V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CRISTIANO BECKER ISAIA

GABRIEL VALENTIN

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963
Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Darci Guimarães Ribeiro, Gabriel Valentin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-268-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

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

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Novo Código de Processo de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, dada mesmo a complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, por ocasião do V Encontro Internacional do Conpedi, realizado em Montevidéu/UY, de 08 a 10 de setembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi presidido pelos Professores Doutores Cristiano Becker Isaia e Darci Guimarães Ribeiro, do Brasil, e Gabriel Valentin, do Uruguai. Um total de 15 (quinze) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em 3 (três) grupos.

No primeiro, o foco centrou-se principalmente no universo das teorias decisórias e no próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, democratização do processo e judicialização da política. No segundo, destacou-se o enfrentamento verticalizado dos princípios processuais, vindo à tona principalmente questões relacionadas à segurança jurídica, coisa julgada, dignidade da pessoa humana e cooperação processual. No terceiro, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos à técnica processual, quanto então se dialogou sobre o sistema de recursos e precedentes, relações entre direito processual, direito do trabalho e direito administrativo, e o mecanismo de tutela provisória instituído pelo Novo Código de Processo Civil.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Gabriel Valentin – Universidad de la República Uruguay

APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO TRABALHISTA

THE APPLICATION OF THE DISREGARD DOCTRINE'S INCIDENT TO THE LABOR PROCEDURAL LAW PRACTICE

Jéssica Fonseca Teles
João Glicério de Oliveira Filho

Resumo

Este artigo objetiva a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, disposto no Código de Processo Civil de 2015, ao processo trabalhista. Para tanto, explanam-se o conceito de pessoa jurídica e princípio da autonomia patrimonial, bem como a evolução histórica do instituto, seus fundamentos e disposições de direito material sobre o tema no Brasil. Tal aplicação pressupõe a inexistência de direitos absolutos e destaca o direito ao contraditório e ampla defesa do sócio executado, para evitar desvirtuamento do instituto em voga. Adotam-se, metodologicamente, posicionamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, dentre eles, a Instrução Normativa 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: Desconsideração, Personalidade jurídica, Incidente, Processo trabalhista

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends the application of the disregard doctrine's incident, defined by the Civil Procedural Law Code of 2015, to the labor procedural law practice. Therefore, the concepts of legal person and asset autonomy, the doctrine's historical evolution, its foundations and brazilian material law dispositions about the topic are explaned. Such application supposes the absence from absolute rights and highlights the demanded partner's rights to adversary system and full defence, in order to avoid the institution's distortion. Legal, doctrinal and jurisdictional positions are methodologically pointed out, inccluding the Normative Instruction 39/2016 from the Superior Labor Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Disregard doctrine, Legal personality, Incident procedure, Labor procedural

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, do seu artigo 131 ao 137, determina a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, exceto se requerida em petição inicial, levando à suspensão do processo e devendo ser julgado por meio de decisão interlocutória. Além disso, determina a necessidade de citação do sócio ou pessoa jurídica para se manifestar e requerer provas, como se depreende do texto abaixo transcrito:

> DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
> Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.
> § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.
> § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.
> Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.
> § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.
> § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.
> § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.
> § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.
> Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.
> Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.
> Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.
> Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Esta redação traz soluções para muitas dúvidas que persistiam na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicação do instituto da desconsideração jurídica, podendo, no entanto, persistir algumas indagações no que tange à sua aplicação na seara trabalhista, as quais se pretende apontar e esclarecer por meio deste artigo. Para tanto, serão, primeiramente, analisadas as teorias acerca da natureza da pessoa jurídica, bem com a sua relação com o princípio da autonomia patrimonial e a limitação da responsabilização dos sócios integrantes do grupo, voltada a um desenvolvimento econômico e social. Posteriormente, explanam-se a origem e fundamentos do instituto em voga, bem como seu desenvolvimento no cenário jurídico brasileiro. Por fim, adentra-se, de forma crítica, especificamente no campo de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na seara trabalhista, para se evidenciar a necessidade de uma adequada compatibilização dos dispositivos acima transcritos, especialmente de acordo com a própria Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho, para evitar

possíveis controvérsias e permitir que princípios processuais, como a garantia à ampla defesa e contraditório, além dos requisitos legais para a aplicação do instituto, não sejam sempre e indiscutivelmente sacrificados no contexto protetivo ao trabalhador.

2 PESSOA JURÍDICA E AUTONOMIA PATRIMONIAL DAS SOCIEDADES

A compreensão da pessoa jurídica perpassa pela constatação de que os indivíduos, muitas vezes, não são capazes, por si só, de realizar determinados fins, sendo levados pela tendência inata do convívio em sociedade a se unir em associações, com uma estrutura própria, para "superar a debilidade de suas forças e a brevidade de sua vida", de forma que as forças empregadas não apenas se somam, mas se multiplicam, aumentando as possibilidades humanas (MONTEIRO, 2012, p. 139). A mera reunião de indivíduos não é, no entanto, suficiente para que se concretize a pessoa jurídica, fazendo-se também necessária uma vinculação jurídica, de forma a lhe atribuir uma unidade orgânica e haja a "conversão da vontade dos participantes do grupo na direção integrativa deste em um organismo" (PEREIRA, 2015, p. 250).

Para entender a natureza da pessoa jurídica e a relação entre este instituto e seus indivíduos componentes, algumas teorias foram elaboradas, podendo ser divididas em duas correntes principais, as teorias ficcionistas e as teorias realistas.

Originária do direito canônico e prevalecendo até o século XIX, a teoria ficcionista sustentada por Friedrich Karl von Savigny apontava que somente o homem, pessoa humana, seria sujeito de direitos, podendo a lei, no entanto, modificar esse princípio, para estender tal capacidade a seres outros, fictícios, incapazes de vontade e sem qualquer realidade. (MONTEIRO, 2012, p. 143). Esse entendimento recebeu críticas de Augusto Teixeira de Freitas que, no bojo do seu esboço de Código Civil, mostrou sua preocupação naqueles que viam a realidade senão na matéria e no que estivesse acessível aos sentidos. Considerando que o Estado era "a primeira das pessoas de existência ideal" e, assim, fundamento do Direito Público, todas as demais pessoas decorreriam dele, mas questiona, quem ousaria dizer que o Estado era uma ficção (1983, pp. 98-99).

No mesmo sentido é a teoria de Rudolf von Ihering, também ficcionista, para o qual a pessoa jurídica seria apenas um sujeito aparente, de forma a ocultar os indivíduos, os verdadeiros sujeitos que exprimiam suas vontades (MONTEIRO, 2012, p. 143). Essa compreensão também recebeu críticas, uma vez que a personalidade jurídica das sociedades pressupõe a ideia de universalidade – o que sustenta, inclusive, a ideia de pessoa jurídica – não

cabendo a cada indivíduo exercer, por si só, direitos que competem privativamente à sociedade, o que levaria a uma confusão de interesses (BEVILAQUA, 1980, p. 118).

Dentre as teorias realistas, Washington de Barros Monteiro as classifica entre a *teoria da realidade objetiva* (ou *orgânica*) e a *teoria da realidade técnica* (ou *jurídica*). Para a primeira, sustentada principalmente por Otto von Gierke, pessoa jurídica é um organismo social e constitui uma realidade viva, ao lado dos homens. A crítica que lhe é direcionada diz respeito à atribuição de vontade a tais pessoas, visto se tratar de atributo próprio dos homens que não poderia existir num ente coletivo (MONTEIRO, 2012, p. 144). Já a segunda – a qual, segundo o autor, teria fornecido a verdadeira essência jurídica da natureza buscada –, procura um meio termo entre a realidade e a ficção e, portanto, entre as duas correntes principais, deduzindo que somente o homem é *realidade física* (premissa da teoria da ficção), mas os fenômenos do direito não devem ser compreendidos apenas a partir das ciências naturais e do mundo material. Há paralelamente uma noção jurídica, retirada da própria ciência do Direito, que leva à conclusão de ser a pessoa jurídica não uma ficção, mas um atributo e uma *realidade jurídica*, deferida pelo Estado a alguns entes merecedores de tal situação (MONTEIRO, 2012, p. 145).

A teoria da realidade jurídica encontrou aceitação entre outros doutrinadores brasileiros. Para Clóvis Bevilaqua, apoiado no entendimento de Kohler, existiriam as pessoas corpóreas ou físicas e as morais ou jurídicas, sendo ambas reais. A diferença estaria no fato de as primeiras serem naturalmente dotadas de razão e, as segundas, apenas adquirirem parcialmente a racionalidade por meio de arranjos sociais. A pessoa jurídica seria, assim, a "pessoa real, criada pela ordem jurídica" (1980, p. 126). Rubens Requião, por sua vez, na palestra de apresentação do tema da desconsideração no cenário brasileiro, proferida na Universidade Federal do Paraná, em 1969, afirmou que a pessoa jurídica se refere a uma "criação da lei", pautando-se numa realidade jurídica e, não, da vida sensível (1969, p. 15).

Nesse sentido, relata Oksandro Gonçalves que, a partir da imputação de ações humanas às pessoas jurídicas, foi possível um desenvolvimento econômico e social, centrado num objetivo comum e de caráter duradouro, o que permitiu a geração de empregos, receita tributária e o desenvolvimento cultural (2004, p. 33). Essa atribuição de personalidade a entes coletivos, por sua vez, dá ensejo ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, o qual também contribui para o desenvolvimento, havendo, assim, uma vantagem na destinação a um fim comum de parcela do patrimônio, sendo este, por si só, *autônomo* e independente do patrimônio de cada indivíduo da pessoa jurídica (GONÇALVES, 2004, p. 42).

Rubens Requião ressalta a importância da autonomia patrimonial, tendo em vista que, mesmo nos casos de responsabilidade ilimitada e solidária, o referido princípio torna a

responsabilidade dos sócios estranha à responsabilidade social, uma vez que é subsidiária (1969, p. 15), representando uma limitação de riscos na atividade empresarial. Oksandro Gonçalves, no entanto, acredita que somente após a evolução da teoria das sociedades por ações é que se combinou a autonomia patrimonial com a limitação de responsabilidade, tendo-se o que ele chama de "autonomia patrimonial perfeita" (2010, p. 108), para incentivar os investimentos da iniciativa privada. Isso acabou, conclui o autor, por limitar os custos de fiscalização dos administradores e separou propriedade do controle, permitindo que os investidores invistam sem monitorar ou controlar as políticas da empresa tão de perto (2010, pp. 111-112).

Cumpre ainda destacar a observação de Requião, de que o princípio da autonomia patrimonial foi tomado como ideal nos Estados Modernos de economia liberal, voltados ao plena liberdade de exercício dos indivíduos, ainda no século XIX, tendo, inclusive, caráter absoluto, tratados como "axiomas", "postulados impregnados na mente" (1969, p. 15). No entanto, observa Gonçalves que o princípio passou a sofrer relativizações, uma vez que se trata de um desdobramento do próprio direito à propriedade particular, tendo este, por sua vez, sido limitado para atender a sua função social, com a vedação de atividades voltadas unicamente a interesses egoísticos, sobretudo a partir das concepções do Estado Social e do interesse maior da coletividade (2004, p. 49). Nesses termos, como afirma Requião, "se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei", cabe ao Estado, "através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado" (1969, p. 15).

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica significa, primeiramente, uma relativização ao princípio da autonomia patrimonial de uma pessoa jurídica, sendo negado, justamente, o caráter absoluto da personificação (GONÇALVES, 2004, p. 50). Para melhor compreensão do instituto e visualização de sua aplicação conforme o Código de Processo Civil de 2015, principalmente artigo 134, §4º, indispensável é a análise dos seus requisitos, o que se passará a expor, após um breve incurso sobre a sua origem histórica.

3.1 ORIGEM DO INSTITUTO

A desconsideração da personalidade jurídica teve sua primeira referência no caso *Bank of United States v. Deveaux*, nos Estados Unidos, no ano de 1809, no qual o *Chief Justice* "foi

compelido a olhar além da pessoa jurídica", para enxergar não uma companhia, enquanto pessoa jurídica, mas os cidadãos que a constituíam. Como explica Couto Silva (1999, pp. 32-33), a partir dos relatos de Maurice Wormser, tal fato se deu porque a Constituição federal norte-americana, em seu art. 3º, seção 2ª, limita a jurisdição das cortes federais às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados. Assim sendo, os acionistas foram considerados, nesta ocasião, partes do processo, para preservar a jurisdição sobre as sociedades anônimas. Noutro giro, apesar de tal decisão não ter sido bem recebida pela doutrina, o que chama a atenção para Wormser (*apud* KOURY, 1998, p. 64) é o fato de que já nesse momento os tribunais consideravam as características dos sócios em si.

Outro caso emblemático sobre o instituto é o *Solomon v. Solomon & Co.*, ocorrido em 1897, na Inglaterra, que se refere a uma sociedade voltada ao comércio de couros e calçados, que tinha como sócios fundadores Aaron Solomon, sua esposa e seus cinco filhos, sendo que aquele era titular de 20.000 cotas, enquanto esses outro, de apenas 6, sendo uma de cada. Quando a *Company* entrou em liquidação, sendo os bens insuficientes para satisfazer as obrigações perante os credores, criando um litígio, tanto a *High Court* quanto a *Court of Appeal*, em grau de recurso, chegaram à conclusão de que a sociedade tinha, na verdade, o objetivo de ser uma própria extensão de Aaron Solomon, como uma fiduciária (*agent* ou *trustee*), de forma que a sociedade seria apenas uma forma de limitar a sua responsabilidade (REQUIÃO, 1969, p. 18; COUTO SILVA, pp. 30-31).

Suzy Elizabeth Koury aponta "inverdades" na compreensão sobre o caso inglês. Primeiramente, aduz que, apesar de ser tratado como *leading case* na doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, obviamente, ressalta que 87 anos antes o embrião deste instituto já havia tido sua referência nos Estados Unidos. Ademais, salienta que a sua decisão foi reformada na *House of Lords*, "sob a alegação de que a companhia havia sido validamente constituída e que Solomon era seu credor privilegiado por ter-lhe vendido o estabelecimento e recebido, por isso, obrigações garantidas por hipoteca" (1998, p. 64). A autora destaca ainda a compreensão de Piero Verrucoli, de que a desconsideração neste caso teve influência negativa para o desenvolvimento da doutrina da *Disregard Doctrine*, na Inglaterra, passando a ser aplicado com maior rigor o princípio da separação de subjetividades jurídicas e de responsabilidade patrimonial, salvo exceções (KOURY, 1998, p. 65).

A doutrina da desconsideração, que foi disseminada sob as expressões "*piercing* ou *lifting the corporate veil*" ou "*disregard doctrine*", também encontrou aplicação também no Direito comparado na Alemanha, como *Durchgriff der juristischen Person*, teoria pela qual Rolf Serick sistematizou teoricamente o instituto (GONÇALVES, 2004, pp. 15-16), tendo

como base a jurisprudência inglesa sobre o tema. Sua doutrina, em seguida, seria analisada por Rubens Requião, dando-se início ao debate do tema no ordenamento nacional, ao lado também dos apontamentos de Verrucoli, com o trabalho "Il *Superamento della Personalitá Giuridica dele Società di Capitali nella 'Common Law' e nella 'Civil Law'*" (REQUIÃO, 1969, p. 13).

3.2 FUNDAMENTAÇÃO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

Apesar de hoje serem encontrados critérios legais balizadores da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, ao longo dos anos foi travado um debate a respeito da sua fundamentação, a qual se baseava, para a maioria dos autores, no desvio de função da sociedade, conforme aduz Couto Silva (1999, p. 34). Suzy Elizabeth Koury compara o desvio de função ou finalidade com a figura do negócio indireto, desenvolvida por Tullio Ascarelli, na doutrina italiana. Afirma que, através da autonomia patrimonial e seus efeitos, os sócios também "visam a conseguir fins atípicos, egoísticos e que não foram levados em consideração pelo ordenamento jurídico ao criar as sociedades comerciais", sendo a *disregard doctrine* um recurso jurídico contra esse uso indevido da pessoa jurídica (1998, p. 69).

Já Fábio Ulhoa Coelho aponta a existência de duas formulações, uma subjetiva e outra objetiva, que se referem, respectivamente, à fraude e ao abuso de direito como causas autorizativas da aplicação da desconsideração e, portanto, formas de desvio de finalidade, sendo que a análise da intenção do agente causador do dano (elemento subjetivo) só importaria no primeiro caso (1989, pp. 54-55).

Esta dualidade entre o entendimento subjetivo e o objetivo também se encontra dentro da própria teoria do abuso de direito. Conforme explana Silvio Rodrigues a partir das legislações civis alemã e suíça, segundo o primeiro critério, o abuso de direito ocorreria sempre que "o ato for estribado no mero propósito de prejudicar", ou, numa segunda hipótese, quando o ato for praticado sem qualquer interesse pelo seu autor ou baseado num interesse ilegítimo e, portanto, não protegido pelo Direito (2000, p. 48). Do ponto de vista objetivo, não se indaga a intenção do agente, analisando-se apenas o ato e o dano, no caso em que um sujeito, podendo exercitar seu direito de várias maneiras, o fez de modo que prejudicou um outro, causando-lhe dano (2000, pp. 48-49).

Caio Mário Pereira, por sua vez, afirma que fraude é "a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro", em benefício próprio ou alheio, tendo a má-fé e a malícia como requisitos (2015, p. 450). Já o abuso de direito relaciona-se com a fixação de um limite ao exercício do direito que se é titular, em respeito à esfera jurídica alheia (2015, pp. 562-563). É

importante destacar ainda a conclusão do autor, no sentido de que, com frequência, o próprio exercício regular de um direito pode ser razão de um mal a outrem, como no caso de uma cobrança de dívida ou protesto de título cambial e, por essa razão, o dano pode ser um resultado inevitável quando da concretização de um direito, que não pode ser somente utilizado dentro do critério da inocuidade (2015, p. 563). Dessa forma, pode-se depreender que mesmo a teoria do abuso de direito encontra suas limitações, não havendo porque se concluir imediatamente por uma responsabilização civil mesmo sem verificação de qualquer elemento subjetivo.

Considerando a diferenciação entre os conceitos de fraude e abuso de direito, bem como a próprio dificuldade de compreensão, em especial, desse segundo conceito, Fábio Ulhoa Coelho sugere a aproximação da fundamentação subjetiva da desconsideração com a objetiva, sem apontar a preferência por uma ou outra teoria, para obter uma compatibilização entre elas mesmas e entre cada uma delas com a própria *disregard doctrine* (1989, p. 58). O autor conclui ainda pela incorporação à doutrina da desconsideração de um "tratamento mais moderno", em que o elemento de ordem subjetiva já não "tinha a mesma importância" - não desconsiderando, contudo, essa concepção, em momento algum – a qual teria sido "exagerada" na tese de Rolf Serick, em que havia uma maior necessidade de proteção da estrutura da pessoa jurídica (1989, p. 61). Dessa forma, não se tem opta somente pela intenção do agente, nem tão-somente do mero dano causado, devendo haver uma combinação e análise casuística dos dois fatores.

Cumpre ressaltar, neste ponto, a posição de Oksandro Gonçalves, para quem o instituto da desconsideração – inclusive, ao lado "do peculiar sistema de responsabilidade do Direito do Trabalho" (2010, p. 117) – tem sido "banalizado", passando a "justificar a responsabilização dos sócios em várias hipóteses que não comportariam o seu uso", como é o exemplo do regime da *desconsideração menor*, evidenciando um desacordo com a exigência tão-somente de prejuízo para o afastamento da personalidade e afirmando que o excesso de relativizações da responsabilidade limitada dos sócios contribui para afastar investimentos para o desenvolvimento econômico e social (2010, pp. 118-119). Pode-se também traçar um paralelo com a observação feita, ainda em 1969, por Rubens Requião – que, mesmo não sendo o "tratamento mais moderno", não deve ser desconsiderado –, sobre a "necessidade de se atentar com muita agudeza para a gravidade da decisão que desconsiderar a personalidade jurídica", ressaltando ainda o risco do instituto se tornar "instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica" (1969, p. 24).

A fundamentação desenvolvida pela doutrina e jurisprudência foi, aos poucos, sendo positivada na legislação brasileira. O primeiro dispositivo sobre a desconsideração da personalidade jurídica foi a do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, foi

também contemplado no artigo 18 da Lei nº 8.884/1994, a Lei Antitruste (revogada, mas mantendo determinação semelhante no art. 34 da Lei 12.529/2011); no art. 4º da Lei nº 9.605/1998, a Lei de Crimes Ambientais; e, finalmente, no art. 50 do Código Civil.

O Código Civil traz dois requisitos, quais sejam, desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Explica Bruno Miragem que a opção do referido código é a da teoria subjetiva, sendo majoritário o entendimento doutrinário da necessidade de motivação dolosa dos beneficiários (2014, p. 634). Suzy Elizabeth Koury critica a referência a casos de aplicação, no sentido de que isso poderia favorecer polêmicas judiciais, e, por isso, aduz que as hipóteses do Código Civil seriam apenas *numerus clausus*, tratando-se de uma norma geral que traz, sobretudo, o desvio de finalidade ou função como critério básico para a aplicação da *disregard doctrine* (2004, p. 23).

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, traz, a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, ampliando significativamente seu plano de aplicação, ao lado do abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, ou mesmo falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração – conceito este de difícil compreensão, mas essencial para definição dos limites das responsabilidades dos sócios (MIRAGEM, 2014, p. 636). Assim, fica evidente a dupla função dessa positivação: a de *sanção*, pelo mau uso da pessoa jurídica; e a de *garantia* ao consumidor de ressarcimento de eventuais prejuízos (MIRAGEM, 2014, p. 635), especialmente pela possibilidade de aplicação do §5º do artigo 28, do CDC, apontada no Recurso Especial n. 279.273/SP, cujo acórdão foi da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 04 de dezembro de 2003, no Superior Tribunal de Justiça como *teoria menor*, de cunho objetivo, prescindindo da comprovação do elemento subjetivo.

Nas palavras de Rizzatto Nunes, com relação ao §5º do art. 28 do CDC, somente se faz necessário que, na decisão que determina a penhora de bens do sócio, seja destacado que a pessoa jurídica está sendo desconsiderada e seja apontado o motivo para tanto, de forma que o magistrado – que teria o *dever* que aplicar a desconsideração quando presentes os requisitos – "não precisa fazer qualquer colocação jurídica relativa à formação da pessoa jurídica, seu capital e até sua existência completa" (2011, pp. 445-446). Entretanto, segue o autor afirmando que, ainda que não estejam presentes a fraude ou a violação à lei, é possível suplantar a personalidade jurídica, se for este o obstáculo para o ressarcimento do consumidor (2011, p. 449). Trata-se, sem dúvidas, de norma de cariz protetivo em favor do consumidor, proteção esta considerada intransponível e absoluta.

4 APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO TRABALHISTA

A desconsideração da personalidade jurídica é a relativização da autonomia patrimonial, permitindo-se que seja penetrado o "véu" da pessoa jurídica, diante da atividade fraudulenta ou do abuso de direito dos seus sócios, que levem ao desvio da finalidade da sociedade. No Código de Processo Civil de 2015, trata-se hipótese de intervenção de terceiro, a ser processado por meio de incidente, de forma que o objeto litigioso é ampliado, e, por isso, a suposta conduta ilícita deve ser devidamente descrita, inclusive para possibilitar a defesa contra a acusação, diante do risco de aplicação de uma verdadeira sanção que ataca o patrimônio (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 527).

Não visa o instituto, no entanto, à dissolução da sociedade, sendo aplicada processualmente, apenas diante de um caso concreto específico, não podendo ser confundida com a *despersonificação*, que é a hipótese diante da ausência dos requisitos de existência da sociedade (COUTO SILVA, 1999, p. 29). O seu efeito é, portanto, a ineficácia da personalidade jurídica para as partes envolvidas no processo (artigo 137 do Código de Processo Civil), em virtude do desvio de sua legítima finalidade, não sendo voltada à destruição da teoria da pessoa jurídica, mas, sobretudo, a sua própria defesa, afirmando Rubens Requião que "quem nega a personalidade é quem dela abusa, pois quem luta contra semelhante desvirtuamento é quem a firma" (1969, p. 17).

A desconsideração da personalidade jurídica ainda trazia dúvidas sobre a forma de seu processamento, notadamente: o momento de sua aplicação, tendo em vista o princípio da iniciativa das partes e congruência; a natureza da decisão que a declara; a espécie de recurso pelo qual se poderia atacar tal decisão; e quanto ao risco de violação ao direito à ampla defesa e contraditório do sócio que sofre com a constrição de bens decorrente da declaração da desconsideração (KOURY; DIAS, 2010, pp. 45-52).

Com o Código de Processo Civil de 2015, resolvem-se essas questões. Agora, processa-se a desconsideração por meio de incidente processual, em qualquer momento ou grau de jurisdição, devendo o sócio ser citado, com a devida suspensão do processo, para que apresente defesa e provas que achar pertinente. Ademais, a decisão que julga este incidente é interlocutória, desafiando o recurso de agravo de instrumento. Apesar de não conter expressamente a vedação à atuação de ofício do magistrado nesse ínterim, determina a redação deste Código que o requerimento de abertura do incidente deve ser feito pela parte ou pelo

Ministério Público. Dúvidas restam ainda sobre a aplicação dos referidos dispositivos à seara processual trabalhista.

Objetivando dirimir tais dúvidas, em 15 de março de 2016 foi editada, por meio da Resolução n° 203 do Tribunal Superior do Trabalho, a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre normas do Código de Processo Civil aplicáveis ou não ao processo do trabalho, ainda que de forma não exaustiva. Do ponto de vista formal, as disposições daquele Código só têm sua aplicação nos casos de omissão na legislação trabalhista, acompanhada da compatibilização com os fundamentos e princípios deste âmbito específico, conforme interpretação conjunta dos artigos 769 e 889 (este específico quanto à fase de execução) da Consolidação das Leis do Trabalho, ao lado dos artigos 15 e 1046, §2º, do Código de Processo Civil, que autorizam a sua aplicação subsidiária, restando clara a não revogação das disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis. Esses argumentos foram apresentados pela referida Instrução Normativa, a qual ressaltou que seu objetivo de compatibilização e solução de eventuais conflitos também tem esteio no artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, confirmando a não revogação das normas trabalhistas.

A Instrução Normativa nº 39 tratou especificamente da desconsideração da personalidade jurídica em seu artigo 6º e, conforme exposto na exposição de seus motivos, inclui-se esse dispositivo entre as *normas aplicáveis em termos*, com as necessárias adaptações. O entendimento é de que é possível sua aplicação, por meio do incidente previsto no artigo 133 e seguintes do Código de Processo Civil, mas assegurada a iniciativa, de ofício, do juiz do trabalho, na fase de execução, para que haja compatibilização com o artigo 878 da Consolidação das Leis do Trabalho. Determina-se ainda que, da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente, não cabe recurso de imediato, na fase de cognição, na forma do artigo 893, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, e que, na fase de execução, o recurso cabível é o agravo de petição, independentemente de garantia do juízo. Destaca-se que, se a decisão for proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (Código de Processo Civil, artigo 932, inciso VI), cabe agravo interno. Por fim, entende o Tribunal Superior do Trabalho que a instauração do incidente suspenderá o processo, porém sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o artigo 301 do Código de Processo Civil.

Para compreender a plena possibilidade de tal compatibilização, faz-se necessário, primeiramente, destacar o §2º do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho. Para Suzy Elizabeth Koury, este foi o primeiro dispositivo a tratar sobre a desconsideração no ordenamento jurídico brasileiro, não se limitando a descrever uma responsabilidade limitada passiva, e que, no caso de grupos de empresas, a existência de um interesse comum, mesmo

que “não se restrinja à confusão de patrimônios, e nem aos interesses econômicos”, pode ser o critério básico para a admissão da desconsideração (1998, pp. 90-91). Alega que há grupo empresarial “sempre que as mais importantes decisões técnicas, comerciais, administrativas e financeiras sejam tomadas em função dos interesses de lucro do conjunto, e não necessariamente de cada empresa em particular” (1998, p. 169), havendo, assim, um empregador único (1998, pp. 171-172). A despeito dessas observações, aponta a necessidade de analisar cada caso concreto, não sendo possível uma sistematização geral, nem se olvidando que a desconsideração deve ser aplicada em caráter excepcional, pois “a noção de controle só se choca com a de personalidade jurídica em determinados casos, prevalecendo, *a priori*, o reconhecimento às controladas de uma personalidade jurídica independente” (1998, p. 96).

Couto Silva, por sua vez, alega que “parece óbvio que a hipótese do artigo 2º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho não se trata de desconsideração” (1999, pp. 109-110), interpretando o dispositivo como responsabilização civil solidária dos sócios, gerentes e administradores por atos próprios, não se referindo a casos de fraude ou abusos. Com base na doutrina norte-americana, alega também que não é suficiente a existência do grupo por si só, para que seja configurada a hipótese de desconsideração, sendo imprescindível a existência de circunstâncias outras, tais como confusão patrimonial entre companhias controladas e controladoras, administradores ou endereços idênticos, “tudo o que induza terceiro ao prejuízo ou que lhe venha causar prejuízo” (COUTO SILVA, 1999, p. 111).

De fato, empresas componentes de um grupo econômico podem ser atingidas, mas em razão da responsabilidade solidária *definida em lei*, no caso, pelo artigo 2º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, e, não, decorrente de uma ilicitude que dá ensejo à desconsideração da personalidade jurídica. Este foi entendimento de Tribunal Regional transcrito na decisão do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1594-10.2011.5.03.0049, julgado em 16 de agosto de 2013 pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

> As considerações da agravante acerca dos requisitos legais para a desconsideração da personalidade jurídica das empresas não merecem apreciação, visto que sua responsabilização está solidificada com base na constatação de integrar o grupo econômico da devedora principal [...] na forma disposta no § 2º, do art. 2º da CLT. Além disso, a personalidade da pessoa jurídica não pode constituir obstáculo ao cumprimento das obrigações da sociedade.

Sem disciplina da matéria na legislação trabalhista, passou a Justiça do Trabalho a utilizar-se do critério da hipossuficiência e vulnerabilidade, para a desconsideração da personalidade jurídica, com base no próprio artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. No bojo do voto proferido pela relatora Ministra Kátia Arruda, nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 234300-29.2001.5.07.0008, foi transcrito o entendimento proferido

pelo Tribunal Regional respectivo ao caso, para o qual "o simples fato de a empresa não possuir bens bastante para satisfazer o crédito do empregado, ou de se furtar a responder pela execução, já constitui atos de má administração ou abuso, a justificar a despersonalização". Neste mesmo processo, o juízo de origem já havia exposto que "o inadimplemento do crédito trabalhista acobertado pelo manto da coisa julgada representa violenta infração à lei, justificando a desconsideração da personalidade jurídica, eis que tal crédito visa tutelar a própria existência da vida humana".

Em se tratando a desconsideração de instituto a ser aplicado de forma excepcional, sua aplicação deve se pautar nos requisitos trazidos em lei, diante das peculiaridades do caso concreto, sem os quais, não há fundamentação jurídica, conforme disposto no artigo 134, §4º, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, Eduardo Bastos de Barros tece críticas à sua aplicação pela Justiça do Trabalho, sobretudo por esta considerar apenas a constatação da incapacidade de pagamento da pessoa jurídica, levando exclusivamente em consideração o direito do trabalhador e criando-se uma espécie de "exceção jurisprudencial ao regime legal de responsabilidade patrimonial dos sócios de responsabilidade limitada" (2011, p. 56). Alega ainda que essa tendência dos tribunais trabalhistas enseja um tratamento desigual, tratando da mesma forma aqueles sócios e administradores que foram contrários à lei e ao estatuto social ou cometeram abusos quando da utilização da pessoa jurídica e aqueles que, por razões alheias à sua vontade, tornaram-se insolventes (2011, p. 59), não havendo, assim, qualquer análise minuciosa dos fatos e da realidade concreta daquela pessoa jurídica específica.

O termo "má-administração", contido no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, deve, portanto, ser compreendido apenas ao lado da ideia de abuso de poder, que é central ao instituto da desconsideração. A insolvência de uma sociedade pode, como exemplifica Eduardo Barros, decorrer de um investimento numa determinada tecnologia que se tornou eventualmente obsoleta, sem que haja, contudo, má-fé que autorize a execução direta dos bens dos sócios (2011, pp. 61-62). Se "má-administração" for empregado em todo e qualquer caso em que haja insolvência, não haverá qualquer fundamento legal ou constitucional para desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica. Pelo contrário, a própria Constituição Federal fomenta a atividade empresarial, nos seus artigos 1º, 3º e 170, baseada no lucro e de cariz capitalista da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano – inclusive do empregador –, e o atual entendimento da Justiça do Trabalho leva a crer que os riscos dos negócios ficariam apenas por conta de quem gera emprego (BARROS, p. 63).

Conforme a legislação e a doutrina trabalhistas, Maurício Godinho Delgado fala em "princípio das despersonalização do empregador", de acordo com os artigos 2º, *caput* e §2º, 10

e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, de forma que o "complexo de relações materiais, imateriais e de sujeitos jurídicos" estaria presente na própria figura do empregador, havendo uma confusão entre este agente e a empresa, que é a sua atividade (2016, p. 539). Cria-se, assim, o princípio da assunção dos riscos do empreendimento, o qual consiste na imposição da "ordem justrabalhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes da sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. [...]" (2016, p. 446).

Não se pode olvidar, no entanto, que não há direito absoluto, mas um ordenamento jurídico que deve encontrar formas de solução de conflitos entre princípios. É, inclusive, nesse sentido que o artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas determina, no caso de ausência de legislação trabalhista sobre o tema, levem as decisões também em conta os princípios e normas *gerais do direito*. Os princípios são entendidos como mandamentos de otimização com um caráter *prima facie*, não contendo portanto uma determinação *a priori*, a qual só pode ser extraída da análise do caso concreto (ALEXY, 2006, p. 104). Ademais, não se pode apenas observar o cumprimento de apenas um dos princípios, dotando-lhe de máxima supremacia, visto que cada vez mais aplicável é a ponderação dos interesses envolvidos. Procura-se, assim, alcançar a denominada de *lei do sopesamento*, trazida na teoria de Robert Alexy, nos seguintes termos: "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2006, p. 167).

Quando se entende, erroneamente, que o direito do trabalhador tem indiscutivelmente um caráter absoluto, acaba por se negar direitos do empregador, especialmente, o direito à ampla defesa e ao contraditório, por meio do processo. Ressalte-se que uma interpretação voltada ao sopesamento dos valores envolvidos no caso concreto não implica na diminuição da proteção do trabalhador, mas volta-se a permitir o mínimo de defesa aos sócios, com a oportunidade de deduzir defesa oral e de produzir provas perante o juiz, para celebração do devido processo legal, assegurado constitucionalmente no artigo 5º, LIV, referindo-se este a nada mais do que "a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se de modo mais amplo possível" (NERY JÚNIOR, 2010, p. 87).

Como ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o direito de defesa, garantido pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal, é simétrico ao direito de ação, de forma que, para que se tome uma decisão legítima, preservando a fidelidade da jurisdição ao Direito, deve haver a participação de todos que possam ser atingidos pelos efeitos desta (2015, p. 347). O réu, portanto, não tem direito à obtenção da tutela do direito material, mas, sim, à negação do quanto solicitado pelo demandante, para evitar efeitos da decisão que violem sua liberdade e, também,

o seu patrimônio (2015, pp. 347-348). Sua defesa se faz por meio da garantia ao contraditório, com o direito de conhecer todos os atos do processo e reagir aos que lhe forem desfavoráveis, havendo, por parte do órgão julgador, a *obrigação de noticiar e de informar* ao litigante. Esta defesa ainda deve ser a mais ampla possível, pois de nada adianta o direito de se defender, sem poder, por exemplo, apresentar provas que achar pertinentes (NERY JÚNIOR, 2010, p. 249).

O direito à defesa ganha relevo sobretudo quanto à desconsideração da personalidade jurídica operada pela Justiça do Trabalho assente no entendimento de que o sócio, mesmo sem ter participado do processo de conhecimento, poderia ser executado, chegando a ser desconsiderada uma chamada "responsabilidade processual", em favor de uma "responsabilidade econômica", o que macula as garantias processuais aqui apontadas, o que se pode observar na ementa do acórdão da 3ª Turma do TST nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 973-08.2012.5.03.0104, julgado em 19 de agosto de 2015, *in verbis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. LEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. DESPERSONALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação na seara trabalhista sempre que não forem encontrados no patrimônio da empresa bens passíveis de penhora, suficientes para suportar o valor da execução, conforme entendimento que se extrai dos arts. 28 do Código de Defesa do Consumidor, 18 da Lei 8.884/94 e 50 e 1024 do Código Civil, sendo desnecessário pronunciamento judicial específico a respeito, diante da ausência de rigor formalístico do processo trabalhista. **Ademais, considerando ser a responsabilidade do executado econômica e não, processual, pouco importa que não tenha participado do processo de conhecimento, ou mesmo ausência de citação pessoal no processo executório, já que houve a citação da empresa nos autos principais, sem que houvesse quitação do débito, todavia, até o momento, o que torna lícito o direcionamento da execução contra o interessado, que logrou êxito em socorrer-se do remédio processual cabível à defesa de seus interesses, sendo-lhes assegurado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.** 2. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. SÚMULA 114/TST. [...] Agravo de Instrumento conhecido e desprovido. (Grifos aditados.)

Destaca-se que falar em *ampla* defesa significa que esta não pode ser limitada irracionalmente pela lei ou pelo juiz (MARINONI; ARENHART; MITIERO, 2015, pp. 353-354), justamente o que é feito, recorrentemente, pela Justiça do Trabalho, ao decretar a desconsideração da personalidade jurídica e autorizar a penhora de bens do sócio, tolhendo-lhe a possibilidade de participar e falar nos autos para apresentar seus argumentos jurídicos e fáticos, da sua visão própria daquele caso específico. Ampla defesa e contraditório são corolários do devido processo legal, constante do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, o qual, no Estado Constitucional, deve superar sua visão formalista, não só atendendo às expectativas de direito material, "mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto"

(MARINONI; ARENHART; MITIERO, 2015, p. 454). O legislador federal possibilitou uma dessas técnicas ao determinar, no artigo 135 do Código de Processo Civil, que o sócio ou pessoa jurídica deve ser citado para apresentar defesa, no caso do incidente em voga.

Assevera Fredie Didier Júnior que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não pode ser aplicado de ofício pelo juiz, nos termos do artigo 133 do Código de Processo Civil, sendo somente aplicável por meio de pedido da parte ou do Ministério Público (2016, p. 526). A Instrução Normativa nº 39, a favor da compatibilidade com a legislação trabalhista, traz a possibilidade da decretação do instituto de ofício. No entanto, deve-se salientar o risco das "decisões surpresa", não podendo ser olvidado o dever-poder do juiz, terceiro imparcial, de ouvir as partes sobre os pontos do processo, a requerimento das mesmas ou ainda por motivação própria, e sendo vedada a chamada sentença de "terceira via" (NERY JÚNIOR, 2010, p. 226). Ressalta-se, ainda, as disposições previstas nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, de forma que o juiz não pode decidir – e, portanto, decretar um incidente – baseando-se em fundamento sobre o qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, não sendo a decretação do incidente de desconsideração uma das exceções a essa norma. Noutro giro, conforme artigo 489, II e §1º deste código, não se pode olvidar o dever de fundamentação do juiz, o que deve ser ainda mais exigido, quando da aplicação de ofício de uma sanção, caso do instituto em voga.

Baseada em decisão do Tribunal das Relações de Portugal de 2004, a Instrução Normativa nº 39 conceitua a decisão surpresa como aquela sobre a qual as partes não teriam como prever, apontando, no entanto, dificuldades na sua compreensão, por um lado, devido à exigência fundamental de celeridade, em virtude da natureza alimentar das pretensões deduzidas na Justiça do Trabalho, e, por outro, por haver situações, mesmo no processo civil, em que se excepciona a regra de se dar ciência prévia às partes, mesmo nas decisões proferidas de ofício. Nesse sentido, numa situação em que se decreta a desconsideração em razão da inexistência de bens suficientes da pessoa jurídica para satisfação do crédito do trabalhador, sem, porém, qualquer comprovação de fraude ou abuso de direito, a penhora dos bens dos sócios é uma decisão surpresa, que não poderia ser prevista, diante do exercício regular do direito da empresa e seus dirigentes, especialmente se não participaram esses sócios da fase de conhecimento. Trata-se, ainda, de violação à legislação federal, artigos 790, II, e 795, *caput* e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, ao ferir, em última análise, o princípio da autonomia patrimonial e a possibilidade de alegar o benefício de ordem e apontar bens outros da sociedade para execução. A penhora de bens do sócio, sem qualquer aviso, nem mesmo tendo seu nome

constante do título judicial, com uma simplória possibilidade de embargos à execução ou outra via de exceção e privando o indivíduo de parcela de seu patrimônio e causar danos de ordem pessoal ou mesmo profissional, é o mesmo que não oferecer qualquer defesa e macular princípio fundamental do processo.

Destaca-se ainda que não há se falar em perda de celeridade, garantido no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, ao lado da razoável duração do processo. Não se pode olvidar que o clamor por maior celeridade processual depende, na verdade, pelas palavras de Nelson Nery Júnior, de uma verdadeira *mudança de paradigma*, diante da necessidade de reformas não só na legislação, mas principalmente na logística e na infra-estrutura do aparato administrativo e judicial do país (2010, p. 323). Noutro giro, o "mito da rapidez acima de tudo e o submito do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão" levam a uma celeridade a qualquer custo, desviando o processo de garantias como o contraditório e ampla defesa, acima destacados (NERY JÚNIOR, 2010, p. 323). Por essas razões, não se pode alegar prejuízos ao processo trabalhista quanto da aplicação do referido incidente, visto que os princípios processuais devem ser considerados num todo e compatibilizados, não existindo valor absoluto quanto aos demais.

Por fim, registra-se que a Instrução Normativa nº 39 é atualmente discutida perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5516, de 2016, com requerimento de medida cautelar com a suspensão de sua eficácia, ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. De acordo com a proferida decisão monocrática da relatora Ministra Cármen Lúcia, foram apontadas pela requerente violações aos artigos 22, I; 5º, II, XXXVII e LII; 95, I, II e III; e 96, I, 'a' da Constituição Federal. Em suma, argumenta-se que o Tribunal Superior do Trabalho teria invadido a competência do legislador federal ordinário, ferindo o princípio da reserva legal, ao tentar regulamentar a lei processual federal, sem ter, supostamente, meios legais e constitucionais para tanto, bem como ferindo o princípio da independência dos magistrados, por acreditar que cada tribunal ou magistrado deva dar a interpretação das normas do Código de Processo Civil de 2015 que acharem devida.

Entende-se, no entanto, pelo acerto da referida Instrução Normativa quanto à aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Não houve legislação voltada a criar direito, invadindo a competência do legislador ordinário, tendo apenas direcionado a aplicação de lei processual federal já existente, e, minunciosamente, atendeu aos critérios para aplicação subsidiária da legislação processual civil, quais sejam, omissão e compatibilidade, fazendo,

inclusive, as ressalvas que fossem necessárias para atender esse segundo requisito (como é o caso da permissão à atuação de ofício do juiz na aplicação do instituto em voga).

Ademais, fala-se do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, e, diante do inquestionável impacto que o Código de Processo Civil de 2015 traz para o processo trabalhista, não pode este órgão quedar-se inerte, além de, por meio do artigo 35, X, do seu Regimento Interno, ter o seu Presidente competência para **"**zelar pelas prerrogativas e pela imagem pública do Tribunal e dos Ministros e pelo bom funcionamento da Corte e dos órgãos da Justiça do Trabalho, expedindo atos, portarias, ordens e instruções, adotando as providências necessárias ao seu cumprimento". Também artigo 707, alínea "c", da Consolidação das Leis do Trabalho, determina a competência do Presidente para expedir instruções e adotar providências necessárias em favor do "bom funcionamento" do próprio Tribunal Superior, quanto dos demais órgãos da Justiça do Trabalho. A atuação do Tribunal Superior do Trabalho não se trata, portanto, de afronta à independência dos magistrados, sendo em prol da segurança jurídica e da necessidade de pacificação jurisprudencial, em todos os órgãos e graus de jurisdição, inclusive para que se evitem decisões contrárias em casos semelhantes, que abala a igualdade e a justiça, e retira a crença no próprio Judiciário.

CONCLUSÃO

Tem-se, portanto, que os artigos 133 ao 137 do Código de Processo Civil de 2015 resolveram pontos até então controvertidos sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que carecia de regulamentação processual no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual devem ser aplicados ao processo do trabalho, no qual não se encontram disposições materiais ou processuais sobre o instituto. Esta aplicação é autorizada, não apenas em razão de omissão legislativa, mas pela possibilidade de compatibilidade de tais normas com o Direito do Trabalho, não se olvidando que as decisões judiciais devem ser tomadas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como se procedendo com o sopesamento entre os valores envolvidos, diante da inexistência de direitos absolutos.

Outrossim, a compatibilização organizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 39, está de acordo com o Regimento Interno deste órgão e a própria Consolidação das Leis do Trabalho, traz a correta forma de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, em seu artigo 6º, e atende à necessidade de "bom funcionamento" da Justiça do Trabalho, segurança jurídica e pacificação de eventuais controvérsias. Ao exigir o Código de Processo Civil, no artigo 134, §4º, a necessidade de

apresentação dos pressupostos da desconsideração, não devem ser aceitos conceitos genéricos, como “má administração”, ou estado de insolvência, sem qualquer comprovação dos requisitos da fraude ou abuso de direito – fundamento justificador do instituto – que lhe atribua sentido concreto. Ademais, ao sócio cabe o direito de se defender, de acordo com artigo 135 do Código, de forma ampla e no momento certo, evitando-se “decisões surpresas”, pois, ainda que decretada de ofício a desconsideração da personalidade jurídica, deve o juiz fundamentar sua decisão, diante dos requisitos necessários, e permitir o contraditório, sem a garantia do juízo. Do contrário, não há como se falar em defesa, além de haver constrição patrimonial, e não foi este o propósito da redação do Código de Processo Civil.

Conclui-se, portanto, que é através do processo que se evita o desvirtuamento do instituto tratado neste artigo, o qual deve ser aplicado somente se presentes seus requisitos legais e entendido como exceção ao conceito de pessoa jurídica e princípio da autonomia patrimonial, ambos de longo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial e relevantes para o desenvolvimento social e econômico, seja por prover receita tributária ou gerar empregos. Nesse sentido, o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, interpretado ao lado de outros dispositivos processuais e as circunstâncias de cada caso, atende também ao direito material de ambos os lados conflitantes, sem que um prepondere, dando espaço a uma argumentação consoante a um Estado Constitucional de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Eduardo Bastos de. Crítica à forma de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela Justiça do Trabalho. In: MARQUES, Jader; FARIA, Maurício (Org.). **Desconsideração da personalidade jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, pp. 41-70.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 91/2016. Brasília: Centro de Documentação e Informação (CEDI), 2016. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-

legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 279.273/SP. Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04 dez. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5516. Brasília, DF, 5 maio. 2016. Requerente: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Requerido: Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5516&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 20. mai. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho**. Aprovado pela Resolução Administrativa nº 1295, de 24 de abril de 2008. Publicado no Diário da Justiça da União de 9 maio 2008, p. 20-30. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/1282>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução n. 203, de 15 de março de 2016 [Instrução Normativa nº 39]**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 1939, 16 mar. 2016. Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-4.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 973-08.2012.5.03.0104. Relatora: Desembargadora Convocada Vânia Maria da Rocha Abensur, julgado em 19 mar. 2015. Disponível em: < http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 973-08.2012.5.03.0104&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMu2AAF&dataPublicacao=21/08/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (7ª Turma). Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1594-10.2011.5.03.0049. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho, julgado em 07 ago. 2013. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 1594-10.2011.5.03.0049&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJjAAAN&dataPublicacao=16/08/2013&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (6ª Turma). Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 234300-29.2001.5.07.0008. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, julgado em 26 nov. 2014. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 234300-29.2001.5.07.0008&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAHdvAAF&dataPublicacao=28/11/2014&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 20 maio 2016.

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

COUTO SILVA, Alexandre. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIAS, Jean Carlos; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. O devido processo legal e a desconsideração da personalidade jurídica. **O devido processo legal**. Coord. Jean Carlos Dias e Paulo Klatau Filho. São Paulo: Método, 2010, pp. 39-54.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça/Fundação Universidade de Brasília, 1983.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. Os princípios gerais do direito comercial: autonomia patrimonial. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do. **Direito empresarial em perspectiva: coletânea em homenagem ao centenário do Professor Mario Barros**. Salvador: Fundação Faculdade de Direito, 2012, pp. 93-123.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. A desconsideração da personalidade jurídica e a efetividade da execução trabalhista. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 68, n. 1, pp. 22-28, jan. 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil (parte geral)**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tibunais, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 58, v. 410, pp. 12-24, dez. 1969.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 18. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.