

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

AMANDA SILVEIRA FRANCO

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

**Juiz de Fora
2016**

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

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, sob orientação do Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria.

**Juiz de Fora
2016**

AMANDA SILVEIRA FRANCO

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

Trabalho de conclusão de curso sob a forma de artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria
UFJF

Prof. Dr. Bruno Stigert de Souza
UFJF

Prof. Me. Karol Araújo Durço
UFJF

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 15 de dezembro de 2016

Dedico este trabalho a todos aqueles que
contribuíram para sua realização.

Agradeço aos meus colegas, professores e a minha família por terem ajudado na construção deste trabalho.

RESUMO

O presente artigo pretende fazer uma análise das regras processuais de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo civil, inseridas pelo Código de processo civil de 2015 e por ele tratadas no Capítulo IV do Título III do Livro III. Dá-se especial enfoque à garantia constitucional do devido processo legal e sua aplicação no procedimento do incidente ora estudado e às inovações trazidas pelo regramento processual. Sabe-se que a personalidade jurídica é criação jurídica essencial para o desenvolvimento econômico e social de uma comunidade, mas não se pode deixar de observar que muitas vezes esse instituto é utilizado de maneira abusiva, um dos motivos pelo qual foi criada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O novo Código de Processo Civil cria o incidente processual para a aplicação de tal doutrina, trazendo inovações importantes, notadamente no que se refere às garantias do contraditório e do devido processo legal, tema central do presente trabalho.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Código de Processo Civil. Incidente. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

The presente work intends to make an analysis of the procedure rules to apply the disregard doctrine in the civil procedure, brought by the 2015 civil procedure code and treated by it on Chapter IV of the Title III on Book III. It's given special focus to the constitutional guarantee of due process of law and its application in the studied incident procedure and to the innovations brought by the procedural rules. It's known that the legal person is an essential legal creation to the economic and social development of a community, but it can't be forgotten that many times this institute is used in an abusive way, being one of the reasons why the disregard doctrine was created. The new civil procedure code creates the incident to pierce the corporate veil, bringing important innovations, mainly about the due process of law guarantee, main theme of this work.

Keywords: Disregard; Legal Person; Code of Civil Procedure; Incident. Due Process of Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	9
1.1 A personalidade jurídica e sua importância	9
1.2 A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro	9
2 DO CONTRADITÓRIO EFETIVO	13
3 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	16
3.1 Natureza jurídica do incidente	16
3.2 Procedimento do incidente	17
CONCLUSÃO	23
REFERÊNCIAS	25

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo propor uma análise do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, trazido ao ordenamento brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015, com enfoque nas garantias do devido processo legal e do contraditório.

Adota-se como marco teórico a ideia do contraditório participativo de Leonardo Greco¹, segundo a qual tal garantia não tem expressão meramente formal, mas visa a possibilitar às partes a oportunidade de efetivamente influenciarem no convencimento do magistrado e na construção do provimento jurisdicional. Tal oportunidade se concretiza através da busca de uma paridade entre os litigantes que figuram no processo, sempre se observando a igualdade material e não meramente formal.

Em primeiro lugar, faz-se uma análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e de sua importância, seguida de uma exposição acerca da existência e aplicação de tal doutrina no ordenamento jurídico pátrio.

Em sequência discute-se sobre a garantia do contraditório e sua incidência no procedimento de aplicação da *disregard doctrine* e, por fim, analisa-se propriamente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, atentando-se à sua natureza jurídica e a alguns aspectos de seu procedimento.

¹ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa *in Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v.7, n. 9, p. 121-144, jul./dez.2006.

1 - A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 A personalidade jurídica e sua importância

A personalidade jurídica é instituto de suma importância no ordenamento jurídico pátrio, sendo essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais. O princípio da autonomia patrimonial² que rege a separação entre o patrimônio da sociedade e dos sócios que a compõem é determinante para o desenvolvimento econômico e para o estímulo empresarial, permitindo que as atividades econômicas e negociais sejam mais atrativas na medida em que pode existir a limitação da responsabilidade dos sócios³. Vê-se, então, que a personalidade jurídica possui estreita relação com o princípio constitucional da livre iniciativa, sendo “técnica criada para o exercício de atividade econômica e, portanto, para o exercício do direito de propriedade”, conforme leciona Fredie Didier Jr.⁴.

No entanto, tal separação patrimonial pode dar ensejo à prática de abusos e fraudes nas quais se utiliza a pessoa jurídica como obstáculo para a satisfação de um crédito assumido por uma pessoa natural, o que precisa ser combatido pela legislação e pela atividade do Judiciário.

Visando a combater tal utilização fraudulenta da personalidade jurídica e de sua autonomia patrimonial, surge na jurisprudência inglesa em 1897, no caso *Solomon vs. Solomon & Co.*⁵, a sistematização da chamada doutrina da desconsideração da personalidade jurídica⁶. Destarte, como instrumento de realização da atividade econômica deve a pessoa jurídica ser analisada em um aspecto funcional, isto é, deve a personalidade jurídica servir à efetivação do princípio da função social da empresa, corolário da função social da propriedade e, quando se furtar de tal finalidade, a ela deve ser aplicada a sanção da desconsideração⁷.

² “A regra da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas estabelece que os seus integrantes não respondem por dívidas delas” COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo. Saraiva: 2012, v. 1, p. 212.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva: 2012, v. 2, p. 39-40.

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador. JusPodivm: 2016, v. 2, , p. 524.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 521.

⁶ “Segundo seu principal postulado, sempre que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas for manipulada para a realização de uma fraude, o juiz pode ignorá-la e imputar a obrigação diretamente à pessoa que procurou furtar-se aos seus deveres” COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo. Saraiva: 2012, v. 1, p. 221.

⁷ Idem, *ibidem*.

1.2 A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro

Sabe-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica já está sedimentado em nosso ordenamento jurídico, tendo previsão em diversos diplomas legais, a saber, no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28, no art. 50 do Código Civil de 2002 e no Código Tributário Nacional, conforme artigo 135.

A aplicação da *disregard doctrine* nas lides cíveis se dá diante da percepção de desvio de finalidade da pessoa jurídica⁸ ou de caso de confusão patrimonial⁹. Nessas hipóteses, permite-se que se “levante o véu da pessoa jurídica” atingindo o patrimônio dos sócios.

A desconsideração é, portanto, não a extinção permanente da pessoa jurídica, mas tão somente técnica de suspensão episódica da separação dos patrimônios, permitindo que se atinja o patrimônio do sócio, quando a ele se atribuir responsabilidade por determinada dívida, conforme leciona Rubens Requião¹⁰.

Apesar de já aplicada no ordenamento brasileiro, em virtude de sua previsão em diplomas legais como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, a regulação processual da desconsideração da personalidade jurídica de maneira minimamente satisfatória inexistia até o advento do Código de Processo Civil de 2015.

O novo diploma processual cria o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo a impossibilidade de tal instituto ser aplicado apenas através de uma decisão juiz, sem seguir um procedimento que assegurasse a aplicação das garantias constitucionais e a segurança jurídica, como ocorria no mais das vezes até o advento do referido diploma.

A criação do incidente afasta, também, a ideia até então adotada por Fabio Ulhoa Coelho¹¹ e seguida por autores como Fredie Didier Jr.¹², de que seria necessária a propositura

⁸ “O desvio de finalidade tem ampla conotação e sugere uma fuga dos objetivos sociais da pessoa jurídica, deixando um rastro de prejuízo, direto ou indireto, para terceiros ou mesmo para outros sócios da empresa” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, parte geral e LINDB. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 456).

⁹ “A outro giro, a confusão patrimonial que também é critério para efetivar a desconsideração, pode ser caracterizada em hipóteses diversas, nas quais o sócio utiliza o patrimônio da pessoa jurídica para realizar pagamentos pessoais e vice-versa, atentando contra a separação das atividades entre empresa e sócio” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil...*, ob. cit., p. 456).

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*, apud DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 525.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 62-65.

¹² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em : <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>, acesso em 05/10/2016.

de ação autônoma para se obter a desconsideração da personalidade jurídica, diante da grave lesão à efetividade procedimental que tal entendimento traria.

Os arts. 133 a 137 do diploma processual civil de 2015 estabelecem as normas processuais a serem seguidas quando da aplicação do instituto aqui em estudo, sendo certo que seus pressupostos são tema de direito material e, portanto, previstos em diplomas legais diversos.

Apesar de reconhecida a importância da previsão do incidente e da afirmação de seu cabimento em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título extrajudicial, verifica-se que as diretrizes trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 são incipientes e não dispõem adequadamente acerca das garantias asseguradas aos envolvidos na demanda incidental.

Atenta-se, principalmente, para as garantias do contraditório e do devido processo legal.

O mais importante princípio geral do processo judicial contemporâneo é o princípio do contraditório, que exprime na sua projeção processual o princípio político de regência das relações entre o Estado e os cidadãos que é o da participação democrática, segundo o qual ninguém deve ser atingido na sua esfera de interesses por um ato de autoridade sem ter tido a oportunidade de influir na elaboração dessa decisão.

Toda a teoria geral do processo contemporânea se abebera nos influxos humanitários decorrentes desse princípio, que se encontra consagrado, sob as mais diversas fórmulas, nas principais constituições democráticas da nossa época, inclusive na Constituição brasileira, como uma garantia dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso LV).¹³

Verifica-se que a regra trazida pelo art. 135 do Código de Processo Civil de 2015¹⁴ representa importante evolução ao expressamente determinar a citação do sócio, ou da pessoa jurídica em caso de desconsideração inversa, para manifestarem-se em prazo de quinze dias, permitindo, ainda a produção de provas cabíveis.

Percebe-se, da interpretação de tal dispositivo, que a citação daqueles que podem vir a sofrer constrição patrimonial para o pagamento de uma dívida de que, a princípio não eram responsáveis, representa um passo na adequação dos procedimentos processuais civis aos valores e garantias constitucionais, mas se deve atentar que a observância do contraditório formal não é suficiente nem satisfatória.

¹³ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v.7, n. 9, p. 121-144, jul./dez.2006. p. 121-123.

¹⁴ 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.

A garantia de participação e influência da parte na formação do convencimento do magistrado deve se dar de maneira efetiva, configurando o denominado contraditório participativo. Nas palavras de Leonardo Greco:

Esse é o contraditório participativo, que não se limita a assegurar a marcha dialética do processo e a igualdade formal entre as partes, mas que instaura um autêntico e fecundo diálogo humano entre as partes e o juiz, indispensável para que esse conjunto de prerrogativas possibilite às partes influir eficazmente nas decisões judiciais, através da intervenção no curso de toda a atividade de aquisição do conhecimento fático e jurídico de que se originam e da sua repercussão no entendimento do julgador. [...]

No contraditório participativo, a prova passa a ser um dos componentes mais relevantes do direito de defesa, o direito de defender-se provando, que não se exaure no direito de propor a sua produção, mas se completa com o de efetivamente produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da postulação ou da defesa.¹⁵

O cuidado com o contraditório e a preocupação com o devido processo legal se mostram em consonância com toda a sistemática trazida pelo novo diploma processual e pautada num processo cooperativo, no qual as partes, destinatárias do provimento jurisdicional, merecem a efetiva participação e influência, não devendo o juiz adotar uma postura de senhor do processo, sem estar afeto à prolação de uma decisão realmente efetiva na solução da lide. No entanto, as normas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 não prestigiam tais garantias da maneira como se esperava, trazendo apenas regras atinentes ao contraditório meramente formal, ligado à bilateralidade de audiência, como se explicará adiante, sem dispenderem maior atenção ao aspecto material do contraditório.

O regramento do incidente se revela um ganho na aplicação da desconsideração, notadamente quando se atenta para o fato de que esse instituto tem caráter sancionatório e, portanto, mostra-se ainda mais importante que haja a oportunização de defesa por parte daquele que pode vir a sofrer constrição em seu patrimônio no pagamento de um crédito que não foi pactuado em seu nome.

Entretanto, é necessário mais que a previsão da intimação do atingido para manifestação como traz o Código de Processo Civil de 2015, sendo imprescindível que se atente para a efetividade do contraditório que se instaura na demanda, devendo ele se revestir de real paridade entre as partes e igualdade de oportunidade na formação do entendimento do julgador.

¹⁵ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa *in Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v.7, n. 9, p. 121-144, jul./dez.2006, p. 121-123.

2 - DO CONTRADITÓRIO EFETIVO

O princípio do contraditório é a mais importante garantia do processo judicial contemporâneo, sendo importante expressão do Estado Democrático de Direito¹⁶, podendo ser visto como essencial para o exercício democrático de um poder¹⁷ e estando intimamente ligado à ideia de processo justo.

Leonardo Greco descreve o conteúdo de tal garantia como

o princípio que assegura às partes o direito de participar ativamente do processo, ao apresentar argumentos, propor e produzir provas, além de discutir todas as questões de fato ou de direito submetidas à apreciação judicial, de modo a influir eficazmente nas decisões do magistrado¹⁸.

A partir de seu conteúdo, torna-se possível analisar as diferentes facetas de garantias que dele emanam. A garantia de participação revela a dimensão formal, enquanto a dimensão substancial se verifica na garantia de influência na decisão¹⁹.

Em sua dimensão formal, o contraditório exprime a garantia de ser ouvido, participar do processo e de ser comunicado sobre seus atos²⁰. Numa visão tradicionalista do princípio aqui estudado, estaria ele sendo respeitado simplesmente ao ouvir-se a parte que figura no processo. Assim, a dimensão formal é marcada pelo direito à informação dos atos e acontecimentos processuais e à manifestação da parte envolvida na relação processual²¹.

A dimensão substancial do contraditório, no entanto, estabelece que a mera oitiva do sujeito do processo não é suficiente, sendo necessário que a ela seja conferida a possibilidade de realmente influenciar na decisão a ser dada pelo órgão jurisdicional²². Percebe-se, portanto, que aqui é envolvido o direito da parte de ver seus argumentos contemplados pelo julgador.

Entende-se, portanto, que a dimensão formal é apenas o conteúdo mínimo do princípio do contraditório, não se realizando por completo o seu cumprimento com a mera participação da parte no desenrolar processual, sendo indispensável para a completa

¹⁶ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa *in Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v.7, n. 9, p. 121-144, jul./dez.2006.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 255-258 *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.2, p.81

¹⁸ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa..., *ob. cit.*

¹⁹ BASTOS, Elson Pereira de Oliveira. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução fiscal, *in Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v.17, jan/jun 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index>, acesso em 29/11/2016.

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, *ob. cit.*, p. 82.

²¹ BASTOS, Elson Pereira de Oliveira. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica..., *ob. cit.*, acesso em 29/11/2016.

²² *Idem, ibidem.*

efetivação do contraditório que haja o poder de influência na construção do provimento jurisdicional a ser dado pelo magistrado.

Com essa dimensão substancial do princípio do contraditório, vem a proibição da decisão surpresa, positivada no Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 10²³ e que dispõe que toda questão posta em julgamento deva passar antes pelo contraditório²⁴, permitindo a manifestação das partes em possibilidade de influenciar o julgamento do magistrado.

O princípio do contraditório, portanto, garante uma simetria de posições subjetivas, assegurando também a possibilidade de os participantes do processo dialogarem na relação processual²⁵.

A dimensão formal tradicional do contraditório serve a uma estrutura procedimental dirigida monologicamente²⁶ pelo juiz que profere decisões construídas de maneira unilateral. Superada essa visão estática do contraditório e passando a uma análise dinâmica de sua substância, tem-se que, garantida a dimensão substancial do contraditório, atende-se uma perspectiva policentrista²⁷ do processo, vez que o provimento jurisdicional passa a ser construído com a efetiva influência e contribuição das partes.

O contraditório gera em relação às partes figurantes do processo um feixe de direitos dele decorrente, conforme lecionam Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes²⁸. Dentre tais, encontram-se o direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, a fim de que sejam as partes informadas de todos os atos que nele ocorrem, permitindo o exercício de sua defesa, caso necessário; o direito à prova, possibilitando à parte sua produção, sempre que seja relevante e o consequente direito a participar da produção das provas, podendo inclusive se contrapor às atividades probatórias da parte contrária ou mesmo do juiz. Também se encontram nessa gama de direitos decorrentes da garantia do contraditório o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune e que baseie sua convicção somente nas provas apresentadas e nos elementos colhidos em contraditório durante o processo, verificando-se, ainda, o direito da parte de obter do órgão jurisdicional uma decisão

²³ 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.

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.2, p.82

²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, *in Revista de Processo*, ano 34, n. 168, fev/ 2009.

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 117.

²⁷ *Ibidem, ibidem*, p. 123.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 126.

fundamentada na qual sejam adequadamente apreciadas todas as questões suscitadas pelas partes no decorrer da relação processual.

Entende-se, portanto, que o princípio do contraditório é composto pelos seguintes direitos, conforme classificação de Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes ²⁹: direito de informação, que obriga o julgador a informar as partes sobre os atos praticados no processo e os elementos nele constantes; direito de manifestação, que assegura ao defendente se manifestar, oralmente ou por escrito acerca dos elementos fáticos e jurídicos que constam do processo e; o direito de ver seus argumentos considerados, exigindo do julgador capacidade, apreensão e isenção para contemplar as razões apresentadas, decorrendo desse direito a obrigação do julgador de fundamentar suas decisões.

²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, *in Revista de Processo*, ano 34, n. 168, fev/ 2009.

3- O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3.1 Natureza jurídica do incidente

Ao observar a organização do Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que o Capítulo dedicado ao incidente se encontra inserido no Título III do Livro III, que trata das modalidades de intervenção de terceiros.

Entende-se intervenção de terceiros como a oportunidade dada a determinado sujeito de ingressar em uma ação em curso da qual ele não seja parte originária, para defender interesses jurídicos próprios³⁰. A partir desse conceito, possível perceber a adequação da classificação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica neste livro, pois no incidente o terceiro não participante da relação jurídica originária passa a figurar no processo quando preenchidos os requisitos do direito material autorizadores da desconsideração.

A doutrina³¹ divide as modalidades de intervenção de terceiros em intervenção espontânea, para caracterizar àquelas em que se depende da iniciativa do terceiro para ingressar na demanda, como é o caso da assistência e intervenções provocadas. As intervenções coatas ou provocadas, por sua vez, ocorrem quando o terceiro é chamado por uma das partes do processo para nele ingressar, sendo, portanto, trazido ao processo sem sua manifestação de vontade³².

O incidente processual aqui estudado consiste, segundo tal classificação³³, em uma intervenção coata, na qual o terceiro alheio à relação jurídica processual é chamado a ingressar na demanda sem sua manifestação de vontade. Depois da decisão favorável à desconsideração, o sócio (ou a pessoa jurídica, no caso da desconsideração inversa) passará a ser parte da demanda, em litisconsórcio com o réu originário, e tendo seus bens atingidos para a satisfação do crédito do autor, respeitado o benefício de ordem ao qual faz jus. Caso rejeitada a desconsideração, por sua vez, o interventor será excluído da demanda, a qual seguirá com suas partes originárias.

³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador. JusPodivm: 2016, v.2, , p.484

³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56ª. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.479; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador. JusPodivm: 2016, v.2, p.484; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 105.

³² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador. JusPodivm: 2016, v.2, p.484

³³ *Idem, ibidem*, p. 484

3.2 O procedimento do incidente

Sabe-se que o Capítulo IV do Título III do Código de Processo Civil de 2015 é a primeira sistemática acerca da processualística da aplicação da teoria da *disregard*. Temos que, portanto, até o momento recente da promulgação de tal diploma processual a desconsideração foi aplicada de maneira diversa, de acordo com o entendimento de cada magistrado no exercício de suas funções. Nesse cenário, portanto, a insegurança se instalava e as garantias de um devido processo legal nem sempre eram respeitadas, sendo a decisão de desconsideração, no mais das vezes³⁴, dada sem a oportunização do contraditório prévio, cabendo àquele terceiro atingido pela decisão apenas a interposição de embargos de terceiro para tentar se livrar da constrição que afetara seu patrimônio, durante a atividade executiva, conforme lecionam Alexandre Câmara³⁵ e Ana Manuela Borges³⁶.

Quando se passa a analisar a aplicação do contraditório nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, não se pode deixar de perceber o avanço que representa a criação do incidente processual positivado no Capítulo IV do Título III do CPC/2015, nos arts. 133 a 137 que serão adiante analisados.

A regulamentação processual do incidente traz já em seu primeiro artigo uma solução importante para homogeneizar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica ao afirmar que será instaurado um incidente processual.

Anteriormente à promulgação do Código de Processo Civil de 2015 discutia-se qual seria o método para a aplicação da *disregard doctrine*, dividindo a doutrina entre aqueles que acreditavam na possibilidade da resolução de tal questão no mesmo processo em que se discute o débito, como Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenthal³⁷, sendo inclusive esta posição prestigiada pelo STJ³⁸ e aqueles, como Fábio Ulhoa³⁹, que acreditavam ser necessária nova ação para que o sócio membro (ou a sociedade em caso de grupo de empresas ou de desconsideração inversa) pudesse ter seu patrimônio atingido.

³⁴ PERGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. A desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil, *n Revista Eletrônica de Direito Processual- REDP*, v. 16, jul/dez 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>, acesso em 18/11/2016.

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas 2016, p.114.

³⁶ BORGES, Ana Manuela. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil: Um escapismo ante uma realidade kafkaniana, *in Revista Direito UNIFACS Debate Virtual*, n. 183, 2014.

³⁷ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 467.

³⁸ STJ, 4.ª Turma, REsp 1.096.604/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2012, DJe 16.10.2012.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 62-65.

A solução trazida no novo diploma processual, consentânea com toda a sua principiologia, prestigia a economia processual, a celeridade e a eficácia da decisão, sendo, portanto, indubitavelmente acertada. A resolução do pedido de desconconsideração em incidente cognitivo no mesmo processo em que se discute a obrigação representa a adequada solução, na certa medida entre economia processual e segurança jurídica, celeridade e devido processo legal. O incidente permite que a questão seja avaliada de maneira adequada e sem grandes prejuízos ao andamento da discussão acerca da dívida.

O mesmo artigo 133⁴⁰ traz ainda em seu *caput* uma disposição que proporciona discussão entre os pesquisadores do Direito. Trata-se da afirmação de que o incidente “será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”. Tal disposição conduz à interpretação de que não haveria possibilidade de instauração de ofício do incidente quando o magistrado eventualmente verifique a presença dos requisitos autorizadores da desconconsideração. Alguns autores, no entanto, como Luiz Guilherme Marinoni⁴¹ entendem ser possível a instauração *ex officio* do incidente quando se tratar de relação para a qual o direito material não exige iniciativa da parte para a desconconsideração. Flávio Tartuce⁴² também entende pela possibilidade da aplicação de ofício, mas nas relações em que figura hipossuficiente, como no caso dos consumidores, ou em casos que envolvam bens jurídicos coletivos essenciais, como o meio ambiente.

Segue-se aqui a doutrina de Flávio Tartuce, no sentido de ser possível a instauração de ofício do incidente quando figurar no processo parte que apresenta condições técnicas, sociais e econômicas que lhe coloquem em posição de vulnerabilidade.

Destaque-se posição diversa defendida por autores como Alexandre Câmara⁴³ e Fredie Didier Jr⁴⁴, afirmando jamais ser possível a instauração de ofício do incidente, baseando-se principalmente no disposto no *caput* do art. 133 do código de processo civil de 2015.

O entendimento de que pela leitura do dispositivo legal não seria possível, em nenhuma hipótese, a instauração de ofício do incidente, seria uma interpretação demasiadamente engessada das regras processuais, não se apresentando consonante com uma visão do processo à luz dos valores constitucionais, como o da igualdade.

⁴⁰ Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 208.

⁴² TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil. Impactos, diálogos e interações*. 1. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 88.

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 115.

⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 526.

Por sua vez, interpretação dada à regra legal por Marinoni como acima exposto, admitindo a desconsideração de ofício nos casos em que a regra de direito material não exija que a desconsideração seja pleiteada pela parte não parece satisfatória, vez que a exigência do direito material poderia ser óbice à instauração do incidente em casos marcados por vulnerabilidade da parte que, por exemplo, por menores condições técnicas, não pleiteia a o levante do véu da personalidade jurídica.

Assim, em prestígio ao princípio da igualdade, e buscando a proteção dos interesses coletivos e dos direitos fundamentais protegidos no art. 5º da Constituição Federal, segue-se aqui o entendimento de Flávio Tartuce acima referido.

O §1º⁴⁵ do referido dispositivo legal traz importante regra acerca do tema, esclarecendo que o Capítulo do CPC se restringirá a trazer regras processuais e procedimentais, ficando os pressupostos de aplicação do incidente a cargo do direito material que rege a relação jurídica discutida no processo. Dessa forma, conclui-se que independentemente do caráter da relação jurídica que gerou a obrigação discutida, o pedido de desconsideração será apreciado por meio do procedimento previsto no capítulo do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, continuar-se-á a observar as regras do art. 50 do Código Civil, do art. 28 do CDC, do art. 135 do CTN e do art. 2º, § 2º da CLT, assim como as demais disposições acerca da desconsideração da personalidade jurídica presentes na legislação pátria, presentes nos arts. 117, 158, 245 e 246 da Lei 6.404/76, no art. 4º da Lei 9.605/98, no art. 18, § 3º da Lei 9.847/99 e no art. 34 da Lei 12.529/11. Portanto, ainda continua demasiado importante se atentar se na relação jurídica em discussão é aplicável a chamada Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica, ou a denominada Teoria Menor.

A teoria maior, ou subjetiva, é aquela na qual se exige, para a aplicação da *disregard doctrine*, a configuração de abuso da personalidade jurídica, verificado através de desvio de finalidade ou confusão patrimonial⁴⁶.

⁴⁵ § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

⁴⁶ PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALCANCE DO SÓCIO MAJORITÁRIO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

3. A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 50 do CC/02, consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. 4. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica

Já na teoria menor, também chamada de teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, a pessoa jurídica é desconsiderada bastando que se verifique o prejuízo ao credor, que não teve a obrigação satisfeita pela pessoa jurídica devedora. Essa teoria encontra-se presente no Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se às relações consumeristas⁴⁷.

Seja qual for a teoria aplicada na relação jurídica de direito material, em sede processual deve-se instaurar o incidente para se proceder à desconsideração, buscando prestigiar o contraditório e o devido processo legal, oportunizando a defesa daquele que terá seu patrimônio atingido em virtude da aplicação deste instituto. Deve-se além de dar ciência e permitir a manifestação do interveniente, permitir que se instaure verdadeiro diálogo entre os litigantes e o juiz, no qual seja garantida a paridade de armas e a ampla produção probatória, homenageando o contraditório participativo de Greco⁴⁸.

O capítulo do Código de Processo Civil referente ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica segue com importante previsão no art. 134, que afirma que “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

Tal disposição traz também importante esclarecimento acerca do momento em que aplicável a desconsideração. Destaque-se, complementando tal regra, o previsto no § 2º que ensina ser dispensável a aplicação do incidente quando a desconsideração for requerida na petição inicial. A razão de ser de tal regra consiste justamente na questão da defesa e do contraditório, ponto central do presente trabalho.

Assim, nos casos em que a desconsideração da personalidade jurídica é requerida na peça exordial, já no momento da citação, quando se dá ao réu a ciência da existência da demanda processual, proceder-se-á à citação também do sócio ou pessoa 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, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

5. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

⁴⁷ 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. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

⁴⁸ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa..., ob. cit., p. 26.

a ser afetado pela *disregard*. Desse modo, logo no início do processo já resta oportunizada a defesa daquele que possivelmente sofrerá constrição em seu patrimônio por conta da desconsideração da personalidade jurídica. Portanto, é consoante com os princípios do contraditório e da economia processual a desnecessidade de instauração do incidente prevista no §2º do art. 134 do CPC/ 2015⁴⁹.

O art. 135 do referido diploma legal consagra a grande inovação trazida pela criação do incidente, que consiste na previsão expressa da necessidade de citação do sócio ou da pessoa jurídica para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias.

Trata-se de regra de profunda importância e significação, tendo em vista que até o momento da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 não havia qualquer regra procedimental acerca da aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, prestando o novo dispositivo à inauguração de uma sistemática na utilização da *disregard doctrine*.

Necessário destacar, no entanto, que a despeito da grande significação de tal norma, visto que anteriormente inexistia qualquer disposição neste sentido na codificação processual, a efetivação do princípio do contraditório vai muito além da previsão de notificação da parte atingida para que se manifeste, sendo esta apenas um aspecto da dimensão formal do contraditório, como lecionam Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes⁵⁰.

Analisando as regras do incidente sob a perspectiva do contraditório em sua dimensão material, percebe-se que são elas demasiado superficiais e demonstram a ausência de uma preocupação mais profunda com a materialidade das garantias processuais.

O disposto do art.135⁵¹ do Código de Processo civil, *única previsão acerca do contraditório presente na sistemática do incidente*, traz tão somente a regra da citação do atingido pela desconsideração, para que se manifeste e requeira as provas cabíveis. Percebe-se, portanto, que a norma legal prestigia tão somente a dimensão formal do contraditório, envolvendo apenas a ciência do ato processual e a bilateralidade de audiência. Em momento algum faz o regramento processual referência à garantia do poder de influência que devem possuir as partes na construção da decisão, nem o consequente e equivalente dever do juiz de

⁴⁹ Art. 134 § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

⁵⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, *in Revista de Processo*, ano 34, n. 168, fev/ 2009.

⁵¹ 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.

apreciar e levar em conta os argumentos trazidos pelos sujeitos processuais, formando uma decisão justa e igualitária, baseada na perspectiva policentrista do processo. Conforme afirma Gustavo Viegas Marcondes⁵²:

Não basta, portanto, que haja a bilateralidade entre as partes. É necessário que haja efetivo diálogo entre todos os sujeitos do processo. E para que haja diálogo, naturalmente, é necessário mais do que oportunidades iguais de manifestação. Não basta que se assegurem às partes iguais chances de falar; é necessário que sejam efetivamente ouvidas e respondidas.

Entende-se, destarte, que o respeito ao contraditório efetivo exige muito mais que uma norma legal, necessitando de uma mudança na postura dos magistrados e de todos os participantes da relação processual na busca de provimentos justos e efetivos obtidos com segurança e com o respeito ao devido processo legal.

⁵² MARCONDES, Gustavo Viegas. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação ao reconhecimento, *incidenter tantum*, da existência de grupos econômicos, *in Revista de Processo*, v. 252/2016, fev/2016, p. 41-57.

CONCLUSÃO

Até o Código de Processo Civil de 2015 não havia regramento processual no ordenamento pátrio para a aplicação da teoria da desconsideração, o que dava margem para que cada magistrado que se deparasse com uma hipótese autorizadora da desconsideração procedesse de maneira diversa, instaurando grande insegurança jurídica.

Ademais, a ausência de regras processuais para o instituto dava margem a um entendimento em desacordo com as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal. Em nome da efetividade e da celeridade, não era dada àquele atingido pela desconsideração a oportunidade de se manifestar e se defender acerca da questão sendo surpreendido com constrições em seu patrimônio, restando apenas a utilização dos embargos de terceiro como opção de defesa.

Diante desse cenário de necessidade de regulamentação processual, foi criado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, modalidade de intervenção de terceiro provocada na qual o indivíduo originalmente alheio à relação jurídica é chamado a integrar o processo.

Insta ressaltar que a possibilidade de concessão de tutela de urgência no pedido de desconsideração da personalidade jurídica representa também importante artifício processual, notadamente na busca de maior efetividade e segurança.

O incidente inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 representa um passo na consagração de uma interpretação do processo civil consonante com os valores constitucionais ao prever a citação do sócio atingido pela desconsideração para manifestação e produção de provas em respeito ao contraditório, prestigiando o contraditório formal. Tal previsão, no entanto, não é suficiente, sendo necessário que se instaure o contraditório participativo caracterizado pela real capacidade de influência na formação do provimento jurisdicional, numa perspectiva dialógica e paritária.

Deve-se destacar, ainda, que a inovação legislativa por si só não é capaz de promover completa mudança na maneira com que se encara o processo civil, devendo ser acompanhada de uma mudança de pensamento de todos os operadores do direito que necessitam adequar as atividades judiciárias aos valores constitucionais que regem todo o sistema jurídico brasileiro.

O art. 7º do Código de Processo Civil de 2015⁵³ pode representar uma saída para a problemática apresentada, qual seja a ausência de regras referentes à dimensão do contraditório representada pela garantia o direito de influência que possuem as partes na formação da decisão.

Ao mencionar que cabe ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, o dispositivo indica existir uma preocupação acerca de tal garantia, devendo, portanto servir de baliza à interpretação das regras processuais do incidente, apontando para uma postura do magistrado de atenção e apreciação das manifestações das partes, garantindo a elas a verdadeira influência e participação na construção da decisão jurisdicional, numa atividade processual em que se efetiva o contraditório participativo.

⁵³ 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.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BASTOS, Elson Pereira de Oliveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução fiscal. *In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v.17, jan/jun 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index>. Acesso em 29 nov. 2016.

BORGES, Ana Manuela. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil: Um escapismo ante uma realidade kafkaniana, *in Revista Direito UNIFACS Debate Virtual*, n. 183, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3905/0>, acesso em 20 out.2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. v. 2. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil*. v. 5. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *In Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes. v.7, n. 9, p. 121-144, jul./dez.2006.

MARCONDES, Gustavo Viegas. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação ao reconhecimento, incidenter tantum, da existência de grupos econômicos. *In Revista de Processo*, vol 252/2016, fev/2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Novo CPC Código de processo civil: inovações alterações supressões comentadas* São Paulo: Método, 2016.

PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. A desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil. *In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, jul/dez 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>, acesso em 18 nov. 2016.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil. Impactos, diálogos e interações*. 1. ed. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In *Revista de Processo*, ano 34, n. 168, fev/ 2009, p. 107-141.