XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

VALTER MOURA DO CARMO

FERNANDA SELL DE SOUTO GOULART FERNANDES

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Valter Moura do Carmo; Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-761-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

Os trabalhos relatados nesta apresentação têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III, durante o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, em PORTO ALEGRE – RS.

Os resultados obtidos foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla sobre temas polêmicos e atuais.

O início das apresentações deu-se com o artigo científico LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO: A INTERPRETAÇÃO E CRIAÇÃO DO DIREITO PELOS MAGISTRADOS, que identificou como imperiosa a necessidade de atuação dos magistrados na consecução dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais na interpretação do Direito.

O artigo O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS pesquisou a configuração do sistema de precedentes no Brasil, o histórico de sua positivação no ordenamento jurídico e os elementos constitutivos dos precedentes vinculantes.

Tecendo breves observações sobre a desconsideração da personalidade jurídica e os requisitos estabelecidos pelo direito material para que ela possa ser autorizada, o artigo UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CPC analisou o regramento processual que o Novo Código de Processo Civil ofertou ao instituto em questão.

Já o artigo REFLEXÕES SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DA CENTRASE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS E A VIOLAÇÃO AO SINCRETISMO PROCESSUAL NA BUSCA POR CELERIDADE propôs testar a hipótese de que a busca pelo atingimento de metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, atrelado à possibilidade de redução do acervo existente nas Varas Cíveis

da Comarca de Belo Horizonte com a criação, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, da CENTRASE, acabou por inovar na ordem processual.

Trabalhando com a teoria constitucional comparatista de Paolo Biscaretti Di Ruffia, o artigo OS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO EM PERSPECTIVA COMPARATISTA: DAS SUAS ORIGENS NO COMMON LAW À APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO partiu de elementos conceituais sobre o common law e sobre as raízes do mandado de injunção, passando ao estudo do instituto no Brasil, a definição das omissões inconstitucionais normativas que demarcam seu cabimento, além de uma análise crítica de seus efeitos – sua transformação judicial e sua regulamentação pela Lei n. 13.300/2016.

O artigo A ESPECIALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS LITIGIOSOS DE FAMÍLIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 COMO GARANTIA DO DIREITO AO PROCEDIMENTO ADEQUADO concluiu que a intenção do legislador em ofertar procedimentos que tenham maior afinidade com o direito material em litígio, especialmente os de família, pode facilitar o acesso à justiça, além de atingir a esperada tutela estatal.

Em NÚMEROS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: EXPANSÃO DE ATUAÇÃO E COMPARAÇÃO COM SISTEMAS EUROPEUS foram apresentados os motivos normativos, doutrinários e jurisprudenciais para a expansão do Poder Judiciário desde promulgação da Constituição de 1988 e, depois, os dados do número de juízes e processos no Brasil comparados com outros países.

O artigo LEVANDO OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS A SÉRIO: COERÊNCIA E INTEGRIDADE COMO VETORES DO ACESSO À JUSTIÇA COM IGUALDADE E SEGURANÇA teve como propósito analisar as formas de impugnações das decisões judiciais proferidas no âmbito dos juizados especiais estaduais, propondo a sua adequação ao modelo democrático-constitucional de processo que impõe a necessidade de garantir ao jurisdicionado o acesso à justiça com igualdade e segurança.

Tratando de uma das recentes alterações do Código de Processo Civil, o artigo DA ATIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO DEVEDOR? defende cautela no uso de medidas executórias atípicas, introduzidas pelo artigo 139, inciso IV, com a análise particular de cada caso, sem a criação de uma regra geral e irrestrita, haja vista que a aplicação individualizada ou em conjunto das medidas atípicas pode infringir os direitos de personalidade dos devedores e trazer prejuízos irreversíveis e, o pior, sem muitas vezes serem efetivas ao fim maior, que seria o pagamento da dívida objeto da execução.

Discutindo também as inovações do novo Código de Processo Civil, o artigo DA COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DOS ATOS PROCESSUAIS aborda as inovações tecnológicas que repercutiram no processo civil brasileiro contemporâneo, questionando-se a possibilidade de utilização de outros meios, que não expressamente previstos na legislação, para a comunicação dos atos processuais.

Já o artigo A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO COMO GARANTIDOR DA CELERIDADE PROCESSUAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, pontua as modificações implementadas pelo novo Código de Processo Civil, traçando um breve paralelo entre os preceitos pretéritos e os hodiernos, ainda com a exposição das modificações e suas justificativas, demonstrando um maior dinamismo processual, que visa a integração de uma ordem jurídica adequada a todos os que buscam o amparo da tutela judicial.

Em AS DISPOSIÇÕES GERAIS, AS PARTES E A COMPETÊNCIA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO, o autor discorre sobre as disposições gerais, sobre as partes e sobre a competência no processo de execução, utilizando-se, como metodologia jurídica de pesquisa, a análise exploratória de conteúdo bibliográfico e jurisprudencial.

O texto BATALHA DE COLEGIALIDADES E A RECLAMAÇÃO SUSTENTÁVEL: PERSPECTIVAS DA REGULAÇÃO TRIBUTÁRIA trata do sistema tributário nacional, associado à doutrina do "stare decisis", que impõe um estudo da colegialidade e consensualidade das políticas econômico-tributárias para a compreensão do sustentável modelo constitucional de processo. Ao fim, conclui que a reclamação se trata de mero procedimento defensivo, que não se presta a assegurar direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.

Trabalhando com Negócios jurídicos processuais, o artigo A UTILIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS TÍPICOS E ATÍPICOS PELA FAZENDA PÚBLICA discute a possibilidade de a Fazenda Pública, quando em juízo, realizar negócios processuais típicos e atípicos, bem como quanto à validade dos atos quando confrontados com dois princípios norteadores do regime jurídico administrativo, o interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela administração, do interesse público.

Espera-se que a publicação dos artigos apresentados nesse grupo de trabalho possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do Direito Processual no país.

Profa. Dra. Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes - UNIVALI

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CPC

AN ANALYSIS ON THE EFFECTIVENESS OF THE CONTRADITORY IN THE INCIDENT OF DECLARATION OF LEGAL PERSONALITY UNDER THE NEW CPC

Marcelo Negri Soares
Izabella Freschi Rorato

Resumo

Tecendo breves observações sobre a desconsideração da personalidade jurídica e os requisitos estabelecidos pelo direito material para ela possa ser autorizada, o presente artigo analisa o regramento processual que o Novo Código de Processo Civil ofertou ao instituto em questão, especificadamente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e se essas novas normativas efetivam o contraditório, norma fundamental do processo civil.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica, Incidente, Contraditório, Norma fundamental, Processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

By making brief observations on the disregard of legal personality and the requirements established by the substantive law for it can be authorized, this article analyzes the procedural rule that the New Code of Civil Procedure offered to the institute in question, specifically the incident of disregard of legal personality and if these new regulations enforce the contradictory, fundamental norm of the civil process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Disregard of legal personality, Incident, Contradictory, Fundamental rule, Civil process

INTRODUÇÃO

Criadas por uma ficção legal, as pessoas jurídicas possuem personalidade jurídica própria, ou seja, distinta da de seus membros. Tal característica, fez com que alguns indivíduos a utilizassem com intuito de agir fraudulentamente e em desconformidade com a lei.

Nesse contexto, por meio do trabalho doutrinário, foi que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se desenvolveu. Para ela, observados os requisitos elencados pelo direito material, poder-se-ia relevar brevemente a autonomia da pessoa jurídica para que os bens de seus membros fossem atingidos, ou desconsiderar a personalidade dos sócios para atingir o patrimônio da empresa, no caso da desconsideração inversa.

Desta maneira, duas foram as teorias criadas para elencar os elementos autorizadores da desconsideração: a teoria maior, prevista pelo Código Civil, na qual faz-se necessário o agir com desvio de finalidade ou confusão patrimonial; e a menor, presente no Código de Defesa do Consumidor, que exige apenas a existência de obstáculo ao ressarcimento de prejuízos pelo consumidor para ser aplicada.

Apesar de a legislação já ter disposto sobre os requisitos em questão, a parte processual não procedia da mesma maneira. Antes da publicação do Novo Código de Processo Civil, em 2015, não havia um regramento processual específico a ser seguido, o que dividia a doutrina e a jurisprudência sobre a necessidade de ser proposta uma demanda autônoma para que o tema fosse apreciado, ou se este podia ser resolvido de modo incidental em processo já existente.

Além disso, não havia uniformidade quanto à necessidade de os sócios (ou a pessoa jurídica, no caso da desconsideração inversa) serem citados previamente à decisão que desconsiderava a referida personalidade para apresentarem suas manifestações.

Com a entrada em vigência do novo código, determinou-se que a desconsideração pode ser processada por meio de mero incidente em postulação já em curso, seja ela de conhecimento ou de execução, bem como ser suscitada inicialmente, na petição inicial, não havendo necessidade de se ajuizar uma demanda autônoma só para apreciar essa questão.

E, instaurado o incidente, o sócio ou a empresa deve ser citado (a) para que, querendo, apresente seu posicionamento e produza provas. Ou seja, possibilitou-se à parte a participar de toda a demanda e influir no convencimento do juiz, garantindo seu direito ao contraditório.

Nesse sentido, o mesmo diploma legal dispõe que é garantido às partes isonomia de tratamento, possuindo direitos iguais de exercerem as faculdades processuais, apresentar defesa, assim como determina de que o magistrado não deve proferir suas decisões sem antes oportunizar às partes que se manifestem.

Desta maneira, fazendo uma relação entre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica antes de depois do CPC/2015, e por meio de análise da doutrina e jurisprudência pertinente, este artigo visa investigar se o contraditório, como norma fundamental do processo civil, foi plenamente efetivado através das inovações normativas trazidas pelo atual *codex*.

1. A PERSONALIDADE JURÍDICA

Segundo Flávio Tartuce (2015, p. 130 e 131), as pessoas jurídicas "podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica por uma ficção legal".

O conceito de personalidade, que se traduz na possibilidade de um ser contrair direitos e obrigações, está entrelaçada à ideia de pessoa e seu nascimento, já que para esta possuir personalidade basta ela existir (DINIZ, 2015, p. 130 e 131).

Mencionada relação entre a pessoa humana e a aquisição de sua personalidade jurídica pode ser vislumbrada a partir da análise do art. 1º do Código Civil de 2002, já que este menciona que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, ou seja, com o nascimento do ser, a personalidade jurídica, que se traduz pela capacidade de se contrair direitos, é adquirida.

Tal capacidade está relacionada à possibilidade de a pessoa ter (possuir) direitos, e não de exercê-los sem o auxílio de outrem, esta última qualidade é atribuída a quem possui a chamada capacidade de fato ou de exercício, via de regra adquirida com a maioridade civil.

Quanto a gênese da personalidade jurídica, Ricardo Negrão ilustra:

> a personalidade jurídica é uma ficção jurídica, cuja existência decorre da lei. É evidente que às pessoas jurídicas falta existência biológica, característica própria das pessoas naturais. Entretanto, para efeitos jurídicos e, leia-se, para facilitar a vida em sociedade, concede-se a capacidade para uma entidade puramente legal subsistir e desenvolver-se no mundo jurídico. Sua realidade, dessa forma, é social, concedendo-lhe direitos e obrigações.

Nesse sentido, o "nascimento" das pessoas jurídicas de direito privado se dá por um ato jurídico, praticado em virtude de um querer humano; para o qual exige-se a elaboração de um ato que a constituirá (como um contrato ou estatuto) e o registro deste em órgão público

(DINIZ, 2015, p. 307). Diferente é a formação de pessoas de direito público que, em regra, se iniciam por meio de normas legais como o art. 1º[1] da Constituição Federal de 1988.

A par disso, percebe-se que a capacidade de direito da pessoa jurídica de direito privado existirá após o devido registro em órgão competente, já que terá seu perfeito "nascimento" e a aquisição da personalidade jurídica.

Apesar do Código Civil de 2002 não determinar expressamente que as pessoas jurídicas não se confundem com as pessoas que a compõem, é possível visualizar esta exegese em razão de que a "teoria da realidade técnica" foi a adotada pelo código atual. Por meio dela, estas pessoas se originam em decorrência de uma criação da legislação, mas também possuem organização autônoma (TARTUCE, 2015, p. 131).

Com o surgimento da pessoa jurídica, os riscos do negócio foram limitados ao capital social da empresa, representando um relevante aspecto para o fomento da criação de empresas e o desenvolvimento econômico (MEDINA, 2016, p. 245).

Isto se deu principalmente pelo fato de que as pessoas físicas e seus patrimônios foram desassociados da pessoa jurídica que criaram, de modo que, em regra, não respondem pelas obrigações assumidas pela empresa, pois esta possui uma personalidade jurídica distinta própria.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2015, p. 347):

> (...) seus componentes somente responderão por seus débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual. Essa limitação da responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica é uma consequência lógica de sua personalidade jurídica, constituindo uma de suas maiores vantagens.

Contudo, como será melhor exposto, a distinção do patrimônio da pessoa jurídica e da física pode ser relativizada quando houver abuso da personalidade jurídica, podendo, neste caso, os bens dos membros daquela serem atingidos.

2. PREVISÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Conforme ilustrado por Maria Helena Diniz (2015, p. 347), a teoria que abrange a desconsideração da personalidade jurídica "foi desenvolvida pelos tribunais norte-americanos

[1] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).

(...) tendo em vista aqueles casos concretos, em que o controlador da sociedade a desviava de suas finalidades, para impedir fraudes mediante o uso da personalidade jurídica".

No ordenamento jurídico nacional, esse tema surgiu gradualmente, em forma jurisprudencial, como meio de se evitar os abusos que eram praticados pelos integrantes das pessoas jurídicas (MEDINA, 2016, p. 245).

Para o jurista Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 259), a teoria abordada "vem sendo acolhida em nossa doutrina desde o final dos anos 1960, sobretudo a partir dos estudos de Rubens Requião. Como não havia previsão legal para aplicá-la no âmbito do direito privado, de início os tribunais se valeram do art. 135 do Código Tributário Nacional".

Veja o que elucida a redação do artigo mencionado acima:

> 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.

Apesar da possibilidade de se verificar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em jurisprudências, não havia uma previsão legal que mencionasse expressamente tal instituto. A sutil percepção do tema, além do art. 135 do CTN, poderia ser vislumbrada a partir do art. 2º, § 2º da CLT (DINIZ, 2015, p. 350), nos termos que segue:

> Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, construindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Somente com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, no ano de 1990, passou-se a ter a previsão expressa do instituto. Contendo uma seção específica para o tema, o art. 28[2] e parágrafos do Código consumerista exibiram os requisitos para que a desconsideração pudesse ser autorizada.

---

[2] Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1° (Vetado). § 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3° As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4° As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa

Além disso, o Código Civil de 2002, em seu art. 50, dispôs expressamente sobre a desconsideração, mencionando que a mesma poderia ser aplicada caso houvesse abuso da personalidade jurídica, *ipsis litteris*:

> Art. 50. 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.

Recentemente, com a edição do Novo Código de Processo Civil, o procedimento processual foi regulamentado pelos arts. 133 a 137, constando a possibilidade do pedido de desconsideração ser efetuado inicialmente, na exordial, ou durante o curso do processo, por meio de incidente; resguardando-se ainda a viabilidade de ser requerido na fase de execução do processo.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como já exposto, a personalidade jurídica da pessoa física e da jurídica são distintas, respondendo cada um pelas obrigações que assumirem. Porém, esta personalidade não é absoluta e pode ser desconsiderada quando é exercida com abuso.

No caso de haver fraude ou abuso de direito, não se retira a personalidade jurídica da empresa, mas apenas a desconsidera, para atos específicos, superando sua autonomia para que haja responsabilidade financeira dos integrantes que atuaram em desconformidade com a função social da pessoa jurídica (DINIZ, 2015, p. 357).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 268), este instituto:

> Consiste na desconsideração da autonomia entre o patrimônio da pessoa jurídica e o dos seus sócios, de modo a permitir, em determinadas circunstâncias, que o patrimônio dos sócios seja atingido mesmo quando a obrigação tenha sido assumida pela pessoa jurídica. Normalmente, objetiva evitar que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica possa ser usada como instrumento para fraudar a lei ou para o abuso do direito.

---

jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Enquanto o Código de Processo Civil de 2015 abrange o procedimento processual que será utilizado para a resolução da questão envolvendo a desconsideração, o direito material é tratado pelo Código Civil de 2002 e leis esparsas, ou seja, nelas estão os requisitos que autorizam a aplicação desse instituto.

Presentes no art. 50[3] do CC/2002, os pressupostos que legitimam a desconsideração se pautam na não observância da função social da empresa, já que esta é utilizada com abuso de poder, em decorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial (PINHO; FONSECA, 2016, p. 1150).

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2015, p. 354), o desvio de finalidade se configurara quando estão sendo realizados atos com "objetivo diferente do ato constitutivo para prejudicar alguém; mau uso da finalidade social, enquanto na confusão patrimonial, há a mistura do patrimônio social com o particular do sócio, causando dano a terceiro".

Ao analisar o artigo citado neste tópico, percebe-se que a teoria homenageada pelo Código Civil de 2002 foi a Teoria Maior da Desconsideração da personalidade jurídica, já que para ela, conforme citado por José Miguel Garcia Medina (2016, p. 244) *a* "autonomia patrimonial é desconsiderada quando caracterizada a fraude ou a confusão patrimonial".

A partir do Resp. nº 970. 635/SP, julgado pela Relatora Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do STJ, em 10.11.2009, nota-se que a Teoria Maior da Desconsideração é a norma geral adotada pelo direito brasileiro. Veja este trecho do inteiro teor:

> A regra geral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. Salvo em situações excepcionais previstas em leis esparsas, 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 da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, da pessoa jurídica e os de seus sócios.

Contudo, é importante ressaltar que o direito material que envolve a desconsideração da pessoa jurídica também está presente em outras legislações, como a Lei nº 9.605/1998, em

[3] Art. 50. 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.

seu art. 4º[4], a Lei nº 12.529/2011 em seu art. 34[5] e parágrafo único, bem como os já mencionados Código Tributário Nacional e o Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 134; 28 e parágrafos, respectivamente (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 268).

Desta forma, a seguir, teceremos breves observações acerca da Teoria Menor da Desconsideração que regula as relações consumeristas disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O art. 28, caput, do CDC, consagra algumas hipóteses em que o véu da personalidade jurídica pode ser levantado. Elas se consagram quando há "abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social", assim como nos casos em que "houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração".

Entretanto, aqui nos interessa a redação presente no §5º do art. 28 do CDC, que dispõe sobre a Teoria Menor da Desconsideração. Segundo mencionado parágrafo, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que for, de alguma forma, empecilho para o ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Para esta teoria, é necessário apenas a inexistência de ativos por parte da pessoa jurídica (MEDINA, 2016, p. 245), o que significa que não há necessidade de ser demonstrado que os sócios daquela agiram de maneira fraudulenta, atuando em desconformidade com o fim social da empresa ou de modo misturar o patrimônio dela e o próprio.

Nota-se que, nesse contexto, a parte consumidora – vulnerável nesta relação – ganhou um auxílio na tentativa de obter o ressarcimento financeiro do qual tem direito, o que revela uma atuação coerente por parte do legislador que, ao determinar que para a desconsideração da pessoa jurídica envolvendo uma relação consumerista seria necessário apenas demonstrar existência de obstáculo para reparação de prejuízo, impôs o cumprimento de um requisito mais

[4] Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

[5] Art. 34. 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. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

simples de comprovação, diferentemente das exigências probatórias complexas da desconsideração no âmbito do direito civil.

5. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Nos termos do Enunciado nº 283 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, "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".

Os requisitos elencados pelo direito material para que a desconsideração inversa seja verificada no caso concreto são os mesmos para a desconsideração direta. Isso se dá, pois, na desconsideração inversa, os integrantes da pessoa jurídica a utilizam de modo indevido, controlando excesssivamente a mesma e/ou confundindo seu patrimônio com o dela (PINHO; FONSECA, 2016, p. 1156).

Aqui, há a tentativa, pelos sócios, de beneficiar-se com a autonomia jurídica que a empresa possui, para se eximir de suas obrigações, prejudicando terceiros.

Nas palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca (2016, p. 1156), autorizada esta desconsideração, é "necessário superar a pessoa do sócio, devedor original para alcançar a pessoa jurídica na qual este oculta seus bens".

Logo, é denominada de desconsideração inversa, pois o patrimônio do ente jurídico responderá por dívidas assumidas pelos sócios (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 268). Em outros termos, os integrantes do ente jurídico foram quem pactuaram as obrigações, de modo a se tornarem devedores, contudo, a responsabilidade patrimonial será estendida à empresa, ante a prática dos atos indevidos.

No mesmo sentido, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 259) preconiza que "conquanto o débito seja do sócio, será possível alcançar bens da empresa, a quem a responsabilidade é estendida".

Ainda sobre o tema, é possível verificar sua aplicação na jurisprudência a partir do seguinte julgado proferido pelo STJ:

> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. I – A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. II – Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste

> ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal a quo pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. III – 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. IV – Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, " levantar o véu" da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular. VII – Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 948117 MS 2007/0045262-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2010).

Como bem exposto pela Ministra Relatora, o objetivo da teoria da desconsideração é combater a indevida utilização da pessoa jurídica, pelos seus sócios. Portanto, coerente é a aplicação da desconsideração na modalidade inversa, para atingir o patrimônio ocultado na empresa, quando os integrantes controladores utilizarem da autonomia jurídica daquela para praticarem atos eivados de fraude e abuso de direito, que, por sinal, são práticas não permitidas pelo ordenamento jurídico nacional.

6. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como aduz Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 260):

> Não havia, até a edição do CPC atual, um regramento a respeito de como se proceder, no âmbito processual à desconsideração da personalidade jurídica. Uma vez que a lei material a autorizava, entendia-se que o juiz tinha poderes para determiná-la, mas a lei processual não previa um procedimento específico para isso.

Em outras palavras, antes do Novo CPC, não havia um regramento processual específico a ser seguido em casos que envolviam o tema em questão, o que ensejava em

divergência na doutrina e jurisprudência no que tange a necessidade da desconsideração ser suscitada em ação autônoma ou por meio de mero incidente na postulação já existente (SANTOS, 2016, p. 1069).

Entretanto, mesmo em momento anterior ao novo *codex*, a jurisprudência nacional já se posicionava favoravelmente à arguição da desconsideração da personalidade jurídica pela maneira incidental, isto é, sem a necessidade de se ajuizar um processo autônomo só para sua apreciação. No mesmo sentido tem julgado o Superior Tribunal de Justiça, *in vebis*:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE SOCIEDADE. O juiz pode determinar, de forma incidental, na execução singular ou coletiva, a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade. De fato, segundo a jurisprudência do STJ, preenchidos os requisitos legais, não se exige, para a adoção da medida, a propositura de ação autônoma. Precedentes citados: REsp 1.096.604-DF, Quarta Turma, DJe 16/10/2012; e REsp 920.602-DF, Terceira Turma, DJe 23/6/2008. REsp 1.326.201-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/5/2013.

Desta maneira, o Código de Processo Civil de 2015, nada mais fez do que positivar o entendimento jurisprudencial acima, prevendo que a desconsideração da pessoa jurídica pode ser arguida em caráter incidental (art. 133), assim como pela forma principal, quando aventada na petição inicial, nos termos do art. 134, §2º.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está incluso no Capítulo IV, especificadamente nos arts. 133 a 137, do Título III denominado "Da Intervenção de Terceiros", presente no Livro III, da Parte Geral do CPC. Nesta hipótese, já há um processo em curso, contudo, fora notada a realização de atos que impediam a satisfação do crédito pelo credor, em razão do abuso da personalidade jurídica.

A participação do sócio na desconsideração direta (ou da pessoa jurídica na inversa) se dá por meio de intervenção de terceiros pois, conforme ilustrado por Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *o* "sócio, que até então não figurava na relação jurídica, passa a integrá-la, não na condição de co-devedor, mas de responsável patrimonial".

Isto se dá em razão de que a pessoa jurídica, parte devedora, foi quem firmou a obrigação com o credor. Porém, com a desconsideração, a responsabilidade patrimonial, de pagamento, é estendida ao sócio.

No caso, a intervenção de terceiros é provocada, já que o sócio não interveio voluntariamente, mas sim em decorrência do requerimento emanado pela parte da relação processual ou o ilustre *Parquet* (GONÇALVES, 2016, p. 261).

Contendo a previsão legal do incidente em questão e a legitimidade para instaurá-lo, o art. 133 do CPC menciona: *o* "incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo".

Analisando o dispositivo acima, nota-se que a parte integrante da relação processual ou o Ministério Público, quando figurar como parte ou fiscal da lei, são legítimos a requererem a instauração do incidente. Todavia, não há menção quanto à possibilidade de o procedimento ser instaurado de ofício pelo juiz.

Em que pese haverem doutrinadores, como Marcus Vinicius Rios Gonçalves, que entendem pela impossibilidade da proposição de ofício pelo magistrado, parece-se coerente a posição adotada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 269), já que para estes autores relevante é a observância do contraditório prévio, isto é, a manifestação da parte contrária, não importando se o procedimento foi instaurado daquela maneira, veja:

> Nada impede, porém, que o juiz dê início ao incidente também de ofício, sempre que o direito material não exigir a iniciativa da parte para essa desconsideração. O fundamental é a observância do contraditório prévio para a concretização da desconsideração, já que essa é a finalidade essencial do incidente.

Nos termos do art. 133, §1º do CPC, o requerimento de desconsideração deverá observar os pressupostos elencados pela lei, ou seja, aqueles dispostos pelo direito material, como os presentes no art. 50 do CC/2002 ou art. 28 do CDC, tratados no texto com maior esplendor anteriormente.

Assim, preenchendo todos os requisitos legais para que haja a desconsideração e demonstrando as razões fáticas e de direito, o pedido pode ser formulado em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial, conforme estabelece o art. 134, caput e §4º do CPC.

Caso o suscitante não exibir os fundamentos acima, o magistrado oportunizará o saneamento do vício, podendo rejeitar o incidente em caso de não atendimento desta determinação (GONÇALVES, 2016, p. 262).

Instaurado o incidente, nos termos do art. 134, §1º do CPC, este deve ser comunicado ao distribuidor para que se promova as anotações pertinentes, a fim de evitar a distribuição de outra demanda abrangendo o tema da desconsideração.

Além disso, consoante o art. 134, §3º do CPC, a instauração suspenderá o processo que estava tramitando normalmente. Segundo ilustrado por Michel Ferro e Silva (2016, p.

1188): “Trata-se de efeito suspensivo proveniente da própria legislação processual e se justifica já que o prosseguimento da atividade executiva depende da constatação do preenchimento dos pressupostos previstos em lei para a utilização da teoria”.

Durante a suspensão, o art. 135 do CPC prevê que o sócio ou a pessoa jurídica (no caso da desconsideração inversa), será citado (a), para exercer o contraditório e requerer eventual produção de provas no prazo de 15 (quinze) dias. Como ainda será mais bem exposto neste texto, a positivação do incidente de desconsideração efetivou o princípio do contraditório, regra norteadora do processo civil, já que oportunizou a manifestação da parte contrária antes que o juiz emanasse a decisão desconsiderando a personalidade jurídica.

Conforme transcrito por Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 262):

> Embora as partes do incidente sejam o suscitante e o sócio (no caso da desconsideração direta), a pessoa jurídica poderá manifestar-se, postulando o não acolhimento do incidente. Pelas mesmas razões, na desconsideração inversa, embora as partes sejam o suscitante e a pessoa jurídica, o sócio poderá manifestar-se, postulando o indeferimento do pedido. Nesse sentido, o REsp 1.208.852.

De modo a garantir a simplificação do procedimento, o incidente em questão é resolvido em decisão meramente interlocutória (art. 136 do CPC), logo, poderá ser questionada por meio de agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, inc. IV do CPC.

Importante ressaltar que o tema da desconsideração também pode ser arguido na fase recursal, na qual caberá ao relator decidir sobre a questão, podendo ser impugnada por agravo interno nos moldes do art. 136, parágrafo único do CPC, bem como no início do processo, na exordial.

Neste último caso, o processo não será suspenso. A parte que alegou o instituto poderá prová-lo durante o trâmite processual e à parte contrária é possibilitado se manifestar na contestação, devendo arguir o motivo pelo qual não deve ser responsabilizado pelo débito daquela (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 269).

Além disso, na hipótese em comento, não haverá intervenção de terceiros, já que o integrante da pessoa jurídica ou ela, será incluído (a) no polo passivo da demanda, como réu. Como não há suspensão da postulação, o tema é resolvido quando o magistrado a sentencia, podendo, a questão, ser rediscutida com a interposição de apelação, conforme o dispõe o art. 1.009 do CPC (GONÇALVES, 2016, p. 264).

7. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRADITÓRIO

Dispõe o art. 7º e 10 do Código de Processo Civil:

> 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. 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.

Em análise a tais dispositivos percebe-se que, para as partes, é garantido o direito de emanarem suas manifestações e, ao magistrado, é atribuído o dever de decidir após a possibilidade de aquelas exibirem seu posicionamento. Porém, a máxima do contraditório não se resume a meros pronunciamentos. Aos integrantes da relação processual é assegurado que participem do processo de modo a poderem influenciar no resultado das decisões (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 160-161).

Analisando o artigo acima, percebe-se igualmente a homenagem trazida ao princípio da isonomia. No mesmo sentido, veja o que José Miguel Garcia Medina (2016, p. 124) discorre:

> Sob essa perspectiva, está-se diante de decorrência do princípio da isonomia (art. 5º, caput e II da CF; art. 7º do CPC/2015), já que, se o juiz decidir apenas com base no que uma das partes tiver argumentado, dará a elas tratamento desigual.

Nesse contexto, à baila é exibida a influência que a observação do contraditório perfaz a elaboração de um processo justo. Para que assim se realize, é necessária a observância de alguns princípios, dentre eles estão, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 144) “que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas (art. 5º, I, CF, e 7º, CPC), em contraditório (art. 5º, LVI, a contrario sensu, CF, e 369, CPC), com ampla defesa (art. 5º, LV, CF)”.

Uma lide só é justa se observado o devido processo legal, ou seja, todas as normativas constitucionais e processuais inerentes ao processo. Tecendo relação entre o princípio do contraditório e o devido processo legal, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1997, p. 85-86), preconiza:

> Para além das garantias correspondentes ao órgão judicial e do caráter fundamental da garantia de acesso à jurisdição, do ponto de vista estritamente processual, o conceito de devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade,

> contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente. Todavia, como o processo não se resume a uma simples sequência ordenada de atos, o princípio não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do juiz. Por tais razões, o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e a ampla defesa.

No mais, observe as considerações de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca (2016, p. 1169):

> À luz do formalismo Valorativo, as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa encontram-se necessariamente interligadas, consistindo a função precípua da ordenação formal do processo em orientar seu desenvolvimento de forma dialógica, assegurando aos potenciais atingidos pela eficácia da tutela jurisdicional o efetivo poder de influência na formação da convicção do juiz.

Por essas razões, é possível notar a relevância que o instituto do contraditório e o seu cumprimento têm para a promoção de uma lide que se atenha ao devido processo legal e se revele justo às partes.

8. DA EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO CPC/2015

Consoante ao já citado em linhas anteriores, antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não havia um procedimento delimitado pela legislação para regulamentar o modo como a desconsideração deveria ser tratada no âmbito processual.

Logo, abriu-se caminho para a existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tema, principalmente no tocante à necessidade de prévia citação dos sócios ou da pessoa jurídica no caso da desconsideração inversa.

Uma parcela da jurisprudência reclamava pela prévia manifestação dos sócios conforme se observa:

> AÇÃO DE COBRANÇA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INCIDENTE PROCESSUAL - ART. 50, CC - ABUSO DE PERSONALIDADE CONFIGURADO - POSSIBILIDADE - INTIMAÇÃO DOS SÓCIOS ANTES DA PENHORA DE SEUS BENS - OPORTUNIDADE PARA DEFESA - NECESSIDADE. Consoante princípios da celeridade e economia processual, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser feita no bojo da ação ordinária, desde que cabalmente comprovado o requisito previsto no art. 50 do CC, qual seja, abuso de personalidade jurídica, caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Sendo a personalidade jurídica criação da lei, cabe ao juiz de

> direito, caso se convença do uso inadequado desse direito,""levantar o véu""da pessoa jurídica e atingir bens de seus sócios. Haja vista que a pessoa jurídica está com as portas fechadas, não possui bens ou valores penhoráveis e possui dívidas em seu nome, pode-se inferir que ela não está sendo utilizada para os devidos fins, ou seja, está abusando de sua personalidade jurídica - o que constitui razão suficiente para decretar a desconsideração da pessoa jurídica. Antes da efetivação da penhora sobre os bens dos sócios, deve-se proceder à intimação destes, facultando-lhes oportunidade de infirmar as alegações de fraude, desvio de finalidade ou abuso de direito, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não se pode admitir a constrição judicial de bens do sócio, sem qualquer possibilidade de defesa, ao singelo fundamento de que este poderá opor embargos de terceiro". (TJMG – Agravo de Instrumento nº 1.0079.09.939471-4/001, 03/11/2009, 18ª Câmara Cível, Desembargador Relator Elpídio Donizetti).

> PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. Não há por que falar em violação do art. 535, II, do CPC nas hipóteses em que o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada. 3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando não demonstra o recorrente a identidade de bases fáticas entre os julgados indicados como divergentes. 4. Recurso especial não-conhecido". (Superior Tribunal de Justiça –Recurso Especial nº 686.112 – RJ, 08/04/2008, 4ª Turma, Ministro Relator João Otávio de Noronha).

Porém, a grande maioria se posicionava pela desnecessidade do contraditório prévio à decisão que deferia a desconsideração. Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 260):

> De início, nos processos mais antigos, não havia propriamente um contraditório e não se ouvia o sócio, já que ele não integrava o processo. (...). Restava a ele defender-se opondo embargos de terceiro, nos quais tentaria demonstrar que os requisitos da desconsideração não estavam preenchidos e que por isso a responsabilidade não poderia ter sido estendida a ele.

Ou seja, mesmo que o sócio não integrasse o processo, o magistrado proferia decisão desconsiderando a personalidade da empresa e estendendo a responsabilidade patrimonial àquele, sem o mesmo ter se manifestado sobre.

O mesmo ocorria em processos executórios, em que a parte poderia opor embargos à execução. Neste caso, ela era citada, contudo, sua manifestação só era exercida quando já proferida a decisão pelo juiz (GONÇALVES, 2016, p. 260-261).

Com a publicação do CPC/2015, houve a regulamentação processual do instituto, prevendo em seu art. 135 que, ao ser instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica (no caso da inversa), deve ser citado (a) para, querendo, se manifestar e requer provas.

Houve também a imposição ao cumprimento do contraditório nos artigos 7º e 10, os quais dispõem que as partes têm direito igual ao exercício de direitos e faculdades processuais, meios de defesa, assim como o juiz deve emanar suas decisões após ter sido oportunizado às partes que se manifestem.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988, já estabelecia que o contraditório deve ser respeitado ao dispor em seu art. 5º, inc. LV, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca (2016, p. 1171), "para assegurar o contraditório efetivo, este deve se desenvolver previamente à decisão pela desconsideração e com ampla possibilidade de produção probatória a ambas as partes".

Conforme já exposto, o contraditório não engloba apenas o direito das partes se manifestarem, mas também de influenciarem no convencimento do juiz e no andamento do processo. Assim, quando o contraditório era postergado para depois da decisão que desconsiderava a personalidade jurídica, ele não era efetivo.

E, realmente, não parece razoável que a manifestação do sócio ou da pessoa jurídica seja apenas oportunizada após a decisão que defira a desconsideração da personalidade jurídica, pois desrespeita claramente os preceitos constitucionais e processuais da isonomia entre as partes, do contraditório, do devido processo legal e da tramitação de um processo justo. Veja, pelo presente julgado, como a normativa constante no atual código homenageia essas garantias:

> ACÓRDÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE OBSERVAR O INCIDENTE PREVISTO NO ART. 133 E SEGUINTES DO CPC/2015. NULIDADE DA DECISÃO. RECURSO PROVIDO. 1. As hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica são regulamentadas pelo direito material (como, por exemplo, os pressupostos previstos no direito civil, no direito tributário, no direito trabalhista etc.). 2. A novidade inserida pelo CPC/2015 foi justamente a processualização do modo pelo qual ocorrerá a desconsideração, em evidente prestígio à garantia constitucional do contraditório, ampla defesa e devido processo legal em relação aos sócios que poderão ter seu patrimônio afetado em caso de deferimento da medida (art. 5º, LIV e LV, CF). 3. Confunde os planos do direito material e do direito processual o argumento de que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio prescinde da instauração do incidente, tendo em vista que o direito material rege os pressupostos a serem observados para a desconsideração, enquanto o direito processual rege o procedimento a ser adotado para a desconsideração. 4. Nada impede que o juízo de origem entenda pela desconsideração posteriormente, após a devida instauração do incidente, o que não se pode admitir é a desconsideração sem o incidente, sendo nula

> a decisão que assim procede. Precedentes TJES. (TJ-ES - AI: 00026753220178080004, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 19/06/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/06/2018).

Além disso, poderiam até haver em medidas prejudiciais ao terceiro (no caso do procedimento incidental) ou à parte (no caso de a desconsideração ter sido arguida inicialmente), como medidas de penhora ou expropriação de bens, que sequer teve oportunidade de exibir seu posicionamento de modo a influir no convencimento do juiz e no conteúdo da decisão prolatada.

Entende-se, portanto, que o legislador operou com coerência quando estipulou a norma contida no art. 135 do CPC, já que esta efetiva o princípio constitucional e processual do contraditório.

CONCLUSÃO

A personalidade jurídica própria que o ente jurídico possui é fator de atração tanto para as pessoas físicas que vislumbram nela uma possibilidade de atuar empresarialmente, resguardando seu patrimônio pessoal, quanto para aqueles que pretendem a utilizar com o intuito de fraudar a lei e terceiros.

Na última hipótese, ao ser constatado que os membros da pessoa jurídica abusaram da personalidade jurídica desta, desviando o fim social da empresa ou confundindo o patrimônio pessoal com o empresarial, poderá haver a desconsideração da personalidade do ente jurídico, relativizando brevemente sua autonomia para atingir os bens pessoais dos sócios, ou desconsiderar a pessoa dos sócios para alcançar o patrimônio da empresa no caso da desconsideração inversa (a qual se dá, v.g., quando há ocultação do patrimônio particular no empresarial).

Tal regramento é disposto pelo art. 50 do Código Civil, em razão de que os requisitos para que a desconsideração ocorra no caso concreto, são ofertados pelo direito material, seja no código em comento ou em leis esparsas. Entretanto, como não havia até a edição do Código de Processo Civil de 2015 um regulamento processual específico a ser seguido pelos magistrados, existiam divergências no tocante ao trâmite que o processo seguiria quando o tema em questão fosse suscitado.

Com a entrada em vigor do Novo CPC, em seus arts. 133 a 137, houve a positivação do denominado incidente de desconsideração da personalidade jurídica, em que, para a resolução da questão, basta que a mesma seja suscitada por meio de incidente no processo já

existente. Ressaltando que também há a possibilidade de o tema ser aventado na petição inicial, hipótese em que a parte poderá se defender em contestação, não suspendendo o processo como ocorre no caso de instauração de incidente.

Não obstante, houve a determinação, no art. 135 do CPC/2015, que seja realizada a prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica antes do pronunciamento decisório do magistrado sobre o assunto.

A partir da análise do novo conceito que ao contraditório é atribuído, percebe-se que, de fato, este reclama pela participação das partes de modo a atuarem ativamente da demanda, influenciando no convencimento do juiz e, por conseguinte, no conteúdo da decisão proferida por este.

Resta evidente que a citação dos sócios ou da pessoa jurídica (no caso da desconsideração inversa), antes da decisão que desconsidere a personalidade, oportunizando a eles que emanem seu posicionamento e influem no convencimento do magistrado, traduz-se em um efetivo contraditório, garantindo um processo isonômico e justo para as partes.

Portanto, pode-se concluir que o legislador, no que concerne ao regramento processual do instituto da desconsideração, operou com excelência ao redigir as normativas dispostas pelo Código de Processo Civil de 2015, especificadamente porque com elas há a tutela e a efetivação da norma fundamental processual do contraditório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. ***CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil***. Brasília, DF, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19/07/2018.

BRASIL. ***LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Código de Defesa do Consumidor***. Brasília, DF, 11 de set. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 17/07/2018.

BRASIL. ***LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil***. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 17/07/2018.

DINIZ, Maria Helena. ***Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil***. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro (Coord.). ***Direito processual civil esquematizado***. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. ***Direito processual civil moderno***. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. ***Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973***. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. ***Novo Código de Processo Civil comentado***. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEGRÃO, Ricardo. ***Manual de Direito Comercial e de Empresa***, vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. ***Do formalismo no processo civil***. São Paulo: Saraiva, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; FONSECA, Marina Silva. ***O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil***. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). Novo CPC doutrina selecionada, v.1: parte geral. Salvador: Juspodovim, 2016.

SANTOS, Marina França. ***Intervenção de terceiros no Novo Código de Processo Civil***. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). Novo CPC doutrina selecionada, v.1: parte geral. Salvador: Juspodovim, 2016.

SILVA, Michel e Ferro. ***O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil***. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). Novo CPC doutrina selecionada, v.1: parte geral. Salvador: Juspodovim, 2016.

TARTUCE, Flávio. ***Manual de direito civil: volume único***. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.