

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CPC: Aspectos procedimentais e o devido processo constitucional

THE DISCONSIDERATION OF LEGAL PERSONALITY IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: Procedural aspects and the due constitutional process

Helena Guimarães Barreto^{1*}

Resumo

O Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. A necessidade de observar o Devido Processo Constitucional. A aplicação de qualquer sanção que incida na esfera de direitos de uma pessoa exige um procedimento processualizado.

Palavras-chave: Devido Processo Constitucional. Função Social. Personalidade Jurídica. Procedimento. Sanção.

Abstract

The New Code of Civil Procedure and the Legal Personality Disregard Incident. The need to observe the Due Constitutional Process. The application of any sanction that affects the sphere of a person's rights requires a procedural procedure.

Keywords: Due Constitutional Process. Social Role. Legal Personality. Procedure. Sanction.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O NOVO CPC (Lei nº 13.105/15) inovou em nosso ordenamento jurídico² ao fazer a previsão acerca do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica. Até a edição

Artigo submetido em 15 de abril de 2020 e aprovado em 28 de agosto de 2020

* Mestre em Direito Processual pela PUCMinas. Coordenadora Acadêmica da Pós-Graduação do Instituto Pró Jurídico Democrático (IPROJUDE). Professora Assistente I de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil I e II da PUCMinas. Professora de Direito Processual Civil da Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Lecionou Direito Processual Civil nos Cursos de Pós-Graduação: do Centro de Atualização em Direito (CAD/FUMEC); da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC); do Instituto Elpídio Donizetti (IED); da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES); do IDDE - Instituto para o Desenvolvimento Democrático/Universidade de Coimbra – Portugal. Lecionou Processo Civil na Fundação da Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais (FESMPMG). Advogada.

² Apesar do NOVO CPC ser o primeiro instrumento jurídico a processualizar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o Projeto de Lei nº 2.426/2003, que tramitou mais de 10 (dez) anos no Congresso Nacional e foi arquivado, tendo em vista a incorporação de vários dos seus dispositivos pelo NOVO CPC, tentou regulamentar a aplicação do instituto. Em síntese, o referido Projeto apresentou as seguintes diferenças em

do Novo Código de Processo Civil havia previsão apenas do direito material aplicável,³ não existindo normas de direito processual que regulamentassem a aplicação do instituto em um processo judicial.

A ausência de previsão legal de um procedimento para a decisão do magistrado que decreta a desconsideração da personalidade jurídica gerava insegurança jurídica e, em alguns casos, violação ao devido processo legal, tendo em vista a diversidade dos critérios adotados, inclusive com a decretação de ofício e sem a citação dos sócios.

Antes de abordarmos os aspectos procedimentais do incidente, teceremos breves considerações acerca da relação entre a desconsideração da personalidade jurídica e a indispensabilidade de um procedimento processualizado⁴ para aplicação de qualquer sanção que incida na esfera de direitos de uma pessoa, seja ela natural ou jurídica.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA PESSOA JURÍDICA, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE E O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O direito fundamental de propriedade, ao ser exercido no âmbito da livre iniciativa (art. 5, “caput” c/c inciso XXII e art. 170, III, ambos da CF/88), na maioria das vezes, é instrumentalizado através de uma pessoa jurídica – “ente moral (entidade) criado pelo ser humano, ao qual o ordenamento jurídico atribui personalidade” (QUEIROZ, 2010, p. 62).

A existência de uma personalidade distinta para a pessoa jurídica enseja um incentivo aos particulares no desempenho das atividades econômicas, pois há uma distinção entre o

relação ao NOVO CPC: (1) Previsão *expressa* da aplicação da desconsideração para a justiça comum e para a justiça do trabalho; (2) Possibilidade do juiz aplicar a desconsideração de ofício; (3) O requerimento de postulação da desconsideração deveria indicar necessariamente os atos praticados e as pessoas dela beneficiadas. (4) A instauração do incidente seria feita em autos apartados; (5) “A mera inexistência ou insuficiência de patrimônio” não autorizaria a desconsideração.

³ Na legislação brasileira, há a previsão em quatro dispositivos legais acerca da desconsideração da personalidade jurídica, variando os requisitos para sua aplicação: (1) No Código Civil (art. 50), o requisito é o abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, denominada de teoria maior; (2) No Código de Defesa do Consumidor (art. 28) – teoria menor, basta o simples prejuízo sofrido pelo credor, tendo em vista a vulnerabilidade e a hipossuficiência dos consumidores; (3) Art. 4º da Lei nº 9.605/98 (Proteção ao Meio Ambiente), que também adotou a teoria menor para os danos ambientais, pois autoriza a desconsideração quando a personalidade da pessoa jurídica constituir “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”; (4) Art. 34 da Lei nº 12.529/11 (Infrações da Ordem Econômica) prevê a desconsideração nos casos de “abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social” e também “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Conforme ressalta Queiroz (2010, p. 75): “Todos os regramentos coexistirão harmoniosamente e serão aplicados a depender do caso concreto”, para tanto o “Enunciado nº 51, aprovado na I Jornada de Direito Civil: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no Novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas e na construção jurídica sobre o tema.”

⁴ Conforme estipula o artigo 5º, inciso LIV, da nossa CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (g.n.)

patrimônio da pessoa jurídica e das pessoas naturais que a integram, sendo que “primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica” serão executados (TARTUCE, 2013, p. 149); é o denominado princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas (art. 1024 do CCivil).⁵

A personalidade jurídica é a “manifestação do direito de propriedade, devendo, da mesma maneira, obedecer à sua função social (GUIMARÃES, 1998, p. 24)”, ou seja, como todo direito fundamental, o direito de propriedade não é absoluto e sofre restrições, dentre elas a sua função social (art. 170, IV, CF/88), daí a denominação pela doutrina de **função social da pessoa jurídica**.⁶

A função social da pessoa jurídica decorre da própria mudança de paradigma do Direito Civil com a Constituição de 1988 em que a dignidade da pessoa humana passa a ser o fundamento de todo o ordenamento jurídico (art. 1, III, CF/88).⁷ Logo, o Código Civil de 2002 é caracterizado pela *despatrimonialização* em contraponto ao Código Civil de 1916 inspirado no liberalismo, em que o patrimônio era o eixo central do ordenamento jurídico e o direito de propriedade era visto, segundo Fernandes (2012, p. 1256), como “uma emanção das potencialidades subjetivas do indivíduo”, não havendo a previsão legal de “um poder-dever que se volta tanto para o atendimento do interesse privado de seu titular (privado) quanto ao interesse coletivo (público)”, ou seja, dissociado de qualquer relação com a função social e a dignidade.

Dessa forma, caso a pessoa jurídica que deve ser criada para consecução de fins lícitos acolhidos pelo Direito, seja utilizada para a prática de negociações fraudulentas ou *dissociadas da sua finalidade*, incluindo a sua função social, restará caracterizado o “abuso de

⁵ Apesar de destacarmos a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica que atua na atividade econômica (sociedades), por ser o mais usual na vida cotidiana, não podemos olvidar que o instituto se aplica para qualquer pessoa jurídica de direito privado, mesmo que “sem fins lucrativos ou de fins não econômicos” (Enunciado nº 284 do Conselho de Justiça Federal – CJF).

⁶ Em um Estado Democrático de Direito “não é possível se conceber a real situação da pessoa jurídica” sem “a exigência do cumprimento de sua função social”, “o que significa atribuir a ela responsabilidade social e conteúdo ético aos seus atos. Sem atenção a esse imperativo, a pessoa jurídica não fará jus à proteção que também lhe é deferida pelo ordenamento jurídico” (QUEIROZ, 2010, p. 62).

⁷ Sarlet (2009, p. 78) denomina a dignidade da pessoa humana como “a condição de valor jurídico fundamental da comunidade” e com fulcro nos ensinamentos da civilista Judith Martins Costa enuncia que na “qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui autêntico valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico” e acrescenta que “para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchsteswertsetzendes Verfassungsprinzip*)”.

direito⁸ associativo” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 308), com a possibilidade de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica para alcançar o patrimônio dos seus integrantes,⁹ havendo quatro diplomas legais¹⁰ que a regulamentam.

Como a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto é uma exceção e não a regra geral, sendo que na teoria maior é uma sanção pelo mau uso do direito associativo, imperioso a observância de um procedimento que respeite os direitos fundamentais processuais de participação (contraditório; ampla defesa e isonomia), sob pena de franca e direta agressão ao devido processo legal.

No Estado Democrático de Direito, os cidadãos não são mais meros espectadores (sujeito passivo) dos assuntos que lhes interessam e das comunidades de que participam. No mundo atual (século XXI), caracterizado pelo pluralismo de projetos de vida e pela diversidade cultural, a dignidade passa a ser vista (SARLET, 2009, p. 67) como uma “qualidade intrínseca e distintiva” pertencente a cada ser humano que enseja e promove **“sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos**, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”¹¹. (g.n.)

Nessa esteira, em que a dignidade se acopla ao conceito de participação, reside à própria noção de legitimidade¹² do direito na democracia e ao contrário dos ordenamentos

⁸ Conforme enfatizado na nota de rodapé nº 3, a teoria menor não necessita da prova do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nem mesmo de elemento probatório identificador da conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica, basta a mera insolvência da pessoa jurídica inadimplente. Sendo assim, conclui-se que nem toda desconsideração da personalidade jurídica baseia-se no abuso de direito, podendo ter como fundamento, segundo Negri (2008, p. 185), a redistribuição do risco empresarial entre a pessoa jurídica e seus credores, pois o risco é normal às atividades econômicas, não podendo ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas sim pelos seus membros, ainda que estes demonstrem conduta proba.

⁹ Ressalte-se que a desconsideração “não induz à anulação da personalidade ou despersonalização, tampouco o desfazimento do ato constitutivo da pessoa jurídica, mas tão somente ao desprezo episódico, temporário, eventual daquela personalidade jurídica que se prestou a encobrir a prática de atos abusivos”, ou seja, “é um instrumento de superação episódica da personalidade jurídica diante de um caso concreto” (QUEIROZ, 2010, p. 74 e 75).

¹⁰ Vide nota de rodapé nº 3.

¹¹ A sociedade atual, ao contrário das formas de organizações primitivas, “já não aceita profetas com suas tábuas de leis. Quer fazer o seu destino e quer ser agente da sua história. Seus conflitos são trazidos à luz do dia e resolvem-se no jogo das pressões e contradições” (GONÇALVES, 1992, p. 11). Daí o conceito de cidadania como um vínculo jurídico “que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política” (LEAL, 2002, p. 77). Importante destacarmos que o pluralismo e o multiculturalismo são fenômenos constitutivos da própria democracia, daí a noção de participação e inclusão social, pois “o Estado Democrático de Direito não pode eliminar qualquer projeto ou qualquer valor, mas, ao contrário, deve reconhecer todos os projetos de vida, inclusive os minoritários igualmente valiosos para a formação da auto-identidade da sociedade” (GALUPPO, 2002, p. 21).

¹² A legitimidade será utilizada neste artigo por meio de um conceito didático, como sendo sinônimo de validade, ou seja, o porquê de se obedecer.

jurídicos autocráticos em que a validade do direito se baseia na força (coerção), a *obediência à lei* tem fundamento no destinatário do ordenamento jurídico se reconhecer coautor deste ordenamento, implementada através da garantia de participação interpretativa da norma jurídica **abstrata** que irá incidir sobre sua esfera de direitos.¹³

Com base na teoria neoinstitucionalista,¹⁴ em outra obra esclarecemos que

não é qualquer espaço (praça pública, auditório de programa de televisão, circo, estádio de futebol, sambódromo) que viabiliza a construção de uma sociedade democrática, mas apenas um espaço linguístico demarcado juridicamente pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, pois, dessa forma, os argumentos (opiniões) poderão ser manifestados em igualdade de oportunidades (contraditório); com mesmo tempo de fala (isonomia) e possibilidade de exaurimento plenos (ampla defesa). (BARRETO, 2007, p. 51)

O “espaço linguístico” acima destacado se implementa por meio da instituição do Devido Processo Constitucional,¹⁵ seja na esfera pública ou privada.¹⁶

Transpondo os conceitos acima desenvolvidos para o processo judicial, a legitimidade de uma decisão judicial, na democracia, baseia-se na participação dos destinatários na preparação do provimento final,¹⁷ ou seja, qualquer decisão que possa gerar efeitos na universalidade de direitos de uma pessoa, interferindo de forma imperativa em seu patrimônio, exige que se garanta ao destinatário a oportunidade de participar, de que seus argumentos e provas sejam analisados e valorados pelo órgão julgador.¹⁸

¹³ Cf. Habermas (1997, p. 309); Leal (2010, p. 59) e Almeida (2005, p. 77).

¹⁴ Cf. Leal (2013).

¹⁵ Entende-se por “Devido Processo Constitucional” a instituição jurídica prevista na Constituição de um Estado informada por institutos e princípios que ensejam a legitimidade (validade) e operacionalidade (efetividade) da democracia (LEAL, 2013, p. 103-105). Dentre os princípios processuais destacam-se o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Nesse contexto, a doutrina utiliza a expressão Modelo Constitucional de Processo como o conjunto de princípios e garantias processuais previstas na CF/88 (destacando-se o devido processo legal) que servirão de base para todos os procedimentos de preparação de uma decisão jurídica. No âmbito do Estado, ele “informa e orienta o processo jurisdicional, o processo legislativo e o processo administrativo”, sendo que qualquer decisão do Estado que não o observe será considerada ilegítima (BRÊTAS, 2012, p. 35).

¹⁶ A concepção de que o Devido Processo Constitucional só deve ser aplicado no âmbito da relação entre o Estado e os particulares (esfera pública) já não mais encontra guarida no Estado Democrático, tanto que o STF, em dois julgados envolvendo relações entre particulares (esfera privada), determinou a observância do devido processo legal para imposição de sanção (exclusão) de associados. (RE nº 158.215-4/RS, DJ de 07.06.1997 e RE nº 201.819/RJ, DJ de 27.10.2006). É a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

¹⁷ A palavra provimento (*provvedimento*) é utilizada em todo o texto como sinônimo de decisão judicial, na linha do entendimento da doutrina processual italiana (Cf. BRÊTAS, 2010, p. 34).

¹⁸ Bahia e Nunes (2010, p. 88), com esquete em Habermas e Cattoni de Oliveira, esclarecem como se efetiva a relação entre a norma jurídica positivada e a interpretação pelo destinatário no processo judicial que culmina com o provimento final: “Habermas nos esclarece a respeito da tensão existente entre a ‘faticidade’ e a ‘validade’ na jurisdição: *entre segurança jurídica (positividade do Direito)* e a pretensão de gerar *decisões corretas* (legitimidade): uma decisão judicial deve levar em conta o ordenamento (justificação interna), como repositório das expectativas de comportamento que foram estabilizadas, seja pelo legislador, seja pelo Judiciário

Nessa perspectiva democrática, o contraditório teve o seu núcleo central revisitado, deixando de ser a mera bilateralidade da audiência (garantia estática), apenas o dizer e o contradizer entre as partes; por exemplo: a parte autora, na petição inicial, deduz a pretensão e o réu na contestação refuta – para se tornar uma garantia dinâmica de participação, exigindo-se mais do que a mera permissão da parte de ser ouvida e se manifestar, mas uma participação que possa influenciar no conteúdo da decisão.

Daí a concepção moderna do contraditório como garantia de participação dinâmica no desenvolvimento e resultado do processo (garantia de influência), bem como garantia de não surpresa, ou seja, os fundamentos da decisão judicial devem refletir os argumentos e provas compartilhados pelos sujeitos processuais em todo o *iter* procedimental.¹⁹ Logo, há um dever do juiz “de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes” (NUNES, 2004, p. 51).

Nessa linha de raciocínio, foram elaborados os arts. 7º, 9º, 10 e 489, §1º,²⁰ do NOVO CPC que, em apertada síntese e respectivamente, estabelecem o dever do juiz de zelar pelo

(ou ainda pela tradição e costumes). Ao mesmo tempo, no entanto, a decisão reclama aceitabilidade racional (justificação externa). Para isso há que se atentar não apenas para a qualidade dos argumentos, mas também para a própria estrutura do procedimento argumentativo que leva à decisão, de forma a garantir a igual participação dos afetados pela decisão, sem coerções (validade), a despeito da limitação de tempo (faticidade). Para que uma decisão judicial possua certeza e aceitabilidade racional deve cumprir duas condições: fundamentação interna, isto é, conceber-se o Direito como um conjunto principiológico de normas e fundamentação externa, legitimidade que garanta aceitabilidade à decisão verificada pela observância de um procedimento que haja garantido igual participação, em contraditório.”

¹⁹ Isso não significa obviamente que o magistrado, representante do Estado e prolator da decisão judicial, deverá acolher todos os argumentos das partes, mas fica obrigado a refutar todos os argumentos da parte vencida, pois os destinatários do provimento jurisdicional “poderão saber que têm um direito assegurado, que não são condenados e não têm seus supostos direitos rejeitados em nome de qualquer outro nome, a não ser em nome do Direito, do Direito que a própria sociedade formulou e do Direito cuja existência foi por ela consentida” (GONÇALVES, 1992, p. 188), e ousamos complementar: e em nome do Direito por eles (destinatários) interpretado.

²⁰ “**Art. 7º** 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 zelar pelo efetivo contraditório.**” “**Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.** Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701” (tutela de evidência da ação monitória). “**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 deva decidir de ofício.” “**Art. 489.** São elementos essenciais da sentença: §1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão,** que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; **IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada**

contraditório; a obrigatoriedade da parte de ser previamente ouvida antes de qualquer decisão, salvo as tutelas provisórias (urgência e evidência); vedação do magistrado de decidir com base em fundamento no qual as partes não se manifestaram; inexistência de fundamentação da decisão judicial “que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, §1, IV, NOVO CPC).²¹

Nesse contexto, digno de aplausos, a previsão no NOVO CPC de um incidente processualizado para a desconsideração da personalidade jurídica, pois a decisão judicial que a decreta interferirá de forma imperativa no patrimônio dos seus membros, o que na democracia só se legitima se houver a observância do Devido Processo Constitucional.²²

3 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (g.n.)

²¹ Infelizmente o maior avanço científico engendrado no NOVO CPC (Art. 489, §1) foi objeto de um documento assinado por várias entidades nacionais de magistrados, dentre elas, a AJUFE (Associação Nacional dos Juízes Federais) com o intuito de que a Presidenta Dilma Rousseff o vetasse. O principal fundamento do documento é o obstáculo à duração razoável do processo gerado pelo art. 489, § 1º, tendo em vista a exigência da fundamentação das decisões judiciais com base nos argumentos e provas compartilhados no procedimento. Só que para o bem da comunidade jurídica e do povo brasileiro, de quem todo o poder emana (art. 1º único, CF/88), o artigo não foi objeto de veto presidencial. Em contrapartida, a ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados) editou alguns enunciados (recomendações) acerca do art. 489 do NOVO CPC, e dentre eles destacam-se o Enunciado nº 01: “Entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.” e o Enunciado nº 13: “O art. 489, §1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.” Talvez, tenha sido uma tentativa da ENFAM de fazer valer o conteúdo do documento, já que não conseguiu o veto ao art. 489 (ainda bem), pois, caso ocorresse, seria um retrocesso para a democracia.

A questão da morosidade da função jurisdicional perpassa mais pela reforma na infraestrutura do Judiciário (número de juízes deve ser proporcional ao número de processos e da população, instalações físicas adequadas, servidores treinados) do que pela alteração legislativa. Não obstante a Lei nº 13.105/15 ter promulgado o primeiro código no regime democrático, o rito ordinário previsto no art. 282 e ss. do CPC/73, considerado o mais extenso do código revogado, caso fossem cumpridos todos os prazos, seria finalizado aproximadamente em 6 (seis) meses. Frise-se que segundo pesquisa do Ministério da Justiça (FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2015, p. 175) um processo no nosso Judiciário gasta em média 29 (vinte e nove meses) para terminar, sendo que 80% a 95% deste tempo os autos se encontram paralisados no cartório, aguardando movimentação; são as denominadas etapas mortas do processo. Interessante registrar que de todos os países europeus que sofreram reformas em suas legislações processuais recentes, a Alemanha destaca-se como um dos Judiciários mais eficientes e, segundo Brêtas (2012, p. 169), só foi punida 1 (uma) vez na Corte Europeia dos Direitos do Homem pela demora na entrega da prestação jurisdicional, ao contrário da Itália que chegou a ser punida 134 vezes. Ressalte-se que na Alemanha, a administração do Judiciário está relacionada aos mecanismos de *eficiência da gestão da coisa pública*, observado o Devido Processo Constitucional, não se limitando a alterações legislativas.

²² Ao contrário das democracias, as nações bárbaras desconheciam completamente o processo, caracterizando assim “a história das penas” (atividade de aplicação das sanções) como a “história dos horrores” (FERRAJOLI, 2014). Exemplo clássico da afirmativa era a sistemática da atividade executiva na Antiguidade, em que ocorrendo a inadimplência do devedor o seu corpo era repartido em tantas partes quanto fossem o número de credores (Lei das XII Tábuas).

O procedimento de desconsideração da personalidade jurídica vem previsto nos artigos 133 a 137 do NOVO CPC.

Em relação à **legitimidade**, o art. 133 do NOVO CPC prevê a instauração do incidente apenas “a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”.

O conceito de “parte”, em regra, abrange tanto o Autor na fase/processo²³ de conhecimento, quanto o Exequente na fase/processo de execução, mas nada impede que o Réu e o Executado tenham interesse em instaurar o incidente. Exemplo disso é a administração atual da pessoa jurídica requerer a desconsideração para que o sócio da administração anterior, que concorreu de forma fraudulenta no ato lesivo, responda com seu patrimônio pelo pagamento da dívida.²⁴

Além de Autor/Réu, Exequente/Executado, devemos registrar que, dependendo da espécie de intervenção, poderá o terceiro interveniente instaurar o incidente, como, por exemplo, o assistente (art. 119, *caput*, NOVO CPC).²⁵

No que tange ao Ministério Público, ele possui legitimidade tanto nas ações em que for parte, quanto nas ações que atua como *custus iuris/juris*.²⁶

Questão polêmica é a possibilidade do magistrado, de ofício, determinar a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.²⁷

Segundo Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 126) e de Pinho e Fonseca (2015, p. 957), a partir da literalidade do art. 133 do NOVO CPC conclui-se que o juiz não poderia instaurar o incidente de ofício, tendo como justificativa o princípio dispositivo e a inércia da função jurisdicional (art. 2º do NOVO CPC)!!!²⁸

²³ A expressão processo neste item do artigo será utilizada como sinônimo de ação judicial, tendo em vista a sua utilização na prática forense, apesar de sua inadequação científica, pois conforme discorrido no item 2 deste trabalho, o processo, no Estado Democrático de Direito é Instituição Jurídica Constitucionalizada, ao contrário de ação judicial, que é sinônimo de procedimento.

²⁴ A possibilidade da própria pessoa jurídica como parte ré ou executada requerer a desconsideração da personalidade jurídica é corroborada pelo Enunciado nº 285 do CJF: “A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor”.

²⁵ “Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.”

²⁶ A expressão *custus iuris/juris* veio substituir a denominação *custus legis* que se referia à atuação do Ministério Público como fiscal da lei nos processos judiciais, sob a égide do CPC de 73 (art. 82). A alteração da expressão em latim decorre da adequação do NOVO CPC (art. 178) ao art.127 da CF/88 que define o Ministério Público como defensor da “ordem jurídica”, ou seja, do ordenamento jurídico como um todo e não apenas da lei, acompanhando a consolidação do Ministério Público como Instituição Jurídica independente e não apenas um órgão do Estado atrelado ao Poder Executivo, como era na época de elaboração do CPC/73.

²⁷ Quanto à possibilidade de o juiz decretar de ofício a desconsideração da personalidade jurídica, há vedação expressa no art. 795, §4º, NOVO CPC; a polêmica refere-se à instauração do incidente.

²⁸ “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

Em sentido contrário, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 208) defendem a possibilidade da instauração de ofício pelo magistrado, “sempre que o direito material não exigir a iniciativa da parte para essa desconsideração”,²⁹ bem como seja respeitado o contraditório preventivo “já que essa é a finalidade essencial do incidente”.

Frise-se que o Projeto de Lei nº 2.426/2003 que serviu de base para elaboração dos arts. 133 a 137 do NOVO CPC previa a possibilidade da instauração de ofício, nos casos de execução “que possa ser iniciada pelo magistrado, sem qualquer provocação da parte (art. 2º, parágrafo único)”, o que estaria em “conformidade com o sistema, que admite o reconhecimento *ex officio* da fraude à execução e da simulação (art. 168, par. ún., CC-2002)” (DIDIER JR., 2012, p. 15).

É ressaltado que no Estado Democrático de Direito o papel do juiz é zelar pela observância dos princípios processuais constitucionais (contraditório; ampla defesa e isonomia)³⁰ que garantem a legitimidade das decisões judiciais; logo, a possibilidade do juiz agir de ofício, com a dispensa do contraditório preventivo, é restrita e ocorre apenas naquelas situações excepcionais em que a própria efetividade do direito que se busca tutelar corre risco, tese acolhida pelo NOVO CPC nos arts. 9º e 10º.³¹

A nosso ver, há a possibilidade do juiz determinar de ofício, em caráter excepcional, o incidente, desde que preenchidos dois pressupostos: (1) os requisitos previstos no direito material (art. 133, §1º do NOVO CPC),³² ex.: deverá constar nos autos a prova do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial nas hipóteses da teoria maior (art. 50 do CCivil); (2) excepcionalmente, naqueles casos em que a própria efetividade do direito que se buscar

²⁹ Apesar dos autores não terem especificado, as hipóteses ensejadoras da desconsideração de ofício seriam todas (CDC; Lei de Proteção ao Meio Ambiente e Lei de Infrações da Ordem Econômica), com exceção da teoria maior prevista no art. 50 do Código Civil que exige “requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo”.

³⁰ Gonçalves (1992, p. 195) atesta que “com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do ‘papel-missão’ do juiz para a garantia das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações”.

³¹ Vide nota de rodapé nº 20.

³² Art. 133. “§1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.”

tutelar na ação judicial corre risco (art. 5, XXXV, CF/88 e art. 3º, *caput*, NOVO CPC)³³ e, por conseguinte, exija um poder geral de cautela³⁴ do magistrado.

Justifica-se apenas a instauração de ofício do incidente se houver a necessidade da prática de um ato que envolva o poder geral de cautela pelo magistrado, pois caso ele não o pratique há risco para a efetividade do direito que se busca tutelar. Exemplo disso é uma ação de cobrança ajuizada por um credor da pessoa jurídica em que há prova nos autos da insolvência da pessoa jurídica e do início da dilapidação do patrimônio do sócio que agiu de forma fraudulenta, nada impede que o magistrado determine o arresto (poder geral de cautela) dos bens do sócio para satisfação da dívida.

Insta ressaltar que como o sócio não é parte na ação de cobrança, mas a pessoa jurídica, o magistrado não poderá determinar um arresto de um bem do sócio (poder geral de cautela) sem que ele seja parte na ação judicial; isso violaria a legitimidade das decisões judiciais e o próprio conceito de parte³⁵ na democracia. Sendo assim, a instauração do incidente que poderia ser feita de ofício teria como finalidade integrar o sócio no processo (art. 135 do NOVO CPC³⁶) para que, ato conseguinte, seja determinado o arresto, com fulcro no poder geral de cautela.³⁷

Não se pode olvidar que nos casos do poder geral de cautela, como há a dispensa do contraditório preventivo (art. 9º, NOVO CPC), para que não se viole a legitimidade da decisão judicial, deverá o juiz, após a concessão da decisão assecuratória de ofício, determinar

³³ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.”

³⁴ O poder geral de cautela é a possibilidade de o magistrado conceder de ofício medidas cautelares, ou seja, sem a oitiva das partes e era previsto no art. 798 do CPC de 73 e segundo Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 228) foi mantido no NOVO CPC (art. 297 c/c o art. 301).

“Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”

“Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.”

³⁵ Parte no processo judicial é todo aquele que poderá sofrer na sua esfera de direitos os efeitos de um provimento jurisdicional, daí a necessidade imperiosa de o magistrado fazer observar o contraditório preventivo antes de proferir qualquer decisão, só o postergando em caso de risco a efetividade do direito, arts. 7º e 9º do NOVO CPC. Para uma melhor compreensão do conceito de parte no Estado Democrático de Direito, ver o item 4 deste artigo.

³⁶ “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.”

³⁷ A possibilidade da prática de ofício pelo magistrado, em caráter excepcional, de atos de constrição no patrimônio de uma pessoa resta reforçada com a inserção nos deveres do juiz do **poder geral de efetivação das decisões judiciais** previsto no art. 139, IV, NOVO CPC: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - **determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial**, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;” (g.n.)

a intimação das partes para se manifestarem através do contraditório sucessivo/diferido/postecipado.³⁸

Entendemos que a justificativa - para o juiz determinar a instauração do incidente de ofício - reside no intuito do sócio integrar o processo para fins de aplicação do poder geral de cautela, pois não há como o magistrado determinar uma medida assecuratória que incida na esfera de direitos do sócio, sem que este seja parte no processo.

Sendo assim, defendemos que o magistrado só poderá instaurar o incidente de ofício, caso o direito que se busca tutelar corra risco de efetividade e que por ato consequente, depois de instaurado, pratique o poder geral de cautela.

Analisados os aspectos da legitimidade, passaremos agora para os atos do procedimento do incidente de desconconsideração.

Primeiramente, cumpre registrar que a desconconsideração é cabível “em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial” (art. 134, *caput*, NOVO CPC), pondo fim a uma polêmica doutrinária e jurisprudencial que entendia cabível apenas na execução, por se tratar de instituto similar a fraude de execução (FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2015, p. 127). Acertou o nosso legislador em prever para qualquer fase, inclusive em sede recursal, tendo em vista tratar-se de um incidente de natureza cognitiva.

Novidade interessante foi a incorporação legislativa (art. 133, §2º, NOVO CPC) do Enunciado nº 283 do CJF³⁹ ao prever a desconconsideração inversa com a possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica por dívidas dos sócios, instituto de aplicação prática no direito de família. Exemplo disso é o marido, réu na ação de divórcio, que transfere parte dos bens matrimoniais para a pessoa jurídica com o intuito de fraudar a partilha dos bens do casal. Neste caso, ao contrário da desconconsideração padrão, o magistrado poderá afastar/sobrepor a personalidade do réu (marido) para atingir o patrimônio da pessoa jurídica utilizada como véu.

Não obstante a previsão legal do cabimento em qualquer fase procedimental, o legislador optou por utilizar o termo *incidente* apenas se a desconconsideração for requerida fora

³⁸ Como não há regra expressa no NOVO CPC acerca do prazo do contraditório sucessivo, sugerimos a aplicação do art. 218, §1º e §3 do NOVO CPC que determina a fixação do prazo pelo juiz no caso de omissão legal, tendo em vista a complexidade do ato.

³⁹ Enunciado nº 283 do CJF: “É cabível a desconconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.”

da petição inicial; caso seja requerida nesta, seguirá o rito apropriado, que na fase de conhecimento é o rito comum (art. 318 do NOVO CPC)⁴⁰.

Caso não seja requerida na petição inicial, será instaurado um incidente nos mesmos autos com a suspensão do processo (art. 134, §2º, NOVO CPC),⁴¹ o que obviamente dispensa a autuação em apenso ou em apartado. Se requerida na petição inicial, como seguirá o rito comum, não há que se falar em suspensão.

Procedendo-se a uma interpretação conjunta dos art. 133, §2, c/c art. 134, §2 e §4º, ambos do NOVO CPC, a petição inicial ou o requerimento (nome da peça processual, caso a desconsideração não seja requerida na inicial) deverá demonstrar os requisitos de direito material (“pressupostos legais específicos”) para a desconsideração da personalidade; por exemplo, se for o art. 50 do CCivil, demonstrar o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Interessante ressaltarmos que o Projeto de Lei nº 2.426/2003 previa em seu art. 2º que o requerente deveria indicar “quais os atos praticados e as pessoas deles beneficiados”, o que não foi previsto no NOVO CPC, mas entendemos que, no caso da teoria maior, como apenas os administradores ou sócios que incorreram na prática do ato irregular responderão, conforme Enunciado nº 07 da I Jornada de Direito Civil do CJF,⁴² estes requisitos deverão ser observados e caso não os sejam, o magistrado deverá determinar a emenda da petição inicial, sob pena de indeferimento, no prazo de 15 (quinze) dias, art. 321, §único, aplicado também, por analogia, para o caso do requerimento, art. 218, §1 e §3º do NOVO CPC.⁴³

Frise-se que no caso da desconsideração ser apresentada por requerimento (fora da petição inicial), o art. 134, §1º, determina a imediata comunicação “ao distribuidor para as anotações devidas”; justifica-se tal regra tendo em vista a ampliação subjetiva da demanda, o que não há necessidade quando a desconsideração é requerida na petição inicial, uma vez que

⁴⁰ “Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.”

⁴¹ Art. 134. “§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.”

⁴² “Art. 50: só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.”

⁴³ “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.”

esta já é registrada ou distribuída com a “entrada” no Judiciário (art. 284, NOVO CPC),⁴⁴ enquanto o requerimento à ação já está em trâmite; logo, passa pelo protocolo.

Após a apresentação do requerimento, o magistrado determina a citação da pessoa jurídica (desconsideração inversa) ou do sócio (desconsideração padrão) para “manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.” (art. 135 do NOVO CPC).⁴⁵

Interessante notar que não há previsão, nas normas sobre o incidente, da audiência de conciliação/mediação, mas nada impede que o magistrado a designe, caso seja requerida pelas partes (art. 190 c/c art. 139, V, NOVO CPC).⁴⁶

Já em relação à fase instrutória, ela ocorrerá “se necessária” (art. 136 do NOVO CPC), bem como as partes do incidente podem produzir todas as espécies de provas. Ocorrendo a necessidade de produção em audiência, por exemplo: oitiva de testemunha, o magistrado deverá designar AIJ (art. 361 do NOVO CPC)⁴⁷, tendo em vista o art. 5º, LVI, CF/88 (direito fundamental à prova).

Comparato e Salomão Filho (2005, p. 91) registram que, na maioria dos casos de desconsideração, os terceiros que celebram negócios jurídicos com a pessoa jurídica têm dificuldades “em tomar ciência de fatos internos à sociedade”. Sendo assim, defendemos a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §1º, NOVO CPC),⁴⁸ com a sua aplicação na fase saneadora (art. 357, III, NOVO CPC)⁴⁹, tendo em vista o contraditório como garantia de não surpresa e o poder de influenciar a decisão (art. 9º e 10º do NOVO CPC).

Dispõem os arts. 136 c/c 1015, IV, ambos do NOVO CPC, que o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento e caso seja decidido no tribunal pelo relator (decisão monocrática) caberá agravo interno⁵⁰. Ressalte-se

⁴⁴ “Art. 284. Todos os processos estão sujeitos a registro, devendo ser distribuídos onde houver mais de um juiz.”

⁴⁵ Quanto à necessidade de citação de todos os sócios, iremos abordar no item 4 deste artigo.

⁴⁶ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;”

⁴⁷ “Art. 361. As provas orais serão produzidas em audiência(...);”

⁴⁸ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: (...) §1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

⁴⁹ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;”

⁵⁰ “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. 1.015. Cabe agravo de

que se requerida à desconsideração na petição inicial, como seguirá o rito comum, o ato que a resolverá será a sentença; logo, cabível o recurso de apelação (art. 1009 do NOVO CPC).⁵¹

Insta registrar que “acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente” (art. 137, NOVO CPC).

O dispositivo legal acima deve ser interpretado de forma conjunta com o art. 792, IV, e §3, NOVO CPC, que regulamenta a fraude à execução:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: (...)
IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; (...)
§3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.⁵²

Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 129) aduzem que a partir do momento que o réu original é citado, “todas as alienações feitas pela pessoa jurídica e pelos sócios serão consideradas em fraude de execução”. Para tanto trazem o seguinte exemplo:

Fernanda é credora da pessoa jurídica Ajax. Não tendo satisfeito seu crédito na data convencionada, Fernanda propõe ação de cobrança em face da Ajax. Depois de citada, os sócios da ré alienam todos os seus bens para João (art. 792, IV). Mais adiante no processo, a autora instaura IDPJ, no qual foi decretada a desconsideração da personalidade jurídica da Ajax. Nesse contexto, as alienações feitas a João não produzem efeitos para Fernanda, razão pela qual esta, na fase executiva, pode pedir a penhora daqueles bens que estão no patrimônio de João.

Didier Jr. (2015, p. 521) entende que “acolhido o requerimento de desconsideração, a alienação em fraude à execução, feita após a instauração do incidente, será ineficaz em relação ao requerente (art. 137, CPC)”.

Ousamos discordar dos dois posicionamentos. Entendemos que o art. 792, §3º, apresenta uma inconsistência técnica, pois como considerar ineficaz o negócio celebrado entre o sócio e o terceiro, sendo que aquele só integrará o processo após a citação no incidente (art. 135, NOVO CPC)? Presumir que o sócio tenha ciência da ação contra a pessoa jurídica e que

instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;”

⁵¹ “Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.”

⁵² No mesmo sentido o Enunciado nº 52 do ENFAM: “A citação a que se refere o art. 792, §3º, do CPC/2015 (fraude à execução) é a do executado originário, e não aquela prevista para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 135 do CPC/2015).”

isto pode gerar um incidente de desconsideração a ensejar um gravame no seu patrimônio, não é sustentável, pois é uma absoluta sucessão de abstrações, tendo em vista que não há prova da ciência da ação capaz de reduzir a insolvência (art. 792, IV, NOVO CPC), sendo a ciência um dos elementos caracterizadores da fraude à execução.⁵³

Entendemos que o art. 792, §3º só teria aplicação nos casos em que o sócio que responde o incidente é o representante legal da pessoa jurídica e recebeu a citação na ação (art. 242, *caput*, NOVO CPC)⁵⁴, bem como nas hipóteses da desconsideração requerida na petição inicial, uma vez que o sócio já será citado junto com a pessoa jurídica e na desconsideração inversa, pois o sócio que pratica o ato ilícito por meio da pessoa jurídica já é parte originária.

Nos demais casos, entendemos que o marco para configurar a fraude deveria ser a citação no incidente de desconsideração, em regra, pois se houver uma prova que o sócio já tinha ciência de outra forma que não a citação, configurada estará à fraude à execução, com salvaguarda dos direitos do terceiro de boa-fé.⁵⁵

Por fim, cumpre registrar que o incidente de desconsideração é aplicável ao Juizado Especial por expressa disposição legal (art. 1.062, NOVO CPC)⁵⁶ e em todos os procedimentos compatíveis. Exemplos: processo do trabalho (art. 15, NOVO CPC c/c art. 769/CLT) e processo falimentar (Enunciado nº 247 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC).⁵⁷

4 CITAÇÃO DOS SÓCIOS

⁵³ Permitir que toda alienação ou oneração de bens feita pelo sócio - após a citação da pessoa jurídica e sem comprovar a ciência do membro acerca da ação - seja considerada fraude à execução, irá inviabilizar a própria atividade econômica, pois ninguém, em sã consciência, irá celebrar negócios jurídicos com sócios de empresas demandas habitualmente no Judiciário, pois se correrá o risco de decretação da ineficácia do negócio.

⁵⁴ “Art. 242. A citação será pessoal, podendo, no entanto, **ser feita na pessoa do representante legal** ou do procurador do réu, do executado ou do interessado.”

⁵⁵ Art. 792/NOVO CPC. “§2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem. (...) §4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.”

⁵⁶ “Art. 1.062. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.”

⁵⁷ “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

“Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

Enunciado nº 247 do FPPC: “(art. 133) Aplica-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar.”

Antes de abordarmos a questão da citação dos sócios no incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no NOVO CPC, é indispensável a revisitação do conceito de parte no direito processual.

Na concepção clássica, o conceito de parte está atrelado ao pedido; logo, parte autora é *quem pede algo* e a parte ré é *contra quem se pede algo*. Nesse contexto, surgiu o conceito de *legitimatío ad causam* (legitimidade para agir/legitimidade das partes)⁵⁸ como uma das condições da ação, significando a “pertinência subjetiva da ação” na teoria de Liebman (THEODORO JÚNIOR, 2009, p.64), ou seja, autor e réu devem ser titulares da situação jurídica deduzida em juízo,⁵⁹ sob pena de indeferimento da petição inicial com a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 295, II c/c 267, I, VI, todos do CPC/73 e art. 330, II, c/c art. 485, I, VI, do NOVO CPC).⁶⁰

Ocorre que, muitas vezes, a titularidade da situação jurídica só será constatada após ampla dilação probatória. Exemplo disso é a ação de investigação de paternidade, em que somente após a prova pericial (exame de DNA) haverá a certeza acerca da titularidade do direito discutido em juízo.

Com base nesses problemas de ordem prática, o conceito de *legitimatío ad causam* foi revisto para significar a aparência de titularidade do direito discutido em juízo, a partir da releitura de ação feita pelo doutrinador italiano Carnelutti (1989, p. 317-318), sendo a certeza da titularidade uma questão de mérito.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em relação às condições da ação, filia-se à teoria da asserção do direito italiano (*in status assertionis*),⁶¹ para quem o momento adequado de verificação das condições da ação é o despacho da petição inicial, com base na narrativa e documentos anexados. O que ocorre é uma presunção de veracidade, com base na boa-fé objetiva e na lealdade processual.⁶²

⁵⁸ As expressões utilizadas seguem a conceituação da doutrina clássica, mas para uma melhor distinção entre legitimidade e legitimação para agir na democracia verificar a obra de Gresta (2014, p. 81-85): “Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática”.

⁵⁹ O conceito de legitimidade das partes utilizado no presente artigo aplica-se aos casos de legitimidade ordinária no processo individual, não sendo adequado para as hipóteses de legitimidade extraordinária (substituição processual) que, por não se relacionarem ao objeto deste trabalho, deixaremos de abordar.

⁶⁰ “Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: (...) II - a parte for manifestamente ilegítima;” “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I - indeferir a petição inicial;”

⁶¹ Cf. (STJ). REsp 1395875/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.02.2014, DJe 09/03/2014.

⁶² Art. 5º do NOVO CPC: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Em relação à *legitimatío ad causam*, caso o magistrado aplique a teoria da asserção, a petição inicial só será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito se constatada uma absurda discrepância no conjunto da petição inicial, ou seja, após a análise da narrativa e dos documentos anexados. Sendo assim, caso no decorrer do procedimento, após a ampla produção probatória, conclua-se pela ausência de titularidade do direito discutido, configurar-se-á uma questão de mérito, ensejando a extinção com resolução de mérito por improcedência (art. 269, I, do CPC/73 e art. 487, I do NOVO CPC).⁶³

Essas ideias fizeram surgir uma questão tormentosa para a ciência do direito processual: o termo “condições da ação” e o seu conceito clássico de *requisitos para o exercício legítimo do direito de ação*, seria adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito?

Antes de manifestarmos nosso posicionamento, imperioso ressaltarmos a distinção entre ação, direito de ação e direito de agir.

Segundo Leal (2009, p. 129), **ação** tem sinônimo de procedimento; já o **direito de ação** é instituto de direito constitucional (art. 5º, XXXV, CF/88) que enseja “o exercício do direito de movimentar a jurisdição, seja de modo juridicamente adequado ou não”. Em outras palavras, o direito de instaurar um procedimento (ação);⁶⁴ já o **direito de agir** significaria o direito de estar neste procedimento, depois de iniciado e verificado o preenchimento das condições/pressupostos de procedibilidade que são os requisitos formais para o procedimento se desenvolver de forma válida e eficaz.

Logo, não há que se falar em condições/requisitos para o exercício do direito de ação, já que este “se opera e se esgota” (LEAL, 2005, p. 43) na via instrumental da petição inicial, ou seja, o direito de ação é incondicionado, até porque na democracia não se pode limitar o direito de se instaurar um procedimento de participação; o que pode ser limitado é o direito de agir (de estar no procedimento), tendo em vista que há requisitos (condições/pressupostos) para que a estrutura técnica de participação (procedimento) seja formada e desenvolvida de forma válida e eficaz para que o contraditório, a ampla defesa e a isonomia consigam se manifestar em um espaço-tempo.

Nessa esteira, as condições da ação poderiam ser conceituadas como requisitos/condições de procedibilidade, ou seja, no mesmo patamar dos pressupostos

⁶³ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;”.

⁶⁴ Conforme destacado no item 2, a legitimidade do direito na democracia refere-se à possibilidade do destinatário se reconhecer coautor deste ordenamento jurídico.

processuais. Talvez seja essa visão que tenha inspirado o legislador no NOVO CPC, pois não há mais a utilização do termo condições da ação ou carência de ação. A legitimidade das partes e o interesse de agir (condições da ação no CPC/73) estão previstos nos art. 17 e 485, VI, do NOVO CPC⁶⁵, sem qualquer referência ao termo condições da ação.

Sendo assim, com arrimo na doutrina de Gonçalves (1992, p. 146) concluímos que o conceito de parte na democracia “já tem seu ponto focal de definição deslocado do pedido (parte não é mais apenas “aquele que pede...”) para o destinatário do provimento, e, por isso, é sujeito do processo, com a garantia de participação nos atos que o preparam”, e acrescentamos: mesmo que seja para o magistrado concluir na decisão que o sujeito não é titular do direito discutido em juízo, pois a certeza da titularidade é questão de mérito.

Concluída a revisitação do conceito de parte e da *legitimatío ad causam* (legitimidade das partes) no Estado Democrático de Direito, passaremos à análise da citação dos sócios, levando em consideração a teoria maior (art. 50 do Código Civil), a teoria menor (art. 28 do CDC) e a desconsideração inversa da pessoa jurídica (art. 133, §2º, do NOVO CPC).

Primeiramente, cumpre registrar que o art. 135 do NOVO CPC determina 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”. (g.n.)

A citação do sócio ocorrerá nos casos da desconsideração padrão, ou seja, a parte ré da ação é a pessoa jurídica e a desconsideração é para atingir o patrimônio dos sócios; já na desconsideração inversa, como o sócio é a parte ré na ação, a citação no incidente será a da pessoa jurídica.

Questão interessante que surge é: há ou não a obrigatoriedade de citação de todos os sócios na desconsideração?

Na teoria maior, como é requisito para a desconsideração a prova do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o Enunciado nº 07 do CJF aduz que apenas os sócios que concorrem para o ato fraudulento deverão constar no polo passivo.

Além disso, o art. 114 do NOVO CPC conceitua o litisconsórcio necessário como sendo aquele que por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica controvertida, “a eficácia da sentença” depende “da citação de todos que devam ser litisconsortes.”

⁶⁵ “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.” “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;”

Por “natureza da relação jurídica controvertida” (art. 114, NOVO CPC), segundo Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 104), compreende-se como “indivisibilidade da relação jurídica” que “levará o juiz a decidir o mérito de modo uniforme em relação a todos os litisconsortes”.

Nesse contexto, no caso da desconsideração da personalidade jurídica, a disposição legal (art. 135, NOVO CPC) não impõe a citação de todos os sócios e caso haja mais de um sócio que tenha concorrido na prática do ato irregular, não necessariamente a decisão será uniforme para todos. Pode ser que um sócio responda com uma maior parte do seu patrimônio do que o outro sócio, tendo em vista a gravidade da conduta praticada; por isso, entendemos que o litisconsórcio é facultativo e não necessário.

Sendo assim, na teoria maior, concluímos que não há obrigatoriedade da citação de todos os sócios no incidente de desconsideração, apenas os que concorreram de forma fraudulenta (Enunciado nº 07 do CJF) e o requerente do pedido de desconsideração poderá ainda escolher entre os sócios que concorrerão para o ato, quais serão os citados, tendo em vista o regime de litisconsórcio facultativo.⁶⁶

Já na teoria menor, como basta o mero prejuízo causado, não se aplica o Enunciado nº 07 da CJF. Sendo assim, todos os sócios da pessoa jurídica poderão ser citados, mas por ser regime de litisconsórcio facultativo o requerente poderá escolher quais os sócios poderão configurar no polo passivo.

Já em relação à desconsideração inversa, ela atingirá o patrimônio da pessoa jurídica, ou seja, o sócio – réu/executado – na ação principal transfere bem ou bens para a pessoa jurídica com o intuito de utilizá-la como véu, logo, não há, *ab initio*, necessidade de citar os demais sócios da pessoa jurídica, pois o patrimônio desta possui autonomia em relação ao patrimônio dos membros.

Conforme discorrido neste artigo, no Estado Democrático de Direito, parte é quem irá sofrer na sua esfera de direitos os efeitos de um provimento jurisdicional e a legitimidade da decisão judicial advém da participação, com poder de influência, dos destinatários na preparação do provimento, logo, o magistrado deverá zelar pela observância do contraditório (garantia de participação), em regra, preventivo (arts. 7º, 9º e 10º do NOVO CPC), só o

⁶⁶ No mesmo sentido, o Enunciado nº 125 do FPPC: “(art. 134) Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no processo em curso. (Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros)”.

postergando no caso de risco à efetividade do direito (tutelas provisórias: art. 294 do NOVO CPC).

Nesse contexto, concluímos que caso o magistrado, no caso concreto, verifique a possibilidade de eventual decisão de desconsideração afetar a esfera jurídica de um sócio que não integra o processo, deverá o juiz determinar a sua citação e, caso constate que há risco para a efetividade do direito, determine, por conseguinte, o poder geral de cautela (conforme defendido no item 3 deste artigo).

Nessa esteira, deve ser revisitado o posicionamento da jurisprudência do STJ, inclusive exarada em julgados recentes (2015) de que

a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa. Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ. (AgRg no REsp 1459784/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2015, *DJe* 14/08/2015). (g.n.)⁶⁷

Caso a regra seja a postergação do contraditório, o sócio (desconsideração padrão) e a pessoa jurídica (desconsideração inversa) – que são sujeitos de direito - serão transformados em objetos de direito, alijando-os da própria dignidade. Para tanto, são os ensinamentos de Kant (1980, p. 140):

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

CONCLUSÕES

O Novo Código de Processo Civil inovou em nosso ordenamento jurídico ao criar um incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos arts. 133 até 137.

Como o incidente poderá gerar uma sanção no patrimônio do sócio ou da pessoa jurídica (desconsideração inversa), indispensável que seja observado o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88).

⁶⁷ No mesmo sentido (STJ): AgRg no Ag 1332336/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/11/2015, *DJe* 25/11/2015.

O incidente, segundo o art. 133 do NOVO CPC, só poderá ser instaurado pelas partes ou pelo Ministério Público. Não obstante a ausência de previsão legal expressa, defendemos a possibilidade do juiz (de ofício) determinar a instauração do incidente, em caráter excepcional, quando estiver em risco à efetividade do direito e seguido do poder geral de cautela.

Depois de instaurado o incidente - caso requerida a desconsideração na petição inicial, o legislador dispensa o termo incidente, tendo em vista que seguirá o rito previsto para a própria ação judicial – o sócio ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) será citado para manifestar e, caso haja a necessidade da produção de provas em audiência, poderá ser designada a AIJ.

Em relação à fraude à execução, entendemos que o marco caracterizador, como regra geral, será a citação no incidente.

O incidente é cabível em todas as fases e aplicável no Juizado Especial, bem como na Justiça do Trabalho e no processo falimentar.

Quanto à citação dos sócios, haverá litisconsórcio facultativo, sendo assim, não há a obrigatoriedade de todos serem citados e na teoria maior, apenas os sócios que concorrem para o ato fraudulento (Enunciado nº 07 do CJF).

No Estado Democrático de Direito, parte é todo aquele que irá sofrer na sua esfera de direitos os efeitos da decisão judicial, logo, a legitimidade desta só ocorrerá quando o destinatário se reconhecer seu coautor, através da garantia de participação no procedimento pelo contraditório preventivo (arts. 9º e 10º), postergando-o apenas nos casos das tutelas provisórias (urgência e evidência).

Sendo assim, deve ser revisitada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que dispensa o contraditório preventivo na decretação da desconsideração da personalidade jurídica, pois, caso seja mantida, o sócio (desconsideração padrão) e a pessoa jurídica (desconsideração inversa) serão transformados em objetos de direito, sendo alijados da própria dignidade.

REFERÊNCIAS

AJUFE. **Ao obrigar fundamento para decisões judiciais, novo CPC não criará caos.** Disponível em: <http://www.ajufe.org/imprensa/ajufe-na-imprensa/ao-obrigar-fundamento-para-decisoes-judiciais-novo-cpc-nao-criara-caos/>. Acesso em 30.10.2015.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de Padronização Decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *Civil Law e o Common Law* e os Problemas na utilização do “Marco Zero Interpretativo”. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Coords.). **Reforma do Processo Civil. Perspectivas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 75-95.

BARRETO, Helena Guimarães. **Celeridade e Efetividade do processo individual do trabalho no Estado Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007, 148p.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.426/2003**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AB5C73CAB4036D7365E38DAA5FA7D3CC.proposicoesWeb2?codteor=178011&filename=PL+2426/2003 Acesso em 30.10.2015.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. 5 ed. Buenos Aires: Europa-América, 1989, v.I.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). **Coleção Novo CPC. Doutrina Selecionada. Parte Geral**. Salvador: JusPODIVM, v. 1, 2015. p. 937-970.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>. Acesso em 30.10.2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos processuais**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRETA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: Os Pensadores – Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 103-162.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria da Defesa no Processo Civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 39-48.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 8.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

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

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. Repensando a Disregard Doctrine: Justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade jurídica. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Org.). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 167-196.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG**. Belo Horizonte, v.1, p.29-55, jan./jun.2004.

QUEIROZ, Mônica. **Direito Civil. Parte Geral do Direito Civil e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2010. v.5.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1395875/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.02.2014, DJe 09/03/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp nº 1459784 / MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 14/08/2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag nº 1332336 / SP. Rel. Min. Raul Araújo, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 25/11/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n.º 158.215-4 / RS. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 07 de junho de 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n.º 201.819 / RJ. Rel. Min. Ellen Gracie, Redator para Acórdão Min. Gilmar Mendes, Brasília, 27 de outubro de 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.1.