
Reflexões acerca da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Ellen Carina Mattias Sartori*

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil foi elaborado com o desígnio de atender aos anseios da Constituição Federal de 1988, deixando patente que a lei processual e a atividade jurisdicional submetem-se às normas e aos valores constitucionais, os quais lhe servem de fonte e legitimam o seu exercício.

O novo diploma processual, já em seu primeiro Livro, elenca as garantias constitucionais que balizam o sistema processual brasileiro, que passam a retratar a principiologia do novo Código de Processo Civil, dentre os quais se destacam o acesso à justiça, o devido processo legal, a duração razoável do processo, a ampla defesa, o contraditório, a dignidade da pessoa humana, a eficiência, a igualdade de tratamento. O processo, desse modo, é um meio para a efetivação de valores constitucionais, sendo que a atividade jurisdicional que dele resulta deve ser, via de regra, célere, eficaz, justa e igualitária.

*Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE). Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora de Direito Civil da Faculdade Itéana de Botucatu (ITE). Advogada em Bauru/SP.

A necessidade de harmonizar a lei processual à Constituição Federal da República de 1988 fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Assim, ao analisar o Novo Código de Processo Civil, é evidente a preocupação do legislador processual com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A desconsideração da personalidade jurídica, apesar de prevista no ordenamento jurídico brasileiro em regras materiais, não possuía um procedimento específico no Código de Processo Civil anterior.

Desse modo, a Lei 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, em nítida consagração aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, cuidou de tratar do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, regulamentando as regras materiais já existentes no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e em outros diplomas legais.

Foram estabelecidas regras que preveem um procedimento, com contraditório, defesa e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a personalidade da pessoa jurídica. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica trata-se de espécie de intervenção de terceiro na nova lei processual, pois se provoca o ingresso de terceiro em juízo (para o qual se busca dirigir a responsabilidade patrimonial), em sua versão tradicional ou inversa.

O novo Código de Processo Civil não cuida das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, que continuam sendo definidas em lei específica. A novidade está no procedimento que deverá ser seguido para a aplicação da sanção de desconsideração da personalidade jurídica no processo. O estudo desse procedimento, portanto, é o objeto do presente estudo.

Considerando o objetivo pretendido, primeiramente, imperioso analisar, ainda que brevemente, o conceito de desconsideração da personalidade jurídica e sua previsão no direito material brasileiro. Por fim, o estudo procura ponderar sobre esse procedimento – que não estava previsto expressamente na legislação processual anterior – e como os sócios (ou da sociedade, no caso de desconsideração inversa) serão chamados a participar, em contraditório, do processo de formação da decisão que define sua responsabilidade patrimonial.

No aspecto metodológico, será utilizado o método de orientação de conhecimento dedutivo, pois, partindo-se das premissas que serão analisadas, chega-se à conclusão do trabalho. Quanto à natureza e ao objetivo, trata-se de uma pesquisa teórica, exploratória e explicativa, que busca o aprofundamento do conhecimento sobre o tema. Em relação à fonte de dados, pesquisa é bibliográfica, sendo utilizada

a documentação indireta, empregando-se a legislação e obras doutrinárias presentes em livros, artigos em periódicos impressos e no meio eletrônico.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANTERIOR

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica, por vezes, foi conduzida com o fim de se obter resultados antijurídicos ou imorais (JUSTEN FILHO, 1987, p. 17). Por conta disso, desenvolveu-se a denominada “teoria da desconsideração da personalidade jurídica” ou “teoria da penetração” (*disregard of the legal entity ou disregard doctrine*).

A pessoa jurídica é titular de direitos e obrigações. O instituto da pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial desenvolvida pelo direito, para distinguir a pessoa jurídica da pessoa dos membros que a compõem. Segundo Coelho (2012, p. 211-212), os membros dela não são os titulares dos direitos e obrigações imputados à pessoa jurídica. Tais direitos e obrigações formam um patrimônio distinto. A pessoa jurídica é, portanto, uma técnica de separação patrimonial em que se atribui personalidade própria ao patrimônio segregado.

Tal realidade, afirma Tartuce (2015), pode ser retirada do art. 45 do Código Civil de 2002, ao dispor que começa a existência legal das pessoas jurídicas de Direito Privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.

Como decorrência dessa técnica da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, as obrigações desta não são, em princípio, imputáveis aos seus membros (os associados da associação, sócios e administradores da sociedade, ou instituidor da fundação), que não respondem, em regra, pelas obrigações da pessoa jurídica, porque são sujeitos de direito distintos, autônomos, inconfundíveis (COELHO, 2012, p. 220).

Mas, justamente devido a essa possibilidade de exclusão da responsabilidade dos seus membros, sócios ou administradores, o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, por vezes, foi manipulado para a realização de fraudes, provocando reações na doutrina e na jurisprudência. Visando a coibir tais abusos, surgiu no Direito Comparado a figura da “teoria da desconsideração da personalidade jurídica” ou “teoria da penetração” (*disregard of the legal entity ou disregard doctrine*).

A desconsideração não se fundamenta em um defeito de aperfeiçoamento de atos jurídicos; não significa ausência de requisitos de validade na outorga da personalidade jurídica a uma sociedade. Como a desconsideração se passa em nível de funcionamento do instituto jurídico, tem-se em mente o desvio de resultado que seria propiciado, se não efetivada a desconsideração. Enfoca-se a função do instituto da pessoa jurídica, enquanto abstratamente previsto pelo direito, e a função por ele desempenhada no caso concreto, em decorrência de um a intervenção dos sócios. Assim, a utilização abusiva da pessoa jurídica é combatida através da desconsideração. Ou seja, como o sacrifício que se vislumbra como inevitável e que se busca evitar será produzido pela aplicação do regime correspondente à pessoa jurídica, a solução jurídica é ignorar os efeitos da personificação. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 57).

Através dessa “teoria”, são alcançados pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa jurídica para fins ilícitos ou abusivos, além dos limites do capital social (responsabilidade *ultra vires*). Pretende, assim, através de decisão judicial, o afastamento temporário da personalidade da pessoa jurídica, para permitir que o credor prejudicado satisfaça seu direito, atingindo o patrimônio pessoa do sócio ou administrador que cometeu o ato abusivo.

Dessa forma, os bens particulares dos sócios podem responder pelos danos causados a terceiros. Em suma, o escudo, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador. Bens da empresa também poderão responder por dívidas dos sócios, por meio do que se denomina desconsideração inversa ou invertida [...]. (TARTUCE, 2015)

A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social (MEDINA, 2015, p. 138), de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações dos seus membros, que a usaram indevidamente para encobrir seu patrimônio pessoal.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica societária foi produzida pela jurisprudência (JUSTEN FILHO, 1987, p. 54-55). Fiuza (2016, p. 34) ensina que a primeira sistematização dogmática da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi elaborada por Rolf Serick, enquanto as primeiras referências ao assunto foram encontradas, antes, em 1912, nos estudos do jurista norte-americano Maurice Wormser.

O caso inglês *Salomon vs A. Salomon & Co. Ltd.* é apontado como *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, embora apenas a primeira decisão da Corte de Apelação tenha realmente sido nesse sentido, pois a decisão final, dada pela *House of Lords*, reverteu a decisão e garantiu a autonomia da pessoa jurídica (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 514).

Aron Salomon era um fabricante de botas de couro e sapatos na segunda metade do Século XIX. Após anos de atividade como empresário individual, seus filhos mais velhos quiseram se associar à empresa. Constituíram então, em 1892, uma sociedade formada por Aron, a esposa e os filhos, cujos sócios tinham responsabilidade limitada.

Contudo, a sociedade passou a enfrentar dificuldades financeiras e, na segunda metade de 1893, entrou em liquidação. A partir de então, passou-se a questionar a legalidade da sociedade e a possibilidade de imputação de responsabilidade pelo pagamento das dívidas da sociedade a Aron Solomon, sob o argumento de que a sociedade fora constituída com o intuito de fraudar credores. A decisão final proferida pela Câmara dos Lordes, no entanto, foi unânime em relação à legalidade da sociedade, sustentando firmemente a doutrina da autonomia da personalidade jurídica e da responsabilidade limitada (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 515).

Há quem aponte, entretanto, que o *leading case* teria ocorrido nos tribunais estadunidenses, mas precisamente no caso do *Bank of the United States vs. Deveaux*, no qual o Juiz Marshall considerou características pessoais dos sócios para estabelecer a competência da *Federal Court* para julgar o caso, diante do fato de serem estrangeiros os administradores da instituição financeira (FIUZA, 2016, p. 35-36).

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do que possa parecer, é uma ratificação do instituto da personalização da pessoa jurídica, na medida em que não a anula; apenas não a considera para certos atos praticados com desvio de finalidade. Parte de dois pressupostos: a pessoa jurídica tem personalidade distinta da dos sócios, e a responsabilidade destes é limitada. Caso se trate de sócios com responsabilidade ilimitada, não há falar em desconsideração da personalidade jurídica, simplesmente por não ser necessário, uma vez que o patrimônio pessoal dos sócios responde mesmo pelas dívidas da sociedade. (FIUZA, 2016, p. 36)

Por conseguinte, o debate acerca da desconsideração da personalidade jurídica é um debate sobre a limitação da responsabilidade, e não em relação à existência da personalidade jurídica em si. A limitação da responsabilidade não é elemento constitutivo da personalidade jurídica, que pode existir independentemente do alcance obrigacional da responsabilidade daqueles que a formam. Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica emergiu como instrumento destinado a suprir o privilégio da limitação da responsabilidade patrimonial em determinados contextos (SARTORI; SCHNEIDER, 2016).

Segundo Didier Junior (2015, p. 517), a doutrina vê a função social da propriedade como o fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. “A chamada função social da pessoa jurídica (função social da empresa) é corolário da função social da propriedade” (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 517).

O instituto está condicionado ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina, sendo que qualquer desvio ou abuso deve dar margem à aplicação da sanção contida na desconsideração da personalidade jurídica (SARTORI; SCHNEIDER, 2016). Sendo assim, “[...] só se aplica a desconsideração quando a personificação societária for hábil a acarretar um resultado incompatível com a função teoricamente prevista para ela” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 137).

No Brasil, os tribunais aplicavam a referida teoria aos casos de abuso de direito e fraude com fundamento na doutrina estrangeira e no art. 20 do Código Civil de 1916, que reconhecia a distinção entre a personalidade da sociedade e dos sócios (FIUZA, 2016, p. 36).

A positivação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito pátrio ocorreu com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, muito embora de forma dissociada das raízes da teoria, pois aborda hipóteses não abrangidas pela genuína doutrina (FIUZA, 2016, p. 36-37).

Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28, *caput*, traz a permissão sancionatória, prevendo que:

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. (BRASIL, 1990).

O Código Civil Brasileiro de 2002, no entanto, tratou da teoria em moldes mais adequados (FIUZA, 2016, p. 36), acolhendo expressamente a desconsideração em seu art. 50 que diz:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o Juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2002).

A Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) e, mais recentemente, a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), dentre outras, também trazem modalidades de desconsideração da personalidade jurídica (TARTUCE, 2015). Como a desconsideração da personalidade jurídica foi adotada pelo legislador, Tartuce (2015) entende que não é mais recomendável utilizar a expressão “teoria”, que constitui trabalho doutrinário, amparado pela jurisprudência.

Importante ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a sua despersonificação, que é medida sancionatória mais grave, pois resulta no cancelamento do registro e na extinção da pessoa jurídica. A despersonificação da pessoa jurídica é possível em situações graves, por exemplo, quando a pessoa jurídica se transmuda em organização criminosa. Destaque-se que a despersonificação da pessoa jurídica está tratada, em termos gerais, no art. 51 do Código Civil.

Sendo assim, a doutrina aponta a existência de duas grandes teorias fundamentais acerca da desconsideração da personalidade jurídica. A primeira delas é denominada “teoria maior”, adotada pelo art. 50 do Código Civil de 2002, em que a comprovação da fraude e do abuso por parte dos sócios constitui requisito para que o juiz possa ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas (GONÇALVES, 2013, p. 232).

Destarte, os pressupostos escolhidos pelo Código Civil para a desconsideração da pessoa jurídica são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial (COELHO, 2012, p. 222).

Ocorrerá desvio de finalidade, sempre que a pessoa jurídica não cumprir a finalidade a que se destine, causando, com isso prejuízos a terceiros. Além disso, é também desvio de finalidade, ou melhor, de função, o desrespeito ao princípio da função social da empresa. A confusão patrimonial ocorrerá quando não foi possível estabelecer claramente o que seja da sociedade e o que seja dos sócios. Destaque-se que a confusão patrimonial também ocorre nos casos de dissolução irregular da pessoa jurídica, quando desapareçam os sócios e os bens, e remanesçam débitos a ser pagos. (FIUZA, 2016, p. 40).

Relativamente ao Código de Defesa do Consumidor, pelo que consta do § 5º do art. 28, foi adotada a denominada “teoria menor”, bastando o mero prejuízo à parte consumidora para que a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor seja deferida (TARTUCE, 2014, p. 232).

Fiuzza (2016, p. 40) adverte que, para a correta aplicação do instituto, devem ser mesclados os seguintes objetivos: coibir a fraude, o desvio de finalidade da pessoa jurídica, a confusão patrimonial, a garantia do direito de receber dos credores e a proteção ao instituto da pessoa jurídica. “Além disso, deve o intérprete ficar atento para o fato de não haver nenhuma outra norma que resolva o caso, responsabilizando os sócios pessoalmente” (FIUZA, 2016, p. 40).

Ocorre que, muito embora exista a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica há muito tempo na legislação material, não havia a previsão legal sobre como a decisão judicial de desconsideração se daria no processo. Tal

omissão legislativa gerava uma série de dúvidas e decisões conflitantes que, muitas vezes, acabavam por violar o devido processo legal.

Durante a vigência do Código de 1973, embora não houvesse um procedimento específico para a realização da desconconsideração, era esta realizada com base no art. 154, que estabelecia “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial”. Dispositivo consagrado no art. 188 do Código de 2015. Por esse princípio da liberdade das formas processuais, o fato da lei processual não estabelecer um mecanismo para a efetivação de um direito material não significa que o mesmo não deva ser aplicado, apenas que deva ser realizado de forma livre respeitando as diretrizes do ordenamento jurídico. E essa aplicação nunca foi negada pelos Tribunais desde que a desconconsideração da personalidade foi estatuída no Código de Defesa do Consumidor em 1990, art. 28. (SARTORI; SCHNEIDER, 2016)

Ocorre que, em razão da ausência de um procedimento específico, o que se via era a expropriação de bens de sócios (ou da sociedade, no caso de desconconsideração inversa) sem que eles fossem chamados a participar, em contraditório, do processo de formação da decisão que define sua responsabilidade patrimonial (WAMBIER et. al., 2015, p. 372).

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ao tempo da legislação processual anterior, admitia a desconconsideração da personalidade jurídica sem prévia citação daqueles que seriam atingidos pelos efeitos da decisão, diferindo-se o contraditório (STJ, REsp 1266666/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2011). Este entendimento, porém, contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que admite a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial (o que só seria admitido, em caráter absolutamente excepcional, nas hipóteses em que se profere decisão concessiva de tutela de urgência, e mesmo assim somente nos casos nos quais não se pode aguardar pelo pronunciamento prévio do demandado). Ora, se ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, então é absolutamente essencial que se permita àquele que está na iminência de ser privado de um bem que seja chamado a debater no processo se é ou não legítimo que seu patrimônio seja alcançado por força da desconconsideração da personalidade jurídica. (WAMBIER et. al., 2015, p. 372-373)

A jurisprudência, desse modo, por vezes permitia a responsabilidade patrimonial dos sócios, desconsiderando a personalidade jurídica da sociedade, dispensando, inclusive, a citação daqueles, em evidente violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório:

No presente caso, parte da decisão rebatida merece ser reformada, eis que é desnecessária a citação dos sócios diante da decisão que desconiderou a personalidade jurídica da empresa. Cumpre salientar que, além de não haver qualquer previsão legal de tal obrigatoriedade, a empresa executada teve, até o presente momento, a oportunidade

de tomar conhecimento de todo o processo, o que afasta qualquer alegação de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, 2014).

A prévia citação dos sócios é desnecessária à desconsideração da personalidade jurídica da empresa, a sua falta não sendo causa de nulidade processual, já que se trata de mero incidente processual, bem como ante a possibilidade de esvaziamento do instituto, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná, 2015).

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, inciso LIV, a garantia do devido processo legal dispondo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Tal preceito compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), a ampla defesa e o contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX).

Faz-se, modernamente, uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo. A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Vislumbra-se, nessa perspectiva, o aspecto substancial na garantia do devido processo legal. (SARTORI; SCHNEIDER, 2016).

Na concepção de devido processo legal, é indispensável a ideia de contraditório e ampla defesa. Por ampla defesa, deve-se entender o conteúdo necessário para que o réu possa se opor ao pedido de tutela jurisdicional do direito e à utilização do meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 347).

A jurisdição, para responder ao direito de ação, deve necessariamente atender ao direito de defesa, pois o poder, para ser exercido de forma legítima, depende da participação dos sujeitos que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão. E a participação das partes interessadas na formação da decisão que conferem legitimidade ao exercício da jurisdição, porquanto não há sentido em se impor uma decisão definitiva ao réu sem dar a ele o direito de se defender (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 347).

Logo, o direito de defesa é o direito de efetivamente poder negar a tutela do direito, o qual apenas poderá ser limitado em hipóteses excepcionais, racionalmente justificadas pela necessidade de efetiva tutela jurisdicional do direito. Nesse sentido, o direito de defesa também consiste no direito de exercer as posições jurídicas inerentes ao processo justo e com isso influir sobre o convencimento do juiz, através de alegações, requerimentos de provas, participação na sua produção, consideração

sobre seus resultados, etc. Essa simetria decorre do direito fundamental à igualdade e à paridade de armas no processo civil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 348).

Destarte, do direito de defesa decorre o direito ao procedimento adequado, no sentido de procedimento capaz de permitir efetiva negação do pedido tutelado. De tal modo, o direito de defesa não se exaure na contestação, constituindo-se na possibilidade de o réu efetivamente agir e reagir em juízo para que seja negada a tutela do direito e para que sua esfera jurídica, no caso do reconhecimento do direito, não seja invadida de maneira indevida (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 349).

Já o contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, pois todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação. Logo, a legitimidade do poder jurisdicional depende da participação de ambas as partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 354). Nesse sentido, é possível dizer que o contraditório exterioriza a defesa, ou que a defesa é o fundamento do contraditório.

Tradicionalmente, a doutrina distingue ambas as garantias, embora reconheça que entre elas há forte conexão, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa, igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório. Convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é um direito fundamental de ambas as partes, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório (MENDONÇA JUNIOR, 2001, p. 55-57). A defesa, portanto, para ser exercitada, requer a efetivação do contraditório.

Mas hoje, ao princípio, deve ser reconhecida dimensão mais ampla. Modernamente, entende-se que somente se considerará atendido o princípio se propiciada às partes a *participação real e efetiva* na realização dos atos preparatórios da decisão judicial [...]. Assim, o princípio do contraditório concretiza-se através da participação das partes no processo, e do *diálogo* que deve ter o órgão jurisdicional com as partes. (MEDINA, 2015, p.29)

Com o pós-positivismo, o princípio do contraditório, balizado pelos ditames constitucionais fortalecidos, ganhou um conteúdo substancial, ou seja, não basta a mera ciência às partes, estas devem participar do processo com a possibilidade de influenciar a decisão judicial (SARTORI; SCHNEIDER, 2016).

Segundo Didier Junior (2016, p. 81), o princípio do contraditório pode ser

decomposto em duas garantias: participação e possibilidade de influência na decisão. A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. “Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema” (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 82).

Há, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório, que é o denominado “poder de influência”: já não basta permitir que a parte simplesmente participe do processo, pois isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório; é necessário dar à parte condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Segundo Silva e Roberto (2014, p. 183), esse contraditório efetivo seria preenchido com alguns elementos essenciais, quais sejam: a cognição (ciência), a participação (oportunidade), a isonomia (paridade), e o poder de influenciar. Assim, o princípio do contraditório implica não só a garantia de ser ouvido, mas também o poder de influenciar a decisão judicial.

Segundo Didier Junior (2015, p. 86), muito embora a doutrina, tradicionalmente, fizesse a distinção entre os conceitos de contraditório e ampla defesa; atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental. A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório.

Não há, portanto, como não concluir que as normas fundamentais da Constituição Federal de 1988 já ensejariam ao Estado-juiz a obrigatoriedade de oportunizar aos sócios, no caso de desconsideração da personalidade jurídica direta, ou à sociedade, no caso da desconsideração inversa, a oportunidade de, antes de ter seu patrimônio expropriado, participar efetivamente do processo, sendo oportunizado o contraditório e a ampla defesa. Porém, o legislador processual entendeu por bem realizar a previsão expressa de um procedimento a ser seguido para quando for necessária a desconsideração da personalidade jurídica, fortalecendo, com isso, os ditames constitucionais na ordem jurídica processual.

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

De forma inovadora, portanto, o novo Código de Processo Civil institui o procedimento que deverá ser seguido quando da desconsideração da personalidade jurídica, seja na sua forma direta seja na sua forma inversa.

A partir do momento que a Constituição Federal passa a ser a protagonista da ordem jurídica, há uma mudança de cento e oitenta graus na interpretação e na aplicação do texto normativo. Nessa toada, os mecanismos e institutos do Código de Processo Civil, devem ser executados em sintonia com os ditames constitucionais e serem por estes guiados, e isso vem muito bem definido pelo art. 1º do novo estatuto processual. (SARTORI; SCHNEIDER, 2016)

Por conseguinte, a previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (chamado de “IDPJ”), é claramente um reflexo da constitucionalização do Processo Civil e do escopo do novo diploma processual de atender as disposições constitucionais, principalmente ao art. 5º, LV, que garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e fazer do processo um sistema interacional e dialético.

A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV). (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 77)

O incidente, portanto, que não estava previsto expressamente na legislação processual anterior, vem assegurar o pleno respeito ao contraditório e à ampla defesa, garantindo o devido processo legal no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica. Sendo assim, deve ser respeitada a ampla defesa e o contraditório em sua dimensão formal – ao citar o sócio/pessoa jurídica para ter ciência da instauração do incidente -, e em sua dimensão substancial – ao permitir que o citado se manifeste e requeira provas, tendo poder para influenciar na decisão do incidente.

A importância do enfoque substancial do contraditório está em consonância com o art. 7º do novo *Codex*, que assegura às partes paridade de tratamento, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Desse enfoque substancial do contraditório, em seu elemento da influência, também flui o princípio da não surpresa, expresso no art. 10 do novo diploma processual, segundo qual “o juiz não pode decidir [...] com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado as partes oportunidade de se manifestar” (BRASIL, 2015).

Mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se *ex officio*, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de “decisão surpresa” para a parte, o que não se coadunaria com o escopo do novo Código de harmonizar as regras processuais com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito (MEDINA, 2015, p. 30).

No caso da desconsideração, o juiz não pode tornar o sócio, ou a pessoa jurídica (na inversa), réu no processo, sem que tenha dado a eles a possibilidade de descaracterizar os motivos materiais que levariam a sua inclusão. Passa-se, então, a analisar o procedimento do referido IDPJ no novo Código de Processo Civil, o qual está disciplinado no Título III, que trata da intervenção de terceiros no processo, em seu Capítulo IV (arts. 133 a 137).

O artigo 133, *caput*, do novo Código de Processo Civil, *a priori*, já determina que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

Assim, fica afastada, segundo Tartuce (2015), a possibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, da desconsideração da personalidade jurídica. Tal disposição está em harmonia com o art. 50 do Código Civil, que também diz que o pedido deverá ser feito pela parte ou pelo Ministério Público.

Interessa também notar, ainda em relação ao artigo 133, que seu § 2º enuncia que o IDPJ é aplicável às hipóteses de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

O regramento estabelecido neste capítulo não se aplica apenas aos casos em que se pretenda desconsiderar a separação entre a personalidade da sociedade e a do sócio para alcançar os bens deste para garantir o pagamento de dívidas daquela. Também o contrário é possível, buscando-se a desconsideração para viabilizar a extensão da responsabilidade patrimonial de modo a viabilizar que se alcancem os bens da sociedade para garantir o pagamento das dívidas do sócio. (WAMBIER et. al., 2015, p. 375)

A desconsideração da personalidade jurídica inversa, como antes mencionado, ocorre no intuito de responsabilizar a sociedade pelos atos fraudulentos praticados pelos seus sócios e/ou administradores. “O sócio, em sua esfera individual, pratica ato fraudulento, causando prejuízo a terceiro, e a sociedade responde com seu patrimônio” (FIUZA, 2016, p. 41).

Os exemplos dados pela doutrina referem-se basicamente ao Direito de Família. Um dos cônjuges, a fim de fraudar o regime de bens do casamento, adquire um bem para si mesmo, mas em nome da pessoa jurídica. O cônjuge fraudado poderá exigir da pessoa jurídica a entrega do bem ou seu equivalente em dinheiro, se não mais existir. O mesmo pode ocorrer, se o devedor, com o objetivo de fraudar credores, empregue o mesmo artifício. Pode ser o caso de uma simples ação pauliana, dada ao credor para anular os atos fraudulentos praticados pelo devedor; neste caso, não há falar em desconsideração inversa. Mas, supondo que o bem transferido à pessoa jurídica não mais exista, poderá ser o caso de desconsideração inversa, não de mera ação pauliana. O procedimento do incidente de desconsideração inversa será o mesmo da desconsideração direta (§2º, art. 133, CPC). (FIUZA, 2016, p. 41)

Em qualquer dos casos, o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídicas previstos nas leis materiais (art. 133, §1º e 134, §4º).

Sendo o Código de Processo Civil o natural repositório das normas gerais do direito processual civil, andou bem o texto legal em evitar que para ele se trouxessem disposições que, na verdade, dizem respeito a outras áreas do conhecimento jurídico. É que os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser estabelecidos pelo Direito Material, e não pelo Direito Processual, cabendo a este, tão somente, regular o procedimento necessário para que se possa verificar – após amplo contraditório – se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica, tendo-a por ineficaz. (WAMBIER et. al., 2015, p. 373-374)

Assim, nas causas que versem sobre relações de consumo incidirá o disposto no art. 28 do CDC, por força do qual a desconsideração é cabível quando se verificar, em detrimento do consumidor, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social (WAMBIER et. al., 2015, p. 374).

Já nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for regida pelo Código Civil, aplicar-se-á o art. 50 deste diploma, sendo a desconsideração da personalidade jurídica cabível quando houver abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Nas causas regidas pelo Direito Ambiental, do mesmo modo, incidirá a norma extraída do art. 4.º da Lei 9.605/1998, o mesmo pode ser dito a respeito de causas diversas, como as trabalhistas ou aquelas em que se discute matéria tributária, entre muitas outras. Portanto, os requisitos da desconsideração variarão conforme a natureza da causa, nos termos da legislação material própria.

Ao Código de Processo Civil incumbe, tão somente, regular o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (o qual será sempre o mesmo, qualquer que seja a natureza da relação jurídica de direito substancial deduzida no processo). Respeita-se, assim, o fato de que os diversos ramos do Direito Material estabelecem requisitos distintos para que se desconsidere a personalidade jurídica, cabendo verificar, em cada caso concreto, qual o ramo do Direito Material que rege a causa. (WAMBIER et. al., 2015, p. 374).

O IDPJ caberá em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial (art. 134, *caput*, do Novo Código). “Assim, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância desse procedimento” (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 519). Por conseguinte, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode instaurar-se em qualquer tipo de processo, cognitivo ou executivo, seja qual for o procedimento observado, comum ou especial.

É possível, inclusive, que o incidente se instaure perante os tribunais, seja nos processos de competência originária, seja em grau de recurso, como se extrai do disposto no parágrafo único do art. 136.

Caso o incidente se instaure no curso de um processo cognitivo (ou na fase de conhecimento de um processo “sincrético”), e vindo a ser proferida decisão que desconside a personalidade jurídica, o sócio (ou a sociedade, no caso de desconconsideração inversa) passará a integrar o processo como demandado. Consequência disso é que a sentença poderá afirmar sua condição de responsável pela obrigação, o que tornará possível fazer com que a execução atinja seu patrimônio, nos termos do art. 790, II. De outro lado, não tendo sido instaurado o incidente durante o processo de conhecimento, sempre será possível postular a desconconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento da sentença. Neste caso, assim como ocorrerá quando o incidente for instaurado no curso de execução fundada em título extrajudicial, sendo proferida a decisão que desconside a personalidade jurídica, o sócio (ou a sociedade, no caso de desconconsideração inversa) assumirá a posição de executado, de modo que sobre seu patrimônio passará a ser possível incidir a atividade executiva. (WAMBIER et. al., 2015, p. 376).

Não parece possível, porém, seja o incidente instaurado em grau de recurso especial ou extraordinário. É que a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é estabelecida exclusivamente por normas constitucionais (arts. 105 e 102 da CF/1988, respectivamente), e não há, entre elas, qualquer disposição que atribua a esses tribunais de superposição competência para conhecer originariamente deste incidente processual. Assim, em grau de recurso só será possível a instauração do incidente em grau recursal quando se esteja nas instâncias ordinárias, o que limita o cabimento do recurso, na hipótese, ao grau da apelação. Mas, é possível em recurso ordinário constitucional, caso em que será possível instaurá-lo perante o STJ ou o STF, sendo certo que essas Cortes também poderão processar o incidente nos processos de sua competência originária (WAMBIER et. al., 2015, p. 382).

A instauração do incidente suspende o processo, quando feita no curso da ação (art. 134, §3º). No entanto, nem sempre haverá a instauração do incidente. Isto porque o mesmo art. 134, em seu §2º, dispensa 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. Nesse caso, obviamente, não haverá a suspensão do processo.

Ocorrendo esse requerimento originário, a demanda terá sido proposta em face do indigitado devedor da obrigação (seja a sociedade, seja o sócio) e, também, em face de terceiro (o sócio ou a sociedade, conforme o caso) que, não obstante

estranho à relação obrigacional deduzida no processo, pode ser considerado também responsável pelo pagamento. Formar-se-á, aí, então, um litisconsórcio passivo originário entre a sociedade e o sócio. E em razão desse litisconsórcio originário não haverá qualquer motivo para a instauração do incidente. “Afim, nesse feito a pretensão à desconsideração integrará o próprio objeto do processo, cabendo ao juiz, ao proferir decisão sobre o ponto, acolher ou rejeitar tal pretensão” (WAMBIER et. al., 2015, p. 377).

Sendo originário o litisconsórcio entre sociedade e sócio, não haveria como tratar o indigitado responsável (não devedor), seja ele o sócio, seja a sociedade (no caso de desconsideração inversa), como terceiro, motivo pelo qual não haveria qualquer sentido em instaurar-se um incidente que tem por fim promover uma intervenção de terceiro. Ressalvado este caso, porém, a instauração do incidente é obrigatória para que se possa ampliar subjetivamente o processo e, com isso, legitimar-se a decisão que determina que a execução contra a sociedade atinja o patrimônio do sócio (ou vice-versa). (WAMBIER et. al., 2015, p. 377)

O texto do dispositivo, assim, tem a vantagem de deixar claro que no caso de pretensão à desconsideração deduzida originariamente, na petição inicial, seu exame se dará juntamente com o das demais pretensões, sem necessidade de se resolver esta questão primeiro para que só depois seja possível tratar-se das demais questões suscitadas no processo.

O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 134, §4º. Significa dizer que, na petição de requerimento de desconsideração da personalidade jurídica (seja inicial ou intermediária), incumbirá ao requerente apresentar elementos mínimos de prova de que estão presentes os requisitos para a desconsideração (os quais serão os estabelecidos na lei material) (SARTORI; SCHNEIDER, 2016).

É preciso, então, que sejam fornecidos elementos de prova que permitam ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca da presença de tais requisitos.

Incumbirá ao juiz, pois, exercer cognição sumária, a fim de afirmar se é ou não provável a existência dos requisitos da desconsideração. Não estando presentes tais elementos, e não se podendo sequer afirmar que é provável o preenchimento dos requisitos da desconsideração, deverá o juiz indeferir liminarmente o incidente, não chegando o mesmo a instaurar-se. (WAMBIER et. al., 2015, p. 378)

Esta decisão de rejeição liminar, porém, não pode ser proferida sem que se observe, em relação ao requerente, o princípio do contraditório, cuja observância é indispensável para que se respeite o modelo constitucional do processo civil brasileiro e, por conseguinte, se assegure a legitimidade democrática da decisão judicial.

Desse modo, caso o juiz receba a petição de requerimento de desconsideração da personalidade jurídica e não consiga, desde logo, formar esse juízo de probabilidade, deverá dar ao requerente oportunidade para manifestar-se especificamente sobre a possibilidade de vir o requerimento a ser liminarmente indeferido para, só depois, proferir sua decisão, nos termos dos arts. 9.º e 10 do CPC, dispositivos que reforçam a necessária observância do contraditório pleno e efetivo (SARTORI; SCHNEIDER, 2016).

Nesse sentido, ao analisar a petição de requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, não encontrando o juiz elementos que lhe permitam formar juízo de probabilidade acerca da presença dos requisitos da desconsideração, deverá dar vista ao requerente, para que este tenha a oportunidade de demonstrar que tais requisitos estão presentes.

Importante que se diga que a petição de requerimento de instauração do incidente deverá conter, também, a indicação das provas que o requerente eventualmente pretenda produzir, caso suas alegações sobre fatos se tornem controvertidas após a manifestação do requerido. Tal exigência resulta do necessário tratamento isonômico entre as partes, já que o art. 135 estabelece análoga exigência para o requerido (WAMBIER et. al., 2015, p. 379).

O art. 135 prevê que, 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.

Foi muito feliz o Código ao estabelecer a necessidade de citação do sócio (ou da sociedade, nos casos de desconsideração inversa), o que afasta definitivamente entendimento jurisprudencial, que se consolidara ao tempo da legislação processual anterior, no sentido de que sua intimação seria suficiente para assegurar a observância do contraditório e da ampla defesa (como decidiu, por exemplo, o STJ na apreciação do REsp 1193789/SP, j. 25.06.2013, rel. Min. Raul Araújo). [...] É que só pela citação se adquire a posição de parte no processo [...]. (WAMBIER et. al., 2015, p. 380)

Impõe-se, pois, a citação daquele cujo patrimônio se pretende, com a desconsideração, alcançar, de forma a viabilizar sua efetiva participação, em contraditório, no procedimento de produção da decisão acerca da desconsideração da personalidade jurídica. Sem esse pleno contraditório a decisão que se venha a produzir será ilegítima se examinada à luz do modelo constitucional de processo civil, o que implica dizer que a mesma será absolutamente nula (SARTORI; SCHNEIDER, 2016).

Assim, regularmente citado o requerido, terá ele o prazo de quinze dias para se manifestar, apresentando sua defesa. Nesta manifestação, aliás, incumbirá ao requerido indicar as provas que pretende produzir no incidente.

Poderá, então, haver necessidade de instrução probatória, a qual se desenvolverá no próprio procedimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Todos os meios de prova, típicos ou atípicos (desde que moralmente legítimos) poderão ser produzidos, já que a decisão acerca da desconconsideração deve basear-se em cognição exauriente (WAMBIER et. al., 2015, p. 381).

Concluída a instrução, se esta for necessária, o IDPJ será resolvido por decisão interlocutória. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. É o que diz o art. 136 do novo diploma processual.

Nesse tocante, é mister ressaltar que o artigo 203 do novo CPC traz mudanças significativas ao conceito de sentença e de decisão interlocutória, pois a sentença volta a ser entendida como o pronunciamento judicial que coloca fim ao processo ou a quaisquer de suas fases; enquanto que decisão interlocutória passa a ser os demais pronunciamentos decisórios sem a característica do encerramento de qualquer fase (SARTORI; SCHNEIDER, 2016).

Logo, se a decisão que desconSIDERA a personalidade jurídica for proferida no IDPJ durante o curso do processo, o recurso cabível será o agravo de instrumento, conforme dispõe o art. 1.015, inciso VI do novo CPC.

Porém, na hipótese do art. 134, §2º, se a desconSIDERAÇÃO (ou não) da personalidade jurídica sobrevier apenas na sentença, considerada como a decisão que põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extinguindo a execução, nos termos do art. 203, §1º, então cabível será a apelação (MEDINA, 2015, p. 140).

Tal situação poderia se dar, por exemplo, na hipótese de o juiz mandar citar o sócio, mas, ao final da instrução, reconhecer preliminar de ilegitimidade *ad causam*, não desconSIDERANDO a personalidade jurídica da empresa, portanto. Destarte, deve-se estar atendo aos novos conceitos de sentença e de decisão interlocutória trazidos pelo novo CPC, que alteram profundamente o tratamento da matéria.

Instaurando-se o incidente originariamente perante um tribunal, incumbirá ao relator processá-lo e decidi-lo monocraticamente. Há, aliás, expressa disposição neste sentido (art. 932,VI). Caberá, ainda, ao relator, conduzir toda a instrução probatória (art. 932, I), não obstante seja possível a expedição de carta de ordem para que um juízo de primeira instância colha alguma prova (art. 69, IV, combinado com o art. 69, § 2.º, II, do CPC). Concluída a instrução probatória que se faça necessária, incumbirá ao relator decidir, monocraticamente, o incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica. De tal decisão caberá agravo interno, nos termos do disposto no parágrafo que ora se comenta, combinado com o art. 1.021 do CPC.

De qualquer modo, a decisão de mérito proferida no incidente (assim entendida a decisão que resolve o mérito próprio do incidente, isto é, que acolhe ou rejeita a pretensão de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica) fará coisa julgada material,

tornando-se imutável e indiscutível. Após seu trânsito em julgado, só será possível desconstituí-la por meio de ação rescisória, nos casos previstos no art. 966 do CPC.

Procedente o incidente, o membro da pessoa jurídica passa a ser parte no processo, e não terceiro. Em relação aos sócios e administradores, Tartuce (2015) entende que o novo Código pecou por mencionar apenas os sócios e não os administradores da empresa, sendo viável fazer uma interpretação extensiva para também incluí-los.

Assim, os sócios passam a compor o polo passivo da demanda, devendo ser tratados como partes, e não como terceiros. Tal afirmação defere-se da leitura do art. 674 do novo *Codex*, porquanto define como legitimado para opor Embargos de terceiros quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte. Corrobora com esse entendimento o art. 790, inciso VII, o qual enuncia que ficam sujeitos à execução os bens do responsável nos casos de desconsideração da personalidade jurídica (SARTORI; SCHNEIDER, 2016).

Logo, havendo a desconsideração da personalidade jurídica, o membro ou a pessoa jurídica responsável passa a ser parte do processo, sendo que sua defesa deverá se dar dentro do procedimento instituído, já que o escopo da nova lei é justamente garantir-lhe o contraditório e a ampla defesa.

Insta ressaltar, ainda, que o art. 137, do novo CPC, determina que “acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente” (BRASIL, 2015).

A decisão que acolhe a pretensão de desconsideração da personalidade jurídica produz dois efeitos processuais. O primeiro deles, mencionado pouco acima, é a extensão da responsabilidade patrimonial a um responsável não devedor (o sócio ou, nos casos de desconsideração inversa, a sociedade). O segundo efeito processual dessa decisão é a ineficácia, em relação ao requerente, de atos de alienação ou oneração de bens realizada pelo requerido, desde que presentes os demais requisitos para a configuração da fraude de execução. (WAMBIER et. al., 2015, p. 383)

Nesse sentido, o art. 792, §3º, do novo Código, dispõe 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” (BRASIL, 2015). A citação referida no dispositivo é aquela prevista no art. 135 do CPC/2015: citado o sócio ou a pessoa jurídica para manifestar-se sobre o pedido de desconsideração, o ato de alienação ou oneração de bens poderá ser considerado em fraude à execução, observadas as demais condições previstas no artigo 792 do CPC/2015 (MEDINA, 2015, p. 702).

O artigo 795, do CPC/2015, também traz disposições de suma importância, reafirmando a autonomia da pessoa jurídica, pois, como regra, os bens dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, salvo por força de lei (MEDINA, 2015, p. 704). Logo, para a desconsideração da personalidade jurídica, é obrigatória a observância do incidente previsto nesse Código.

A decisão que acolhe o incidente decreta a desconsideração da personalidade jurídica e, pois, produz o efeito de permitir a extensão da responsabilidade patrimonial de modo a atingir os bens do sócio pelas dívidas da sociedade (ou, ao contrário, permite atingir os bens da sociedade pelas dívidas do sócio, nos casos de desconsideração inversa).

Fica claro, assim, que, com a decisão que desconsidera a personalidade jurídica, haverá uma extensão da responsabilidade patrimonial aos demais responsáveis pelo cumprimento da obrigação, cujos patrimônios poderão ser alvo da execução (WAMBIER et. al., 2015, p. 383).

Tartuce (2015) tece uma pequena crítica ao novo *Codex*, pelo fato de não ter incluído expressamente a “teoria de sucessão de empresas”, a qual constitui uma evolução da teoria da desconsideração, aplicável nos casos de abuso da personalidade jurídica em que for patente a ocorrência de fraude por meio de outra pessoa jurídica.

Por fim, não obstante ser exemplo de intervenção de terceiro, admite-se a instauração do IDPJ no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Nesse sentido, o artigo 1.062 do novo diploma processual prevê expressamente que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos Juizados Especiais. “Como o incidente não traz grandes complexidades, não haveria qualquer óbice para a sua incidência nesses processos, constituindo-se em um importante mecanismo que afasta a má-fé e pune os maus sócios e administradores” (TARTUCE, 2015).

No âmbito da Justiça Trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, através da Resolução n.º 203, que editou a Instrução Normativa n.º 39, para dispor sobre as normas da nova lei processual civil aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, determinou:

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).

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2016)

Já quanto à seara tributária, mais especificamente em relação à execução fiscal, a questão não é tão confortável. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) manifestou-se pela não aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais. É o que se verifica do Enunciado n. 53: “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015” (ENFAM, 2015).

A discussão gira em torno da responsabilidade tributária regulada no art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN) não constituir hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim de responsabilidade pessoal dos sujeitos arrolados no dispositivo (GRUPENMACHER, 2016). Dessa forma, não se submeteria ao incidente previsto no art. 133 do novo Código de Processo Civil.

Há ainda o argumento de que o IDPJ seria incompatível com a sistemática e a celeridade que devem ter as execuções fiscais. No entanto, Grupenmacher (2015) refuta esse entendimento argumentando que, decisivamente, o IDPJ não é incompatível com o rito das execuções fiscais, pois o que é certamente incompatível com o rito das execuções fiscais e também com o de todos os demais processos judiciais é a inobservância de garantias fundamentais, entre as quais o direito ao contraditório, o direito à ampla defesa e o direito à segurança jurídica.

Decerto, as hipóteses do art. 135 do CTN não são hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica. Contudo, o objetivo do presente estudo não é analisar referida controvérsia, que merece uma análise mais aprofundada. Não obstante, não há como não concordar com Grupenmacher (2015, 2016) quando esta diz que tal argumento não afasta a aplicação do IDPJ às execuções fiscais, pois se deve conferir o contraditório e a oportunidade de defesa também neste procedimento, por exigência constitucional.

Fato é que, diante do devido processo legal, da necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa em todos os procedimentos, parece ser inadmissível que se atinja o patrimônio de terceiros, ainda que sócios ou administradores, expropriando seus bens, sem que a estes tenha sido conferida a possibilidade de se defender, produzir provas e influenciar ativamente naquela decisão judicial.

4 CONCLUSÃO

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é, portanto, um avanço que imprimirá maior segurança e certeza ao processo, pois, embora exista a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica há muito tempo na legislação material, não havia a previsão legal referente ao seu procedimento, o que gerava sérias violações aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, desse modo, é claramente um reflexo da constitucionalização do processo civil e do escopo do novo *Codex* de atender principalmente ao art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e fazer do processo um sistema interacional e dialético.

Com a expressa previsão do incidente, o sócio (ou a sociedade, na desconsideração de forma “inversa”) além de citado, poderá exercer as posições jurídicas inerentes ao processo justo e, com isso, influir sobre o convencimento do juiz, através de alegações, requerimentos de provas, participação na sua produção, consideração sobre seus resultados, etc., propiciando sua participação real e o poder de influenciar a decisão do órgão jurisdicional, em consagração à dimensão substancial do contraditório.

A participação das partes interessadas na formação da decisão confere legitimidade ao exercício da jurisdição, porquanto é inaceitável a imposição de uma decisão definitiva a alguém sem dar a este o direito de participar e influenciar nessa decisão. Se ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, então é essencial que se permita, àquele que está na iminência de ser privado de um bem, ser chamado a debater no processo se é ou não legítimo que seu patrimônio seja alcançado por força da desconsideração da personalidade jurídica.

Por certo, antes da decisão judicial que aplicar a sanção de desconsideração da personalidade jurídica, deverá ser, obrigatoriamente, observado o procedimento previsto pelo novo diploma processual civil, pois o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2130187-77.2014.8.26.0000, 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ruy Coppola. *Diário de Justiça*, São Paulo, 21 ago. 2014.

_____. Tribunal De Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento 1.223.754-6, 11 Vara Única do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Juiz de Direito substituto em 2º grau Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira. *Diário de Justiça*, Curitiba, 04 fev. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n.º 203, de 15 de março 2016. Edita a Instrução Normativa n.º 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, e-book.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, v.1.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Enunciado n. 53. In: Seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC”, Brasília, ago 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

FIUZA, César. *O Direito Civil e o novo CPC*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, e-book.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Magistrados reunidos aprovam enunciado contra o direito de defesa e o contraditório. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 3 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-03/betina-grupenmacher-juizes-criam-enunciado-contraditorio>>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. A aplicação do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, previsto no novo Código de Processo Civil aos processos judiciais e administrativos em matéria tributária. *Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET)*, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Betina-Treiger-Grupenmacher.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC de 1973*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, e-book.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARTORI, Ellen Carina Mattias. SCHNEIDER, Caroline. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a consagração ao princípio constitucional do contraditório no Novo Código de Processo Civil. In: VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (SIACRID), Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, 2016, Jacarezinho. *Anais eletrônicos...* Jacarezinho: UENP, 2016. Disponível em: <<http://siacrid.com.br/2016/o-evento>> (pendente de publicação). Acesso em: 10 out. 2016.

SILVA, Blecaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório substancial no projeto do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre, et al (Org). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Lei de Introdução e Parte Geral. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014, v. 1, e-book.

_____. *Impactos do novo CPC no Direito Civil*. São Paulo: Método, 2015, e-book.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 55 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1, e-book.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, e-book.