incisos do art. 5.º, em sua maioria, seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5.º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.²⁸

O princípio do devido processo legal pode ser dividido em substancial e processual.

²⁶Na lição de Arruda Alvim: "Os princípios informativos são regras predominantemente técnicas e, pois, desligados de maior conotação ideológica, sendo, por esta razão, quase que universais. Já os denominados princípios fundamentais do processo são diretrizes nitidamente inspiradas por características políticas, trazendo em si carga ideológica significativa, e, por isto, válidas para os sistemas ideologicamente afeiçoados aos princípios fundamentais que lhes correspondam." (ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 41.).

²⁷NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. Código de Processo Civil Comentado e legislação civil extravagante. 11ª ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1501.

²⁸NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

Neste sentido Cândido Rangel Dinamarco entende que:

A doutrina tem muita dificuldade em conceituar o devido processo legal e precisar os contornos dessa garantia – justamente porque vaga e caracterizada por uma amplitude indeterminada e que não interessa determinar. A jurisprudência norte-americana, empenhada em expressar o que sente por *due process of law*, diz que é algo que está em torno de nós e não sabemos bem o que é, mas influi decisivamente em nossas vidas e em nossos direitos (juiz Frankfurter).

À cláusula atribui-se hoje uma dimensão que vai além dos domínios do sistema processual, apresentando-se como um devido processo legal substancial que, em essência, constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*).²⁹

Trata-se, portanto, da manifestação da cláusula do *due process of law* no direito material.

6. Devido processo legal substancial. Todos os aspectos de direito material dos cinco bens jurídicos tutelados pela cláusula *due process* – vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade: CF 5.º *caput* – estão protegidos pelo princípio em seu aspecto substancial. São manifestações do princípio do devido processo legal substancial, no direito administrativo: a legalidade, a igualdade, a proporcionalidade, a razoabilidade, a finalidade, a impessoalidade, a eficiência, a moralidade etc.³⁰ [grifos no original]

Contudo, o aspecto material da cláusula do devido processo legal não é o cerne do presente trabalho e sim a sua vertente processual, já que o objetivo do estudo é discorrer sobre o incidente para a desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse turno, o *due process of law* em sentido processual pode ser sintetizado como o direito da parte litigar em juízo dentro de um conjunto de normas preestabelecidas, com a garantia de praticar e sujeitar-se aos atos nelas previstos.

Noutras palavras, é a garantia do jurisdicionado a: a) comunicação adequada dos atos processuais; b) um juiz imparcial; c) oportunidade de se defender; d) produzir e contrariar provas; e) um defensor devidamente habilitado;) uma decisão fundamentada; e, no mínimo, g) um duplo grau de jurisdição.

De acordo com José Celso de Mello Filho, nas palavras de Nelson Nery Junior, o “devido processo legal” evoca as seguintes garantias:

²⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. I. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 264.

³⁰NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. Código de Processo Civil Comentado e legislação civil extravagante. 11ª ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1501.

[...] a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, condenado e julgado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado, com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência jurídica, inclusive gratuita; j) privilégio contra autoincriminação. [34: José Celso de Mello Filho. A tutela judicial da liberdade, *RT* 526 (1979), pp. 298/299; *Cf anotada*², p. 448.]³¹

Por conseguinte, arremata o referido doutrinador: “a cláusula do *procedural due process* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.”³².

Decerto, não há como, num Estado Democrático de Direito, se desnudar a personalidade jurídica, sem observar as garantias do devido processo legal.

5.2 Princípio do contraditório

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, numa visão clássica, até por sua época, conceituou o contraditório nos seguintes termos:

O contraditório é, pois, em resumo, *ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*. A contrariedade é ação das partes. Tem suas raízes naturais no conflito de interesses e se manifesta processualmente na representação desse conflito diante do juiz.³³

Nessa diapasão, o princípio do contraditório está contemplado na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, com a seguinte dicção: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.”

Tal princípio pode ser resumido no trinômio: “*informação-reação-diálogo*.”³⁴

Segundo André Pagani de Souza:

³¹NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

³²*Ibid.*, p. 42.

³³ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. Prefácio de Mário Masagão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

³⁴João Batista Lopes assim se refere ao princípio do contraditório *in* LOPES, João Batista. Efetividade da Tutela Jurisdicional à Luz da Constitucionalização do Processo Civil. Revista de Processo: RePro. São Paulo, vol. 29., n.º 116, p. 29-39, jul./ago. 2004, p. 29.

A informação é sempre obrigatória, a reação deve ser possibilitada ou facultada, o diálogo, por sua vez, deve ocorrer entre o juiz e as partes. A informação sobre a existência da ação e de todos os atos do processo é obrigatória, não se podendo abrir mão de dar ciência à parte (réu) sobre a existência da ação e de comunicar todos os atos do processo às partes. A reação deve ser possível, ou seja, deve ser dada a possibilidade de reagir à determinada informação ou de influir sobre uma decisão antes de ela ser tomada. Não é necessário que a reação exista efetivamente, mas sim que se dê oportunidade para reagir. O diálogo deve existir entre o juiz e as partes, de modo que seja possível a estas se manifestarem antes de o juiz decidir, influenciando na tomada de decisão.³⁵

O princípio do contraditório revela-se, portanto, na dialética do processo, envolvendo o exercício da ação e da defesa.

Na lição de Rui Portanova: “na atualidade, o conteúdo do princípio é tão rico, tão vasto, tão cheio de importância, que dificilmente uma síntese poderia projetar toda sua extensão”.³⁶

Antes de avançar na abordagem acerca do princípio da ampla defesa, cumpre mencionar que há doutrinadores que dão tratamento especial ao princípio do contraditório na execução.³⁷

Isso ocorre, provavelmente, porque alguns doutrinadores, tais como Enrico Tulio Liebman³⁸ e Alfredo Buzaid³⁹, defendiam a inexistência de contraditório na execução.

Com todo o respeito pelo entendimento dos suso-mencionados e renomados doutrinadores, entendemos que não há mais espaço para tal celeuma, nem utilidade, na atual sistemática processual brasileira, especialmente após o advento da Lei nº. 11.232, de 22.12.2005, e Lei nº. 11.382, de 6-12-2006⁴⁰, como também com a entrada em vigor da Lei nº. 13.105, de 16/03/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil, sobre o qual trataremos mais adiante.

³⁵SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 12-13.

³⁶PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 161.

³⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 178-180.

³⁸LIEBMAN, Enrico Tullio. Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione. Roma: Società Editrice del «Foro Italiano», 1931, pp. 186-188.

³⁹BUZOID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do código de processo civil. 2.ª ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 109.

⁴⁰Tais dispositivos trouxeram, por exemplo, a oportunidade de contraditar o processo de execução sem a necessidade de prévia garantia do juízo, além da prerrogativa processual conferida ao devedor de tomar conhecimento da ação contra si proposta, a possibilidade de manifestação nos autos após o recebimento do mandado de citação, o direito de acompanhar o processo em todas as suas etapas, devendo ser intimado, a título de faculdade, para manifestar-se sobre quaisquer expedientes processuais, etc.

Sob nossa ótica, é insofismável que o princípio do contraditório incide na execução, primeiro, por decorrência do modelo de processo traçado pela Constituição Federal, especialmente em razão do disposto no seu art. 5º, LV; segundo, porque o novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105, de 16/03/15, já em vigor, fez com que se incluíssem no Código princípios constitucionais na sua versão processual, tal como o princípio do contraditório.

É tanto que o princípio do contraditório, com a redundância que é comum ao sistema normativo brasileiro, geralmente em razão do receio histórico dos legisladores desse país para que um determinado princípio ou determinada norma não sejam descumpridos (o exemplo maior disso é o próprio texto constitucional), foi inserido no novo Código de Processo Civil, na Parte Geral, Livro I, Título Único, que trata das normas fundamentais do processo civil e da sua aplicação para todo o Código, em seu capítulo I, artigo 7º, que diz:

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, **competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório**, [grifos nossos]

Vale registrar, a título de conhecimento geral, que na 6ª audiência pública, realizada em Manaus, pela comissão de juristas, responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, dentre os principais aspectos abordados pelos oradores, estava: “Positivar no Código o contraditório dinâmico”. E, assim, o termo contraditório é utilizado sete vezes no novo Código de Processo Civil.

Aliás, onde o texto legal não restringiu, não cabe ao interprete fazer. Tanto a Lei Maior com o Compêndio Processual, não fazem qualquer restrição quanto à incidência do contraditório no processo judicial, em qualquer de suas fases.

Posto isso, entendemos desnecessário fazer maior ilação acerca da incidência do princípio do contraditório no processo de execução, eis que, como dito, pensamos que tal princípio é manifestamente aplicável a todo o processo judicial.

5.3 Princípio da ampla defesa

Sem ignorar a caracterização clássica dada pela doutrina aos princípios no que tange ao grau de abstração, talvez o princípio da ampla defesa, além da abstração inerente a todos os princípios, seja dotado de um conceito jurídico indeterminado o

qual na sua concepção tenha se buscado dar o máximo de vaguidade semântica, a fim de preservá-lo sempre atual e aplicável em todo ordenamento jurídico, visando, dessarte, preservar valores caríssimos ao Estado Democrático de Direito, nos vários momentos históricos em que as leis são interpretadas e aplicadas.

A vaguidade de um conceito não é, necessariamente, imperfeição linguística. Pode refletir uma estratégia do legislador para permitir ao interprete a mais adequada valoração do seu significado num determinado contexto.

Barbosa Moreira, ao tratar de conceitos juridicamente indeterminados, certa feita asseverou:

A questão assumirá importância particular caso se trate de palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da *subsunção* – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de “preencher os claros”, de cobrir os “espaços em branco”. A doutrina costuma falar, ao propósito em “conceitos juridicamente indeterminados” (*unbestimmte Rechtsbegriffe*).⁴¹

Conceito jurídico indeterminado, portanto, é técnica utilizada pelo legislador para, ao fornecer algumas indicações genéricas, fazer com que a regra possa ser melhor aplicada pelo interprete em cada caso, dentro do perímetro e contorno de um dado sistema normativo.

Com efeito, apesar da vagueza do conceito do *princípio da ampla defesa*, assim como o do *contraditório*, foi positivado no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), artigo 5º,

⁴¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados. Revista Forense. 1ª ed. v. 261. [Trabalho destinado ao volume de estudos em homenagem a ORLANDO GOMES], Rio de Janeiro: SEPARATA, 197-?, pp. 14-15. Em rodapé elucidativa Barbosa Moreira acrescenta: “5: a expressão parece ter surgido na literatura do Direito administrativo: *vide* SCHWINGER, “Grundlagen des Revisionsrechts”, 2ª ed., Bonn, 1960, p. 118; mas o seu emprego vem-se generalizando entre civilistas (*v.g.*, LARENZ, “Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts”, Munique, 1967, pp. 21, 358) e processualistas (*v.g.*, FASCHING, “Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen”, vol. IV, Viena, 1971, pp. 249, 332). Os penalistas preferem falar de “elementos normativos do tipo” (*normative Tatbestandselemente*): *vide* ao propósito, em nossa doutrina, a longa e erudita exposição de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “Conduta punível”, S. Paulo, 1961, pp. 138 e segs., com abundantes referências bibliográficas. Trata-se, na verdade, de conceito que, longe de ser peculiar a este ou àquele ramo da ciência jurídica, pertence à teoria geral do direito; e seria desejável que se uniformizasse a terminologia, como reflexo da substancial invariabilidade do fenômeno.”. *Ibid.*, p. 15.

inciso LV, da Constituição Brasileira, e o seu conteúdo normativo e espaço na geografia constitucional apontam a sua importância e a preocupação do Constituinte em assegurar valores e ideias sócio-políticas, tendo como finalidade o respeito à dignidade humana, inclusive contra – ou limitando – o poder estatal.

Aliás, o legislador constitucional brasileiro inseriu em sua Carta Magna abundante matéria processual, sobretudo fruto de razões históricas, a fim de assegurar direitos e garantias, individuais e coletivos, após o período de arbítrio imposto pela ditadura militar.

Delosmar Mendonça Junior correlaciona os pensamento de J. J. Calmon de Passos, Rui Barbosa e Canotilho para nos presentear com a seguinte lição:

Podemos apontar que o princípio do Estado Democrático de Direito e princípio estruturante, do qual, entre outros, decorrem os princípios de igualdade e do devido processo legal como princípios constitucionais gerais, os quais, por sua vez, levam a norma do contraditório e da ampla defesa na qualidade de princípio constitucional especial. ‘Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais e regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial’. Os Direitos e garantias fundamentais constituem um conjunto normativo-constitucional de especial importância prevendo limitações do poder estatal e assegurando valores e ideias socio-políticas tendo como finalidade o respeito a dignidade humana. Seguimos Calmon de Passos, na clara visão de que ‘só é legítimo Estado de direito aquele que defere aos indivíduos direitos que a ele, Estado, possam ser oponíveis. E esses direitos fundamentais, para que sejam exaustivos, devem não só dizer respeito a segurança econômica dos cidadãos. E apenas serão efetivamente direitos se providos de instrumentos, também constitucionalmente assegurados, que lhe permitam sempre se fazer efetivos, quando violados’. Parte da doutrina registra distinções entre direitos e garantias fundamentais. O assunto remonta a Rui Barbosa, fazendo a diferenciação entre as disposições meramente declaratórias dos direitos e disposições assecuratórias, todavia, admitindo a possibilidade de fixação da garantia no mesmo dispositivo que declara o direito. Acompanhamos Canotilho, no entendimento de que as clássicas garantias são também direitos. O que caracteriza a natureza de garantias e a instrumentalidade na proteção de direitos. Muitas vezes um direito é ao mesmo tempo garantia de proteção de outros direitos.⁴²

Entendemos, nessa exegese, que o *princípio da ampla defesa*, tanto pela “força constitucional”, quanto pelos valores históricos, políticos e sociológicos intrínsecos a sua essência, tem eficácia sobre as regras processuais.

⁴²MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49.

Sobre o conteúdo jurídico-normativo do *princípio da ampla defesa*, entendemos que ampla defesa é a garantia constitucional que a parte (no processo) tem de produzir provas, buscando convencer o julgador de que sua argumentação é a correta, e de recorrer das decisões proferidas, sempre que com ela não concordar.

Mais do que isso. No magistério de Alexandre de Moraes:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.⁴³

Concluimos, portanto, trazendo à colação a anotação de Luíz Afonso Heck, que, ao nosso sentir, reflete a essência da ampla defesa, ao deduzir:

A ampla defesa não permite que o litigante e o acusado sejam apenas um pressuposto técnico para a atividade judicial. Antes, o litigante e o acusado configuram-se como um valor com dignidade humana que deve ser respeitado, ouvido e considerado.⁴⁴

5.4 Princípio da eficiência ou efetividade

A clássica definição do *princípio da efetividade* em matéria processual, em linhas gerais, prevê um processo que propicie o resultado que satisfaça a pretensão de direito material num lapso de tempo razoável.

Humberto Theodoro Junior, em lapidar ensinamento, aduz que: “[...] o art. 5, XXXV, da Constituição da República, não só garante o direito de acesso à justiça, mas igualmente o direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional”⁴⁵.

A Constituição Federal, por seu turno, já em seu artigo 37, *caput*, previa que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** [...]”.

⁴³MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 101.

⁴⁴HECK, Luíz Afonso. Princípios e garantias constitucionais do processo. Revista Gênesis de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, v. 3, n. 7, jan./mar. 1998, p. 46-52. Disponível em: «<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16739-16740-1-PB.htm>». Acesso em: 9 de setembro de 2016.

⁴⁵THEODORO JUNIOR, Humberto. Garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios da efetiva e adequada tutela jurisdicional. Atualidades jurídicas. Coord. Ernane Fidelis dos Santos. p. 21-35, Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. ??

Logo, sendo o Poder Judiciário e os serviços judiciários por ele prestados ao exercer à função jurisdicional que lhe foi constitucionalmente confiada órgão da administração pública, sempre esteve obrigado a observar tais princípios, sobretudo o *princípio da eficiência*, que é o que nos interessa para o momento.

Demais disso, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº. 678/92, que, em seu art. 8º, nº. 1, assegura o direito a um processo de razoável duração.

Contudo, foi a partir da Emenda Constitucional nº. 45, de 8.12.04, que introduziu o inciso LXXVIII, no art. 5º, da Carta Maior, que o *princípio da eficiência* ganhou mais evidência e, com isso, passou a ser um dos focos principais do sistema judiciário brasileiro.

O referido inciso inseriu na Constituição Federal comando expresso e inflexível com a seguinte dicção:

art. 5º *omissis*

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Tal dispositivo veio à tona em meio a uma grave crise no poder judiciário brasileiro, a qual, em que pese a qualificação do seu corpo funcional, os processos se arrastavam anos a fio sem nunca chegar ao fim. As partes sofriam com o dano marginal decorrente do processo e o poder judiciário com o descrédito e a descrença em sua instituição.

Não era incomum um estudante de direito atuar como estagiário num processo e aposentar-se sem que ele tivesse chegado ao fim.

Eis, então, um problema, porquanto a clássica definição do princípio da efetividade processual passou a sofrer forte carga da influência dessa realidade do judiciário brasileiro.

A partir daí, o *princípio da efetividade* passou a ser tratado com sinônimo de celeridade.

O caos pelo qual passava, e ainda passa, diga-se de passagem, o judiciário brasileiro, fez com que juristas passassem a supervalorizar a carga de velocidade e concreção do direito material que compõe o princípio da efetividade processual,

menosprezando, ou diminuindo ao extremo, o substrato central, que é o processo justo.

O processo pode ser célere, concretizar o direito material perseguido, mas não será efetivo se não for garantido os direitos assegurados às partes ao longo do seu curso.

Ou seja, o processo pode produzir efeitos concretos e aplicar a tutela jurisdicional de forma adequada, subsumindo a norma material aos fatos, e não observar alguma garantia do devido processo, tornando-se, assim, injusto.

Por isso, comungamos do ensinamento de Barbosa Moreira no sentido de que o princípio da efetividade deve ser visto com a finalidade do processo “atingir o fim específico da maneira mais perfeita possível.”

Com efeito, a efetividade do processo deve andar de mãos dadas, lado a lado, com as garantias processuais.

Isso, inclusive, ao nosso ver, é a veia processual do princípio geral da efetividade, o que o distingue do princípio da efetividade em direito material. Efetividade em direito material pode ser dar a alguém aquilo que a norma de direito material lhe assegura (eu tenho o direito e o ordenamento jurídico permite-me efetivá-lo). Já o princípio da efetividade em direito processual contempla além da possibilidade de efetivação do direito material pretendido, que tal efetivação se dê em observância as normas e garantias processuais previstas no ordenamento jurídico aplicável à hipótese.

Nesse sentido, Candido Rangel Dinamarco, com a maestria que lhe é peculiar, traz definição do princípio da efetividade digna de sua larga abrangência, mas com objetividade ímpar, nos seguintes termos:

[...] *efetividade do processo*, [...] constitui expressão resumida da idéia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*. [11: Refiro-me, como se há de perceber, a *todos* os escopos do processo e não só ao jurídico. {...}] (grifos no original)⁴⁶

Quanto a relação do princípio da efetividade e a instrumentalização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sua especial importância se dá porque, talvez, o fundamento principal da teoria da desconsideração da

⁴⁶DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 14^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 319.

personalidade jurídica seja a própria manifestação *do princípio da efetividade* no âmbito da prestação da tutela jurisdicional.

Nesta linha a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno, quando esse trata da aplicação do inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal, evidencia que o princípio estampado no referido inciso preza por “‘economizar’ atividade jurisdicional no sentido de *redução* desta atividade, *redução* do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesse de uma só vez.” Ou seja, tal redução implica, também, na efetivação do princípio aqui tratado por intermédio da aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no direito processual civil. O que o princípio da *efetividade* ou *eficiência* almeja “[...] é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes* [...], sem prejuízo, evidentemente, do atingir de seus objetivos mais amplos”.⁴⁷ Sendo assim, por tudo que se viu, nada mais lógico que compreender a instrumentalização da a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica como forma de manifestação do princípio da efetividade quando da prestação da tutela jurisdicional.

Feitas essas breves e gerais considerações acerca do princípio da efetividade, não há dúvida da sua relevância e necessidade de observância no incidente para a desconconsideração da personalidade jurídica.

Até mesmo porque, a disciplina processual para a desconconsideração da personalidade jurídica está calcada na tríade: *princípio da ampla defesa; princípio do contraditório; e princípio da efetividade*.

5.5 Princípio da cooperação ou colaboração

Em que pese termos afirmado acima que a disciplina processual para a desconconsideração da personalidade jurídica orbita na aplicação dos princípios da *ampla defesa, contraditório e efetividade*, existem princípios do processo civil moderno que muito pode contribuir para um processo democrático e participativo, que, ao fim e a cabo, através dessa colaboração entre os atores de uma Ação, seja

⁴⁷BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147.

possível se chegar a um processo justo, com duração razoável e que possibilite a concreção do direito material em deslinde.

Por isso, optamos por dar ao título desse capítulo garantias e princípios processuais informadores para a desconsideração da personalidade jurídica, objetivando tratar não só de princípios garantistas, mas, também, de princípio informador.

Nesse contexto, embora ainda pouco estudado, entendemos que o *princípio da cooperação* tem um importante liame com o tema objeto deste trabalho.

Isso porque, conforme discorrido alhures, no tópico “III”, que tratou dos fundamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a *disregard doctrine* tem como escopo considerar ineficaz a estrutura da pessoa jurídica quando utilizada desvirtuadamente.

Noutras palavras, a desconsideração da personalidade jurídica, via de regra, só deveria se dar quando às pessoas que compõem a pessoa jurídica ou a própria pessoa jurídica utiliza da entidade jurídica para fraude e abuso de direito.

Novamente citando o professor Fábio Ulhoa Coelho, em passagem já mencionada acima:

Em outros termos, cabe invocar a teoria quando a *consideração* da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exurgindo a ilicitude apenas em seguida à *desconsideração* da personalidade jurídica dela. Somente nesse caso se opera a **ocultação da fraude** e, portanto, justifica-se afastar a autonomia patrimonial, exatamente para **revelar o oculto por trás da véu da pessoa jurídica**.⁴⁸ [grifos nossos]

Desta feita, é preciso dar o devido tratamento para àqueles sócios que, além de não se utilizar do véu da pessoa jurídica para qualquer fim fraudulento, abuso de direito, ou, ainda, prejudicar terceiro, colabora no processo objetivando que a pessoa jurídica responda por suas obrigações, sem antes ser atingido indistintamente pela sanha confiscalista de poderes constituídos.

Não se deve admitir, ao nosso ver, no atual modelo constitucional do processo civil, que um sócio, ou até mesmo uma pessoa jurídica integrante de um grupo econômico, ou, ainda, uma pessoa jurídica que possui sócio integrante de outra, que não tenha agido com desvio do uso legítimo da pessoa jurídica para,

⁴⁸COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. v. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44-45.

deliberadamente, prejudicar credores ou violar a lei em seu benefício próprio, evenha a colaborar no processo, tenha seu patrimônio constricto por força de uma decisão-surpresa.

Nesse passo, se um dos objetivos do processo é criar condições para que se possa alcançar uma decisão justa, o princípio da colaboração e o modelo colaborativo do processo devem ser observados na ocasião da perquirição se o sócio está ou não utilizando-se do manto da pessoa jurídica visando prejudicar interesses de terceiros em nome de anseios próprios.

A colaboração, como modelo processual, impõe ao juiz uma dupla posição no processo: paritário no diálogo (na sua condução); e assimétrico no momento de decisão da causa.

Segundo Daniel Mitidiero:

O juiz deve conduzir o processo em permanente diálogo com as partes. Esta condução paritária assegura a colaboração ao longo do procedimento. Sua assimetria, contudo, é própria ao momento em que a decisão deve ser imposta às partes, ao momento de realização da tutela do direito.⁴⁹

Ainda nas lições do mencionado doutrinador:

Para que a colaboração seja praticada no processo civil é necessário perceber que o juiz tem deveres na condução do processo oriundos da idéia de processo justo e de seu núcleo mais óbvio – o direito ao contraditório. Só se pode pensar em um processo civil cooperativo se partirmos do pressuposto de que o Estado tem o dever de diálogo, de esclarecimento, de auxílio e de prevenção para com os jurisdicionados.⁵⁰

Nota-se que o princípio da colaboração ou o modelo colaborativo do processo civil traz uma nova concepção à condução do processo, na qual é dever do Estado-Juiz: dialogar com o jurisdicionado e salvaguardá-lo da surpresa; assegurar que toda a questão resolvida em sua decisão seja previamente debatida com as partes; esclarecer-se a respeito da posição das partes para que não sejam compreendidas de maneira inadequada; auxiliar as partes no desempenho de seus ônus processuais; e advertir as partes de que a pretensão perseguida em juízo pode ser rechaçada ou penalizada em razão do uso inadequado do processo.

⁴⁹MITIDIERO, Daniel. Direito ao Processo Justo como Direito à colaboração no Processo Civil. *Jornal Carta Forense*. São Paulo, 04 nov. 2009. Disponível em: «<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/art.s/direito-ao-processo-justo-como-direito-a-colaboracao-no-processo-civil/4893>». Acesso em: 14/09/2016.

⁵⁰*Ibid. Loc. Cit.*

Invocando, novamente, o magistério de Daniel Mitidiero:

O modelo de cooperação no processo civil constitui, antes de qualquer coisa, uma mudança de mentalidade. Implica alteração da cultura processual. Se o Estado não é mais o inimigo público número um, como era compreendido no ciclo constitucional francês do sempre lembrado final do século XVIII, e se hoje tem por imperativo promover a tutela dos direitos, então não tem mais sentido, pelo menos em termos de processo civil, não convocá-lo para organização de um processo voltado para efetiva realização dos direitos e que pretende se estruturar a partir de princípios de justiça processual. Daí a razão pela qual se pode tranquilamente afirmar – o direito ao processo justo no Estado Constitucional é antes de tudo direito à colaboração no processo civil.⁵¹

Dentre os alicerces do princípio da colaboração ou cooperação está o *dever de consulta*. Segundo Fredie Didier Jr.:

Mas também em *relação ao órgão jurisdicional* é possível visualizar a *aplicação do princípio da cooperação*. [...]

Fala-se ainda no *dever de consulta*.

O *dever de consulta* é variante processual do *dever de informar*, aspecto do *dever de esclarecimento*, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, [143: Art. 3º, 3, CPC Portugal {...}. Art. 8º, 2, CPC de Macau {...}. Art. 16 Novo Código de Processo Civil francês {...}. Art. 101, 2, CPC italiano, {...}.] sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitra no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o *dever de consulta, expressamente consagrado no art. 10 do CPC, já examinado no item sobre o princípio do contraditório*.⁵² (grifos no original)

O novo Código de Processo Civil, que recentemente entrou em vigor, importou, de forma expressa, o princípio da cooperação para o processo civil brasileiro, em seus art.s 8º, 9º e 10º, que dispõem:

Art. 8º: As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

⁵¹MITIDIERO, Daniel. Direito ao Processo Justo como Direito à colaboração no Processo Civil. *Jornal Carta Forense*. São Paulo, 04 nov. 2009. Disponível em: «<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/art.s/direito-ao-processo-justo-como-direito-a-colaboracao-no-processo-civil/4893>». Acesso em: 14/09/2016.

⁵²DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, pp. 128-129.

Parágrafo único: O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

Observa-se, da leitura dos art.s acima recortados, que, ao determinar deveres para as partes e seus procuradores de zelar pelo bom andamento processual, tanto positivamente (auxiliando o juiz na identificação das questões de fato e de direito), como negativamente (não atuar de forma protelatória), assim como para os magistrados, especialmente de não decidir sem oportunizar a manifestação da parte, o novo Código de Processo Civil trouxe para o ordenamento normas de elevada carga principiológica.

Na verdade, o princípio da cooperação no direito processual civil tem sua origem e supedâneo na conjugação dos princípios da boa-fé objetiva e do contraditório.

Daí, é sempre oportuno lembrar o ensinamento de Ovídio Baptista Silva, que atrás de um processo com suas centenas de folhas encontram-se pessoas e vidas que demoraram anos para chegarem ao patamar em que estão. Não pode haver simplesmente o desprezo quanto a esse fato e o desgarramento do juiz ao que é mais importante: a justiça.

O princípio da cooperação, portanto, é a essência do processo civil moderno, estabelecendo uma nova concepção na qual de que as partes e o juiz devem colaborar entre si, de modo a construir um processo mais justo e efetivo.

Num campo permeado por decisões surpresas e ausência de oitiva das partes, sua aplicação é irrefutável.

6 QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ANTES DO ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Cediço que diversas questões relevantes para o direito processual civil, no que tange a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e seus aspetos processuais, foram dirimidas com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, impende, apenas por razões didáticas, tratar de algumas delas, mesmo sem enfoque e profundidade, pois permanecem importantes para a compreensão do tema e das conclusões de doravante.

Assim, destacamos algumas dessas questões que passaremos a abordar nos subtópicos que se sequenciam:

6.1 Parte X Terceiro

Relevante tema acerca dos aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica antes do advento do novo Código de Processo Civil era o tratamento que se dava no processo àquele que sofria os efeitos de sua aplicação. Afinal, ele era *parte* ou *terceiro*?

A resposta dessa pergunta gerava consequências distintas no anterior Código de Processo Civil. Isso porque, se aquele que sofria os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica era considerado como *parte* no processo, ele detinha os direitos, deveres, faculdades, ônus e obrigações no plano processual inerentes à *parte*. Se, todavia, ele era apenas *terceiro*, detinha os direitos, deveres, faculdades, ônus e obrigações no plano processual inerentes à *terceiro*, que são diferentes daqueles inerentes à *parte*.

Esse aspecto processual era crucial no Código de Processo Civil de 1973, porquanto a depender dessa conclusão haveria implicações no modo de defesa, nos momentos para a prática dos diferentes atos processuais, dentre outros.

Por exemplo, se aquele que sofria os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, tal como sócio, era considerado como *parte*, deveria se opor por meio de *embargos à execução*, em prazo definido a partir da penhora (art. 738, CPC/73, com as alterações que lhe foram dadas pela Lei 11.382/06). Se tido por

terceiro, poderia se opor por meio de *embargos de terceiro*, que podiam ser opostos até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Não se pode olvidar, como leciona André Pagani de Souza, que se tratando do tema partes e terceiros na desconsideração da personalidade jurídica, há uma dificuldade na qualificação de parte no plano material que se comunica para processual.

Com bem expõe o referido doutrinador, no plano material, “a *disregard doctrine* lida com a dificuldade de se ignorar a autonomia de alguém que é *formalmente* considerado parte na *relação jurídica de direito material* (sociedade) para alcançar a verdadeira parte na relação substancial (sócio).”⁵³ (grifos no original).

Em continuação, diz ainda:

No *plano processual*, essa dificuldade também se apresenta quando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicada em caráter incidental ao processo. Alguém que é *formalmente* considerado parte no processo (sociedade) deve dar lugar também a alguém que não o é (sócio), ao menos formalmente.⁵⁴

Com efeito, para se superar tal dificuldade é imprescindível a observância rigorosa dos requisitos *materiais* e *processuais* estabelecidos em lei para aplicação da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Deveras, também como acentuou o sumo mencionado doutrinador, “As dificuldades surgem ou desaparecem à medida que tais requisitos são ou não bem observados.”⁵⁵

Contudo, de fato, utilizando-se aqui, repita-se, por não ser objeto deste trabalho, o conceito resumido e objetivo de *parte* e *terceiro*, sendo a parte quem pede (ou aquele em cujo nome se pede), ou em face de quem se pede alguma espécie de tutela jurisdicional e o terceiro, por negação, àquele que não é parte no processo, pode-se concluir que aquele que sofre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica em determinado processo deve ser considerado como *parte*.

Arruda Alvim análise o conceito de *parte* da seguinte forma:

Parte é aquele que pede tutela jurídica no processo, bem como aquele contra quem essa tutela é pedida, e que esteja no processo. [17: Sobre o

⁵³SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

⁵⁴*Ibid.*, p. 86.

⁵⁵*Ibid.*, *Loc. Cit.*

conceito de parte: v. Arruda Alvim, *Código de processo civil cit.*, vol. II, comentários ao art. 7.º (RT, 1996). Consultar, também: As partes no processo civil, por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, *RBDP* 12/109 e na *RFDUU* 6-2/83; Sujeitos do processo, por José Augusto Delgado, *RePro* 30/61.] Há quem distinga entre parte processual e parte substancial (v. n. 5, *fine*).

O conceito de parte é eminentemente processual, resultando, como já se observou, da “simples afirmação da ação”. Decorre do fato do propositura da ação. [18: Cf. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. II/235.]

O que é relevante para determinar quais sejam as partes é o fato de alguém pedir algo, por meio do processo, contra outrem. Se se lhe reconhecer *legitimidade* (ativa, no caso do autor, ou passiva, no caso do réu), de parte legítima se tratará; caso contrário, será *parte ilegítima*, o que significa que é ou foi parte; isto é, quem é tido por parte ilegítima não terá deixado de ser parte.⁵⁶

Cassio Scarpinella Bueno é ainda mais explícito em adotar fielmente o conceito de *parte* de Chiovenda:

Há diversos critérios apresentados pela doutrina para distinguir as “partes” dos “terceiros”. Este *curso*, seguindo a doutrina majoritária, vale-se daquela proposta por Giuseppe Chiovenda de que “parte” é aquele que pede e em face de quem se pede a tutela jurisdicional. É “terceiro” todo aquele que não pede ou em face quem nada se pede perante o Estado-juiz. Partes são os não-terceiros; terceiros são todos os que não são partes. O conceito de parte, nestas condições, é obtido pela negação de quem seja terceiro e vice-versa.⁵⁷

Consoante já mencionado nos tópicos anteriores, para aplicar a *disregard doctrine* faz-se imprescindível imputar a alguém o mau uso da personalidade jurídica. Ou seja, atribui-se a alguém um ato ou uma atividade fraudulenta na administração dos bens da pessoa jurídica.

No mais, além de se atribuir a alguém a conduta fraudulenta, impõe-se pedir que dela se extraiam determinadas consequências para quem a praticou, isto é, no exemplo do artigo 50, do Código Civil, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos sócios ou administradores da pessoa jurídica.

Vê-se, pois, que pede-se contra o(s) sócio(s) ou administrador(ers) uma tutela jurídica no processo.

Não é, portanto, o caso de *responsabilidade secundária*, que se configurará na medida em que surge uma situação em que o patrimônio de uma pessoa que não é

⁵⁶ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 547.

⁵⁷BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Procedimento comum: ordinário e sumário. v. 2. Tomo I. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 435.

a devedora se sujeitará à execução, ou seja, quando devedor e responsável pela dívida não são a mesma pessoa.

Humberto Theodoro Júnior explica assim o fenômeno:

Quando à admissibilidade de execução contra quem não seja *devedor*, isto se deve à moderna distinção que, no plano jurídico, se faz entre *dívida* e *responsabilidade*. [11: Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, ed. 1974, nº 282, p. 148; José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, v. I, ed. 1943, nº 7, pp. 8 e 9.]

Sabe-se que o devedor, embora vinculado à obrigação, não pode ser física e corporalmente compelido a cumpri-la. Mas seu patrimônio fica sempre sujeito a sofrer a ação do credor, caso o crédito não seja devidamente satisfeito.

Nota-se, destarte, um desdobramento da obrigação em dois elementos distintos: *a*) um de caráter *pessoal*, que é a *dívida* (“Schuld”); e *b*) outro de caráter *patrimonial*, que é a *responsabilidade* (“Haftung”) e que se traduz na sujeição do patrimônio a sofrer a sanção civil.

Para o credor, os dois elementos passivos da obrigação (dívida e responsabilidade) correspondem a dois direitos distintos: *a*) direito à *prestação*, que se satisfaz pelo cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor; e *b*) direito e *garantia* ou de *execução*, que se satisfaz mediante intervenção estatal, através da execução forçada. [12: José Alberto dos Reis, *op. cit.* Nº 7, p.9.]

Do lado passivo, normalmente os dois elementos se reúnem numa só pessoa, o devedor, sendo certo que não pode existir dívida sem responsabilidade. Mas o contrário é perfeitamente possível, pois uma pessoa pode sujeitar seu patrimônio ao cumprimento de uma obrigação sem ser o *devedor*. É o que se passa, por exemplo, com o fiador judicial diante da dívida do executado, ou com o sócio solidário frente à dívida da sociedade: **“o devedor é um, o responsável é outro”**. [13: José Alberto dos Reis, *op. cit.*, nº 60, p. 215.]⁵⁸ (grifos nossos)

Isso posto, o referido autor, adiante, arremata:

Há, portanto, profunda diferença de natureza jurídica entre a relação que vincula o devedor ao credor — que é de direito *material* — e a relação que sujeita o responsável ao juízo da execução — que é de direito *processual*. Enquanto na primeira existe *obrigação*, na segunda há *sujeição*. Assim, os bens do responsável devedor ou não sofrem os efeitos da execução em virtude de *sujeição* inerente à relação de direito processual, que torna ditos bens destinados à satisfação compulsória do direito do credor. [14: Francesco Carnelutti, *Direito e Processo* ed. 1959, pp. 324 e 323; Enrico Tullio Liebman, *Processo de Execução*, 3ª ed., nº 35, p. 67; Gian Antonio Micheli, *Derecho Procesal Civil*, v. III, ed. 1970, pp. 131-132.]

[...]

Não é possível, porém, executar os bens do terceiro responsável sem vinculá-lo à relação processual, mediante regular citação, visto que ninguém pode ser privado de seus bens sem observância do devido processo legale

⁵⁸THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil — Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v. 2., 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 155-156.

sem que lhe sejam assegurados o contraditório e os meios ordinários de defesa em juízo (CF, art. 5º, n.ºs LIV e LV).⁵⁹

Desta feita, na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua essência, a pessoa contra quem se pede o levantamento do véu da pessoa jurídica é parte no sentido *processual e material*.

Vale anotar, ainda, na aplicação da teoria da *disregard doctrine* o integrante da pessoa jurídica podia ingressar no processo como terceiro, o que ocorria na maioria das vezes, e passar a ser parte.

Isso ocorria porque antes da desconsideração da personalidade jurídica no processo o integrante da pessoa jurídica (sócio, acionista, administrador etc.) geralmente era atingido como *terceiro*, pois, inicialmente, contra ele nada se pedia. Contudo, aquele que sofre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, inevitavelmente, passa a ser *parte* no processo.⁶⁰

Sobre o tema, sob a relatoria do Ministro aposentado Arnaldo Esteves Lima, a 5ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça assim já se posicionou:

Havendo Desconsideração da personalidade jurídica, os sócios passam a ser parte no Processo de execução, pelo que se mostra cabível o oferecimento de embargos do devedor, e não de terceiros.⁶¹

Assim, conclui-se que, durante a égide do Código de Processo Civil de 1973, o integrante da pessoa jurídica objeto de pedido de sua desconsideração, embora pudesse ingressar no processo como *terceiro*, enquanto não aplicada a *disregard doctrine*, passava a ser *parte* a partir do momento que se pedia algo contra ele, quando, então, devia passar a ser tratado como *parte*.

6.2 A desconsideração incidental da personalidade jurídica no processo

Outra questão que era bastante discutida e relevante antes do novo Código de Processo Civil de 2015 consistia no debate acerca da possibilidade ou não de se

⁵⁹THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil — Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v. 2., 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 260.

⁶⁰Nesse sentido é a lição de José Rogério Cruz e Tucci: “Também passa a ser *parte* aquele que sofre os efeitos da desconsideração incidental da personalidade jurídica.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.).

⁶¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. AgRg no AgRg no Ag 656.172/SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado 4-10-2005, negaram provimento. v.u., DJ, 14-11-2005, p. 383.

levantar o véu da pessoa jurídica de forma incidental, isto é, no curso do processo, após já estabilizada a demanda.

Essa questão foi dirimida no *caput* do artigo 134, do Código de Processo Civil de 2015, que prescreve que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer em todas as fases do processo.

Dessa forma, em que pese a importância do tema para o debate acadêmico e a relevância que as discursões nesse tocante tiveram na elaboração do novo Código de Processo Civil, estando em vigência a Lei nº. 13.105/15, limitarem-nos a fazer uma breve abordagem sobre tema, apenas para o enriquecimento da exposição que será tratada adiante, quando dos comentários a respeito da Nova Lei processual.

O problema era: se o artigo 264, do revogado Código de Processo Civil de 1973, estabelecia que depois de realizada a citação, as modificações que o autor pretendia introduzir quanto ao pedido, à *causa de pedir* e às partes do processo dependeriam sempre da anuência do réu, como seria possível admitir o ingresso de uma nova parte no processo sem a anuência do réu?

Veja-se que o parágrafo único do mesmo artigo acrescentava que a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese seria permitida após o saneamento do processo. Na mesma trilha, o artigo 294 prescrevia que o autor só poderia aditar o pedido feito na petição inicial até o momento em que ocorrer a citação.

Os dispositivos mencionados (artigos. 264 e 294, CPC/73) eram responsáveis pelo que se chama de "estabilização da demanda"⁶² Por força deles, o pedido só poderia ser aditado pelo autor até a citação do réu. Ultrapassada a citação do réu, qualquer modificação no processo (quanto às partes, pedido e causa de pedir) somente poder se dar com a anuência do réu. Após o saneamento do processo, à

⁶²Cândido Rangel Dinamarco sobre o tema ensina que: "Somados, esses dispositivos são responsáveis, nos limites do que autorizam e do que vedam, pela *estabilização da demanda*. Devendo o juiz pronunciar-se rigorosamente dentro dos limites da demanda proposta (partes, causa de pedir, pedido: art. 128) e não podendo proferir em favor do autor sentença de natureza diferente da pedida ou por bem diferente ou valor acima do pedido (*extra vel ultra petita*, art. 460), os limites do pronunciamento judicial possível são estabilizados no momento em que o réu é citado — ressalvado seu consentimento, em alguma medida. Depois de saneado o processo é absoluto o veto a qualquer alteração subjetiva ou objetiva, *mesmo com o consentimento do réu*. Explicitamente, o texto portador de tal restrição endereça-a apenas às alterações objetivas (pedido e causa de pedir: art. 264, par.) mas o tumulto decorrente do ingresso de novos sujeitos seria o mesmo e por isso também as alterações subjetivas só podem ser aceitas antes do saneamento — ainda que o réu as aceite depois." (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. II. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 68.).

exegese do § 2º, do artigo 331, do CPC/73, nem com a anuência do réu se poderia alterar as partes, pedidos e causa de pedir.⁶³

Aplicando essas regras quanto aos aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica em caráter incidental seríamos conduzidos a concluir que só seria possível a inclusão do sócio que fradou a personalidade jurídica ou abusou de sua utilização antes da citação. Após a citação só seria possível a inclusão de tal litisconsorte passivo com a anuência do réu. Por conseguinte, depois do saneamento do processo nem mesmo com a anuência do réu seria possível a inclusão do integrante da pessoa jurídica.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco pondera que:

*depois do saneamento do processo, é claro que modificação alguma subjetiva se poderá fazer, porque isso implicaria violação da ordem preclusiva dos atos do procedimento ordinário brasileiro, que é rígido e não comporta retrocessos: como não poderia o novo réu ficar privado do contraditório, sem responder à demanda nem participar de maneira alguma da fase postulatória, seria preciso voltar atrás no procedimento, retrocedendo-se a fase já preclusa, o que é incompatível com o sistema [414: Sobre a “ordem consecutiva, plecusão e cumulação eventual”, cfr. Millar, *The formative principles of civil procedure*, cap. V, esp. pp. 95-96 trad.] (por isso é que, cuidando da estabilização do processo, o art. 264, par. ún., impede a alteração objetiva da demanda após o saneamento, ainda quando o réu consinta).⁶⁴*

Haviam diversos entendimentos divergentes, como é o caso do posicionamento defendido por André Pagani de Souza, que assentua, em apertada síntese, cinco argumentos para defender o entendimento em prol da desconsideração da personalidade jurídica a qualquer momento no processo, mesmo após a estabilização da demanda, quais sejam:

Primeiro, a inclusão de novo litisconsorte não traria nenhum prejuízo para a pessoa jurídica. Segundo ele, muito pelo contrário, sendo certo que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi concebida com vistas à manutenção da pessoa jurídica, alçar-se ao patrimônio particular daquele que abusou da sua personalidade, evita-se prejudicar a pessoa jurídica, auxiliando-a e evitando que ela

⁶³Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery aduzem que “A modificação do pedido ou causa de pedir somente poderá ser feita até o término da fase postulatória. Depois do saneamento do processo (CPC 357), isto é, depois da audiência preliminar do CPC 334 caput, nem mesmo com a autorização do réu poderá o autor modificar o pedido ou causa de pedir (CPC 329 II). V. coment. CPC 329 II, abaixo”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. (Coord.) Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC – Lei 13.105/2015. 1ª ed. e-book baseada na 1ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 656.).

⁶⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio: um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1986, pp. 255-256.

responda sozinha por dívida que não contraiu. Aplicar-se-ia, então, a máxima *pas de nullité sans grief*.⁶⁵

Segundo, a inclusão de novo litisconsorte poderá significar o cumprimento ou a execução de eventual sentença condenatória contra ele. Ao aceitar a inclusão do litisconsorte (sócio, administrador etc.) ao lado da pessoa jurídica, para André Pagani de Souza, o juiz estaria agindo de acordo com o modelo de processo traçado pela Constituição Federal, pois estaria contribuindo para um processo mais eficiente (art. 52, LXXVIII, e art. 37, *caput*, CF), sem abrir mão do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF).

Terceiro, a inclusão de novo litisconsorte também terá um caráter instrutório, na medida em que contribuirá para a melhor preparação da sentença que será proferida. Nas suas palavras, o novo litisconsorte acabaria por auxiliar o juiz e fornecer elementos para ele bem decidir sobre a aplicação (ou não) da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto.

Quarto, a inclusão de novo litisconsorte atende a “vontade” do direito material. Para ele, cabe justamente ao direito processual criar mecanismos para a realização do direito material, e não criar obstáculos inúteis.

Quinto, a inclusão desse novo litisconsorte, à luz do *caput* do art. 264, do Código de Processo Civil de 1973, interpretado em consonância com os art.s 52, XXXV, LIV, LV, LXXVIII, e 37, *caput*, da Constituição Federal, se enquadraria na hipótese da *parte* final do dispositivo em questão que diz “salvo as substituições permitidas por lei”. Para o renomado professor, com o advento do Código Civil 2002, o sócio contra o qual se atribui o ato fraudulento é litisconsorte necessário, à exegese do art. 47, parágrafo único, do CPC/73, e, por isso, se permitiria o seu ingresso na lide a qualquer tempo.

Diz o professor André Pagani de Souza:

⁶⁵“Esse princípio [da instrumentalidade], divulgado pela expressão em francês *pas de nullité sans grief*, abranda a rigidez da forma legal. Se o ato, ainda que praticado de maneira diversa da preconizada na lei, alcançar sua finalidade e não prejudicar a parte, deverá ser mantido, evitando-se repetição inútil.” (GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, volume 2: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais). 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.). Por óbvio, se a nulidade for absoluta, o prejuízo causado pelo desvio de forma é do interesse público e não apenas das *partes*. Porém, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica também é de interesse público na medida em que evita a perpetuação de uma fraude que, de outra maneira, não seria coibida e neutralizada. Ademais, também está em jogo o respeito devido ao Estado como prestador de tutela jurisdicional. É do interesse público que o Estado seja respeitado nessa função e – caso não esteja eficiente (CF, art. 37) no combate a fraudes, ou moroso (CF, art. 5º, LXXVIII), falhará na sua missão constitucional de apreciar lesões e ameaças a direito (CF, art. 5º, XXXV), falhando também na missão de fazer valer as regras de direito material (CC, art. 50).

[...] nada impede que – a pedido do autor – seja incluído no processo pendente o integrante da pessoa jurídica cuja personalidade se pretende desconsiderar. Tal litisconsórcio ulterior pode formar-se no curso do processo de conhecimento, mesmo após a fase de saneamento e independentemente da anuência do réu, pois não haverá prejuízo para ele ou para o juízo. Logo, *o integrante da pessoa jurídica (sócio, administrador etc.) que integra o processo de conhecimento em litisconsórcio ulterior ao lado da pessoa jurídica também deve ser considerado e tratado como parte.*⁶⁶ [grifos no original]

Com a devida vênia, embora, como dito alhures, esse tema do ponto de vista pragmático já não comporta discussão, porquanto o novo Código de Processo Civil passou a admitir, através do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos artigos 133 a 137, a inclusão do sócio fraudador em qualquer fase do processo, registramos, por exercício crítico, que, em que pese concordar que o sócio no procedimento de desconsideração da personalidade jurídica é parte no processo, não comungamos do entendimento de que ele possa ser trazido ao processo de maneira incidental, sob pena de tolher-se princípios mais caros ao ordenamento jurídico brasileiro, tal como o da ampla defesa. Aprofundaremos esse assunto adiante.

6.3 Necessidade de citação daquele que sofre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica

Outra questão bastante relevante quanto aos aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo antes do advento do novo Código de Processo Civil de 2015, consiste na análise da necessidade de citação prévia daquele que sofre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica.

Já vimos que àquele que sofre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica pode ser introduzido no processo diretamente como parte ou como terceiro e que em algum momento necessariamente ele se tornará parte.

A pergunta que se traz aqui é quando o integrante da pessoa jurídica for se tornar parte no processo isso pode ocorrer mediante intimação ou exclusivamente através de citação?

Antecipamos que essa questão também já foi dirimida pelo novo Código de Processo Civil, em seu artigo 135, no qual prevê que instaurado o incidente de

⁶⁶SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

desconsideração da personalidade jurídica o sócio ou a pessoa jurídica será *citado* para manifestar-se nos autos.

Ademais, trabalharemos adiante com mais profundidade sobre o tema quando comentar sobre o novo Código de Processo Civil.

Mas, é fato que, para que aquele contra quem se pretende levantar o véu da pessoa jurídica venha a se tornar parte no processo, daí, então, abandone a condição de terceiro, mister se faz que seja ele citado, nos termos do art. 213 do antigo Código de Processo Civil de 1973 e, correlato, artigo 207 do Código de Processo Civil em vigor.

Desta feita, em respeito ao princípio do devido processo, consubstanciado, sobretudo, na ampla defesa e no contraditório, é imprescindível que aquele atingido pela desconsideração da personalidade jurídica seja *citado* para responder a demanda.

“Ao falar-se da citação, [...] diz-se que é ‘ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado, a fim de se defender’. [...]; citação é para o réu defender-se e angularizar-se a relação jurídica processual.”⁶⁷

Como dito, essa questão atualmente restou resolvida pelo novo Código de Processo Civil de 2015. Contudo, antes do ordenamento jurídico trazer essa imposição legal expressamente não era incomum o judiciário aplicar a desconsideração da personalidade jurídica sem, no entanto, citar aquele contra quem se estava levantando o véu da pessoa jurídica.

Principalmente em demandas decorrentes da justiça do trabalho e em matéria fiscal os magistrados costumeiramente deixavam de citar a pessoa contra quem se pedia a desconsideração da personalidade jurídica.

Por isso, esse tema era de extrema relevância doutrinária antes do advento do novo Código de Processo Civil de 2015. Atualmente remanesce apenas o interesse acadêmico nesse debate.

Vale lembrar que não pode-se confundir a ausência de *citação* com a *citação* prévia para o processo.

⁶⁷MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil: (Arts. 10 a 45). Tomo I. 4ª ed. rev. e aument. E-book. Atualização Legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, nov 2011, p. 339.

Repugnamos entendimentos anteriores ao novo Código de Processo Civil que defendiam a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica sem citar e transformar em parte àquele contra quem se pedia tal pretensão.

Diferente é a *citação* posterior a prática de um determinado ato de urgência necessário ao processo.

Entendemos que pode ocorrer, em razão do ato solene da citação ser demorado o suficiente para que não se consiga impedir, com eficiência, que uma ameaça de lesão se consume, que seja transportado esse ato solene para um momento posterior do procedimento.

Sendo assim, se houver *ameaça de lesão*, é possível primeiro determinar-se a *desconsideração da personalidade jurídica* para a prática de atos executivos provisórios em relação ao patrimônio do integrante da pessoa jurídica contra quem se pede a sua desconsideração, para depois proceder-se à citação, com todas as solenidades de estilo.

Contudo, postergar o ato da *citação* não significa suprimi-la. Atualmente é frequente a efetivação de medidas cautelares ou antecipação dos efeitos da tutela, sem ouvir a *parte* contrária, para a prática de atos reputados urgentes. Geralmente, intima-se a pessoa interessada sobre a prática daquele ato e, em seguida, as vezes usando do mesmo mandado, cita-se aquela pessoa que passa a ser réu no processo. Há fundamento constitucional para tanto (art. 52, XXXV, CF), o que por si só já seria suficiente, mas há também fundamentos infraconstitucionais (arts. 273, 797 e 798, todos do CPC/73) para assim proceder.

Não há dúvida, portanto, que o Estado-juiz deve tomar as medidas que entender necessárias para evitar que um abuso de personalidade jurídica encoberte uma fraude que seja capaz de frustrar a efetividade da tutela jurisdicional.

Nas lições de André Pagani de Souza:

É dizer de modo bem direto: se for necessário o arresto, a penhora, o sequestro ou qualquer outra medida urgente em relação ao patrimônio daquele que está por trás do véu da pessoa jurídica praticando ato ou atividade fraudulenta, para que ele seja punido e indenize as vítimas de sua conduta, o juiz deve determinar a prática de tal ato executivo e depois mandar intimar e citar o responsável.⁶⁸

⁶⁸SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

No entanto, embora não se possa olvidar que o Estado-juiz deve tomar as medidas necessárias para se evitar que um abuso no uso da personalidade jurídica encoberta uma fraude capaz de frustrar a efetividade da tutela jurisdicional, não se pode admitir que, por qualquer razão, seja mitigada a *citação* daquele contra quem se pede algo no processo, tolhendo-lhe o mais caro princípio do devido processo legal e seus corolários contraditório e ampla defesa.

Cândido Rangel Dinamarco, ao comentar o inciso II, do artigo 592, do anterior Código de Processo Civil de 1973, enfatiza a necessidade de observância do princípio do contraditório para a desconsideração da personalidade jurídica. Segundo ele:

Conquanto não seja um *devedor* e não figure como tal no título executivo, o mero responsável será necessariamente parte nos processos executivos em que se cogite de exercer constrição sobre bens de sua propriedade (penhora *etc.*). Sem sua inclusão, nenhuma medida poderia ser desencadeada contra ele ou seu patrimônio, porque transgrediria a garantia constitucional do contraditório, sendo bastante rica a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça nesse sentido (*supra*, n. 1.402).⁶⁹

Na mesma linha, Araken de Assis, enfatizando que na execução não se almeja a pessoa, mas sim seu patrimônio. Decorre deste propósito que quem "sofre o peso do meio executório mediante o *placet* judicial."⁷⁰ deve ser tida por parte no processo. O autor entende, objetivamente, que "se ostentam partes (e jamais terceiros: [...]); os que tiverem seus bens sujeitos aos atos executórios (p. ex., o adquirente da coisa litigiosa, *ex vi* do art. 626; [...])."⁷¹

Enfim, defendemos que, seja numa ação de conhecimento ou num processo executório, àquele contra quem se pede a desconsideração da personalidade jurídica é *parte* no processo, devendo, para tal se tornar, ser *citado* para responder aos atos dele decorrentes, podendo, para tanto, utilizar-se *dos meios assegurados a*

⁶⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil — Execução Forçada. v. IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 370. Em outra passagem, Cândido Rangel Dinamarco chega a ser até mais enfático: "O mero responsável é legitimado à execução forçada apesar de não ser um *devedor* e seu nome não estar escrito no título executivo; sua integração ao processo executivo, pela citação, é rigorosamente indispensável para que seus bens possam ser atingidos pela penhora e eventual alienação em hasta pública, porque, como chega a ser óbvio, 'deve ser parte aquele que vai sofrer diretamente os efeitos da atividade jurisdicional' (Botelho de Mesquita)." (*Ibid.*, p. 141).

⁷⁰ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 230-231; no mesmo sentido, NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. Código de Processo Civil Comentado e legislação civil extravagante. 11ª ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, *pass.*

⁷¹ASSIS, Araken de. *Op. Cit.*, p. 1144; em sentido assemelhado: MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil: (Arts. 566-611). Tomo IX. 4ª ed. rev. e aument. E-book. Atualização Legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, nov 2011, *pass.*

parte, garantindo-se-lhe, assim, a observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF).

Aliás, seria insuficiente admitir que aquele contra quem se pede a desconsideração da personalidade jurídica somente poderia se defender através de *embargos de terceiro*, porque nessa sede ele apenas poderia discutir a legitimidade da constrição com o objetivo de liberar o seu bem alcançado pela execução. A via dos *embargos de terceiro* não permitiria ao responsável questionar a existência do crédito, o valor da obrigação e outras matérias que caberiam ser discutidas somente por quem é considerado *parte* no processo.⁷²

6.4 Necessidade de ação própria para se desconsiderar a pessoa jurídica

Sempre defendemos que a desconsideração da personalidade jurídica só poderia ocorrer mediante ação autônoma.

Aqui, novamente, é importante lembrar que não estamos tratando de responsabilização secundária, mas, sim, da responsabilização quando alguém age com abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contratos sociais de uma determinada pessoa jurídica.

Então, não é preciso divagar muito para se constatar que não há como se averiguar se houve abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contratos sociais, sem, no entanto, facultar uma ampla defesa e o contraditório irrestrito para àquele contra quem se imputa tais atos.

Sem embargo aos entendimentos contrários, que, diga-se de passagem, trilha a maioria da doutrina, sustentamos que a abrangência de tal contraditório e ampla defesa só pode ser obtida através de ação própria, com todos os meios de prova e defesa a ela inerentes, assegurando-se, assim, o devido processo legal.

⁷²Cândido Rangel Dinamarco reconhece que "Seria insuficiente admitir o responsável a opor apenas os *embargos de terceiro*, sem ser *parte* no processo executivo em si mesmo (na qualidade de terceiro, portanto, e não de parte nesse processo), porque essa via somente lhe permitiria discutir a responsabilidade em si mesma, com o objetivo de liberar o bem. Sempre que a responsabilidade em si mesma fosse regular, não teria o titular do bem como questionar a própria existência do crédito, o valor da obrigação *etc.*, que são pontos de seu indiscutível interesse, em relação aos quais as superiores garantias institucionais do processo não permitem que fique totalmente alijado. Daí a imperiosidade de reconhecer a legitimidade executiva passiva *extraordinária* do terceiro responsável, sempre que a penhora haja de incidir sobre bens de sua titularidade (mas v. *infra*, n. 1.416)." (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil — Execução Forçada. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 142.).

Contudo, esse tema também perdeu relevância do ponto de vista pragmático, porquanto o novo Código de Processo Civil de 2015 resolveu essa celeuma, trazendo no *caput* do artigo. 134 que o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução.

Portanto, a nova disciplina para o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, que em sua própria nomenclatura já diz tratar-se de um *incidente*, afasta qualquer dúvida ou debate acerca da necessidade ou não de ajuizamento de ação própria para se caracterizar a ocorrência de atos suscetíveis de gerar a desconsideração da personalidade jurídica.

Apenas por razões didáticas, por reputarmos importante para a compreensão da matéria, trazemos à lume uma síntese de alguns posicionamentos contrários e favoráveis, a vista de renomados juristas que trataram do tema.

Humberto Theodoro Júnior aduz que:

A responsabilidade extraordinária, como a proveniente de abuso de gestão, violação do contrato, dolo etc., depende de prévio procedimento de cognição e só pode dar lugar à execução quando apoiada em sentença condenatória contra o sócio faltoso. Nem mesmo a desconsideração da personalidade jurídica que a jurisprudência agasalha em certas circunstâncias, e até mesmo a lei às vezes reconhece, autoriza uma sumária anulação da autonomia obrigacional existente entre a sociedade e os sócios.⁷³

Por isso, não comprovadas adequadamente em juízo as circunstâncias excepcionais autorizadas da desconsideração da personalidade jurídica, não há que se cogitar da penhora direta sobre bens do sócio quando a execução se refira a dívida da sociedade.

No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho pondera que “o juiz não pode desconsiderar a separação entre pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores.” E, mais, acrescenta o catedrático professor “a desconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em

⁷³THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v. II. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 293.

*Processo de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado.*⁷⁴

Nessa exegese também se posicionam Ada Pellegrini Grinover⁷⁵ e Osmar Vieira da Silva⁷⁶.

Em suma, a corrente na qual nos filiamos, que defende a chamada “ação própria” (*rectius* processo), entende que para a apuração dos fatos que dão ensejo a desconsideração da personalidade jurídica é necessário a realização de cognição, apenas admissível em processo de conhecimento, no qual todas as alegações seriam provadas e examinadas sob o crivo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Em sentido contrário, posicionam-se Andre Pagani de Souza, Cassio Scarpinella Bueno⁷⁷, Gilberto Gomes Bruschi⁷⁸ Fábio Konder Comparato, Leonardo Greco, Carlos Alberto Menezes e Araken de Assis⁷⁹.

Fredie Didier Junior entende ser possível:

⁷⁴COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. v. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 57-58.

⁷⁵Segundo a renomada processualista, “[...] a *desconsideração da personalidade jurídica*, providência cujo acerto e eficácia devem atentar para a sua excepcionalidade e para a presença de seus pressupostos (fraude e abuso, a desvirtuarem a finalidade social da pessoa jurídica), não pode, não ao menos como regra, ser feita por simples despacho no *processo de execução*. A cognição para detectar a presença dos citados pressupostos é indispensável e, nessa medida, ao menos como regra, impõe-se a instauração de regular contraditório em processo de conhecimento. Esse processo de conhecimento que se exige, fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação de *título executivo* para que, depois, se promova a invasão patrimonial. A via própria assim exigida, portanto, não é necessariamente um processo que tenha por objeto a *desconsideração da personalidade jurídica*. Trata-se de ‘ação própria’ no sentido de que aquele cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme o *título executivo*. Em outras palavras [...] não é possível penhorar bens de uma pessoa – como resultado da *desconsideração da personalidade jurídica* de outrem sem que, em regular processo de conhecimento condenatório, de cognição plena e profunda, cercada por todas as garantias do contraditório, sejam examinados os pressupostos autorizadores da desconsideração e se imponha a sanção àqueles cujo patrimônio deverá ser impactado na sucessiva execução” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual. Revista Jurídica do Ministério Público. v. 6. pp. 53-68. nº 320., 26/05/2006, p. 66.).

⁷⁶Sob o argumento de que devem ser observados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, o autor sustenta que “A desconsideração da personalidade jurídica, para comprometimento de patrimônio do sócio, somente é admissível como medida de coibição de fraudes, perpetradas através da manipulação do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. Portanto, a responsabilização de sócio por obrigação da sociedade, em virtude da desconsideração da personalidade jurídica própria desta, somente é jurídica, quando resulta de sentença judicial condenatória, proferida em ação de conhecimento de que é parte ou litisconsorte passivo o sócio.” (SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204.).

⁷⁷Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Tutela jurisdicional executiva. v. 3. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 216-221.

⁷⁸BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 75-108.

⁷⁹ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, *pass.*

[...] a citação do sócio já no processo de execução, desde que se instaure um incidente cognitivo – o que não é raro nem esdrúxulo – no processo executivo, para que se apure, em contraditório, o preenchimento dos requisitos legais que autorizam a aplicação da teoria [18: DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica. Fraude e ônus da prova. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, t. 2, p. 1198.], bem como se lhe permita o exercício da sua ampla defesa.⁸⁰

No entendimento dessa corrente, não se nega a necessidade de prévio ato judicial que estenda a eficácia do *Título executivo* para o integrante da pessoa jurídica que será atingido pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas defende-se que não é necessário uma sentença condenatória proferida em processo de conhecimento para tanto, bastando, dessarte, uma decisão interlocutória.

Para esses doutrinadores, a observância do princípio do contraditório não está restrita ao processo de conhecimento. Nesse sentido, inclusive, posiciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se, por exemplo, o julgado abaixo invocado:

Processo civil – Recurso especial em autos de agravo de instrumento – Retenção legal – Afastamento – Deficiência na fundamentação e falta de prequestionamento – Súmulas 284 e 356 STF – Processo executivo – Pedido de Desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada – Possibilidade – Dispensável o ajuizamento de ação autônoma. (...) 4. Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade de aplicação da teoria da Desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS n.16.274/ SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 02.08.2004; AgRg no REsp n. 798.095/ SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 01.08.2006; REsp 767.02VRJ, rel. Min. José Delgado, DJ de 12.09.2005. 5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo⁸¹.

⁸⁰DIDIER JR., Fredie. Regras Processuais no Novo Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 7-8.

⁸¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp 331.478/RJ. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Julgado 24-10-2006, conheceram em *parte* do recurso e deram-lhe provimento, v.u., DJ, 20-11-2006, p. 310. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. AgRg no REsp 798.095/SP. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado 6-6-2006, negaram provimento, v.u., DJ, 1-8-2006, p. 533; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. REsp 767.021/RJ. Relator: Ministro José Delgado. Julgado 16-8-2005, negaram provimento, v.u., DJ, 12-9-2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp 140.564/SP. Relator Ministro Barros Monteiro. Julgado 21-10-2004, não conheceram, v.u., DJ, 17-12-2004, p. 547; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. RMS 16.274/SP. Relator Ministro Nancy Andrighi. Julgado 19-8-2003, negaram provimento, v.u., DJ, 2-8-2004, p. 359; *Id.* RMS 16.105/GO. Relator: Ministro Nancy Andrighi. Julgado 19-8-2003, negaram provimento, v.u., DJ, 22-9-2003, p. 314; *Id.* RMS 12.872/SP. Relator Ministro Nancy Andrighi. Julgado 24-6-2002, negaram provimento, v.u., DJ, 16-12-2002, p. 306; *Id.* RMS 14.168/ SP. Relator Ministro Nancy Andrighi. Julgado 30-4-2002, negaram provimento, v.u., DJ, 5-8-2002, p. 323; *Id.* REsp 332.763/SP. Relator Ministro Nancy Andrighi. Julgado 30-4-2002, não conheceram, v.u., DJ, 24-6-

Com a devida vênia, sem desmerecer o entendimento dos nobres juristas que se alinham a essa corrente, a teleologia – verdadeira – dos argumentos dos que defendem essa tese consubstancia na preocupação de que frequentemente é na execução que se depara com a insuficiência de bens do executado para responder pela dívida e se começa a investigar a realização de fraude para frustrar o exercício da jurisdição. Por isso, para eles, reiniciar uma ação autônoma para efetivar a desconsideração da personalidade jurídica somente após a execução de outro título executivo poderia frustrar a prestação jurisdicional, ou, então, demorar tanto que a prestação jurisdicional poderia se tornar inócua.

Respeitamos tal argumento, ao nosso ver, de ordem prática, e louvamos a preocupação com a eficiência e a duração razoável do processo. Todavia, entendemos que esses argumentos de ordem prática não podem se sobrepor aos valores mais caros do Estado Democrático de Direito.

Pensamos que existem outros meios mais seguros para evitar esse tipo de problema, como por exemplo o litisconsorte eventual, se for o caso e necessário, e as medidas cautelares.

Enfim, sendo certo que o novo Código de Processo Civil de 2015 acolheu a exegese defendida pela maioria dos juristas, embora não comungamos desse entendimento, reputamos relevante do ponto de vista acadêmico tratar do assunto trazido à baila, até mesmo para subsidiar os comentários que serão ofertados adiante acerca do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*.

2002, p. 297; *Id.* REsp 228.357/SP. Relator Ministro Castro Filho. Julgado 9-12-2003, deram provimento, v.u., DJ, 2-2-2004, p. 332; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4^a Turma, REsp 225.051/SP. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado 7-11-2000, não conheceram, v.u., DJ, 18-12-2000, p. 201.

7 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Os Autores do novo Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015 e com entrada em vigor um ano após a sua promulgação, isto é, em 16 de março de 2016, diante do vácuo legislativo quanto a disciplina processual para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e da sua controvertida aplicação entre os ramos do direito – e até mesmo dentro de uma mesma seara do direito – resolveram inserir no Diploma Processual Civil regras gerais que disciplinassem no direito brasileiro os aspectos processuais da *disregard doctrine*.

Conforme amplamente argumentado nos tópicos anteriores, no direito material brasileiro já existem algumas normas esparsas que tratam da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tais como: o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90 (art. 28); a Lei Antitruste, Lei nº. 8.884/94 (art. 18), revogada pela Lei 12.529/11 (art. 34º), Lei do Meio Ambiente, Lei nº. 9.605/98 (art. 4º);; o Código Civil, Lei nº. 10.406/02 (art. 50º); e, a mais recente, Lei Anticorrupção, Lei nº. 12.846/13 (art. 14º).

Nenhuma dessas normas trouxeram qualquer disciplina acerca do modo dinâmico (aspectos processuais) da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, limitando-se, dessarte, a tratar do modo estático da teoria (aspetos materiais).

Como se não bastasse, os dois ramos do direito brasileiro em que, quiçá, a *disregard doctrine* é mais aplicada no dia a dia, quais sejam, o Direito do Trabalho e o Direito Tributário, sequer possuem dispositivos que regulamentam a aplicação da teoria no âmbito do direito material.

Nesse contexto, os Autores do novo Código de Processo Civil de 2015 optaram por dar contribuição mais ampla ao direito brasileiro, em especial no que tange a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e sendo certo que o Código de Processo Civil é norma de aplicação subsidiária a todo ordenamento jurídico pátrio, disciplinaram a aplicação da *disregard doctrine* quanto aos aspectos processuais.

Também consoante antecipado anteriormente, as principais divergências doutrinárias sobre as questões fundamentais abordadas no tópico “VI” acima, e subitens, foram objeto de apreciação pelos Autores do novo Código de Processo Civil de 2015 e, assim, inseridas em seu plexo normativo.

Com efeito, com todo respeito aos entendimentos contrários, inclusive, como dito alhures, mesmo divergindo de parte do que fora inserido no novo Código de Processo Civil de 2015, é fato que o novo Diploma Processual Civil tratou das principais controvérsias existentes sobre os aspectos processuais da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, enriquecendo, desse modo, o ordenamento jurídico pátrio com uma disciplina acerca da aplicação processual da *disregard doctrine*.

Pois bem. Sob o argumento de que:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização[1] dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais[2] de um Estado Democrático de Direito[3].

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.[4]

[...]

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.

[...]

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Esta Exposição de Motivos obedece à ordem dos objetivos acima alistados. A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República[9] fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”. [10]

Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório. [...] ⁸²

Os Autores do novo Código de Processo Civil de 2015 inseriram no Título III, intitulado de “Da Intervenção de Terceiros”, Capítulo IV, intitulado de “Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”, nos art.s 133 a 137, a disciplina processual para a desconsideração da personalidade jurídica.

Eis os dispositivos em questão:

DO INCIDENTE DE DESCOJURÍDICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 137. Acolhida a desconsideração da personalidade jurídica, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

⁸²BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, pp. 11-15.

De uma leitura perfunctória dos comandos acima transcritos com os trechos da exposição dos motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil recortados anteriormente, nota-se, de logo, que, de fato, houve a preocupação do legislador em disciplinar a matéria e, mais, de tentar harmonizar tal disciplina com as garantias constitucionais.

A tentativa de disciplinar a matéria foi tão ampla, ante o vácuo legislativo existente sobre a disciplina processual da desconsideração da personalidade jurídica, que já no parágrafo primeiro do artigo 133 o legislador previu que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei, ou seja, antecipando que independentemente da seara do direito em que houver o pedido de levantamento do véu da pessoa jurídica, no direito material será observado os pressupostos previstos no ordenamento jurídico próprio, mas a ritualista será a prevista neste disciplinamento.

Ademais, no afã de harmonizar disciplina para a desconsideração da personalidade jurídica com as garantias constitucionais, ainda o *caput* do art. 133, o novo Código de Processo Civil de 2015 inovou e previu que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser decretada de ofício, sem a provocação das partes ou do Ministério Público.

Noutras palavras, o incidente deve ser provocado obrigatoriamente mediante requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.⁸³

Aqui há a primeira polêmica. Ora, se o procedimento para desconsideração da personalidade jurídica é um incidente processual essa exigência iria na contramão do princípio do impulso oficial previsto no artigo 2º do novo Código de Processo Civil.

Isso mostra, ao nosso ver, que na verdade o legislador tentou construir uma nova modalidade procedimental, talvez algo parecido com o antigo incidente de impugnação ao valor da causa, mas que, ao mesmo tempo, não retardasse tanto o andamento do processo.

Então, ficou algo como, não é um processo autônomo próprio, mas também não é um incidente simples. Não pode ser impulsionado de ofício e é preciso haver a

⁸³O *caput* do art. 133 do CPC/2015, que repete o comando do CC, art. 50, a desconsideração da personalidade jurídica dependerá de requerimento da parte ou do *parquet*, nas hipóteses em que lhe couber intervir no processo.

citação, mas está situado geograficamente no Código de Processo Civil num capítulo que trata da intervenção de terceiros.

Aquele contra quem se pede a desconsideração da personalidade jurídica será citado, responderá como parte, ou melhor, se tornará parte no processo, mas o procedimento para tanto se inseriu no capítulo das intervenções de terceiros.

Pois bem. Entendemos que toda essa problemática justamente se deu por causa da preocupação do legislador em disciplinar a matéria conciliando o princípio da efetividade com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Embora pareça-nos que essa tentativa de harmonizar esses princípios findou por mal localizar o incidente e que a disciplina processual para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica coubesse um procedimento especial, não há como não reconhecer que muitos avanços foram trazidos e que efetivamente se tentou harmonizar o incidente com as garantias constitucionais.

A prova maior disso já se encontra no artigo 135 que, objetivando resguardar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, trouxe a necessidade de citação daquele contra quem se pede a desconsideração da personalidade jurídica

Aí está uma relevante contribuição trazida pelo novo Código de Processo Civil de 2015, em especial no que tange a matéria em estudo, mormente para se evitar, como costumava acontecer antes do seu advento, a desconsideração da personalidade jurídica sem sequer dar conhecimento prévio àquele contra quem se pede tal providência. Louvável mostra-se esse avanço legislativo.

Não só o direito de ser informado e poder se manifestar previamente foi assegurado pelo citado artigo 135, do novo Código de Processo Civil, mas, também, o direito de requerer a produção de provas que reputar cabíveis.

Ou seja, o novo Código de Processo Civil, como o título do capítulo já diz, estabeleceu um procedimento para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica garantindo, ao menos, um contraditório e uma defesa mínima, o que antes não era adotado no judiciário nacional.

Outros avanços relevantes consistem na solução da celeuma sobre a possibilidade de instauração do incidente em todas as fases do processo, isto é, no processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução.

Conforme argumentado no tópico “VI.II” deste Trabalho, antes do advento do novo Código de Processo Civil havia um amplo debate acadêmico acerca da

possibilidade de se pedir a descon sideração da personalidade jurídica de forma incidental no processo, isto é, após a estabilização da lide.

Isso porque, o artigo 264, do Código de Processo Civil de 1973 previa que feita a citação era defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Com maior rigor ainda o parágrafo único do retro mencionado dispositivo dispunha que a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese seria permitida após a prolação do despacho saneador.

Consentaneamente o art. 294 do recém-revogado Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que somente antes da citação o autor poderia aditar o pedido.

Então, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 existia uma corrente doutrinária que defendia a impossibilidade de descon siderar a pessoa jurídica em qualquer momento do processo, ante os efeitos dos art.s 264 e 294, do referido caderno processual, que consagravam o princípio da estabilização da demanda.

Esse entendimento partia da premissa de o pedido de descon sideração da personalidade jurídica configura novo pedido, altera a causa de pedir originária e acarreta na alteração subjetiva da demanda, o que seria vedado pela literalidade dos art.s 264 e 294 do Código de Processo Civil de 1973.

É cediço que com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF, consagrando o princípio da razoável duração do processo e assegurando a todos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, muitos Juízos passaram a flexibilizar a incidência dos art.s 264 e 294 quanto a aplicação da *disregard doctrine*.

De qualquer forma, o artigo 134, do novo Código de Processo Civil de 2015, resolveu, de uma vez, essa questão, autorizando expressamente a tramitação do incidente de descon sideração da personalidade jurídica em todas as fases do processo.

Igualmente, a comunicação imediata ao distribuidor, trazida pelo § 1º, do artigo 134 também vem a contribuir para evitar fraudes e, ainda, para diminuir o risco de terceiros de boa-fé serem prejudicados por atos ensejadores da aplicação da *disregard doctrine*.

Com efeito, a partir de tal ato, aquele contra quem se imputa um ato ensejador para a descon sideração da personalidade jurídica é inserido no bojo do processo e

em seu cadastro como parte, devendo ser citado para responder ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica com os meios nele previstos.

Essa providência, além de anotar que há mais alguém figurando como parte no processo originário, deixa registrado de forma inequívoca a condição de parte do sócio ou do administrador e protege terceiros de boa-fé, que não poderão alegar desconhecimento sobre a condição de réu em processo judicial daquele contra quem se pede os efeitos da desconconsideração da personalidade jurídica.

A dispensa da instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica quando seu pedido for formulado na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica, parece-nos óbvio e excesso de tecnicismo, porquanto se o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica for formulado na petição inicial da ação cognitiva, haverá sua tramitação simultânea com os demais objetos da ação e aquele contra quem se pede tal pretensão exercerá, ao longo da lide, o mais amplo direito de defesa e, também, o regular contraditório.

Outro aspecto relevante é que, embora o parágrafo 2º, do art. 134, do Diploma Processual tenha disposto que dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica, o mais adequado seria constar: hipótese em que será citado o sócio e a pessoa jurídica.

Deve-se atentar, na interpretação teleológica do referido dispositivo, que ambos devem ser citados: o sócio e a pessoa jurídica e não “o sócio ou a pessoa jurídica”, como constou no texto.

A não citação de uma das partes caracterizaria nulidade processual insanável, à luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tão caros para o Estado Democrático de Direito, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Carta Política de 1988 e bem realçado nos artigos 7º, 8º, 9º e 10º da Nova Lei Processual Civil em vigor.

Relevante avanço, do ponto de vista da segurança jurídica, foi trazido no § 3º, do dispositivo em comento. Isso porque, tal comando previu a suspensão do processo enquanto se processa o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Consideramos essa inovação legislativa um relevante avanço do ponto de vista da segurança jurídica e, novamente, do contraditório e da ampla defesa, haja vista que antes do advento do novo Código de Processo Civil era comum àquele contra quem se pedia a incidência dos efeitos da desconconsideração da personalidade jurídica ter que enfrentar infindáveis batalhas processuais no sentido de proteger seu

patrimônio enquanto o órgão julgante seguia em paralelo praticando atos para a averiguação dos requisitos ensejadores da aplicação de *disregard doctrine* e atos de persecução de bens para garantir o resultado prático do processo.

Havia, antes do novo Código de Processo Civil, uma incongruência tremenda na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Muitas vezes quando àquele contra quem se moveu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica conseguia provar que não houve a prática de atos ensejadores da aplicação de *disregard doctrine* já tinha seu bem arrematado num leilão ou seu patrimônio indisponibilizado ou constricto sem fundamento legal para tanto.

Nesse contexto, reputamos que o parágrafo 3º, do artigo 135, que previu a suspensão do processo enquanto durar a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, trouxe relevante avanço no sentido de preservar a segurança jurídica e, sobretudo, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Cumpramos esclarecer que, na verdade, não se trata, tecnicamente, de suspensão do processo, mas, sim, da vedação à prática de certos atos que não integram o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, elucidativas são as considerações de Alexandre Freitas Câmara, *in verbis*:

Afirma o texto do dispositivo ora comentado que a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica implica a suspensão do processo. Trata-se, porém, de *suspensão imprópria*. É que, por definição, a suspensão do processo é a sua *paralisação total e temporária*. Significa isto dizer que, suspenso o processo, neste não será possível praticar-se qualquer ato processual (com a única ressalva dos atos urgentes, necessários para evitar dano irreparável), como se extrai do disposto no art. 314 do CPC. Ora, se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica implicasse mesmo a suspensão do processo, ter-se-ia um paradoxo: o processo ficaria suspenso até a resolução do incidente mas, de outro lado, não se poderia resolver o incidente porque o processo estaria suspenso. Fica claro, então, que não se está diante de verdadeira e própria suspensão do processo. O que se tem é, apenas, a vedação à prática de certos atos do processo (aqueles que não integram o procedimento do incidente), o que perdurará até que o incidente de desconsideração seja decidido. Há, pois, apenas uma *suspensão imprópria*, assim considerada a vedação temporária à prática de alguns atos do processo, permitida a prática de outros (no caso, é permitida apenas a prática dos atos processuais referentes ao processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica). Enquanto pendente o incidente, então, os atos que não lhe digam respeito não poderão ser praticados. Fica, de todo modo, ressalvada a possibilidade de prática de atos urgentes, destinados a impedir a consumação de algum dano irreparável, nos estritos termos do disposto no art. 314. Cessa a suspensão imprópria a que se refere este dispositivo quando o incidente for decidido, ainda que tal decisão esteja sujeita a recurso. É que

o agravo de instrumento, recurso cabível na hipótese, não é – ao menos em regra – dotado de efeito suspensivo (art. 995 do CPC).⁸⁴

É certo que, havendo fundamento para à hipótese, poderá o judiciário adotar medida de urgência e/ou cautelar para garantir o resultado útil do processo.

Sobre o tema, Alexandre Freire e Leonardo Albuquerque Marques, em seus comentários ao Código de Processo Civil, aduzem:

[...] questão que não foi expressamente enfrentada pelo Projeto, mas que é resolvida satisfatoriamente a partir do que a tradição costuma chamar de ‘interpretação sistemática’ reside em saber o que fazer naquelas hipóteses em que o ‘redirecionamento da execução’ justifica-se com base em alguma situação de emergência”. Nesta hipótese, o autor sinaliza com a possibilidade de concessão de tutela de urgência no incidente, desde que a parte interessada justifique adequadamente a necessidade de tal providência a ponto de terem de ser sacrificadas, ainda que momentaneamente, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Se, por um lado, é necessário o contraditório como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito, por outro, haverá cenários em que tal assecuração poderá frustrar o escopo da Jurisdição, que é justamente garantir a satisfação do credor que esteja no seu direito⁸⁵

Contudo, o dispositivo em análise, decerto, afasta a possibilidade de aplicação de medidas constritivas como regra ou a priori, simplesmente quando se imputa a outrem a prática de atos ensejadores da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Vale anotar, apenas por excesso de zelo, que essa regra comporta exceção quando o pedido de desconsideração da personalidade jurídica for formulado na petição inicial. Nesta hipótese, é insofismável que diante do litisconsorte passivo formado desde o nascedouro da ação, despicienda será a suspensão do processo.

Na mesma trilha, o parágrafo 4º, visando assegurar o devido processo legal, dispôs que o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Noutras palavras, esse dispositivo veio para impedir a desconsideração da personalidade jurídica “surpresa” ou sem fundamentação, o que, além de harmonizar a disciplina do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com a Constituição Federal, assegurando-se, dessarte, o princípio do devido

⁸⁴WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) *et al.* Breves comentários ao novo código de processo civil. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 458-459.

⁸⁵FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Art. 137. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 209.

processo legal, integra tal disciplina a versão moderna dos princípios do contraditório e da ampla defesa, trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, na medida em que chancela a vedação de decisões “surpresa”, com previsão no art. 10, e possibilita que o jurisdicionado possa se defender precisamente daquilo que lhe é imputado.

O artigo 135 seguiu também essa diretriz de assegurar àquele contra quem se imputa a prática de um ato ensejador da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica o direito ao contraditório e a defesa, isto é, de garantir um devido “procedimento” legal.

Nessa exegese, previu a necessidade de citação daquele contra quem se pede a aplicação da *disregard doctrine* para instauração do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, que já tratamos no item “VI.III”, e o direito de se requerer a produção de provas que entender cabíveis.

Dessume-se desse dispositivo também que sua dicção regulamenta as principais balizes do procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam: a) haverá a citação do sócio ou da pessoa jurídica para manifestar-se; e b) requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

E, assim, numa econômica e lacônica disposição, o novo Código de Processo Civil bastou a dizer que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode se proceder de qualquer forma desde que àquele contra quem se imputa o ato ensejador do levantamento do véu da pessoa jurídica seja citado para comparecer ao processo e tenha-lhe assegurado o direito de requerer a produção de provas.

Em resumo, esse é o procedimento legal para a desconsideração da personalidade jurídica.

O artigo seguinte, o 136, já trata da natureza da decisão a ser proferida no incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o recurso cabível.

Nesse tocante, ao nosso sentir, afora críticas acerca da atuação minimalista do legislador (que, ressalta-se, não necessariamente é um problema e nos remete a um momento em que se buscou inserir mecanismos do *common law* no direito brasileiro, fortalecendo a aplicação da teoria dos precedentes), eis aqui o principal descompasso entre a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica em vigor com a Constituição Federal e as preocupações com os princípios constitucionais anunciadas com o advento do novo diploma processual.

Ora, o art. 136 previu que concluída a instrução o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Ao assim proceder, o novo Código de Processo Civil limitou

tanto para àquele contra quem se imputa um ato ensejador da desconsideração da personalidade jurídica como para aquele que aponta a prática de tal ato o direito de recorrer contra a decisão que lhe assegura ou nega a tutela jurisdicional através de Agravo de Instrumento (art. 1.015, inciso IV, do CPC), caso ela tenha sido proferida em primeiro grau de jurisdição, recurso que não detém a amplitude e a ritualística de um recurso amplo.

Ou pior. Se a decisão que resolver o incidente de desconsideração da personalidade jurídica for proferida no âmbito de um tribunal, por meio de um relator, restará a parte que não concordar com o veredicto o recurso de agravo interno (art. 136, parágrafo único; c/c o art. 1.021, *caput*, ambos do CPC).

Como é cediço, o Agravo de Instrumento, e menos ainda o Agravo Interno, não possuem a amplitude de um Recurso em sentido amplo, a exemplo do Recurso de Apelação. No Recurso de Apelação, por exemplo, o efeito suspensivo é regra, comportando por exceção o seu recebimento somente no efeito devolutivo em certas circunstâncias.

No Recurso de Apelação há a apreciação do manejo por um magistrado relator e outro revisor. Embora essa questão pareça irrelevante, e na prática por vezes é, o fato é que o jurisdicionado que se irresigna contra uma decisão monocrática tem o direito de ter seu recurso amplamente analisado por dois magistrados e, em seguida, julgado pelo colegiado. Isso não ocorre no Agravo de Instrumento.

De igual modo, o Recurso de Apelação possui requisitos de admissibilidade menos rígidos do que os do Agravo de Instrumento, inclusive, agora, no novo Código de Processo Civil, comporta até inovação recursal, enquanto que isso não ocorre no Agravo de Instrumento.

Até mesmo na ordem de julgamento nos tribunais o Recurso de Apelação tem prioridade ao Agravo de Instrumento, o que faz com que carregue a pecha de recurso de “segunda categoria”.

Tudo isso embora pareça não influenciar no julgamento, influencia sim. Imagine se alguém acusado de praticar atos ensejadores da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que teve contra si uma decisão equivocada, tiver que exaurir a esfera recursal sem conseguir suspender os tramites de atos que podem ser expropriatórios ou ter um julgamento relâmpago de seu apelo sem observar os cuidados que o caso reclama.

Realmente, entendemos que no particular o novo Código de Processo Civil não andou bem e ao disciplinar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nesse talante, findou por violar garantias constitucionais, notadamente a da ampla defesa.

A par disso, ultrapassada essa questão fulcral, na qual entendemos que seja essencial e, desde já, merecedora de revisão legislativa, a disciplina do procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica se conclui com o artigo 137, que, ao nosso ver, dispôs o que já vinha ocorrendo quando da aplicação da teoria antes de sua regulamentação processual, ou seja, previu a consequência da norma, qual seja, acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens será ineficaz em relação ao requerente.

Há, talvez, uma singela fenda na redação do dispositivo, ao deduzir que a alienação ou a oneração de bens será ineficaz em relação ao requerente quando “havia em fraude de execução”. Isso porque, pode haver um ato ensejador da desconsideração da personalidade jurídica que não necessariamente seja ato de fraude à execução, mas, contudo, acredita-se que essa questão não contamina no todo o dispositivo e a jurisprudência irá, certamente, dar a devida interpretação teleológica e sistêmica a esse comando legal.

Merece registro que poucos dispositivos sobre a disciplina para a desconsideração da personalidade jurídica estão espalhados no novo Código de Processo Civil de 2015, fora da regulamentação prevista Livro III, Título II, Capítulo IV, intitulado de “do Incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, entre os artigos 133 e 137.

Tais dispositivos são: o inciso III, do artigo 674, que trata dos embargos de terceiros aplicáveis quando não há a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica; o inciso VII, do artigo 790, que dispõe sobre os bens sujeitos à execução na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica; o parágrafo 4º, do artigo 795, que prevê que os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão no caso de desconsideração da personalidade jurídica, sendo obrigatória a observância do incidente previsto no Código; o inciso VI, do artigo 929, que prescreve o cabimento de Agravo Interno da decisão que decide o incidente de desconsideração da personalidade jurídica quando instaurado no âmbito de um tribunal; o inciso IV, do artigo 1.015, que traz o cabimento de Agravo de Instrumento da decisão que decide o incidente de

desconsideração da personalidade quando instaurado no curso do processo na instância originária; e, o artigo 1.062, que dispõe sobre a aplicação do incidente em foco no âmbito dos juizados especiais.

Além desses dispositivos, o novo Código de Processo Civil, no parágrafo 3º do artigo 792, dispôs o seguinte:

Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. [...]

Veja-se que neste dispositivo o novo Código de Processo Civil resolveu questão que antes era de difícil solução, qual seja: decidir a partir de qual momento a alienação ou oneração de um bem particular do sócio ou do administrador – ou da própria pessoa jurídica, no caso de desconsideração inversa – poderá ser considerada ineficaz em relação ao requerente da desconsideração da personalidade jurídica.

Antes do novel Diploma Processual havia certa controvérsia se se deveria considerar o momento que houve a citação válida da pessoa jurídica no processo em que posteriormente foi instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ou o momento em que o sócio ou administrador foi citado nos termos do artigo 135, do Código de Processo Civil, para manifestar-se sobre o requerimento de desconsideração da pessoa jurídica.

Nesse talante, a norma insculpida no § 3º, do artigo 792, do Código de Processo Civil, expressamente, dispôs que “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.”

Noutras palavras, para efeito de considerar-se ineficaz a alienação ou oneração de um bem particular do sócio ou do administrador – ou da própria pessoa jurídica, no caso de desconsideração inversa – em relação ao requerente da desconsideração da personalidade jurídica, toma-se como marco a citação prevista no artigo 135, do novo Código de Processo Civil, isto é, a citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

Entendemos que esse é mais ponto que merece elogio do novo Código de Processo Civil. Tal disposição, ao nosso sentir, traz segurança jurídica para todos os adquirentes de boa-fé, pois é com a citação daquele contra quem se pede o

levantamento do véu da pessoa jurídica que o distribuidor é informado da instauração do incidente e realiza as anotações de estilo (art. 134, § 1º, CPC), tornando possível ao adquirente tomar conhecimento da existência da ação.

Outra solução poderia gerar uma situação na qual um adquirente de boa-fé que comprou um bem de sócio ou administrador de pessoa jurídica e que fez todas as pesquisas no distribuidor em nome dessas pessoas e nada encontrou, pudesse ser prejudicado ante a impossibilidade de se consultar todos os órgãos ou cadastros do país.

Dito tudo isso, entendemos que, apesar de algumas críticas, manifestadas acima, o novo Código de Processo Civil trouxe um grande avanço ao ordenamento jurídico pátrio ao dispor sobre a disciplina para a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, ressalta-se, até então sem disciplina processual, e o fez numa tentativa hercúlea de conciliar o princípio da efetividade do processo, respeitando às garantias sustentáculos da ordem constitucional, tal como o princípios do devido processo legal, consubstanciado nos princípios do contraditório e da ampla defesa.

8 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Antes do advento do novo Código de Processo Civil de 2015, conforme amplamente aduzido alhures, não havia uma disciplina processual para a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Havia, todavia, um consenso de que a aplicação da *disregard doctrine*, em sua essência, visa a manutenção da pessoa jurídica, autorizando-se, dessarte, a sua ineficácia episódica apenas na hipótese de *defeito* na sua utilização.

Noutras palavras, e valendo-se mais uma vez das lições de Marçal Justen Filho, o fundamento para a incidência de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica “é o abuso funcional na utilização da pessoa jurídica, de molde a provocar um resultado incompatível, no caso concreto, com a previsão abstrata visualizada pelo ordenamento.”⁸⁶

Nessa trilha, a mera insolvência não é capaz de, por si só, ensejar a desconsideração da pessoa jurídica e viabilizar a invasão da esfera patrimonial dos sócios.⁸⁷

Contudo, esse consenso geral não se aplicava, por força de lei específica, para as relações de consumo e no direito ambiental, em virtude da aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.⁸⁸

⁸⁶JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 135.

⁸⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. REsp. 279.273/SP, Relator Ministra Nancy Andrighi, Julgado 4.12.2003, DJ 29.3.2004. de onde se destaca o seguinte trecho da ementa: "A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração)".

⁸⁸Do mesmo acórdão citado em nota anterior [STJ, REsp. 279.273/SP, 3ª T., rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 4.12.2003, DJ 29.3.2004], destacamos trecho da ementa acerca da aplicação da teoria menor da desconsideração nas relações de consumo e direito ambiental: "A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do art. indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

A par dessas exceções, outras searas do direito, sem embargo aos entendimentos contrários, passaram a buscar alternativas para se enquadrar em algum tipo de exceção ao consenso geral e a essência da aplicação da teoria em exame. Era a adaptação judicial da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na versão brasileira quando o país não tinha uma disciplina geral para a aplicação da *disregard doctrine*.

Isso ocorria rotineiramente no direito do trabalho e em matéria tributária.

Agora tem-se uma norma geral, disposta no Código de Processo Civil, também conhecido como a Lei Processual Geral, que tem aplicação supletória a todos os ramos do direito brasileiro.

Não só supletória. Com supedâneo no artigo 15, do novo Código de Processo Civil, à guisa de norma que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições da Lei Processual Geral serão aplicadas subsidiariamente. Nesse capítulo, então, nos propusemos a analisar, ainda que de forma preliminar, porquanto a nova norma que disciplina a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é muito recente, o âmbito de sua aplicação nas principais áreas do direito em que a *disregard doctrine* é avocada, para, assim, fazer um fechamento acerca do referido disciplinamento.

Passamos a discorrer a seguir sobre o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* nas principais áreas do direito em que a *disregard doctrine* costuma ser aplicada, quais sejam: *direito ambiental, direito consumidor, direito do trabalho, direito tributário, direito civil e empresarial, e direito administrativo*.

8.1 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito ambiental

O Ordenamento jurídico brasileiro, em matéria ambiental, adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva, prevista no artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/81 e no artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Tais dispositivos dispõem, respectivamente, o seguinte:

Art. 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
[...]

§ 1º – Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste art., é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. [...]

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. [...]

A escolha do legislador pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva mostra-se relevante para o sistema de prevenção e repressão dos danos ambientais. Evita-se, dessa forma, que determinadas condutas danosas ao meio ambiente não deixem de ser punidas em razão das dificuldades existentes em provar a existência de culpa, no tradicional modelo da teoria da responsabilização subjetiva.

Portanto, a responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental finda por ser um mecanismo processual que garante a proteção dos direitos da vítima, no caso dos danos ambientais a coletividade.

Com isso, aquele que exerce uma atividade potencialmente poluidora ou que implique risco a alguém, assume a responsabilidade pelos danos oriundos do risco criado.

Aliado a esse importante mecanismo, ao definir “poluidor”, o artigo 3º, inciso IV, da Lei 6.938/81, expressou ser “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental.”

Dessa maneira, definiu-se que a responsabilidade ambiental além de objetiva é solidária.

Trazendo esses conceitos para o tema em foco, extrai-se que, independentemente do véu da pessoa jurídica ou de sua organização societária, se tratando de dano ao meio ambiente, a responsabilização é solidária entre os integrantes da pessoa jurídica e objetiva, ou seja, independe de culpa.

Contudo, embora objetiva e solidária, a responsabilidade por dano ao meio ambiente admite as excludentes de responsabilidade.

Por isso, a responsabilização depende da identificação dos fatores que concorreram para o dano, ou seja, este deverá estar relacionado diretamente a atividade econômica do poluidor, devendo-se comprovar a relação entre o dano e a conduta do agente.

Ao nosso ver essa verificação quanto aos sócios, administradores e empresas de um mesmo grupo econômico, se não for requerida no bojo do processo de conhecimento deve se dar nos termos da disciplina do incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazido no novo Código de Processo Civil. Daí, porque, entendemos que a nova regulamentação para o procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica é perfeitamente aplicável em material ambiental e deverá ser aplicado sem restrições.

Vale anotar, ainda, que, embora entendemos ser aplicável o novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica em material ambiental, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento, no Recurso Especial nº 279.273 – SP, no sentido de que aplica-se no direito ambiental a teoria menor.

Traz-se à colação:

A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.⁸⁹

Essa teoria vem sendo aplicada em consonância com o artigo 4º da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) que afirma ser possível a desconsideração da personalidade jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Em sua redação não existe termo condicionante referente ao abuso da pessoa jurídica.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IBAMA. Versando os autos sobre reparação de dano ambiental, a jurisprudência e a doutrina vêm entendendo que deve ser aplicada a teoria da menor desconsideração da personalidade jurídica, lastreada apenas na comprovação da incapacidade de adimplemento da reparação do dano causado para justificar a penetração no patrimônio dos sócios. Compõe o título judicial a multa pecuniária por

⁸⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3º Turma. REsp. 279.273/SP. Relator Ministra Nancy Andrighi. Publicação no Diário da Justiça de 29.03.2004.

descumprimento das determinações no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais).⁹⁰

AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO – DANO AMBIENTAL – EXECUÇÃO DAS ASTREINTES – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO – ART. 50 C/C ART. 4º DA LEI 9.605/98 – SUBSISTÊNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PREJUDICADO – EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM O PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO. I. A teor do art. 4º da Lei 9.605/98, poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. II. Havendo a desconsideração da personalidade jurídica, os sócios respondem de forma solidária e ilimitada com as obrigações contraídas, a teor do art. 592,II e 596, caput, do CPC. III. Se em recurso incidente da Impugnação ao Cumprimento de Sentença em Ação Civil Pública decidiu-se pela impossibilidade de condenação do Ministério Público ao pagamento dos honorários sucumbenciais, resta prejudicada a análise do pedido de majoração da verba honorária.⁹¹

Pois bem. Com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015 e a existência do procedimento próprio de instauração do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, o uso da teoria menor no direito ambiental é reforçada.

Isso porque, o parágrafo 1º, do artigo 133, do novo Código de Processo Civil prevê a observância dos pressupostos previstos em lei para viabilizar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Ao contrário do que se possa pensar, esse texto não exclui a responsabilidade objetiva que já vem sendo adotada. A intenção do legislador é clara, não há que se falar em uma hierarquização do Código de Processo Civil e possível exclusão das outras normas. O que ocorre, na realidade, é o estabelecimento desses pressupostos através de leis específicas sobre a matéria.

Tal qual o Direito do Consumidor (art. 28, *caput*, do CDC) e o Direito Civil (art. 50, do CC), o Direito Ambiental traz no artigo 4º, da Lei 9.605, de 12.02.1998, esse pressuposto, qual seja, o impedimento de ressarcir os prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Quando o patrimônio da pessoa jurídica não é suficiente para sanar a obrigação originada do dano ambiental, esse fato não deve obstar o ressarcimento

⁹⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. 4ª Turma. Agravo de Instrumento 25329/SC. Relator Valdemar Capeletti. Publicação no Diário da Justiça de 16.11.2009.

⁹¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – TJ MS. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 1401416-86.2015.8.12.0000/MS. Relator Des. Divoncir Schreiner Maranhão. Publicação no Diário da Justiça de 06.07.2015.

dos prejuízos causados. De qualquer forma, é necessário a verificação da ausência das excludentes de responsabilidade e que o patrimônio da pessoa jurídica não é suficiente para sanar a obrigação originada do dano ambiental por ela ocasionado.

Conclui-se, assim, que o procedimento de instauração do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* disposto no novo Código de Processo Civil será aplicado integralmente ao direito ambiental observando o artigo 4º, da Lei de Crimes Ambientais.

8.2 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito do consumidor

Conforme abordado no tópico “IV” , acima, o Código de Defesa do Consumidor foi a primeira Norma a importar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para o direito brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, rompe a rigidez da autonomia da pessoa jurídica, antes existente do direito pátrio, em prol da ampla proteção ao consumidor, assegurando-lhe acesso aos bens patrimoniais dos sócios ou administradores, ou, ainda, das empresas coligadas, sempre que o direito subjetivo de crédito resultar de quaisquer das hipóteses abusivas dispostas no art. 28⁹².

A Lei nº. 8.078, de 11.11.90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28 e parágrafos, previu, expressamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, nas seguintes hipóteses:

SEÇÃO V

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica

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

§ 1 (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

⁹²DENARI, Zelmo. Comentários aos artigos 8º a 28. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. pp. 128-197. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 194-197.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (grifos nossos)

Observa-se, da leitura da Norma acima recortada, que o Código de Defesa do Consumidor, quanto a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, além de trazer norma própria e específica, trouxe também distinções acerca da sua aplicação em diferentes contextos, quais sejam:

Primeiro. O Código de Defesa do Consumidor introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a regra geral de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, repetida posteriormente no art. 50, do Código Civil de 2002, no sentido de que o órgão julgador pode desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Segundo. Acrescentou, ainda, o Código de Defesa do Consumidor, considerando a especial proteção dada por esse Diploma ao consumidor, hipossuficiente, na relação de consumo, a possibilidade de se desconsideração a personalidade jurídica para fins de ressarcimento do dano consumerista quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Aqui há uma maior abrangência na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tal como concebida pelos comercialistas, na medida em que passa a englobar também a possibilidade de sua aplicação quando a atividade empresarial for malsucedida e em qualquer situação na qual a personalidade jurídica constitua obstáculo ao pleno ressarcimento do consumidor.

Terceiro. Traz a Norma Consumerista diferentes formas de aplicação da responsabilização daquele contra quem se pede a desconsideração da personalidade jurídica, variando entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, de acordo com distintas situações.

Ou seja, na forma do *caput*, e parágrafo 5º, do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, os sócios e os administradores de uma determinada sociedade contra quem se pede a desconsideração da personalidade jurídica respondem subsidiariamente pelo dano causado em decorrência da relação de consumo uma vez caracterizada alguma das hipóteses previstas nos mencionados dispositivos.

As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, assim como as sociedades coligadas, também respondem subsidiariamente pelas obrigações decorrentes das relações de consumo, nos termos dos parágrafos 2º e 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Já as sociedades consorciadas, à exegese do parágrafo 3º, do mesmo Diploma Legal, são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, de qualquer modo, extrai-se da norma de direito material ora examinada que para sua aplicação é necessário, sem dúvida, uma disciplina de direito processual.

Isso porque, para que seja possível desconsiderar a personalidade jurídica, é necessário que haja prejuízo por parte do consumidor, de acordo com as hipóteses previstas no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. Esse dispositivo atribui ao juiz uma faculdade, e não um dever de desconsiderar a personalidade jurídica.

O caput do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor, é suficientemente claro ao prever que: "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade ...".

Essa verificação se houve abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social precisa se dar mediante algum procedimento.

Igualmente a verificação se houve falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Também a averiguação se determinadas empresas são integrantes de grupos societários, consorciadas ou coligadas, de forma principal ou subsidiária, demanda um procedimento para tanto.

Assim sendo, despiciendo maiores debates sobre o assunto, porquanto no que concerne às relações de consumo com o advento do novo Código de Processo Civil passa-se a ter norma de direito material e de direito processual para reger a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

8.3 Incidente de descon sideração da personalidade jurídica no direito do trabalho

Talvez a seara do direito cuja aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica no campo processual seja uma das mais controvertidas é o direito do trabalho.

Isso se dá, inicialmente, pela ausência de uma disciplina processual para aplicação de *disregard doctrine*, assim como ocorria nos demais ramos do direito brasileiro.

No mais, nunca houve consenso quanto ao exato alcance da aplicação subsidiária de normas externas ao processo do trabalho no âmbito da justiça laboral.

Em que pese o artigo 769, da Consolidação das Leis Trabalhistas, prevê que nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, preceitua também que naquilo em que for incompatível com as normas trabalhistas não será aplicável as normas de direito comum.

Esse conceito aberto de incompatibilidade entre as normas gera uma situação de tremenda insegurança jurídica, a qual permite-se que cada magistrado faça sua interpretação subjetiva do que para ele possa ser tal incompatibilidade entre a norma de direito comum e as normas de direito do trabalho.

Desta forma, e por isso, nunca se conseguiu ter um consenso entre os aplicadores do direito do trabalho acerca da aplicação das normas de direito comum na justiça do trabalho.

No que tange ao objeto de estudo desse trabalho a situação é ainda mais grave. Nunca se conseguiu ter um consenso nem na Corte Superior acerca dos procedimentos processuais a serem adotados para ensejar a descon sideração da personalidade jurídica de uma determinada sociedade.

A título ilustrativo traz-se à baila diferentes julgados, de diferentes instâncias, completamente destoantes, sobre o tema. Vejamos:

REDIRECIONAMENTO da EXECUÇÃO CONTRA os SÓCIOS APÓS a ALIENAÇÃO do BEM PENHORADO: Entende-se ser imperioso concluir pela existência de responsabilidade patrimonial sucessiva ou subsidiária dos sócios desde o momento da constituição da empresa ou de sua integração ao quadro social, ainda que não constem no polo passivo da relação processual desde o início da demanda. Os sócios não passam a ser devedores apenas na data em que têm contra si redirecionada a execução, pois são responsáveis pelas dívidas contraídas pela empresa desde a

constituição da pessoa jurídica, conforme prevê expressamente o Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho. Ainda, dispõe o art. 592, II, do CPC, ao disciplinar a responsabilidade patrimonial do devedor, que "ficam sujeitos à execução os bens: [...]. II do sócio, nos termos da lei". Agravo Provido. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região. AP 000049460.2011.5.04.0641. 5ª T. Rel. Juiz Conv. João Batista de Matos Danda, DJe 12.12.2011).

EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SÚMULA nº 266 do TST: Hipótese em que a Corte regional entendeu aplicável a desconsideração da personalidade dos sócios da sociedade por quota de responsabilidade limitada, após várias tentativas de execução da empresa executada e com amparo nos arts. 592, II, do CPC e 16 do Decreto nº 3.708/19, não ofende o art. 5º, incisos II, XXII, LIV e LV, da Constituição Federal. Agravo de instrumento desprovido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 1183/20051040440.0, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJe 19.11.2010, p. 444).

FALÊNCIA DO EMPREGADOR – SÓCIO – INCLUSÃO NO POLO PASSIVO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – APLICAÇÃO – Recurso de revista. Falência. Inclusão do sócio no polo passivo da demanda. Possibilidade diante da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Na esfera trabalhista, entende-se que os bens particulares dos sócios das empresas executadas devem responder pela satisfação dos débitos trabalhistas. Trata-se da aplicação do disposto no art. 592, II, do CPC, e da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, esta derivada diretamente do caput do art. 2ºda CLT (empregador como ente empresarial ao invés de pessoa) e do princípio justrabalhista especial da despersonalização da figura jurídica do empregador. Na hipótese de falência, incide também o art. 28 da Lei nº8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que dispõe: 'O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração'. Está claro, portanto, que não obstante a pessoa jurídica se distinga de seus membros, admite a ordem jurídica, em certos casos – de que a falência é um exemplo -, a responsabilização do sócio pelas dívidas societárias. Assim, se é permitido que, na fase de execução, possa o sócio ser incluído na lide para fins de responsabilização pela dívida apurada, com muito mais razão deve-se aceitar sua presença na lide desde a fase de conhecimento, em que poderá se valer mais amplamente do direito ao contraditório. Contudo, o sócio não responde solidariamente pelas dívidas sociais trabalhistas, mas em caráter subsidiário, dependendo sua execução da frustração do procedimento executório perfilado contra a sociedade, na forma do caput do art. 596 do CPC. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido quanto ao tema. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 2400-18.2003.5.01.0005 – 6ª T. – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado -DJe 28.06.2010).

Ocorre que, agora, além da previsão insculpida no art. 769, da Consolidação das Leis do Trabalho, o novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 15, dispôs o seguinte:

Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Ora. O inflexível comando do artigo 15 do Código de Processo Civil é cristalino ao afirmar que aplica-se as disposições daquele Código no processo trabalhista na ausência de norma específica.

Essa é a exata hipótese de aplicação do artigo 133, e seguintes, do novo Código de Processo Civil, que disciplina o *incidente para a desconsideração da personalidade jurídica*, no direito do trabalho, já que não há norma laboral que regule a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no seu âmbito.

Aliás, além disso, insofismável é a harmonização entre as normas do novo Código de Processo Civil e os princípios do Processo do Trabalho no particular.

Nessa exegese, a fim de evitar que se iniciasse qualquer celeuma sobre o assunto e garantir segurança jurídica aos jurisdicionados, pondo um fim, de uma vez por todas, na situação de caos narrada acima, antes mesmo da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o Tribunal Superior do Trabalho, órgão incumbido constitucionalmente por interpretar a legislação federal em matéria trabalhista, publicou a Resolução 203, de 15 de março de 2016, que aprovou a Instrução Normativa nº 39/2016, as quais versam sobre os dispositivos presentes no novo Código de Processo Civil que são harmônicos com o processo do trabalho.

Dentre eles, como não poderia ser diferente, estão os art.s que tratam do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, notadamente os artigos 133 a 136.

Nesse talante, dispôs o art. 6º, da Instrução Normativa 39/2016, do Tribunal Superior do Trabalho, *in litteris*:

Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

Nota-se que a orientação da Corte Superior do Trabalho é pela harmonização entre a norma de direito processual comum e a processualista trabalhista, contudo com uma singela, mas relevante, integração, ao permitir que o juiz de ofício possa

também instaurar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em razão do disposto no art. 878, Consolidação das Leis do Trabalho.

Há aqui, sem dúvida, um conflito interpretativo dado pelo Tribunal Superior do Trabalho, na compatibilização entre a parte final do *caput* do art. 6º da Instrução Normativa nº. 39/16, e o que diz o *caput* do artigo 133, da Lei Processual Comum, que categoricamente restringe à parte e ao Ministério Público o direito de requerer a instauração do *incidente de desconconsideração da personalidade jurídica*.

Sob nossa ótica, em que pese não concordarmos com essa expansão de poderes não prevista em Lei, sem embargo aos entendimentos contrários, entendemos que o importante é que, com a responsabilidade institucional que lhe é conferida, o Tribunal Superior do Trabalho não interpretou a norma de tamanha envergadura que é o novo Código de Processo Civil em abrangência restrita.

Com efeito, diante do disposto no artigo 15, do novo Código de Processo Civil, considerando a harmonia existente entre a disciplina processual do incidente para a desconconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 133, e seguintes, da Lei Processual Comum, e o ordenamento jurídico do trabalho, ante o vácuo legislativo específico, consoante orientação do Tribunal Superior do Trabalho, o incidente para a desconconsideração da personalidade jurídica na justiça laboral haverá de seguir a ritualista prevista no novo Código de Processo Civil.

Não se pode fechar os olhos, ou ouvidos, para algumas declarações públicas, emitidas aqui ou acolá, por magistrados, no sentido de que o incidente de para a desconconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil seria supostamente incompatível com o direito do trabalho.

Em ressumta, os que estão a sustentar isso suscitam que haveriam disposições na disciplina do procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica, como por exemplo a previsão de suspensão do processo, o prazo lá estabelecido para apresentação de manifestação, a previsão de dilação probatória, a necessidade de citação do sócio, que poderiam retardar o processo trabalhista.

Entretanto, com todo o respeito aos que assim pensam, esses argumentos de ordem prática e carentes de fundamentação jurídica não podem se sobrepor a aplicação de uma norma federal, diga-se mais, que foi concebida visando assegurar princípios constitucionais, fundamentais e soberanos no Estado Democrático de Direito, como é o caso do devido processo legal, consubstanciado nos corolários do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF).

Não há, ao nosso sentir, que se falar em incongruência entre a Norma Federal geral para os ramos do direito e específica para o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica e os princípios e normas do direito do trabalho.

Assim, embora seja preocupante essa situação, por, mais uma vez, amedrontar o jurisdicionado com o “fantasma” da insegurança jurídica, deflui-se que o caminho legal hoje existente no ordenamento jurídico é o da adesão à legislação federal, ante todos os argumentos já invocados alhures.

8.4 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito do tributário

Inicialmente vale lembrar que o princípio da legalidade no sistema tributário nacional possui especial relevância.

Esse fato se deve, provavelmente, porque o Constituinte, além da disposição genérica do artigo 5º, II, da Constituição Federal⁹³, no capítulo reservado ao Sistema Tributário Nacional, inseriu o art. 150, inciso I, que assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
[...]

A vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça é, sem dúvida, um reforço ao princípio da legalidade, ou, noutras palavras, o chamado princípio da estrita legalidade.

Por outro lado, esse comando genérico à administração pública traz a ideia de que é preciso resguardar o contribuinte da aplicação de tributos arbitrários. Isso significa que a lei tributária deve proteger o contribuinte, estabelecendo previamente o fato que, se e quando ocorrido, nos termos previstos em lei, dará surgimento à obrigação do particular de recolher aos cofres públicos valores determinados a título de tributo.

Tal proteção conduz à segurança de que a tributação só terá seu conteúdo especificado por lei, seja em seu sentido formal (instrumento normativo proveniente

⁹³CRFB/88. “Art. 5º. Omissis [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]”.

do poder legislativo) quanto material (norma jurídica geral, impessoal, abstrata e compulsória), obstando interferências ocasionais e contingenciais tanto por parte do administrador quanto por parte dos órgãos jurisdicionais.

Roque Carrazza, referindo-se à lei como limitação ao exercício da competência tributária, ensina que:

De fato, em nosso ordenamento jurídico, os tributos só podem ser instituídos e arrecadados com base em lei. Este postulado vale não só para os impostos, como para as taxas e contribuições, que, estabelecidas coercitivamente, também invadem a esfera patrimonial privada. No direito positivo pátrio o assunto foi levado às últimas conseqüências, já que uma *interpretação sistemática* do Texto Magno revela que só a *lei ordinária* (lei em sentido orgânico-formal) pode criar ou aumentar tributos. Dito de outro modo, só à lei – tomada na acepção técnico-específica de ato do Poder Legislativo, decretado em obediência aos trâmite e formalidade exigidos pela Constituição – é dado criar ou aumentar tributos.⁹⁴

Invoca-se, portanto, o princípio da legalidade em matéria tributária com mais ênfase, já que, repita-se, o constituinte reservou nessa seara do direito um dispositivo especial dentro do Texto (art. 150, inciso I, da CF) para ressaltar a sua importância.

Com efeito, uma primeira conclusão que se pode extrair sobre o tema é a de que nem o Estado, nem o Estado-Juiz, pode imputar a alguém uma obrigação tributária, senão em atenção ao princípio da estrita legalidade.

Esse alguém, por sua vez, para que lhe seja imputada a obrigação tributária é preciso que se caracterize a ocorrência do fato (jurídico) passível de tributação.

Ocorrido o fato passível de tributação, o sujeito passivo da obrigação tributária o será seja porque é aquele que detém o dever de pagar o tributo, ou, ainda, porque é a aquele que possui o dever jurídico de satisfazer obrigação tributária em favor do Estado.

⁹⁴CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito Constitucional Tributário. 19ª ed. rev., ampl. e atual. 3ª triag. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225. Em outra passagem Roque Carrazza nos apresenta a base constitucional para essa interpretação: "Assim, o patrimônio dos contribuintes só pode ser atingido nos casos e modos previstos na lei, que deve ser geral, abstrata, igual para todos (art. 5º, I, e art. 150, II, ambos da CF), irretroativa (art. 150, III, "a", da CF), não-confiscatória (art. 150, IV, da CF) etc. O tributo, pois, deve nascer da lei (editada, por óbvio, pela pessoa política competente). Tal lei deve conter todos os elementos e supostos da norma jurídica tributária (hipótese de incidência do tributo, seus sujeitos ativo e passivo e suas bases de cálculo e alíquota), não se discutindo, de forma alguma, a delegação, ao Poder Executivo, da faculdade de defini-los, ainda que em parte. [10: Cf. Dino Jarach, *Curso Superior de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Liceo Profesional Cima, 1969, pp. 109-110.] Remarcamos ser de exclusividade da lei, não só a determinação da *hipótese de incidência* do tributo, como, também, de seus elementos quantitativos (base de cálculo e alíquota)." *Ibid.*, p. 223.

Observa-se, então, que nem sempre o *destinatário do tributo* e o *sujeito passivo* coincidem.

Isso se deve em razão do Código Tributário Nacional, ao disciplinar a obrigação tributária (Título II), no capítulo específico (Capítulo IV) para definir a sujeição passiva, ter estabelecido duas espécies desse gênero: contribuinte e responsável.

É o que se depreende da leitura do artigo 121, do referido diploma legal:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Quando o sujeito passivo é aquele que praticou o fato gerador da obrigação tributária, estar-se diante da figura do *contribuinte* – aqui sujeito passivo e destinatário do tributo coincidem. Entretanto, se o dever de pagar o tributo, por disposição legal expressa, recai sobre terceira pessoa, diferente daquela que praticou o fato gerador, tem-se a figura do *responsável* – e é nessa hipótese que temos a dissociação entre destinatário e sujeito passivo.

De uma forma ou de outra, somente poderá ser responsabilizado pelo pagamento de um determinado tributo o sujeito passivo legal da obrigação tributária.

Vale anotar, ainda, que não pode o legislador imputar a condição de responsável indistintamente a qualquer pessoa. Somente pode sofrer o ônus tributário, revestindo a condição de responsável, terceiro que esteja vinculado ao fato gerador da respectiva obrigação.

Essa é a dicção do artigo 128, do Código Tributário Nacional, *in litteris*:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.⁹⁵

⁹⁵Analisando a estrutura do CTN, vê-se que foi destinado capítulo próprio (Capítulo V) para tratar da responsabilidade tributária. A meu ver, tais regras estariam melhor inseridas no capítulo destinado ao sujeito passivo (Capítulo IV), já que o responsável tributário é, ao cabo, sujeito passivo da obrigação tributária.

Nota-se, portanto, que o dispositivo recortado acima, além de fixar os contornos básicos que devem ser seguidos pelo legislador na produção (válida) de regras de responsabilidade a terceira pessoa pelo crédito tributário, lhe impõe limites (objetivos).

Desta feita, não é qualquer terceira pessoa que pode (deve) responder pela obrigação tributária a critério nem do legislador nem do órgão julgador.

Nesse sentido, o Professor Sacha Calmon Navarro Coelho, ao comentar sobre o artigo 128, do Código Tributário Nacional, aduz que:

O art. 128 é uma restrição ao poder de tributar. O destinatário da regra é o legislador. O intento é proteger sem estorvar, contudo, a ação do Estado. O legislador, assim, não é livre na estatuição dos casos de responsabilidade tributária. Nessa área não se permite alvedrio, que poderia redundar em arbítrio e opressão.⁹⁶

Uma das hipóteses de responsabilização de terceiros pela obrigação tributária é o caso de *grupo econômico*, previsto no artigo 124, I, do Código Tributário Nacional.

O artigo 124, do Código Tributário Nacional, prevê o seguinte:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:
I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;
II – as pessoas expressamente designadas por lei.

O inciso segundo é claro e não comporta ampla discussão. Expressamente dispõe, tal dispositivo, que são solidariamente obrigadas pela obrigação tributária àquelas pessoas designadas por lei.

O primeiro inciso, no entanto, trouxe um conceito jurídico amplo, abstrato e indeterminado quanto ao que seria: *interesse comum*.

É bem verdade que, em tese, a definição de *interesse comum*, para efeito da obrigação tributária, está descrita nos incisos contidos no art. 125, do Código Tributário Nacional.

Ou seja, a solidariedade de que trata o inciso I, do art.124, restringiria-se às hipóteses elencadas no art. 125:

⁹⁶COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito tributário Brasileiro. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 628.

I – o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais; II – a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo; III – a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

Noutras palavras, o *interesse comum* se mostra quando os sujeitos (cuja corresponsabilização se busca) realizam conjuntamente a situação deflagradora da relação jurídico-tributária, isto é, quando ambos praticam em conjunto o fato jurídico tributário.

O conceito acima encontra respaldo em praticamente toda a doutrina:

A expressão “interesse comum” não pode ser entendida como alusiva a qualquer tipo de interesse [...]. O “interesse” a que se refere, é o interesse material e vinculado à operação, isto é, aquele que resulta em benefício pecuniário, gerando obrigações tributárias a serem cumpridas.

O mesmo “interesse” sem vinculação ao fato gerador, não autoriza qualquer espécie de responsabilidade.⁹⁷

Não há *interesse comum*, portanto, entre pessoas situadas em lados opostos de uma relação jurídica, ainda que tal relação constitua fato gerador de um tributo. É o caso, por exemplo, da compra e venda de uma mercadoria, fato gerador do ICMS, em que comprador e vendedor, embora tenham interesse coincidente na realização do negócio jurídico, possuem vontades opostas dentro da relação.

Em interessante abordagem do tema, Schoueri arremata:

Mesmo que duas partes em um contrato fruam vantagens por conta do não recolhimento de um tributo, isso não será, por si, suficiente para que se aponte um “interesse comum”. Eles podem ter “interesse comum” em lesar o Fisco. Pode o comprador, até mesmo, ser conivente com o fato de o vendedor não ter recolhido o imposto que devia. Pode, ainda, ter tido um ganho financeiro por isso, já que a inadimplência do vendedor poderá ter sido refletida no preço. Ainda assim, comprador e vendedor não têm “interesse comum” no fato jurídico tributário.⁹⁸

Para que dois sujeitos de um negócio jurídico sejam solidariamente responsáveis pela obrigação tributária, ambos devem ocupar o mesmo polo na relação jurídica da qual se originou o fato imponible, isto é, repita-se, que eles

⁹⁷MARTINS, Ives Gandra da Silva. Grupos Econômicos e Responsabilidade Tributária. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 67. ano 18. p. 45-64. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2015, p. 47.

⁹⁸SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 2ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 604-605.

tenham praticado em conjunto o fato gerador da obrigação. É o caso dos coproprietários de um imóvel, relativamente ao IPTU ou ITR.

Tem-se, assim, que o *interesse comum* que impõe a solidariedade tributária se caracteriza como *interesse jurídico* no fato gerador da obrigação tributária, e não simplesmente *interesse econômico* neste.

No tocante às empresas integrantes do mesmo grupo econômico, somente surge responsabilidade solidária, nos termos do artigo 124, I, do Código Tributário Nacional, quando elas realizam conjuntamente a situação deflagradora da incidência tributária.

É irrelevante, dessa forma, a participação de uma nos lucros auferidos por outra, vez que tal fato revela mero *interesse econômico*, e não o *interesse comum*, na acepção conferida pelo dispositivo em questão.

Em suma, para que se descortine a hipótese de corresponsabilização de duas empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, imprescindível que haja efetiva participação de ambas na realização do fato gerador, e não mera participação econômica de uma nos resultados da outra.

Nas sucintas e precisas palavras de Frederico Menezes Breyner:

O conceito de interesse comum na situação que constitui o fato gerador é extraído do contexto do CTN, que repele qualquer concepção econômica ou finalística (arts. 4º, 109, 110, 114 e 118, II). Logo, interesses econômicos no fato gerador ou interesses nas consequências advindas da realização do fato gerador são irrelevantes para configuração da solidariedade.⁹⁹

Impende ressaltar que o STJ, responsável por uniformizar o entendimento acerca da aplicação da legislação federal, não destoaria do entendimento ora esposado, no sentido de somente ser possível a imputação de responsabilidade tributária solidária a empresas integrantes de mesmo grupo econômico quando demonstrado o *interesse jurídico comum*.

Em acórdão emblemático sobre a matéria, assim se posicionou a Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA (LETRAS FINANCEIRAS DO TESOURO). AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. RECUSA. POSSIBILIDADE. MENOR ONEROSIDADE. ART. 620 DO CPC.

⁹⁹BREYNER, Frederico Menezes. Responsabilidade Tributária das Sociedades Integrantes de Grupo Econômico. Revista Dialética de Direito Tributário. nº 187. São Paulo: Dialética, 2011, p. 72.

SÚMULA 7/STJ. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. [...] 4. **Na relação jurídico-tributária, quando composta de duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuinte, cada uma delas estará obrigada pelo pagamento integral da dívida, perfazendo-se o instituto da solidariedade passiva.** Ad exemplum, no caso de duas ou mais pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel urbano, haveria uma pluralidade de contribuintes solidários quanto ao adimplemento do IPTU, uma vez que a situação de fato – a co-propriedade – é-lhes comum. [...]7. **Conquanto a expressão "interesse comum" – encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a ratio essendi do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible. Isto porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação.** 8. Segundo doutrina abalizada, in verbis: "... o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador." (Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996, p. 220) 9. Destarte, a situação que evidencia a solidariedade, quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que **o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible.** 10. In casu, verifica-se que o Banco Alfa S/A não integra o pólo passivo da execução, tão-somente pela presunção de solidariedade decorrente do fato de pertencer ao mesmo grupo econômico da empresa Alfa Arrendamento Mercantil S/A. Há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas e que referido banco não ostenta a condição de contribuinte, vez que a prestação de serviço decorrente de operações de leasing deu-se entre o tomador e a empresa arrendadora. 11. Recurso especial parcialmente provido, para excluir do pólo passivo da execução o Banco Alfa S/A, mantida a penhora imposta pelo Tribunal a quo.¹⁰⁰ (grifo nosso).

Pelo didatismo com que enfrentou a questão, veja-se, também, o teor da ementa abaixo, extraída de julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

¹⁰⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 859.616/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 18/09/2007. Distrito Federal: DJ 15/10/2007, p. 240.

TRIBUTÁRIO. INVESTIMENTO RELEVANTE EM SOCIEDADE COLIGADA.SOLIDARIEDADE NO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DESTA. INEXISTÊNCIA. [...]2. **A sociedade que participa do capital de outra, ainda que de forma relevante, não é solidariamente obrigada pela dívida tributária referente ao imposto de renda desta última, pois, embora tenha interesse econômico no lucro, não tem o necessário interesse comum, na acepção que lhe dá o art. 124 do CTN, que pressupõe a participação comum na realização do lucro. Na configuração da solidariedade é relevante que haja a participação comum na realização do lucro, e não a mera participação nos resultados representados pelo lucro.** 3. Apelação a que se dá provimento, para a exclusão do nome da apelante do rol dos devedores solidários.¹⁰¹ (Grifamos)

Assim, resta evidente que o fato de empresas integrarem o mesmo grupo econômico não significa, *de per se*, que elas sejam corresponsáveis em relação ao cumprimento das obrigações tributárias.

Apesar de tudo o quanto fora exposto aqui, seja em relação a responsabilidade tributária ou no que tange a caracterização de grupo econômico, a norma tributária não tem dispositivo específico para determinar as hipóteses de incidência da desconsideração da personalidade jurídica.

Desta feita, aplica-se subsidiariamente o disposto no art. 50, do Código de Processo Civil, já visto anteriormente.

Ou seja. Nas situações em que empresas ou grupos econômicos são constituídos com o intuito de encobrir os fatos geradores, incrementando os lucros por meio de fraudes (simulação de atos e negócios jurídicos, confusão patrimonial e desvio de finalidade) contra as Fazendas Públicas, ao se esquivar do cumprimento das obrigações tributárias, o que evidencia o *uso abusivo da personalidade jurídica*, pode ser decretada a desconsideração da personalidade jurídica a fim de corresponsabilizar os sujeitos beneficiados com o abuso da utilização da pessoa jurídica.

A despeito de a desconsideração da personalidade jurídica estar materializada no diploma legal que cuida das relações de Direito Privado, é evidente que o artigo 50, do Código Civil, constitui, na verdade, uma modalidade de garantia para qualquer espécie de credor (inclusive, o Estado) em face das práticas abusivas engendradas pelos devedores.

¹⁰¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Apelação em Mandado de Segurança nº 55046 RS 94.04.55046-9. Relator: Desembargador Zuudi Sakakihara. Julgado em 19/08/1999. Rio Grande do Sul: DJ 27/10/1999, p. 635.

A concretização legislativa da *doctrine of disregard of legal entity* no artigo 50, do Código Civil torna despicienda sua consagração também pela lei tributária, porquanto se está diante regra revestida de nítido interesse público, tal qual o que se verifica nas relações jurídico-tributárias.

Cabível, portanto, é o emprego da desconsideração da personalidade jurídica na esfera tributária, desde que, por óbvio, reste devidamente comprovado o desvio de finalidade, ou a confusão patrimonial.

Noutras palavras, nos casos em que a pessoa jurídica ou o grupo econômico for constituído com o fim último de permitir o enriquecimento ilícito de seus membros através dos mais diversos expedientes fraudulentos, plenamente possível será a retirada do véu da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio de todos os entes empresariais envolvidos (empresas e empresários), com o fim de obter o adimplemento das obrigações tributárias.

Contudo, é imperioso lembrar que o Estado precisa demonstrar que o grupo empresarial incorreu em práticas fraudulentas, visando esquivar-se ilicitamente do ônus tributário devido.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁰², já sinalizou estar alinhado com a posição aqui adotada:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. **EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.** [...]3. “A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico” (Acórdão a quo). 4. **“Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.** A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz,

¹⁰²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 767.021/RJ. Relator: Ministro José Delgado. Julgado em 16/08/2005, Distrito Federal: DJ 12/09/2005, p. 258.

incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002). 5. Recurso não-provido. (grifo nosso)

Digno de nota esclarecer que evitamos, até então, falar em *responsabilidade solidária* das empresas integrantes do grupo, em caso de aplicação do artigo 50, do Código Civil. Isso porque, quando se retira o véu da personalidade jurídica, reconhecendo-se a confusão patrimonial havida entre as empresas do mesmo grupo econômico, passa-se a considerar a existência de uma única *unidade empresarial*, entendida tal qual uma universalidade de fato (art. 90, do CC), em que a pluralidade de bens empregada numa destinação unitária deve responder pelo passivo fiscal constituído.

Todavia, embora o efeito prático da desconsideração da separação patrimonial seja o acima relatado, não se deve olvidar que, formalmente, está-se diante pessoas jurídicas distintas, pelo que, a toda evidência, a aplicação do artigo. 50, do Código Civil, encerra hipótese de responsabilidade tributária solidária, já que serão alcançados patrimônios pertencentes a pessoas diversas. Ou seja, conquanto se considere a existência de uma unidade empresarial de fato, juridicamente teremos várias respondendo de forma solidária no polo passivo da cobrança fiscal (execução fiscal).

Até porque a desconsideração da personalidade jurídica é medida adotada casuisticamente e seus efeitos não se protraem no tempo, de modo que, caso seja satisfeita a obrigação (tributária, no caso), será possível que as empresas do grupo retomem suas atividades no mercado, com a respectiva autonomia patrimonial, desde que, obviamente, respeitados os objetos sociais e a lei.

Considerando que a responsabilidade tributária, a luz do direito material, somente pode ser imposta a empresa integrante de grupo econômico nos casos de *interesse comum* (art. 124, I, do CTN) e de *uso abusivo da personalidade jurídica* (art. 50, do CC), restava necessário uma disciplina processual para a aplicação da *desregard doctrine*.

Nesse passo, o novo Código de Processo Civil não instituiu nova modalidade de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim um procedimento para a tomada de decisão em relação ao requerimento de desconsideração na esfera de um processo judicial.

Não se trata, portanto, de direito material novo, e sim incidente processual que almeja conferir efetividade ao instituto da responsabilidade patrimonial.

No direito tributário, então, pode-se dizer que o novo regramento processual não se imiscui no campo da regra matriz de incidência tributária (sujeição passiva), tampouco no âmbito da relação jurídica tributária. Igualmente, não se trata de normas voltadas à autoridade administrativa dentro da atividade de lançamento tributário (art.s 142 e 149, CTN). Seu propósito específico é conferir efetividade ao processo judicial.

Desta forma, com o advento do novo Código de Processo Civil não deve pairar dúvida quanto a sua aplicação na hipótese de desconsideração da personalidade em matéria tributária, porquanto a execução fiscal trata-se de execução de título extrajudicial (art. 134, *supra*) e a própria Lei de Execuções Fiscais (Lei nº. 6.830/80) prevê, em seu artigo 1º, a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil.¹⁰³

Assim sendo, o *incidente para a desconsideração da personalidade jurídica* previsto no novo Código de Processo Civil, em que pese as críticas lançadas no tópico 7 acima, mostra-se plenamente cabível no âmbito do direito tributário e trata-se de um importante avanço legislativo, sobretudo porque permite que antes de haver a atribuição de corresponsabilidade às empresas integrantes do grupo econômico ou entre sócio e empresa, possam os interessados exercer o direito ao contraditório e uma defesa, ainda que, mínima, com a produção de provas, antes de ter bens penhorados ou expropriados.

O incidente em questão, surge, portanto, como instrumento vocacionado a assegurar o contraditório prévio aos sócios sobre os quais recaiam a pretensão de responder em juízo, através de seu patrimônio pessoal, por débitos originariamente das empresas que integram ou integravam. Institucionaliza-se ou complementa-se o regramento processual para a tutela do direito material pronunciado pelo artigo 50 do Código Civil. Sendo o Código de Processo Civil o normativo processual geral do ordenamento, sua incidência recai sobre toda a espécie de direito material em

¹⁰³“Art. 1º – A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.” (BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm». Acesso em: 23 out. 2016.).

disputa, e isso, obviamente, se aplica ao *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*.

Há quem defende a absoluta incompatibilidade entre o procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil e o processo de execução fiscal, regido pela Lei nº. 6.830/80.

Segundo essa corrente, existem três principais questões, vinculadas ao mecanismo processual em foco, que ilidem a sua conformidade com a execução fiscal. Ambas se relacionam (e se incompatibilizam) com a necessidade de garantia da execução prevista na Lei de Execução Fiscal, que condiciona ou direciona todo o seu procedimento.

A primeira delas diz respeito a previsão, estampada no artigo. 134, § 3º, do novo Código Processo Civil, de que o aludido incidente suspenderá o curso do processo. Sob essa ótica a suspensão da prática dos atos executivos, na execução fiscal, só poderia ocorrer, como regra, depois de garantido o juízo, pela penhora, depósito, seguro garantia ou fiança bancária. Para os defensores dessa corrente, o executado é citado para “pagar ou garantir a execução” e o exercício do contraditório e ampla defesa pressupõe garantia da execução, sob pena de inadmissibilidade da defesa (art. 16, § 1º, Lei nº. 6.830/80).

A segunda, consiste na alegação de que o incidente de desconsideração permite irrestrita produção de provas, o que, no âmbito da execução fiscal, traria a vantagem ao executado de afastar, ao mesmo tempo, as condicionantes para oposição dos embargos à execução – garantia da execução – e para propositura da exceção de pré-executividade – matéria de ordem pública.

A terceira invoca o risco de ineficácia do provimento final, aduzindo que tal risco excepcionaria o princípio do contraditório e da ampla defesa, o que resultaria na incompatibilidade entre o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* e as hipóteses de “redirecionamento” das execuções fiscais estribadas na Súmula 435¹⁰⁴ do Superior Tribunal de Justiça.

Com todo o respeito aos que pensam dessa forma, o sistema jurídico brasileiro não pode mais tolerar as tentativas de determinados operadores do direito em

¹⁰⁴Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça – Brasil: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”

adaptar um legislação vigente, elaborada, aprovada e promulgada pelos órgãos competentes, ao seu bel prazer ou, pior, a sua dificuldade em cumprir a lei.

O *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* não visa proteger o responsável pela obrigação tributária. Muito pelo contrário. O responsável pela obrigação tributária haverá de responder à execução tributária nos termos de Lei de Execução Fiscal, sem qualquer benefício, ou, mais grave, sem o tolhido – vergonhosamente – direito ao contraditório e a ampla defesa sem a exigência de garantia, que muitas vezes não tem a oferecer. Mais isso não é o tema desse trabalho.

O fato é que, o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* visa atingir àquele que não é o responsável pela obrigação tributária e, assim sendo, não se pode presumir a fraude.

É direito do jurisdicionado brasileiro, assegurado pela Lei Maior, não ser condenado ou ter seus bens expropriados sem o devido processo legal.

Com efeito, dúvida não há de que a interpretação que mais se amolda ao modelo constitucional do processo é a de que o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, trazido pelo novo Código de Processo Civil, não traz qualquer incompatibilidade com o sistema tributário e, que, portanto, é plenamente aplicável ao processo tributário.

Vale anotar ainda que nada impede, em determinadas situações excepcionais, valendo-se da tutela de evidência constante do artigo 311 do Novo CPC, que o Estado possa, de forma justificada, requestar a imediata inclusão dos sócios no polo passivo de execuções fiscais, independentemente do prévio *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Mas isso é a exceção e a prova de que a disciplina processual tem uma solução para essas situações.

Não se ignora, por fim, que em dois seminários apoiados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), magistrados manifestaram-se pela não aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais.

É o que se verifica do Enunciado 53, fruto do primeiro deles, que diz:

O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.

De igual modo, o Enunciado nº 06, resultado do segundo seminário, que abordou, com exclusividade, a aplicação do novo Código de Processo Civil às execuções fiscais, prescreveu:

A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN) não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015.

Veja-se que no primeiro Enunciado ficou sedimentado o entendimento de que a instauração do *incidente de desconconsideração da personalidade jurídica* será dispensável para que se promova o redirecionamento da execução fiscal. Já no segundo, pontuou-se que o incidente não se aplicaria às hipóteses do artigo 135 do CTN, por não serem casos de desconconsideração de personalidade jurídica.

Crível se apresenta o entendimento do Enunciado de nº 06. De fato, as hipóteses do artigo 135 do Código Tributário Nacional não são hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica, pois para a sua incidência a obrigação tributária há de ter sido fruto da prática de infração à lei, contrato social ou estatutos.

Todavia, tal argumento não afasta a aplicação do *incidente de desconconsideração da personalidade jurídica* às execuções fiscais. Muito pelo contrário. Considerando que, na prática, exequentes adotam o referido art. 135 como fundamento dos pedidos de redirecionamento de forma equivocada, quando inexistem bens da empresa para satisfazer o débito, principalmente por isso o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica aplica-se às execuções fiscais.

Posto isso, com todo o respeito, não se pode confundir o redirecionamento da obrigação tributária para terceiros por força de lei com a desconconsideração da personalidade jurídica que decorre do art. 50, do Código Civil. A desconconsideração da personalidade jurídica em razão de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, mesmo no bojo da execução fiscal, deve seguir o rito previsto no novo Código de Processo Civil, quanto ao incidente para desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos artigos 133 e seguintes.

8.5 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito civil e empresarial

Sem delongas, até porque, afinal, a essência do Código de Processo Civil é instrumentalizar, como sua própria denominação diz, o Direito Civil, não há qualquer divergência acerca da aplicação integral do *incidente de desconsideração da personalidade* jurídica trazido pelo novel Código de Processo Civil nas relações de Direito Civil em geral.

Do mesmo modo, com a revogação do antigo Código Comercial pelo Código Civil de 2002, que incorporou a maior parte das normas que tratam do atual Direito Empresarial Brasileiro, também não se detectou eventual dissidência no que concerne a aplicação do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* previsto no novo Código de Processo Civil às relações de Direito Empresarial.

Contudo, alguns temas específicos nos âmbitos do Direito Civil e Direito Empresarial, quanto a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, são dignos de registro, ao menos para enriquecer o trabalho em questão. Quais sejam:

No Direito Civil sobreleva destacar que quando se está diante da aplicação da *disregard doctrine* no direito de família e sucessões, na maioria dos casos, aplica-se a desconsideração inversa.

Como é cediço, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica originalmente foi criada pela doutrina e jurisprudência visando levantar o véu da personalidade jurídica de uma sociedade devedora para responsabilizar os sócios, com seus bens particulares, quando ocorrer fraude ou abuso de direito no uso da pessoa jurídica.

Entretanto, admite-se a desconsideração de forma inversa, que “é o *afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio.*”¹⁰⁵

¹⁰⁵COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. v. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

Isso ocorre, geralmente, quando existe dívida por parte de um dos sócios e ele transfere seu patrimônio de forma indevida para a sociedade¹⁰⁶, em ato lesivo aos seus credores particulares. Na maioria dos casos há a confusão patrimonial¹⁰⁷.

Vale anotar que a aplicação do *incidente de desconsideração da personalidade* jurídica na hipótese de desconsideração inversa não é necessariamente algo prejudicial para a sociedade contra a qual se busca responsabilizar por dívida de um dos seus sócios.

Primeiro, porque a ela, nos moldes da nova disciplina prevista no novo Código de Processo Civil em vigor restará assegurado o contraditório e alguma defesa.

Segundo, nas lições de Calixto Salomão Filho:

Os efeitos da aplicação da teoria da desconsideração são benéficos não apenas para o credor. Podem sê-lo também para o devedor. A desconsideração não apenas torna a execução mais efetiva para o credor. Em certos casos, pode fazer com que a execução seja menos gravosa para o devedor. A desconsideração, ao evitar a alienação compulsória das quotas, impede a interferência judicial na sociedade, evitando em certos casos a apuração de haveres relativamente às quotas penhoradas e a consequente sangria patrimonial da sociedade [169: Essa situação de insegurança é gravada pelo posicionamento de jurisprudência, que chega, em certos casos, a admitir a dissolução parcial da sociedade mas não a atribuição de direitos de sócios ao terceiro adquirente, procurando com isso respeitar o "caráter pessoal" da sociedade por quotas – 1.º TACSP, j. 6.7.78, in RT 520/159.] ou impedindo que os demais sócios se vejam obrigados a adquirir as quotas para impedir a entrada de terceiros adquirentes (caso o estatuto da sociedade preveja qualquer uma das hipóteses).¹⁰⁸

¹⁰⁶BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. 26ª Câm. Dir. Privado. Ag. 1.193.103-0/00. Relator: Des. Manuel Pereira Calças. Decisão concedendo tutela antecipada recursal para autorizar a desconsideração inversa proferida em 5.8.2008, de que se recomenda a leitura.

¹⁰⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR. 15º Câm. Cível. Ap. 504.400-6. Relator Des. Hayton Lee Swain Filho. Julgado 6.8.2008: "Presente a confusão patrimonial entre a executada e a empresa da qual é sócia mostra-se possível a penhora de bem imóvel pertencente a esta, afastando-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio, em homenagem à desconsideração inversa da personalidade jurídica, especialmente porque também demonstrada a insolvência da devedora". No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso – TJMG. 12ª Câm. Cível. Ap. 1.0672.05.182169-8/001. Relator: Des. Alvimar de Ávila. Julgado 19.9.2006. DO 30.9.2006: "Embargos de Terceiro – Execução por Título Extrajudicial – Sócio da pessoa jurídica – Penhora sobre bens da empresa – Desconsideração inversa – Possibilidade. – Muito embora na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, parte-se do pressuposto que o sócio responde com seu patrimônio particular pela obrigação da empresa, o direito não pode se furtar a aplicação dessa teoria de forma inversa quando o devedor cria uma ficção jurídica para defender seu patrimônio particular ameaçado de alienação judicial por força de dívidas contraídas junto a terceiros. – Caso em que o princípio da separação patrimonial deve ser superado por circunstâncias excepcionais, diante de prova robusta de fraude por parte do sócio para desfrutar dos benefícios de sua posição, restando assente que a separação da pessoa jurídica da pessoa física é mera ficção legal, não sendo justificável que o devedor se esconda sob o manto da sociedade para fugir de sua responsabilidade e burlar a sua função social".

¹⁰⁸SALOMÃO FILHO, Calixto. A sociedade unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 136.

Pois bem. Sempre que alguém se utilizar de uma pessoa jurídica para fraudar uma partilha de bens ou o pagamento de pensão e alimentos (tanto no que se refere a justa fixação quanto à sua execução), mostra-se viável a *disregard of legal entity* de forma inversa para responsabilizar a sociedade pela fraude ou simulação perpetrada por seu sócio.¹⁰⁹

Igualmente, sempre que o falecido com mau uso da estrutura social diminuir ou até mesmo eliminar a legítima do herdeiro obrigatório, o magistrado pode retirar o véu da personalidade jurídica utilizada em abuso, em fraude ou em detrimento ao primado jurídico da ordem pública.¹¹⁰

Enfim, no Direito Civil, seja nas relações entre pessoas sem laços afetivos ou nas relações de família e sucessões, é plenamente aplicável a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, instrumentalizada pela nova disciplina prevista nos art.s 133 e seguintes do novo Código de Processo Civil.

Quanto ao Direito Empresarial, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a sua instrumentalização através da nova disciplina processual para a desconsideração da personalidade jurídica, por óbvio, foram concebidas, essencialmente, para aplicação nesta seara do direito.

Debate-se, por exemplo, a utilidade da *disregard doctrine* e sua disciplina processual na Lei de Recuperação Judicial e Falência, Lei nº. 11.101/05, ante os contornos da Ação Revocatória, prevista no artigo 130 da referida norma.

Diversos são os debates sobre a extensão e a intensidade da desconsideração da personalidade jurídica nos distintos tipos de sociedades empresarias, em especial na Lei de S/A.

Sobre o tema, a título meramente ilustrativo, traz-se à colação comentário de Gilberto Gomes Bruschi, *in litteris*:

Tem-se assim que a intensidade pode ser máxima, média e mínima. A desconsideração, por seu turno, é unitária, seriada e genérica, dependendo da extensão do abuso. Em outras palavras, se o abuso consistir na prática de um ato isolado, a desconsideração será unitária; se consistir em uma série de atos ou de todos os atos, será, respectivamente, seriada e genérica.

¹⁰⁹MADALENO, Rolf. A *disregard* e a sua efetivação no juízo de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 81-91.

¹¹⁰MADALENO, Rolf. A *disregard* e a sua efetivação no juízo de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 81-85.

A desconsideração ocorre na razão direta da extensão do abuso perpetrado contra a pessoa jurídica.¹¹¹

Como o foco deste trabalho não é a análise do direito material e das diversas formas de aplicação da *disregard doctrine* no Direito Empresarial, em especial nos mais diversos tipos societários e nas legislações extravagantes, concernente ao incidente para a desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil, não há, ainda, qualquer debate relevante do ponto de vista acadêmico no particular.

8.6 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo

No âmbito do Direito Administrativo é pacífico na doutrina e jurisprudência a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Não poderia ser diferente. Se o objeto tutelado pelo Direito Administrativo é a *coisa pública*, devendo prevalecer nas relações com a administração pública princípios como o da *supremacia do interesse público*, da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade e probidade*, *nada mais razoável do que* em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, levantar-se o véu da pessoa jurídica para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, ou, ainda, de outras pessoas jurídicas correlacionadas com o ato lesivo, a fraude ou a simulação.

Nessa trilha, é insofismável que no âmbito do Direito Administrativo aplica-se a *disregard doctrine* tanto de forma direta como na modalidade inversa, consoante já tratado no tópico anterior.

Considerando que o foco desse trabalho não é o direito material, mas, sim, o incidente para a desconsideração da personalidade jurídica, deixamos, nesta oportunidade, de abordar os dispositivos e as inúmeras hipóteses de incidência da teoria em foco no âmbito do Direito Administrativo.

Contudo, as inovações legislativas trazidas pela Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013 (“Lei Anticorrupção”), particularmente uma delas, que trata da

¹¹¹BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

desconsideração da personalidade societária, merece breves comentários neste espaço.

Assim como amplamente abordado no item que tratou-se do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* no direito do tributário, no Direito Administrativo há que se fazer a distinção entre: a desconsideração da personalidade jurídica para se atribuir a responsabilização de dada conduta diretamente a um sujeito distinto da pessoa jurídica; e os casos de responsabilização de uma pessoa jurídica por eventos praticados por outrem em decorrência de previsão legal.

A primeira figura, lembra-se, é quando se desconsidera a personalidade jurídica para atribuir a responsabilidade ou os efeitos de uma conduta diretamente a um sujeito distinto da pessoa jurídica. Em tais situações, existe uma solução no plano da autoria da conduta. Nesse caso, típico de desconsideração da pessoa jurídica, o ato será imputado (conjunta e concomitantemente) a um outro sujeito – o qual poderá por ele ser também responsabilizado como um efeito jurídico. Supera-se, portanto, a distinção entre a pessoa jurídica e o sócio, ou, ainda, outra pessoa jurídica, em virtude da utilização abusiva ou fraudulenta da pessoa jurídica.

A segunda figura é a hipótese de responsabilização de uma pessoa jurídica ou seus sócios por eventos praticados por outrem. Essa vertente não se relaciona com a autoria, mas o direito determina que os efeitos de obrigações assumidas por um sujeito podem alcançar um terceiro. A responsabilização do terceiro não pressupõe, de modo necessário, a desconsideração da personalidade societária.

Existem diversos exemplos que permitem essa compreensão. Um deles depreende-se da leitura do artigo 1.023, do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

Nota-se que a regra do art. acima citado não contempla a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade simples. Estabelece, apenas, que os sócios respondem pelas perdas da sociedade. Noutras palavras, o patrimônio pessoal dos sócios será vinculado à satisfação das dívidas de titularidade da sociedade simples. Não se discute a titularidade da dívida, que é inquestionavelmente da sociedade simples.

Sem dúvida, existem pontos de contato entre as duas figuras da desconsideração da pessoa jurídica e da responsabilização de terceiros. A desconsideração da personalidade societária implica a atribuição de certo ato a um sujeito distinto daquele a quem o ato seria imputado. Isso pode produzir diversos efeitos. A depender das circunstâncias, poderá surgir a responsabilidade de terceiro como efeito da desconsideração. Mas, daí, não se segue a identificação entre ambos os institutos.

A desconsideração da personalidade jurídica incide, repita-se, contra a utilização abusiva ou fraudulenta de uma pessoa jurídica. Pode ser adotada para diversos fins, inclusive para o simples efeito de identificar o vício de atos jurídicos. Pode produzir a responsabilidade do sujeito como decorrência da imputação da autoria do ato praticado.

Por sua vez, a responsabilidade de terceiro não envolve necessariamente a prática de fraude ou de abuso. Pode ser prevista como uma solução desvinculada de qualquer atuação fraudulenta ou abusiva. Aliás, a responsabilidade de um terceiro pode surgir inclusive como uma solução negocial inerente às atividades da vida social. Assim se passa com a garantia por dívida alheia. O fiador assume a responsabilidade pelo pagamento da dívida do afiançado. É verdade que o pressuposto da exigibilidade do pagamento pelo fiador consiste na ausência de pagamento pelo afiançado – o que configura, sob um certo ângulo, um ato ilícito. No entanto, a responsabilidade do fiador não é criada como uma consequência de práticas reprováveis.

Nesse diapasão, a Lei nº 12.846, de 01, de agosto de 2013, expressamente trouxe a diferenciação entre extensão da responsabilidade de pessoa jurídica e desconsideração da personalidade societária. Isso é o que se depreende da leitura dos artigos 4º, § 2º, e 14º, da Lei Anticorrupção. Vejamos, senão:

O parágrafo 2º, do artigo 4º, prevê o seguinte:

Art. 4º. Omissis

[...]

§ 2º. As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Já o artigo 14º, *caput*, diz:

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

Observa-se que o comando disposto no § 2º, do artigo 4º, dispõe de regra que não trata da desconsideração da personalidade jurídica, mas da extensão dos efeitos da sanção pecuniária a terceiros.

Por outro lado, a desconsideração societária prevista no artigo 14, é a incorporação da *disregard doctrine* no âmbito da Lei Anticorrupção.

E mais, a previsão do artigo 14, da Lei nº. 12.846/13, não só abarca a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como a traz possibilitando a sua aplicação no âmbito da própria administração pública, isto é, no bojo do procedimento administrativo.

Aqui, de logo, cabem duas críticas a essa inovação legislativa.

A primeira, correlaciona-se com o que prevê o inciso XLV, do artigo 5º, da Constituição Federal, *in litteris*:

Art. 5º. Omissis.

[...]

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Depreende-se do susoreferido dispositivo que a sanção somente poderá ser imposta ao autor do ilícito. A prática de atos de corrupção não pode gerar punição a outras empresas, mesmo que vinculadas por relações societárias, àquela que praticou a infração.

O legislador da Lei Anticorrupção atento a isso tentou uma criativa alternativa ao dispor a restrição da responsabilidade pelos atos previstos na Lei às obrigações de pagamento de multa e reparação de dano.

Com todo o respeito a entendimento contrário, essa disposição, como dito, viola grave e frontalmente a Constituição.

A segunda, refere-se a possibilidade de se inserir no bojo do procedimento administrativo a possibilidade da administração pública desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Toma-se, sobre o particular, os ensinamentos de

Modesto Carvalhosa, com o qual comungamos, em sua integralidade. Eis o magistério do mencionado Doutrinador:

[...] não existe em nosso Ordenamento, essa competência administrativa para decretar a desconsideração da personalidade jurídica, e nem poderia, com efeito, haver num Estado Democrático de Direito. Somente o Poder Judiciário poderá decretar a desconsideração da personalidade jurídica, e ainda assim, para determinados e específicos efeitos, mediante o devido processo legal. É, sobretudo, irônica a parte final do aberrante dispositivo contido no art. 14 ao preceituar que a pessoa jurídica indigitada terá, perante a autoridade administrativa processante, o pleno direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 14).¹¹²

Aliás, não parece lógico que ato de tamanha importância possa ficar sob responsabilidade de servidores que não precisam ter formação jurídica. Pior, permitir que um órgão envolvido numa irregularidade possa ficar encarregado de analisar a possibilidade de responsabilização dos sócios e administradores de empresa que lhe presta serviços, também não parece que resguarda princípios republicanos como os da imparcialidade dos julgamentos e o da ampla defesa.

Nessa trilha, não há dúvida que, sendo certo que o artigo 14 determina que, nas hipóteses de desconsideração da pessoa jurídica, todas as sanções pertinentes à autoria do ilícito serão impostas também aos sócios e administradores da sociedade que vierem a ser reconhecidos como titulares da conduta reprovável, a desconsideração da personalidade jurídica nesses moldes exige o exercício do direito de ação.

Como se não bastasse, o advento do novo Código de Processo Civil, que trouxe a disciplina processual para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, deixou claro que o levantamento do véu da pessoa jurídica não mais se configura como solução produzida pela avaliação do juiz sobre os fatos da causa.

Agora, tal pretensão tem que ser objeto de um pedido específico e autônomo, o que caracteriza exercício do direito de ação.

Com efeito, somente se admite a desconsideração da personalidade jurídica como decorrência do exercício da jurisdição estatal. Se o autor pretender obter a desconsideração, incumbe-lhe formular pedido específico nesse sentido, ao exercer a ação. Se a desconsideração for invocada pelo réu ou surgir como uma questão

¹¹²CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 364.

própria no curso do processo, será instaurado um incidente processual específico. Nessas hipóteses, haverá um incidente (típico do direito de ação), acarretando, inclusive, a suspensão do processo.

Pelo exposto, na linha do escopo do presente trabalho, entendemos que a disciplina processual prevista no novo Código de Processo Civil para a instrumentalização da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aplica-se, sem incompatibilidades, no âmbito do Direito Administrativo.

Por outro vértice, defendemos que, mesmo no âmbito do Direito Administrativo, na vigência do novo Código de Processo Civil, o único caminho viável e legal para se tornar ineficaz a estrutura da pessoa jurídica quando utilizada desvirtuadamente, é mediante o direito de ação, ou seja, através do incidente para a desconsideração da personalidade jurídica previsto nos artigos 133, e seguintes, da Lei Processual Civil, não sendo possível, portanto, a desconsideração via o – inconstitucional – artigo 14, da Lei nº 12.846/13.

9 CONCLUSÃO

A presente dissertação objetivou tratar dos aspectos processuais para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade sob o enfoque das garantias processuais na ordem constitucional.

Personificar as sociedades de um modo geral encartou aos empresários maior segurança quanto à separação patrimonial e a responsabilidade limitada de cada componente formador da pessoa jurídica, fato que, sem dúvida alguma, denotou na proliferação das sociedades empresárias como um meio de realização da atividade empresarial.

Afinal, se para empreender numa atividade empresarial a pessoa tivesse que colocar em risco todo o seu patrimônio, certamente poucos iriam se aventurar.

Contudo, o sucesso do instituto trouxe no calabouço a inconveniência da sua utilização abusiva, e muitas vezes fraudulenta, desencadeando uma crise na ordem econômica, representada pelo prejuízo de credores diante da impossibilidade de se alcançar o patrimônio dos verdadeiros responsáveis que se ocultavam sob o manto protetor da pessoa jurídica e permaneciam gozando dos frutos advindos da sociedade.

Dentro desse contexto surge a teoria de origem norte-americana denominada *disregard doctrine*, que tem como escopo considerar ineficaz a estrutura da pessoa jurídica quando utilizada desvirtuadamente.

Portanto, o desvio da finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial são os pressupostos de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A pioneira sistematização dogmática da desconsideração da personalidade jurídica foi elaborada pelo jurista alemão Rolf Serick, sendo que as primeiras referências ao assunto foram encontradas nos estudos do jurista norte-americano Maurice Wormser que datam do ano de 1912.

No Brasil, como já indicado supra, no final da década de sessenta, o eminente professor Rubens Requião publicou artigo pioneiro na Revista dos Tribunais (RT 410 de dez. 1969), asseverando principalmente que:

Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado objetivando, como diz Cunha Gonçalves, “a realização de um fim” nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua

justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso.¹¹³

Portanto, a *disregard doctrine* nada mais é do que a própria ratificação do instituto da personificação da pessoa jurídica, ao passo em que não a anula, mas apenas não a considera para certos atos considerados atentatórios a ordem econômica.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho¹¹⁴, quer-se com essa técnica impedir a utilização fraudulenta da pessoa jurídica. Haverá propósito fraudulento sempre que, encoberto pelo “véu” da pessoa jurídica, o sócio vise a prejudicar interesse de terceiros dando a aparência de lícito a ilícito seu pelo uso abusivo da personalidade da pessoa jurídica.

A primeira menção da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica em nosso ordenamento jurídico-positivo ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º . 8.078/90) cujo artigo 28 conferiu ao juiz o poder de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando houvesse abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contratos sociais, ou quando houvesse falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração.

A partir daí, tornou-se patente a orientação do nosso legislador que incorporou, paulatinamente, a *disregard doctrine* ao ordenamento jurídico brasileiro, como foi o caso do artigo 4º, da Lei n.º . 9.605/98, que tratou dos crimes contra o meio ambiente.

A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, até então prevista em norma de direito positivo apenas nas relações de consumo e nos casos de ressarcimento por dano ao meio ambiente, foi consagrada, definitivamente, no artigo 50, do I Código Civil, alcançando, assim, a generalidade das relações jurídicas.

A problemática que passou a existir, objeto do presente trabalho, é a efetividade da aplicação do instituto no direito brasileiro à luz das garantias processuais na ordem constitucional.

¹¹³REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 803, pp. 749-764, Ano 91, set. 2002, p. 754.

¹¹⁴Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. v. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 34-59, *pass.*

Caberia, então, ao Direito Processual criar os mecanismos para efetivar o instituto da *desconsideração da personalidade da pessoa jurídica* para efetiva-lo. Era preciso *processualizá-lo*.¹¹⁵

Ocorre que, até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, por não haver uma disciplina para a aplicação da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, inúmeros eram os temas polêmicos que circundavam sua aplicação.

Um deles era a condição processual daquela contra quem se pede que responda com seu patrimônio em razão da desconsideração da personalidade jurídica. Seria parte ou terceiro no processo.

Outra reflexão que se fazia antes do novo Código de Processo Civil consistia na seguinte indagação: aquele que não consta no título executivo judicial, que não participou de todas as fases do processo que desencadeou aludido título, que não teve garantido os princípios constitucionais basilares (devido processo legal, contraditório e ampla defesa), poderá ter seu patrimônio atingido por força da decisão judicial que desconsidera a personalidade da pessoa jurídica na fase executiva?.

Noutras palavras, poderia se desconsiderar a personalidade jurídica incidentalmente nas diversas fases do processo?.

De igual modo, questionava-se: a pessoa jurídica contra quem se pede a quebra de sua autonomia patrimonial para responder por dívida de um de seus sócios deve ser citada ou pode ser intimada para ingressar na ação?.

O caminho para se resguardar o devido processo legal e a ampla defesa no que tange a aplicação da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* não seria através de ação própria?

De fato, nem a doutrina nem a jurisprudência nunca se pacificaram sobre esses temas e indagações.

A título exemplificativo, Fábio Ulhoa Coelho assevera que “*A desconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processos de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado.*”¹¹⁶

¹¹⁵Termo utilizado por DIDIER JR., Fredie. *et al*e. Curso de direito processual civil: execução. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 275.

¹¹⁶COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. v. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

Tal argumento é ratificado por Osmar Vieira da Silva.¹¹⁷

Noutro vértice, Gilberto Gomes Bruschi¹¹⁸ entende ser perfeitamente possível que haja a desconsideração da personalidade jurídica na fase executiva, sendo prescindível, portanto, qualquer outra ação ou instrumento com o objeto específico de cognição.

O Superior Tribunal de Justiça já se mostrou inclinado a tal posicionamento..¹¹⁹ Entretanto, também já declinou raciocínio destoante, senão vejamos:

[...] Nas hipóteses de execuções fiscais ajuizadas contra a empresa, em que não há discussão acerca da desconsideração de sua personalidade jurídica, não há possibilidade de se atingir o patrimônio dos sócios. Quem figura no pólo passivo da demanda não são os sócios, mas a sociedade – pessoa jurídica de direito privado.¹²⁰

As vertentes da questão ora posta são: se há a possibilidade de se estender os efeitos jurídicos da coisa julgada a terceiros estranhos ao título executivo judicial; e se o terceiro (sócio) teria direito a algum mecanismo de contraditório, ou estaria vinculado ao pagamento de pronto, inclusive, vulnerável aos incontestáveis malefícios da constrição de bens repentina (*penhora on line*).

Aliás, será que mera decisão interlocutória proferida em meio à ação, ou pior, no bojo já de uma execução, sem que haja a manifestação do prejudicado, não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa?

Nas lições de Fredie Didier¹²¹, não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelar garantias processuais conquistadas após séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que se lhe dê a oportunidade de defesa – ou somente se lhe permita o contraditório eventual dos embargos à execução, com necessidade da prévia penhora, dos embargos de terceiro ou do recurso de terceiro –, é afrontar princípios básicos.

¹¹⁷SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204.

¹¹⁸BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

¹¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 228357. Relator Ministro Castro Filho, DJ de 02.02.2004.

¹²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo de Instrumento n. 601.922-SP. Relatora Ministra Denise Arruda, Julgado em 22.12.2005.

¹²¹DIDIER JR., Fredie. *et al*e. Curso de direito processual civil: execução. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 283.

É cediço, que a *teoria da desconsideração da pessoa jurídica* vinha sendo utilizada como fundamento para injustificáveis desrespeitos a preceitos primordiais de ordem constitucionais, muitas vezes na ânsia de se atingir bens de pessoas físicas que, embora integrem o quadro da sociedade desconsiderada, são estranhas às práticas de atos lesivos, objeto da desconsideração.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/15, que, em seus artigos 133 a 137, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o *incidente de desconsideração da personalidade Jurídica*, procuramos demonstrar que se estabeleceu uma disciplina processual para a desconsideração da personalidade jurídica.

Apontamos que, ante o vácuo legislativo quanto a disciplina para a desconsideração da personalidade jurídica, os Autores do novo Código de Processo Civil optaram por dar contribuição mais ampla ao direito brasileiro, criando a disciplina processual de aplicação da *disregard doctrine* para todos os ramos do direito brasileiro.

Nessa disciplina restaram respondidas todas, ou a maioria, das questões até então controvertidas no âmbito da doutrina e jurisprudência.

Com todo respeito aos entendimentos contrários, inclusive, como dito alhures, pelo fato de divergimos em parte do que fora inserido no novo Código de Processo Civil, é fato que a nova legislação processual civil tratou das principais controvérsias existentes sobre o assunto, enriquecendo, desse modo, o ordenamento jurídico pátrio com uma disciplina processual para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica..

Ou seja. Definiu-se que no *incidente dedesconsideração da personalidade jurídica*: a) não se pode decretar de ofício, sem a provocação das partes ou do Ministério Público, a ineficácia da pessoa jurídica; b) aquele contra quem se pede a desconsideração da personalidade jurídica deverá ser citado para responder ao pedido, tornando-se parte no processo; c) sua instauração pode se dar em todas as fases do processo; d) haverá a comunicação imediata ao distribuidor a fim de minimizar riscos de terceiros de boa-fé; e) será suspenso o processo enquanto se processa a sua tramitação; f) haverá dilação probatória; g) a decisão que o resolve será uma decisão interlocutória; h) o recurso cabível contra a decisão que o soluciona será o recurso de agravo; i) acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens será ineficaz em relação ao requerente; e j) a

fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

Pois bem. Apesar de algumas críticas, reconhecemos que o novo Código de Processo Civil trouxe um grande avanço ao ordenamento jurídico pátrio ao dispor sobre a disciplina para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e o fez numa tentativa de conciliar o princípio da efetividade do processo, respeitando às garantias sustentáculos da ordem constitucional, tal como o princípios do devido processo legal, consubstanciado nos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Se, de fato, a disciplina processual para a desconsideração da personalidade jurídica trazida no novo Código de Processo Civil não garantiu a efetiva ampla defesa, assegurou, ao menos, o contraditório e uma defesa mínima, o que antes não era adotado pelo judiciário brasileiro.

Diga-se ao ordenamento jurídico brasileiro, pois, ao nosso sentir, e procuramos demonstrar isso ao longo do capítulo 7, o novo Código de Processo Civil foi ousado ao dispor, no seu art. 15, que: *na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*

Dessa maneira, defendemos que o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, trazido pelo novo Código de Processo Civil, à míngua de legislação processual para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em todas as searas do direito brasileiro, tornou-se a disciplina processual para a aplicação da *disregard doctrine*.

Enfim, esperamos que tenha ficado claro que o novo Código de Processo Civil, em relação ao *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, construiu uma disciplina processual para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não comportando mais, sobre o tema, a livre e desregrada atuação dos poderes constituídos.

Afinal,

atentando para a advertência, acertada, de que não o processo, além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, e portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles standards previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento da garantia do *due process of law*.¹²²

¹²²DINAMARCO, Cândido. Instituições de direito processual civil. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. *apud* Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto /

Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 14. No original: “Para satisfatório cumprimento dessas promessas [garantia constitucional da ação e garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional], também na Constituição reside uma série de garantias, que ingressam no sistema como promessas instrumentais. Trata-se das garantias do contraditório, da ampla defesa, motivação das decisões judiciais, juiz natural etc. - todas destinadas a dar efetividade à promessa-síntese, que é a de acesso à justiça (art. 54, inc. XXXV) e àquelas outras que lhe estão ao redor (promessas complementares). Toda a tutela constitucional do processo converge ao aprimoramento do sistema processual como meio capaz de oferecer decisões justas e efetivas a quem tenha necessidade delas. Fala-se em devido processo legal (*due process of law*) para designar o conjunto de garantias destinadas a produzir um processo equo, cujo resultado prático realize a justiça.” Grifamos. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. I. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 128-129.).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. Prefácio de Mário Masagão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- BREYNER, Frederico Menezes. Responsabilidade Tributária das Sociedades Integrantes de Grupo Econômico. **Revista Dialética de Direito Tributário**. nº 187. São Paulo: Dialética, 2011.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil**. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do código de processo civil**. 2ª ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito Constitucional Tributário**. 19ª ed. rev., ampl. e atual. 3ª triag. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. vol. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito tributário Brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- DENARI, Zelmo. Comentários aos artigos 8º a 28. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. pp. 128-197. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 17ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____, Fredie. *et al.* **Curso de direito processual civil: execução.** v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009.

_____, Fredie. **Regras Processuais no Novo Código Civil:** aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do Processo.** 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____, Cândido Rangel. **Execução civil.** 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. I. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. II. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil – Execução Forçada.** v. IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

_____, Cândido Rangel. **Litisconsórcio:** um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1986.

FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Art. 137. *In:* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro,** volume 2: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais). 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica do Ministério Público.** v. 6. pp. 53-68. nº 320., 26/05/2006.

HECK, Luíz Afonso. Princípios e garantias constitucionais do processo. **Revista Gênese de Direito Processual Civil.** Curitiba: Gênese, v. 3, n. 7, jan./mar. 1998, p. 46-52. Disponível em: «<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16739-16740-1-PB.htm>». Acesso em: 9 de setembro de 2016.

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione.** Roma: Società Editrice del «Foro Italiano», 1931.

LOPES, João Batista. Efetividade da Tutela Jurisdicional à Luz da Constitucionalização do Processo Civil. **Revista de Processo: RePro.** São Paulo, vol. 29., n.º 116, p. 29-39, jul./ago. 2004.

MADALENO, Rolf. **A *disregard* e a sua efetivação no juízo de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Grupos Econômicos e Responsabilidade Tributária. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** v. 67. ano 18. p. 45-64. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2015.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil:** (Arts. 10 a 45). Tomo I. 4ª ed. rev. e aument. E-book. Atualização Legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, nov 2011.

_____, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil:** (Arts. 566-611). Tomo IX. 4ª ed. rev. e aument. E-book. Atualização Legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, nov 2011.

MITIDIERO, Daniel. Direito ao Processo Justo como Direito à colaboração no Processo Civil. **Jornal Carta Forense.** São Paulo, 04 nov. 2009. Disponível em: «<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/art.s/direito-ao-processo-justo-como-direito-a-colaboracao-no-processo-civil/4893>». Acesso em: 14/09/2016.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados. **Revista Forense.** 1ª ed. v. 261. [Trabalho destinado ao volume de estudos em homenagem a ORLANDO GOMES], Rio de Janeiro: SEPARATA, 197-?

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal:** processo civil, penal e administrativo. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Código de Processo Civil Comentado e legislação civil extravagante.** 11ª ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Nelson; _____, Rosa Maria de A. (Coord.) **Comentários ao Código de Processo Civil:** Novo CPC – Lei 13.105/2015. 1ª ed. e-book baseada na 1ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 803, pp. 749-764, Ano 91, set. 2002.

RODAS, João Grandino. Em seu conjunto, as teorias desvendam a pessoa jurídica. **Revista Eletrônica Conjur,** de 17 de junho de 2016. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2016-jun-17/olhar-economico-conjunto-teorias-desvendam-pessoa-juridica>». Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 2ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles** – El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de Derecho Español por Jose Puig Brutau, Barcelona: Ediciones Ariel, 1958.

_____, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Traduzione di Marco Vitale, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1966.

SILVA, Leonardo Toledo da. **Abuso da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v. 2., 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v. II. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____, Humberto. Garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios da efetiva e adequada tutela jurisdicional. **Atualidades jurídicas**. Coord. Ernane Fidelis dos Santos. p. 21-35, Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) *et al.* **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WORMSER, Maurice. Piercing the veil of corporate entity. **Columbia Law Review**. Columbia, n. 12, 1912. Disponível em: «https://www.jstor.org/stable/11110931?seq=1#page_scan_tab_contents». Acesso em: 10 de dezembro de 2016.