

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

Silvano José Gomes Flumignan

Doutorando e Mestre em direito pela USP. Visiting researcher (University of Ottawa). Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado. Professor da Asces/PE e do CEJ/PGE-PE.

Resumo: O ensaio analisa o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil e a sua compatibilidade com a legislação civil e consumerista.

1 - RELEVÂNCIA DO TEMA

A desconsideração da personalidade jurídica é um dos pontos de maior relevância prática nos tribunais brasileiros. Uma consulta simples no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça revela aproximadamente 300 (trezentos) julgados sobre o tema. Ao se pesquisar o redirecionamento de execuções fiscais, encontram-se aproximadamente 1500 (mil e quinhentos) julgados¹. Assim, na seara de se buscar outros patrimônios que não o da pessoa jurídica, há um universo de quase 2000 (dois mil) julgados somente no Superior Tribunal de Justiça.

Verifica-se uma situação bastante singular ao se observar que a ausência de distinção entre os patrimônios do sócio e da pessoa jurídica deveria ocorrer excepcionalmente.

A ausência de um procedimento específico a disciplinar a desconsideração gera insegurança jurídica capaz de insuflar as discussões judiciais nos tribunais brasileiros.

A criação de uma pessoa jurídica tem três escopos básicos:

- a) Permitir a autorização genérica para a prática de negócios jurídicos;
- b) Incrementar investimentos e atuações;

¹-Não se quer identificar a desconsideração da personalidade jurídica com o redirecionamento de execuções fiscais. Os institutos não se equivalem como se demonstrará.

c) Dissociar o patrimônio dos sócios, associados ou empresários do patrimônio de determinado empreendimento.

Os sujeitos de direito podem ser personalizados ou despersonalizados. Os personalizados são dotados de aptidão genérica para adquirir e exercer direitos e deveres na ordem civil. Os despersonalizados dotam-se de capacidade específica, ou seja, em regra podem adquirir e exercer os direitos e deveres previstos ou autorizados pela lei.

Como consequência da criação de uma pessoa jurídica, pode-se mencionar²:

- a) Titularidade negocial;
- b) Titularidade processual;
- c) Responsabilidade patrimonial.

A pessoa jurídica conclui negócios jurídicos em nome próprio, não em nome de um terceiro ou do representante. Com a titularidade processual, a pessoa jurídica pode ser demandante e demandada. O terceiro aspecto é o mais relevante. Em que pese algumas configurações disciplinarem de maneira diversa, em regra, há a dissociação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o de seus sócios, associados e empresários³.

Em situações pontuais, não há autonomia patrimonial do sócio como ocorre na sociedade em comandita simples⁴, sociedade em nome coletivo⁵ e sociedades sem inscrição de seus atos constitutivos no cartório de registro de pessoas jurídicas ou juntas comerciais conforme for o caso⁶. Pelo fato de a regra ser a autonomia patrimonial, a desconsideração assume maior relevância.

2-COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 23ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 140-141.

3- BUENO, Cassio Scarpinella. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In *Direito Processual Empresarial*. coord. Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva, Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 118-119. “Há situações, pelas próprias peculiaridades de direito material, em que a sociedade e o sócio se confundem, sendo inviável distinguir o patrimônio entre um e outro. É o que se dá, por exemplo, “nas sociedades em nome coletivo” (art. 1.039 do Código Civil), nas “sociedades em comandita simples”, em que os sócios comanditados respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 1.045 do Código Civil) e nas sociedades não personificadas, isto é, as sociedades sem inscrição de seus atos constitutivos (art. 990 do Código Civil)”.

4-Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota.

Parágrafo único. O contrato deve discriminar os comanditados e os comanditários.

5-Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um.

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

A disciplina da desconsideração pode ser analisada em dois aspectos: as hipóteses de aplicação e a operacionalização em uma situação específica⁷.

Já existem, no ordenamento jurídico brasileiro, algumas previsões de implementação. O Novo Código pretende regulamentar o procedimento.

2 – A BASE TEÓRICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O ordenamento jurídico brasileiro disciplina a desconsideração da personalidade jurídica em diversas situações específicas. Todavia, antes de estudá-las, faz-se mister observar, mesmo que superficialmente, as principais bases teóricas a justificarem a atuação por parte do legislador.

Durante o século XIX, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e das pessoas naturais envolvidas no empreendimento passou a ser relativizada⁸. A origem do instituto pode ser atribuída aos sistemas de *common law*.

O caso *Salomon vs Salomon & Co.* é identificado como pioneiro na matéria. A situação tratava do empresário Aaron Salomon que constituiu uma pessoa jurídica composta por 7 (sete) sócios, sendo que a divisão das ações foi distribuída de forma extremamente desigual. Aaron Salomon detinha 20.000 ações e os demais sócios 1 (uma) cada⁹.

Após a constituição, Aaron Salomon se tornou credor da pessoa jurídica, inclusive com garantias especiais. Com as dificuldades financeiras do empreendimento, cobrou a totalidade de seu crédito de tal forma que os credores quirografários não seriam beneficiados na liquidação.

O juiz de primeiro grau e o Tribunal reconheceram a inexistência de autonomia entre Aaron Salomon e a Companhia criada. De qualquer forma, a Câmara dos Lordes reformou as decisões anteriores por questões eminentemente formais¹⁰.

O resultado do julgamento não acolheu a tese da desconsideração da personalidade jurídica, mas fixou as bases para o desenvolvimento da teoria por Rolf Serick e os autores que o seguiram. Dessa forma, a *Disregard Doctrine* tornou-se um recurso válido e previsto nos principais sistemas jurídicos ocidentais¹¹.

7- BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., pp. 118-119.

8- VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 164.

9-SERICK, Rolf. *Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*. trad. Italiana de Marco Vitale. Forma e realtà della persona giuridica. Milano:Giuffrè, 1966, pp. 17 e ss..

10-SERICK, Rolf. Ob. cit., pp. 17 e ss..

11-Em que pese o julgamento ter formado a base da teoria, sua aceitação nos tribunais britânicos não en-

No ordenamento jurídico pátrio, a teoria está prevista em uma série de leis e microssistemas que versam sobre diferentes matérias. Dentre os quais, destaca-se o Código Civil de 2002 (CC/02) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O resultado dessas legislações reflete o embate doutrinário de Rubens Requião e Fábio Konder Comparato. Este último concebeu a denominada teoria objetiva da desconsideração. Para esta teoria, dispensa-se a comprovação da intenção do agente. Basta a verificação da confusão patrimonial no caso concreto sem a necessidade de se comprovar fraude, simulação ou qualquer aspecto subjetivo¹².

O primeiro trabalhou com ideia oposta. Concebeu a desconsideração a partir de concepções subjetivas, como a fraude e abuso de direito. Ressalta-se, contudo, que, mesmo em relação ao abuso de direito, a concepção do autor era subjetiva¹³.

Seja por uma ou outra posição doutrinária o que se busca é um ponto de equilíbrio entre a autonomia patrimonial e a proteção de credores¹⁴. Ao se observar os pressupostos materiais previstos em lei, verificar-se-á a aplicação de ambos os posicionamentos doutrinários acima expostos.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A desconsideração da personalidade recebe tratamento específico no Novo Código de Processo Civil. Pode-se dividir o estudo dos dispositivos em diversos temas; entre os quais se destacam o cabimento, a previsão como incidente, legitimidade e citação, tramitação, decisão e recursos.

3.1. Cabimento.

O Novo Código de Processo Civil deixa para a legislação extravagante a disciplina do cabimento das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica.

contra grande acolhida (vide SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999, p. 31.).

12-COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle da Sociedade Anônima*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 433 e ss.

13-REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). In: *Revista dos Tribunais*. v. 410. São Paulo: RT, dez./1969, p. 17.

14-OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva: 1979, p. 262.

Art. 133. (...)

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

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

Em relação à legislação extravagante, os dois textos legislativos mais significativos a respeito do tema são o Código Civil de 2002 (CC/02) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Art. 50 do CC/02. 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.

Art. 28 do CDC. 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.

§ 1º (Vetado).

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

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

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

O CDC é concebido como norma de ordem pública. Desta forma, pode o juiz decretar de ofício a desconsideração, independentemente de requerimento da parte interessada e do Ministério Público.

A jurisprudência brasileira é categórica nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE POR AFOGAMENTO EM LAGO ARTIFICIAL EXPLORADO ECONOMICAMENTE. ACIDENTE DE CONSUMO. PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DE SERVIÇO. FALHA NA SEGURANÇA E DEVER DE VIGILÂNCIA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE OFÍCIO COM BASE NO CDC. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(...)

Quanto à alegação de que é vedado ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica de ofício, cumpre referir que tal assertiva é verdadeira quando a desconsideração for feita com base no Código Civil, o que não é o caso dos autos, uma vez que feita com base no CDC, sendo possível sim ser realizada de ofício pelo julgador.

(...)

PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DESPROVIDO. (grifo nosso)

(BRASIL, TJRS, AP Nº 70039873468, REL.: DES. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO, ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA CÂMARA CÍVEL, J. EM 24/08/11)

O CC/02 permite a desconsideração mediante requerimento do Ministério Público ou da parte interessada:

“Quanto à alegação de que é vedado ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica de ofício, cumpre referir que tal assertiva é verdadeira quando a desconsideração for feita com base no Código Civil, o que não é o caso dos autos, uma vez que feita com base no CDC, sendo possível sim ser realizada de ofício pelo julgador”.

(BRASIL, TJRS, AP Nº 70039873468, REL.: DES. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO, ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA CÂMARA CÍVEL, J. EM 24/08/11)

O CDC permite a desconsideração em mais situações que o CC/02. Quanto aos legitimados, no CDC, a desconsideração pode ocorrer de ofício por decisão do magistrado, mas também via requerimento da parte interessada ou do Ministério Público.

O CDC prevê a aplicação da teoria em três circunstâncias:

- 1 - abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social;
- 2 - falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração;
- 3 - sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A terceira hipótese foi reconhecida de maneira autônoma pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à primeira apesar dos embates doutrinários a respeito. A controvérsia dizia respeito às hipóteses de cabimento da desconsideração. Para uma primeira tese, o §5º do art. 28 não tinha aplicação autônoma, devendo ser associado ao *caput*. Para a segunda tese, a desconsideração poderia ser aplicada exclusivamente com base no §5º, sem a necessidade de ocorrência cumulativa das previsões do *caput*.

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, 5º.

(...)

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

(Brasil, STJ, Resp nº 279.273 - SP (2000/0097184-7), rel. Ministro ARI PARGENDLER, órgão julgador: Terceira Turma, j. em 04/12/03)

Por exigir menos requisitos, é chamada de teoria menor¹⁵.

O CC/02 exige mais requisitos. Exige-se o abuso da personalidade jurídica caracterizado pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade. Por ser mais criteriosa, é denominada de teoria maior.

O desvio de finalidade tem caráter subjetivo por implicar a hipótese de fraude e ato intencional de sócios para fraudar terceiros; já a confusão patrimonial é corolário da teoria maior objetiva, pois basta que do ponto de vista fático não exista distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e o das pessoas naturais que compõem o quadro da pessoa jurídica¹⁶.

15-Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a *pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações*. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

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

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no **caput** do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

(Brasil, STJ, Resp nº 279.273 - SP (2000/0097184-7), rel. Ministro ARI PARGENDLER, órgão julgador: Terceira Turma, j. em 04/12/03)

16-PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALCANCE DO SÓCIO MAJORITÁRIO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

3. A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 50 do CC/02, consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.

4. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo

As demais legislações que abordam o tema transitam pelos requisitos previstos no CC/02 e no CDC. A primeira a ser analisada é a lei do CADE:

Art. 18 da Lei Nº 8.884/94. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação 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.

A lei do CADE estabelece duas hipóteses de desconsideração idênticas às do *caput* do art. 28 do CDC. A única ressalva é a inexistência de previsão expressa de possibilidade de declaração de ofício pelo magistrado.

Outra previsão que aborda o tema está no art. 4º da Lei nº 9.605/98:

Art. 4º da Lei nº 9.604/98. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica *sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.*

Como é possível observar, a previsão aproxima-se muito do disposto no §5º do CDC.

Recentemente, outro texto legislativo previu o tema em relação à administração pública.

Art. 14 da Lei nº 12.846/13. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

5. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(Brasil, STJ, Resp 1325663/SP, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, órgão julgador: Terceira Turma, j. em 11/06/13)

A legislação de 2013, semelhante ao CC/02, contém uma hipótese subjetiva e outra objetiva. A subjetiva está expressa em relação ao abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei. A objetiva diz respeito à confusão patrimonial.

O CDC trata, ainda, da responsabilidade de grupos de sociedades, sociedades controladas, sociedades consorciadas e coligadas nos §§2º, 3º e 4º do art. 28¹⁷.

Os grupos de sociedades e as sociedades controladas são responsáveis subsidiariamente¹⁸. Isso significa que, em caso de eventual demanda que verse sobre indenização em relação ao consumidor, em um primeiro momento deve-se buscar o patrimônio do causador do dano para, subsidiariamente, se buscar os grupos de sociedades e sociedades controladas.

As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados¹⁹.

As sociedades coligadas somente responderão nas hipóteses de culpa²⁰.

O projeto aprovado no Senado previu disposição específica sobre desconsideração para empresa do mesmo grupo econômico.

Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;

17-Art. 28 do CDC. (...)

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

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

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

(...)

18-Sociedade controlada é aquela cujo capital outra sociedade detenha maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores e a sociedade cujo controle esteja sobre o poder de outra (art. 1.098 do CC/02).

19-Sociedade consorciada é aquela que se une a outra para a realização de um escopo comum.

20-Sociedade coligada é aquela cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais do capital de outra sem, no entanto, controla-la (art. 1.099 do CC/02).

II - é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Entretanto, a previsão aprovada no Senado foi restritiva em relação ao CDC, pois disciplina a matéria para sociedades controladas, consorciadas e coligadas. Não observou o disposto no Enunciado 406 da V Jornada de Direito Civil que limita a desconsideração ao patrimônio transferido entre pessoas jurídicas²¹.

O projeto do Senado tratou, ainda, da desconsideração para os administradores. Tal hipótese somente é prevista no caso da Lei nº 12.846/13. A maioria das situações concretas de responsabilidade do administrador versa sobre hipóteses de redirecionamento que, em verdade, não são situações de desconsideração²², mas de responsabilidade pessoal do sócio²³.

Ademais, o projeto do Senado não observou que existem outras hipóteses de desconsideração que não levam em conta exclusivamente o abuso de direito²⁴.

Neste ponto, parece o Código aprovado ao deixar para o direito material a disciplina dos pressupostos para a desconsideração. Ressalta-se, porém, que o texto aprovado previu uma hipótese de direito material ao tratar da desconsideração inversa.

21-Enunciado 406 da V Jornada – Art. 50: A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.

22- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O princípio da proporcionalidade, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o Projeto de um novo Código de Processo Civil. In *Revista de Processo*, vol. 209, Julho/2012, p. 384. “No ordenamento pátrio ainda existem outras previsões no Código Tributário Nacional e na Consolidação das Leis do Trabalho, havendo dúvidas, todavia, quanto à sua genuína classificação como hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, principalmente porque melhor se encaixarem como situações de solidariedade entre sócios/administradores e a pessoa jurídica”.

23-É o que ocorre, por exemplo, com o art. 135 do CTN. Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

24-MAZZEI, Rodrigo. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no CDC e no Projeto do “Novo” Código de Processo Civil. In *Direito Processual Empresarial*. coord. Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva, Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 774. “Destaca-se, por deveras relevante, que o disposto no art. 62 do projeto pode causar algum embaraço, pois a priori considera apenas como causa para a desconsideração o “abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei”. Em raciocínio vencedor, escorado no próprio §5º do art. 28 do CDC, há outros fatos que podem dar ensejo à desconsideração da pessoa jurídica que não o abuso da personalidade. Isso demonstra que a proposta parece ter andado mal ao dispor – de forma inadvertida – sobre o ponto que não toca ao direito processual, e sim ao direito material (hipótese de autorização da desconsideração jurídica”.

3.1.1. Desconsideração inversa

Ainda não existe, no direito brasileiro, regulamentação expressa sobre a desconsideração inversa. A hipótese ocorre nas situações em que o devedor esvazia seu patrimônio ao transferir bens para a pessoa jurídica da qual compõe o quadro societário²⁵. A jurisprudência brasileira tem aplicado a hipótese em casos específicos²⁶.

Dessa forma, em que pese ser desnecessária a previsão expressa na legislação diante dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a previsão legislativa tem o mérito de estancar quaisquer dúvidas sobre o cabimento.

Não se trata do meio mais adequado de se fazer uma previsão de direito material, mas, diante da omissão legislativa sobre o tema, a utilidade da previsão, mesmo em lei processual, é importante²⁷.

25-A IV Jornada de Direito Civil previu expressamente a desconsideração inversa na doutrina brasileira:

Enunciado 283 da IV Jornada - Art. 50: É cabível a desconsideração 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.

26-DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02.

1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011.

2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta.

3. 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, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.

4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva.

5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa.

7. Negado provimento ao recurso especial.

(Brasil, STJ, Resp 1236916 / RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, órgão julgador: Terceira Turma, j. em 22/10/13)

27-BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 122. “Uma ressalva a respeito da afirmação do parágrafo anterior faz-se importante. De acordo com o inciso I do art. 77 do Projeto, “o incidente da desconsideração da personalidade jurídica (...) pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio”, na linha do que já propunha o Anteprojeto no parágrafo único do art. 63. Trata-se do que pode ser chamado de “desconsideração às avessas”, situação na qual o sócio esconde-se atrás da pessoa jurídica, querendo, com o comportamento, comprometer a prestação da tutela jurisdicional”. É imaginar “ação de alimentos” na

3.2. Previsão como incidente.

O Novo Código de Processo Civil prevê a declaração de desconconsideração da personalidade jurídica como incidente:

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

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

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

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

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

A declaração de desconconsideração ocorrerá incidentalmente a um processo principal. A opção poderia ser por um processo cognitivo próprio, mas a escolha da comissão optou pela possibilidade de declaração no próprio processo²⁸.

A natureza incidental prestigia a economia, a celeridade processual e também favorece o princípio da cooperação entre os que participam da demanda²⁹.

qual o réu afirma nada possuir, sendo incapaz de pagar a pensão a ele imposta, porque tudo está em nome da empresa da qual é sócio. É típico caso- de que presentes as exigências do direito material, de abuso do direito – de a empresa pagar a pensão alimentícia, independentemente do que, para aquele mesmo fim, for cabível a partir dos rendimentos, inclusive *pro labore*, recebidos pelo réu.

28-BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., pp. 120-121. “A primeira observação que se faz pertinente a respeito da disciplina projetada é que a desconconsideração da personalidade jurídica, tal qual projetada no novo Código de Processo Civil, dá-se incidentalmente no processo. não há necessidade de uma nova “ação” ou de um novo “processo” para permitir que o magistrado, devidamente provocado para tanto, e estabelecidos o contraditório e a ampla defesa, decida a respeito da desconconsideração ou como, na prática do foro, tanto se fala, no “redirecionamento” da execução.

Trata-se de um enorme avanço legislativo que permite o atingimento de um resultado satisfatório nas perspectivas (e exigências) do direito material e do direito processual”.

29-GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Desconconsideração da Personalidade Jurídica: Considerações sobre o “Incidente” à Luz do Novo CPC – PLS 166/2010. In *Revista de Processo*, vol. 220, Junho/2013, pp. 271 e ss.. “É bem verdade que a configuração em natureza incidental para o conhecimento de dito instituto representa o prestígio da economia processual e se bem levada a cabo, igualmente, pelo Princípio da Cooperação dos partícipes da demanda, surtirá efetivos efeitos na tão desejosa, mas ainda desprestigiada celeridade processual, notabilizada por sua garantia formal no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988”.

A criação pela natureza de incidente segue a tendência adotada, majoritariamente, pela jurisprudência³⁰:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOEMPREENHEZ DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRUÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.

(...)2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade. (...)

(Brasil, STJ, Resp 1096604 / DF, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, órgão julgador: Quarta Turma, j. 02/08/12)

Ressalta-se que a previsão do incidente representa um grande avanço legislativo ao solucionar um problema prático de ausência de procedimento, uma das facetas da desconsideração da personalidade jurídica³¹. Cabe asseverar, também, que pode ocorrer em qualquer momento processual, seja na fase de conhecimento, na de cumprimento de sentença ou até mesmo no processo de execução³².

30- MAZZEI, Rodrigo. Ob. cit., pp. 773-774. “A criação de um incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica segue a tendência que vem sendo adotada, majoritariamente, pela jurisprudência, com o propósito de positivá-la, de uma vez por todas, a prática consagrada nos tribunais”.

31-BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 120.

32-BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 254-255. “É importante frisar a conclusão: a circunstância de a lei admitir que, ao longo da execução, alguém diferente do que consta do título venha a ser convocado para responder pela dívida contraída por outrem se já suficientemente reconhecido como devedor no título executivo não pode significar que o “redirecionamento” da execução possa dar-se sem observância das mínimas garantias, impostas desde a Constituição Federal, para a atuação do Estado-juiz. (...) O que se pode questionar a respeito de tan-

O incidente somente não será instaurado se o pedido de desconsideração ocorrer na petição inicial.

3.3. Legitimidade ativa, passiva e citação.

O Novo Código de Processo Civil menciona como legitimados ativos o Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, e a parte.

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

O Ministério Público pode atuar no processo como parte e como *custos legis*. Quando atua como parte, é evidente que pode pleitear a desconsideração, a ampliação ocorre em relação ao agir como fiscal da lei.

A parte pode ser entendida como sendo a da relação jurídica material ou processual. Do ponto de vista da relação jurídica material, seria o credor³³. Todavia, com a evolução do direito processual civil, os conceitos de parte e terceiro devem ser observados também no contexto processual³⁴.

Nesse contexto, partes são os protagonistas da relação jurídica processual, ainda que não integrem a relação material controvertida³⁵. Sobre esse ponto, a doutrina se bipartiu em torno da opinião de G. Chiovenda e E. T. Liebman. O primeiro defende que parte é aquele que demanda e em face de quem se

to é a forma de aplicação do art. 50 do Código Civil ou de outras regras de direito material que distinguem as figuras do devedor e do responsável pela dívida exequenda, quando o título executivo não disser respeito a ninguém além do devedor. (...)

Para além desta justificativa plausível, o problema já não é de mera “legitimidade”, é de “mérito”, pertence, portanto, não mais ao plano processual mas, nesta perspectiva de análise, ao plano material. Com um mínimo de razão plausível e colhida com atenção ao “modelo constitucional do processo civil”, há, para os fins direito processual civil, legitimidade passiva, sendo legítima a liberação consequente da prática de atos executivos”. Vide também: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Ob.cit., pp. 385-386.

33-BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 123.

34-SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. In *Revista de processo*. v.36. n° 200. São Paulo: RT, Outubro de 2011, pp.13-70. “A evolução da ciência processual foi responsável pelo descarte de concepções que se assentavam sobre a análise da relação jurídica material, tendo-se por claro, hoje, que os conceitos de “parte” e de “terceiro” devem ser analisados em seu *contexto processual*.”

35-CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 3-5. Vide também: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Ob. cit., pp.13-70. “Nesse passo, serão partes aqueles que se apresentam como protagonistas da relação jurídica processual, mesmo que *não* figurem como sujeitos da relação jurídica material controvertida. Se o sujeito do processo não integra a relação de direito material controvertida, reconhece-se sua ilegitimidade *ad causam*; entretanto, a parte *ilegítima* ainda assim é parte”.

demanda³⁶. O segundo associa ao conceito de parte a noção de contraditório, ou seja, quem está sujeito ao contraditório é parte; quem não participa é terceiro³⁷.

Para um ou outro posicionamento, o sujeito ativo poderá ser a parte que já figura no processo. Em relação ao sujeito ativo, a IV Jornada de Direito Civil previu também que a pessoa jurídica pode ser legitimada ativa para requerer a desconsideração.

Enunciado 285 da IV Jornada de Direito Civil - Art. 50: A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor.

O Novo Código de Processo Civil deixa a entender que a pessoa jurídica não teria legitimidade para pleitear sua própria desconsideração. Dessa forma, poderia a Comissão e os legisladores ser expressos nesse sentido.

Outro fator interessante diz respeito à supramencionada possibilidade de declaração de desconsideração de ofício pelo magistrado se o direito material e a legislação especial permitirem. O Novo Código de Processo Civil é silente nesse sentido, mas a legislação especial trata da matéria. É o que ocorre, por exemplo, em relação ao CDC. Ao mencionar a desconsideração apenas mediante requerimento da parte do Ministério Público, não abarcou todas as possibilidades do direito material.

Quanto ao legitimado passivo, houve, ainda, algumas incongruências. O NCPC menciona como legitimado passivo o sócio ou a pessoa jurídica.

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

Ao mencionar apenas o sócio, esqueceu-se o legislador da possibilidade de desconsideração em face da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

36-CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Trad. port. de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. Instituições de direito processual civil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 234. Cassio Scarpinella Bueno também adota o posicionamento no direito brasileiro (Ob. cit., p. 123).

37- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. Trad. port. de Cândido Rangel Dinamarco. Manual de direito processual civil. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123. Cândido Rangel Dinamarco também é adepto do posicionamento no direito brasileiro (*Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 246).

Esse é o teor do enunciado 470 da V Jornada de Direito Civil:

Enunciado 470 da V Jornada – Art. 980-A: O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Isso é relevante porque a EIRELI não é constituída por sócio, mas por empresário, se for constituída por pessoa natural. Aliás, é equivocada a expressão “sócio” para o empresário que constitui uma EIRELI.

Enunciado 472 da V Jornada – Art. 980-A: É inadequada a utilização da expressão “social” para as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Outra incongruência é a ausência de previsão da intimação da pessoa jurídica a ser desconsiderada. A pessoa jurídica tem autonomia de personalidade mesmo com a desconsideração. Com a efetivação da desconsideração, não será extinta. Assim, poderá ter interesse em integrar o polo ativo ou passivo do incidente.

Ressalta-se, no entanto, que, caso o requerimento seja feito na inicial por pessoa diversa da jurídica a ser desconsiderada, não deverá haver intimação, mas citação da pessoa jurídica.

O art. 64 do Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas do Senado previa intimação do sócio e não citação³⁸. O equívoco foi resolvido com o art. 78 do Projeto aprovado no Senado e com o art. 135 do NCPC.

3.4. Tramitação

O Novo Código de Processo Civil prevê duas hipóteses de análise da desconsideração da personalidade jurídica. Uma com a instauração do incidente e outra em que se dispensa tal hipótese.

38- BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., pp. 123-124. “O art. 64 do Anteprojeto contentava-se, no particular, com a intimação daqueles sujeitos. Andou bem a Comissão revisora do Senado que se mostrou sensível a diversas críticas no mesmo sentido, de que a hipótese só poderia ser de citação, não de intimação pela singela (mas fundamental) razão de que o sócio, o administrador e, no caso de desconsideração às avessas, a pessoa jurídica, são terceiros em relação ao processo. terceiro é todo aquele que não pede ou em face de quem não se formula pedido de tutela jurisdicional. Trata-se, é certo, de definição que enseja uma infundável série de discussões, mas a sua funcionalidade é inegável, inclusive para reger a hipótese que ocupa a regra em comento”.

A hipótese em que se dispensa a instauração do incidente ocorre quando, na própria inicial, o requerente pede a desconsideração da personalidade jurídica.

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.

Caso não seja requerida na inicial, a desconsideração poderá ocorrer em qualquer fase do processo de conhecimento, até mesmo na fase de cumprimento de sentença ou em processo de execução. Ao se referir ao processo de execução fundado em título extrajudicial, demonstra-se a opção dos membros por evitar processo de execução fundado em título judicial.

Instaurado o incidente, o distribuidor será comunicado para as anotações devidas. O modo e maneira como serão disciplinadas as anotações devem constar do regimento interno ou de resolução do Tribunal correlato desde que haja informações suficientes e claras da instauração do incidente.

Os legitimados passivos serão citados para se manifestarem sobre o incidente e indicarem provas. Ressalta-se, também, a necessidade de intimação da pessoa jurídica cuja personalidade será desconsiderada caso não seja ela a própria requerente.

Somente com a citação e intimação é que se pode falar em cumulação subjetiva e maior amplitude subjetiva na demanda. A citação e a possibilidade de manifestação atendem ao devido processo legal e ao contraditório dentro de uma concepção de direito processual civil constitucional³⁹. Após a análise e produção das provas, o incidente será decidido pelo magistrado.

3.5. Decisões, recursos e fraude à execução

O Novo Código de Processo Civil prevê que a decisão do incidente será impugnada por meio de agravo de instrumento. Trata-se, portanto, de decisão

39-CARMONA, Carlos Alberto. Comentário ao Art. 592 do CPC. In Antônio Carlos Marcato (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.812. Sobre o tema vide também: BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. cit., p. 125 e GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Ob. cit., pp. 271 e ss.. “Traga-se aqui à luz as garantias do devido processo constitucional, com a correta citação daqueles, por ventura, apontados na peça requerente, não somente porque estando pela primeira vez a participar do feito, farão jus à aludida comunicação processual, inclusive, na forma pessoal – já que figurarão agora no processo, inegavelmente, como parte, pois que algo se pede em face deles – como também, e aí na forma constitucionalmente “sagrada”, exercerem o pleno e efetivo contraditório acerca das afirmações a qualquer daqueles dirigidas, tendo como natural garantia, notadamente, o direito de requererem as provas que julgarem cabíveis, tudo no lapso temporal comum de 15 dias (...)”.

interlocutória. Tal hipótese ocorrerá se a decisão ocorrer no juízo de primeiro grau. Caso seja decisão do relator, caberá agravo interno⁴⁰.

A hipótese é essencial diante da não previsão de agravo retido no NCPC e da possibilidade de agravo de instrumento em situações pontuais. Em relação à decisão do relator, cabe ressaltar que é importante para demonstrar que a desconconsideração pode ser admitida por decisão monocrática nos tribunais. Destaca-se que não ficou estabelecida a desconconsideração em outros atos decisórios de órgãos colegiados.

Todavia, existem algumas omissões. A primeira diz respeito a não previsão de recurso contra a decisão que eventualmente se negue a produzir prova requerida no incidente.

A segunda não trata dos efeitos em relação à desconconsideração. Não está estabelecido se a decisão faz coisa julgada ou se gera preclusão, pois, eventualmente, a não configuração de uma das hipóteses de desconconsideração, em um momento processual, pode ser alterada ao longo do processo. O NCPC está silente nesse ponto.

Um dos efeitos mais relevantes da decisão sobre desconconsideração da personalidade jurídica diz respeito à fraude à execução. Ela é regulamentada em dois dispositivos aparentemente contraditórios.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Art. 792, § 3º. Nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconSIDERAR.

Pelo art. 137, tem-se a impressão de que a fraude à execução terá como termo inicial a decisão sobre a desconconsideração. Todavia, de acordo com a previsão do art. 792, §3º, conclui-se que o termo inicial ocorrerá com a citação da pessoa jurídica.

Uma interpretação que compatibiliza os dois dispositivos pode ser a seguinte: o efeito de ineficácia ocorrerá, logicamente, com o acolhimento do pedido de desconconsideração, mas o termo inicial retroagirá à data de citação da pessoa jurídica desconSIDERADA.

40- Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento.

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

Ressalta-se que a rigidez do termo inicial pode levar a situações extremamente injustas. Como a desconsideração pode ser requerida em qualquer momento do processo, é perfeitamente possível que, no início, não haja a situação ensejadora de desconsideração. Dessa forma, somente em momento posterior, haveria a confusão patrimonial, abuso de direito, desvio de finalidade, fraude etc. Ora, os negócios jurídicos celebrados antes da ocorrência do fato gerador da desconsideração devem ser considerados eficazes. A solução mais acertada será permitir a modulação dos efeitos por parte do magistrado.

3.6. O incidente como modalidade de intervenção de terceiros

As previsões do anteprojeto e do texto aprovado pelo Senado incluíam o incidente de desconsideração como integrante do Título referente às partes e aos procuradores. O NCPC, de maneira acertada, deslocou a desconsideração para uma das hipóteses de intervenção de terceiros.

Os conceitos de parte e terceiro são delimitados por exclusão. Independentemente da concepção que se tenha sobre o conceito de um ou outro⁴¹.

Com a citação do sócio ou empresário, operacionaliza-se a cumulação subjetiva da demanda. Percebe-se, assim, que os temas de litisconsórcio e intervenção de terceiros são entrelaçados; tanto que se pode aplicar o conteúdo dentro de um conceito mais amplo de pluralidade de partes⁴².

CONCLUSÕES

1. A desconsideração da personalidade jurídica é um dos pontos de maior relevância prática nos tribunais brasileiros.

2. A desconsideração pode ser abordada em dois aspectos: as situações em que é possível a sua aplicação e a operacionalização no caso concreto.

3. A desconsideração da personalidade recebe tratamento específico no Novo Código de Processo Civil. Pode-se dividir o estudo dos dispositivos em: cabimento; previsão como incidente; legitimidade e citação; tramitação; decisão e recursos; fraude à execução; inserção da matéria.

41-SICA, Heitor Vitor Mendonça. Ob. cit., pp.13-70. “Apesar das diferenças, as teorias reúnem-se em torno do consenso de que os conceitos de “parte” e “terceiro” se delimitam mutuamente por exclusão, ou seja, será parte quem não é terceiro e vice-versa. Para a aceção assentada na lição de Chiovenda, terceiro seria aquele que nada pede e em face de quem nada é pedido; para a doutrina de Liebman, terceiro seria aquele que não é sujeito do contraditório”.

42-SICA, Heitor Vitor Mendonça. Ob. cit., pp.13-70. Vide também: MAZZEI, Rodrigo. Ob. cit., pp. 774 e ss.

4. O NCPC deixa para a legislação extravagante a disciplina do cabimento. Os dois textos legislativos mais significativos a respeito do tema são o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor.

5. O CDC é concebido como norma de ordem pública. Assim, pode o juiz decretar de ofício a desconsideração; já o CC/02 permite a desconsideração apenas mediante requerimento do Ministério Público, quando intervir no processo, ou da parte interessada.

6. No que se refere aos pressupostos, o CDC prevê a aplicação da teoria em três circunstâncias: abuso de direito, insolvência, obstáculo ao ressarcimento. Por exigir menos requisitos, é chamada de teoria menor.

7. O CC/02 exige mais requisitos, não bastando a mera insolvência ou obstáculo ao pagamento da indenização. Exige-se o abuso da personalidade jurídica caracterizado pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade.

8. O CDC trata, ainda, da responsabilidade de grupos de sociedades, sociedades controladas, sociedades consorciadas e coligadas nos §§2º, 3º e 4º do art. 28. Os grupos de sociedades e as sociedades controladas são responsáveis subsidiariamente. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados. As sociedades coligadas somente responderão nas hipóteses de culpa.

9. O projeto aprovado no Senado previu disposição específica sobre desconsideração para empresa do mesmo grupo econômico. Entretanto, foi extremamente restritiva ao se observar que em relação à desconsideração para outras pessoas jurídicas. O projeto do Senado não observou, também, que existem outras hipóteses de desconsideração que não levam em conta exclusivamente o abuso de direito.

10. O NCPC foi mais adequado, ao simplesmente deixar para o direito material a disciplina dos pressupostos para a desconsideração.

11. O NCPC tem regulamentação expressa sobre a desconsideração inversa no direito brasileiro.

12. O NCPC prevê o procedimento como incidente em regra. Somente não ocorrerá o incidente, se o pedido for feito na inicial. Destaca-se que poderá ser instaurado em qualquer fase e até mesmo no processo de execução.

13. O NCPC menciona como legitimados ativos o Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, e a parte. A legislação deixa a entender que a pessoa jurídica não teria legitimidade para pleitear sua própria desconsideração da personalidade. Dessa forma, poderia o legislador ser expresso nesse sentido.

14. Outro fator interessante diz respeito à supramencionada possibilidade de declaração de desconsideração de ofício pelo magistrado, se o direito material e a legislação especial permitirem.

15. Quanto ao legitimado passivo do incidente, houve, ainda, algumas incongruências. O NCPC menciona como legitimado passivo o sócio ou a pessoa jurídica. Ao mencionar apenas o sócio, esqueceu-se da possibilidade de desconsideração em face da EIRELI.

16. Outra incongruência é a ausência de previsão da intimação da pessoa jurídica a ser desconsiderada. A pessoa jurídica tem autonomia de personalidade mesmo com a desconsideração. Com a efetivação, a pessoa jurídica não será extinta. Assim, poderá ter interesse em integrar o polo ativo ou passivo do incidente.

17. O NCPC prevê duas hipóteses de análise da desconsideração da personalidade jurídica. Uma com a instauração do incidente e outra em que se dispensa tal hipótese. Dispensa-se a instauração do incidente, quando o pedido ocorre na inicial. Caso não seja requerida na inicial, a desconsideração poderá ocorrer em qualquer fase do processo de conhecimento, até mesmo na fase de cumprimento de sentença ou em processo de execução.

18. Instaurado o incidente, o distribuidor será comunicado para as anotações devidas. O modo e maneira como serão disciplinadas as anotações devem constar do regimento interno ou de resolução do Tribunal correlato, desde que haja informações suficientes e claras da instauração do incidente.

19. O NCPC prevê que a decisão do incidente será impugnada por meio de agravo de instrumento. Trata-se, portanto, de decisão interlocutória. Caso seja decisão do relator, caberá agravo interno.

20. Existem algumas omissões em relação às decisões. A primeira diz respeito a não previsão de recurso contra a decisão que eventualmente se negue a produzir prova requerida no incidente. A segunda não trata dos efeitos em relação à desconsideração. Não está estabelecido se a decisão faz coisa julgada ou se gera preclusão, pois, eventualmente, a não configuração de uma das hipóteses de desconsideração, em um momento processual, pode ser alterada ao longo do processo.

21. Um dos efeitos da decisão sobre desconsideração da personalidade jurídica mais relevante diz respeito à fraude à execução. Ela é regulamentada em dois dispositivos aparentemente contraditórios (arts. 137 e 792).

Pelo art. 137, tem-se a impressão de que a fraude à execução terá como termo inicial a decisão sobre a desconsideração. Todavia, de acordo com a previsão do art. 792, §3º, conclui-se que o termo inicial ocorrerá com a citação da pessoa

jurídica. Uma interpretação que compatibiliza os dois dispositivos pode ser a seguinte: o efeito de ineficácia ocorrerá, logicamente, com o acolhimento do pedido de desconsideração, mas o termo inicial retroagirá à data de citação da pessoa jurídica desconsiderada. Ressalta-se, contudo, que a rigidez do termo inicial pode levar a situações extremamente injustas, pois é possível que, no início, não haja a situação ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica.

22. As previsões do anteprojeto e do texto aprovado pelo Senado incluíam o incidente de desconsideração como integrante do Título referente às partes e aos procuradores. No NCPC, deslocou-se, de maneira acertada, para uma das hipóteses de intervenção de terceiros por se tratar de uma situação de pluralidade de partes após o início do processo.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In *Direito Processual Empresarial*. coord. Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva, Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 117-128.

CARMONA, Carlos Alberto. Comentário ao Art. 592 do CPC. In Antônio Carlos Marcato (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Trad. port. de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. Instituições de direito processual civil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1945.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 23ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle da Sociedade Anônima*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2002.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Considerações sobre o “Incidente” à Luz do Novo CPC – PLS 166/2010. In *Revista de Processo*, vol. 220, Junho/2013, pp. 271 e ss..

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. Trad. port. de Cândido Rangel Dinamarco. Manual de direito processual civil. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAZZEI, Rodrigo. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no CDC e no Projeto do “Novo” Código de Processo Civil. In *Direito Processual Empresarial*. coord. Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva, Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 762-787.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O princípio da proporcionalidade, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o Projeto de um novo Código de Processo Civil. In *Revista de Processo*, vol. 209, Julho/2012, pp. 375-394.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva: 1979.

REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). In: *Revista dos Tribunais*. v. 410. São Paulo: RT, dez./1969.

SERICK, Rolf. *Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*. trad. Italiana de Marco Vitale. Forma e realtà della persona giuridica. Milano:Giuffrè, 1966.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. In *Revista de Processo*, vol. 208, Junho/2012, pp. 61 e ss.

_____. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. In *Revista de processo*. v.36. nº 200. São Paulo: RT, Outubro de 2011.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Processual Civil Brasileiro. In *Processo Societário*. coord. Flavio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 317-331.

_____. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, dez./1969, vol. 410, p. 12-24.

VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.