

O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE ISSUE OF DISREGARDING THE CORPORATE ENTITY UNDER THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Caroline de Freitas Araujo¹
Ricardo Soares Mestre Janeiro²

ARAÚJO, C. de, F.; JANEIRO, R. S. M. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica à luz do novo código de processo civil. **Akrópolis** Umuarama, v. 26, n. 2, p. 109-120, jul./dez. 2018.

DOI: 10.25110/akropolis.v26i2.7455

RESUMO: O presente trabalho trata de análise do incidente da desconsideração da personalidade jurídica abrangida no Código de Processo Civil de 2015, mormente quanto às principais mudanças e expectativas acerca do novo procedimento. Para tanto, a pesquisa baseou-se em revisão bibliográfica e legislativa sobre o tema, haja vista a necessidade de conceituação e compreensão acerca do desenvolvimento da pessoa jurídica e do abuso de direito da personalidade que essa vinha sofrendo, a qual acarretou a criação da desconsideração da personalidade jurídica, até então não positivada pelo direito processual brasileiro. Ainda, foi detalhada a forma processual de aplicação do incidente, mencionando quando será obrigatória sua aplicação, seja nas demandas consumeristas, trabalhistas, bem como tecendo alguns comentários sobre a expectativa positiva do entendimento doutrinário a respeito do tema. Por fim, fez-se uma pequena análise da aplicação do novo instituto incidental da desconsideração da personalidade jurídica frente ao crédito tributário nas execuções fiscais, na qual se tem o redirecionamento dos sócios.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da personalidade jurídica; Incidente; Novo Código de Processo Civil; Pessoa jurídica; Procedimento.

ABSTRACT: This article addresses the analysis of disregarding the corporate entity as set forth in the 2015 Code of Civil Procedure, especially when related to the main changes and expectations about the new procedure. For this, the study was based on literature and legislative review on the topic, considering the necessity of the conception and comprehension of the development of the legal entity and the abuse of the personality right that it had been incurring, which had resulted in the creation of the disregard of the corporate entity that until then was not regulated by the Brazilian Procedural Code. It also details the procedural form of applying the incident, mentioning when its application will be mandatory in consumer or labor claims, as well as providing comments on the positive expectation of the doctrinaire understanding on the theme. Finally, it provides an analysis of the application of the new disregarding of the corporate entity issue against tax credit on tax enforcement proceedings, when there is new redirection of partners.

KEYWORDS: Legal entity; Disregarding corporate entity; New civil procedure code; Issue; Procedure.

¹Bacharelada em Direito – Universidade Paranaense – UNIPAR – Umuarama – PR.
E-mail: carol-araujoo@hotmail.com

²Bacharel em Direito/UNIPAR, Especialista em Direito Civil e Processo Civil/UNIPAR e Mestre em Direito Processual e Cidadania/UNIPAR. Atualmente é Advogado e Professor Adjunto da Universidade Paranaense – UNIPAR – Umuarama – PR.
E-mail: rsmjaneiro@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

Considerando a ausência de previsão legal quanto a forma de processualização da desconsideração da personalidade jurídica no antigo Código de Processo Civil (Lei nº 5869/1973), o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) – NCPC - trouxe tal previsão como uma modalidade de Intervenção de Terceiros, disposta em seu Livro III, Dos Sujeitos do Processo Civil; no Título III, Da Intervenção de Terceiros e no Capítulo IV, Do Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica (artigos 133 a 133).

Essa ideia do incidente surgiu com o anteprojeto do NCPC, o qual se preocupou em disciplinar a matéria de acordo com as regras processuais fundamentais, atentando-se de fato à forma procedimental, já que quanto as hipóteses de configuração da desconsideração da pessoa jurídica tratam-se de direito material, e como tal deverá ser observado o disposto nas leis materiais.

Além disso, cabe ressaltar ainda que o referido Código não criou novas modalidades de desconsideração, apenas regulamentou as já existentes, como a desconsideração da personalidade jurídica inversa, a qual era admitida somente pela jurisprudência.

Percebe-se também que a principal idealização foi fortalecer o Princípio do Contraditório, vez que esse é imprescindível para o Direito Processual Civil, respeitando-se, portanto, as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. Ou seja, a criação deste incidente, poderá trazer mais segurança jurídica e efetividade ao processo, já que esse assegura o amplo contraditório e a possibilidade de instrução probatória.

O motivo da preocupação com esta segurança se deu por causa dos empresários, os quais tinha a supressão do benefício da limitação da responsabilidade quando seu patrimônio era atingido, antes mesmo de ter a oportunidade de defesa, desrespeitando, assim, o Princípio do Contraditório. Isso porque na ausência da previsão legal do incidente, a desconsideração da personalidade jurídica era aplicada do ofício por alguns julgadores, como forma de proteção daqueles considerados vulneráveis na relação processual.

Nesse íterim, o presente trabalho tem por finalidade destacar a importância da preocupação do legislador ao criar tal procedimento de

cognição incidental. Ainda, apontar quais são as expectativas acerca do novo meio instrumental inserido no Poder Judiciário, especificamente, no tocante ao procedimento, por meio de pesquisas e levantamentos doutrinários, bem como análise do disposto na legislação atual.

2 CONCEITUAÇÃO

2.1 Da sociedade empresarial limitada

Cabe neste primeiro momento, embora o enfoque principal não se respalda na análise pormenorizada das teorias que envolvem a pessoa jurídica, vez que este é um assunto muito árido, uma pequena conceituação para melhor compreensão acerca do tema.

A origem da pessoa jurídica foi devida à percepção de que o homem, muitas vezes, não conseguia atingir seus objetivos sozinho. Portanto, começou a surgir a ideia de que se associando poderia alcançar seus propósitos com mais facilidade e, para que isso se concretizasse na esfera jurídica, necessário tornou-se sua regulamentação.

Para tanto, foi imprescindível a criação de uma entidade com personalidade distinta da pessoa física (da pessoa do associado), na qual, somente após devidamente registrada e qualificada para determinado fim, passaria a exercer seus direitos e contrair suas próprias obrigações.

Nesse contexto, houve a criação da pessoa jurídica, a qual existe somente no universo jurídico, sendo essa, compreendida por lei como uma entidade juridicamente apta para o exercício de obrigações e direitos por ela adquiridos, possuindo, conseqüentemente, uma personalidade distinta da personalidade dos seus sócios.

Dentre as pessoas jurídicas, existem as de direito público e as de direito privado, sendo a sociedade empresarial limitada, uma pessoa jurídica de direito privado, conforme dispõe o artigo 44, inciso II do Código Civil – CC (BRASIL, 2002).

Já no que diz respeito às sociedades empresariais, Waldo Fazzio Júnior (2016, p. 115) esclarece:

A sociedade empresária como pessoa jurídica é sujeito de direito e poderá, em virtude dessa atribuição legal, praticar atos jurídicos não vedados por lei. Seus sócios manterão relações jurídicas entre si e com a nova pessoa que produziram. Perante terceiros é a socie-

dade que, com capacidade própria, negociará. Responderá, com seu próprio patrimônio, pelos encargos que contrair, e poderá estar em juízo. A sociedade é um núcleo de atribuições jurídicas com regime de existência próprio. Tem vida própria e vontade real.

E, em assonância com a lição, cumpre ressaltar que deverá a sociedade empresarial ter devidamente inscritos seus atos constitutivos no registro pertinente, conforme inteligência dos artigos 45 e 985 do CC (BRASIL, 2002). Isso porque, somente após registrada, é que a sociedade adquirirá a personalidade jurídica, a qual lhe dará capacidade própria para adquirir direitos e contrair deveres, bem como administrar seu patrimônio, respondendo esse último, por eventuais valores inadimplidos, na forma que explica o doutrinador Rubens Requião (2015, p. 491), veja-se: “A sociedade com personalidade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio é seu, e esse patrimônio, seja qual for o tipo da sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo.”

Outrossim, no que diz respeito ao patrimônio da sociedade, cabe aos seus representantes a constituição desse patrimônio, por meio da subscrição desse capital no contrato social da empresa, os quais após, devidamente constituídos à sociedade, responderão limitadamente pelo capital social subscrito, ou seja, até sua quota parte, vez que ocorrerá a separação do patrimônio do sócio e da sociedade empresarial. Assim, oportuno compartilhar o pensamento do docente Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 434):

A personalização da sociedade limitada implica a separação patrimonial entre pessoa jurídica entre pessoa jurídica e seus membros. Sócio e sociedade são sujeitos distintos, com seus próprios direitos e deveres. As obrigações de um, portanto, não se podem imputar ao outro. Desse modo, a regra é a da irresponsabilidade dos sócios da sociedade limitada pelas dívidas sociais. Isto é, os sócios respondem apenas pelo valor das quotas com que se comprometem, no contrato social (CC, art. 1.052). É esse o limite de sus responsabilidade.

Todavia, não se pode considerar a irresponsabilidade dos sócios que integram a sociedade empresarial limitada como uma verdade

absoluta; toda regra possui a sua exceção e, no caso em tela, a desconsideração da personalidade jurídica, é uma delas, sendo esta o objeto de análise no próximo tópico.

2.2. Da desconsideração da personalidade jurídica

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, num primeiro momento, aparenta ter o intuito de se opor ao Princípio da Autonomia Patrimonial, o qual separa a sociedade empresarial dos seus sócios. Entretanto, esse instituto não possui tal finalidade, pelo contrário, ele veio como forma de coibir a fraude e o abuso de personalidade que fica disfarçado pela autonomia patrimonial.

Em outras palavras, para que a pessoa jurídica seja desconsiderada, não basta a mera insolvência da sociedade, pois, se assim fosse, seus sócios não teriam motivos para investir em novos empreendimentos e a economia do país não se desenvolveria. Assim, resta claro que o Princípio da Autonomia Patrimonial deve prevalecer nesses casos, já que não houve qualquer ato ilícito praticado pelos sócios para que a empresa se tornasse insolvente, salvos nos casos em que comprovada a má-fé na administração.

De um outro vértice, se restar comprovada que a pessoa jurídica está sendo utilizada como instrumento para o cometimento de atos fraudulentos ou abuso de personalidade, como por exemplo o desvio ou confusão patrimonial, restará configura a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, já que essa tem o condão de estender a responsabilidade do pagamento do débito ao patrimônio do sócio. Entretanto, ressalta-se que o débito não deixa de ser da sociedade empresarial.

Ademais, é preciso insistir também no fato de que a configuração desconsideração da pessoa jurídica, “não desfaz o seu ato constitutivo, não invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficácia desse ato” (COELHO, 2015, p. 63). Portanto, não há no que se falar em despersonalização, vez que a sociedade empresarial, ou seja, a pessoa jurídica não será extinta. Nesse contexto, entende-se que a desconsideração, é uma mera suspensão momentânea da personalidade jurídica para um caso em específico, permanecendo sua validade para os demais atos.

No que diz respeito ao direito material

positivado, percebe-se que pouco tem-se disciplinado. Até mesmo porque, os primeiros entendimentos começaram a ser formados pelas jurisprudências por meio dos posicionamentos doutrinários.

Uma das primeiras regulamentações, se deu pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC (BRASIL, 1990, s.p.), o qual reza em seu artigo 28, *caput*, que:

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 provocada por má administração.

Entretanto, há entendimentos que tal dispositivo legal, afronta o Princípio da Autonomia Patrimonial, vez que se confundiu a responsabilidade do sócio com a fraude ou o abuso de direito, sendo que para configurar-se a primeira hipótese não se precisa afastar a autonomia patrimonial, diferentemente da fraude ou o abuso (COELHO, 2015).

Malgrado divergência ou não, tal dispositivo foi a brecha para outras regulamentações. À guisa de exemplos, cito a Consolidação das Leis Trabalhistas – cita-se a CLT, a qual utilizou subsidiariamente o CDC para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, pondendo ser aplicada até de ofício pelos magistrados, de acordo com o artigo 878 da CLT (BRASIL, 1943).

Após, foi a vez do Código Civil, que embora não tenha utilizado o termo de desconsideração da personalidade jurídica, abriu espaço para se estender as obrigações aos bens particulares dos sócios, quando configurado o abuso da personalidade jurídica, com base no artigo 50 do CC (BRASIL, 2002).

Nesse interim, claro é que existe a possibilidade de aplicação do instituto no direito brasileiro. Contudo, a forma processual que deveria ser utilizada ainda não havia sido prevista. No Juízo Cível, era por meio de um simples requerimento pela parte, desde que comprovasse o abuso. Já no Juízo Trabalhista, iniciada a execução, como já explicado, poderia ser aplicado de

ofício pelo magistrado.

Essa incerteza jurídica quanto ao procedimento a ser seguido, bem como o meio de defesa do sócio atingido, deu ensejo a reflexões no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o qual foi bem claro quanto à necessidade de oportunizar o contraditório, propondo assim, a criação de um incidente para a discussão da desconsideração da personalidade jurídica:

A necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República* fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”. Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório. (BRASIL, 2010. s.p.).

Isso porque, quando é requerida a aplicação de tal instituto, deve ser levado em consideração que se inicia uma nova fase cognitiva, a qual requerá, também, um meio de defesa e instrução probatória adequados.

À vista disso e realizada as conceituações necessárias para o melhor entendimento do tema, passa-se, por conseguinte, à análise do novo meio procedimental, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, vez que esse é o principal enfoque do presente estudo.

3 DO PROCEDIMENTO INCIDENTAL

3.1 Do incidente e da natureza jurídica

Entende-se que o incidente processual possui dependência com o processo principal, vez que o incidente está inserido ao processo principal, já, no caso do “incidente de desconsideração”, esse não possui uma direta dependência do processo principal, mas sim mera relação de influência acerca do objeto discutido na lide principal (VIEIRA, 2017). Isso porque, por ocasião do incidente da desconsideração, serão

alegados fatos novos, os quais demandarão instrução processual.

No mais, o NCPD trouxe a desconsideração da personalidade jurídica como uma modalidade de intervenção de terceiros. Portanto, faz-se necessário o requerimento de forma incidental, uma vez que trará um estranho à lide, sendo a sua aplicação obrigatória quando se buscar a responsabilidade patrimonial do sócio.

Registra-se ainda que o incidente da desconsideração possui característica de demanda, uma vez que terá uma nova causa de pedir e um novo pedido sobre alegação de fato superveniente, ou seja, o cometimento de fraude ou abuso a ensejar a desconsideração. Nesse sentido, cita-se o entendimento do doutrinador Fredie Didier Júnior (2015, p. 520), o qual explica: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, além de trazer sujeito novo, amplia também o objeto litigioso do processo. Acresce-se ao processo um novo pedido: aplicação da sanção da desconsideração da personalidade jurídica ao terceiro.”

Contudo, embora a observação do incidente esteja prevista como regra, também foi disciplinado pelo NCPD que será dispensada a propositura do incidente nos casos em que a desconsideração da personalidade seja requerida junto à petição inicial, ocasião na qual deverá ser citado o sócio da empresa ou a pessoa jurídica, tratando-se nesse último caso, de requerimento da desconsideração inversa da personalidade jurídica, de acordo com o artigo 134, §2º do NCPD (BRASIL, 2015).

Por fim, cai a lanço destacar que caberá em qualquer fase do processo de conhecimento, bem como no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial - artigo 134, *caput*, NCPD (BRASIL, 2015). Não é possível, por consequência a desconsideração da personalidade jurídica sem a observância desse procedimento (DIDIER JÚNIOR, 2015). Dessa forma, entende-se que, em sendo requerida a desconsideração em fase cognitiva e deferido o pleito na fase de execução, o patrimônio do sócio poderá ser atingido, podendo, porém, o sócio se utilizar da impugnação (no caso de cumprimento de sentença) ou de embargos à execução (no caso de execução de título extrajudicial) como meio de defesa.

3.2 Da legitimidade das partes

Como pode-se notar, o NCPD se pro-

pôs a disciplinar acerca da legitimidade para o requerimento do incidente, trazendo os seguintes dizeres em seu artigo 133, *caput* (BRASIL, 2015): “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.”

Nesse sentido, caberá tanto à parte autora como à ré tal requerimento. Caberá à parte autora quando, o seu pedido for julgado procedente ou quando já tenha um título certo, líquido e exigível. Já à parte ré (no caso, a sociedade empresarial), poderá fazer tal requerimento, quando por exemplo, pretender-se atingir o patrimônio de um ex-sócio, o qual tenha acabado com o patrimônio da empresa. No entanto, na maioria das vezes, o credor do crédito é quem acaba instaurando o incidente, vez que esse é o maior interessado na lide.

Quanto ao Ministério Público, só haverá possibilidade de fazer o requerimento quando for parte interessada na demanda principal. Em outras palavras, não basta o simples fato de estar intervindo no processo como mero fiscal da lei, já que tal requerimento cabe ao titular da ação.

Posta assim a questão, é de se dizer que não caberá ao magistrado instaurar de ofício o incidente. Dessa maneira, também segue entendimento do doutrinador Daniel Assumpção Neves (2016, p. 309), o qual pontualmente explica:

O art. 133, *caput* do Novo CPC prevê expressamente que a desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, com o que afasta a possibilidade de o juiz instaurar o incidente ora analisado de ofício. Já era nesse sentido a previsão do art. 50 do CC.

Como observado pelo ilustre doutrinador, já havia previsão legal de que o requerimento deveria partir dos demandantes. No entanto, tal entendimento não era compartilhado pela Justiça do Trabalho, vez que os seus magistrados aplicam de ofício os atos executórios, e assim faziam com a desconsideração da pessoa jurídica, sem qualquer contraditório prévio e, de consequência, o único meio de defesa que restava ao sócio era os embargos de terceiros, após a constrição patrimonial sofrida, vez que não estava presente como parte na demanda.

Apesar disso, convém ponderar que, após a regulamentação acerca da processua-

lização da desconsideração da personalidade, entende-se que a aplicação do incidente na Justiça do Trabalho será necessária, haja vista a imposta subsidiariedade do NCPD ao processo do trabalho, bem como considerando a omissão da CLT sobre a aplicação processual da desconsideração (VEIRA, 2017).

No mais, a fim de asseverar a obrigatoriedade da instauração do incidente perante a Justiça do Trabalho, cumpre transcrever o disposto no Enunciado 124 do IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, *in verbis* (DIDIER JÚNIOR, 2016): "(art. 133; art. 15) A desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho)."

Outrossim, além da aplicação obrigatória perante a Justiça do Trabalho, no presente momento, cai a lançar notar ainda que o incidente também deverá ser observado perante os Juizados Especiais Cíveis, conforme disciplina o artigo 1.062 do NCPD.

Assim, ao ensejo de conclusão do presente tópico, é assaz importante destacar que o sócio da sociedade empresária, não é considerado um codevedor, haja vista que se considera devedor aquele que contraiu a dívida, ou seja, a pessoa jurídica e não, o seu sócio. Assim, entende-se que a única forma de atingir o patrimônio do sócio é estendendo a responsabilidade patrimonial da obrigação, sendo o sócio, então, chamado para ser corréu. Como é o caso dos fiadores, os quais não são os devedores, mas serão responsáveis pelo débito na ausência de patrimônio do devedor principal.

3.3 Do pedido e causa de pedir

Entende-se que a causa de pedir é composta por dois elementos: os fatos jurídicos e os fundamentos jurídicos, na forma que determina o artigo 319, III do NCPD. Ademais, observa-se ainda, que existe a causa de pedir próxima e remota, que de uma forma mais simplificada, a primeira se trata dos fatos, já a segunda, está ligada ao fundamento jurídico trazido.

Além disso, cumpre observar que, os fundamentos jurídicos que compõem a causa de pedir, os quais são requisitos expressamente previstos no artigo 319, III do NCPD (o fato e os fundamentos jurídicos do pedido), não possuem

o cordão de vincular a fundamentação jurídica do magistrado, vez que esta vinculação só existe quanto aos fatos, seguindo assim, o entendimento também compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça (NEVES, 2016).

No caso da desconsideração da personalidade jurídica, "a causa de pedir consiste em demonstrar os fatos que se adequam a determinada norma de direito material, a qual, uma vez configurada (subsunção do fato à norma), justificaria afastar a personalidade jurídica de determinada sociedade" (VEIRA, 2017, p. 138).

Posta a questão nesses termos, fica evidente que o incidente da desconsideração trará uma nova causa de pedir, inclusive, com uma ampliação da demanda, na qual direcionará o seu pedido a uma pessoa diversa da qual participa do processo principal, ou seja, ampliará também a sua tutela jurisdicional (pedido), justificando, por consequência, a necessidade do efetivo contraditório.

Além disso, sabe-se que existe outra possibilidade para se requerer a desconsideração da pessoa jurídica, sem que seja por meio do incidente, disposto pelo parágrafo 2º do artigo 134 (BRASIL, 2015): "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."

Dessa forma, torna-se necessário observar que a petição inicial deverá ser elaborada com dois pedidos, já que haverá dois réus distintos, os quais também são chamados de corréus, em que um será o devedor da obrigação por ele adquirida e o outro será considerado o responsável pelo débito. Nesse sentido, são as palavras do mestre Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 267), explicando o que se segue:

Sendo essa a opção do autor, ele não deve incluir o sócio na condição de codevedor. A inicial deve deixar claro que o débito é da empresa e que a pretensão de cobrança está direcionada contra ela. O que se pretende em relação ao sócio não é a sua condenação ao pagamento do débito, mas o reconhecimento de que ele é responsável patrimonial, uma vez que estão preenchidos os requisitos do direito material para a desconsideração da personalidade jurídica. Serão dois pedidos formulados na inicial: o condenatório, de cobrança, dirigido contra o

devedor; e o de extensão da responsabilidade patrimonial, direcionado contra o sócio e fundado no preenchimento dos requisitos do art. 50 do Código Civil ou do art. 28 do CDC.

E uma vez postulado o pedido dessa maneira, o sócio, da mesma forma do incidente, deverá ser citado para apresentar sua defesa no que diz respeito à extensão da sua responsabilidade pelo débito.

3.4 Da citação e de sua importância para configuração da fraude à execução

Como já explicado no tópico acima, uma vez instaurado o incidente processual, estará ampliando-se a demanda. Isso porque se trará fatos novos a serem analisados pelo incidente, com uma nova causa de pedir. Além do mais, ter-se-á um novo demandante inserido no incidente, de modo que a necessidade de sua citação para o conhecimento do processo será inevitável.

Como prevê o artigo 135 do NCCP (BRASIL, 2015), deverá o sócio ser citado para que, no prazo de quinze dias, se manifeste e requeira as provas pertinentes. Portanto, não há muito o que se esclarecer quanto à necessidade da citação do sócio.

Aprofundando-se mais ao tema, percebe que algumas doutrinas se preocuparam, também, em esclarecer o momento da configuração de fraude à execução, haja vista que se entende que essa só pode ser configurada após a citação do sócio. Nesse sentido, transcrevo as palavras do professor José Miguel Garcia Medina (2016, p. 1122-1123):

Para o reconhecimento de fraude à execução há a exigência da existência de ação contra o alienante, devendo este ter sido citado (cf. STJ, REsp repetitivo 956.943/PR, Corte Especial, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 01.12.2014). O §3.º do art. 792 do CPC/2015 confirma essa orientação, em se tratando de desconsideração da personalidade jurídica. A citação referida no §3º do art. 792 é aquela prevista no art. 135 do CPC/2015: citado o sócio ou a pessoa jurídica para manifestar-se sobre o pedido de desconsideração, o ato de alienação ou oneração de bens poderá ser considerado em fraude à execução, observadas as demais condições

previstas no art. 792 do CPC/2015.

Entretanto, a questão posta acima não é pacífica, haja vista o disposto no artigo 792, §3º do NCCP (BRASIL, 2015), o qual estabelece que: “Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”, gerando estranheza com o que dispõe o entendimento do doutrinador citado, uma vez que traz a ideia de que a citação retroagirá a pessoa jurídica, a qual se pretende desconsiderar.

Em que pese respeitável entendimento, entende-se por prudente, para que se configure a fraude à execução, necessário é retroagir-se à citação da sociedade. Isso porque, considerando que a sociedade empresarial deve ser citada em nome de seu sócio representante, é notório de que o sócio já terá conhecimento de uma eventual execução, podendo dessa forma, começar a desfazer-se de seus bens, antes de receber a sua citação acerca do incidente da desconsideração, tornando-se muito mais difícil afastar eventuais terceiros de má-fé.

No mais, ENFAM (2015) disciplinou em seu Enunciado 62 que: “A citação a que se refere o art. 792, § 3º, do CPC/2015 (fraude à execução) é a do executado originário, e não aquela prevista para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 135 do CPC/2015)”, de modo que reforça o acima defendido.

Outrossim, seja o terceiro adquirente de má-fé, seja ele de boa-fé, poderá opor embargos de terceiros para a defesa do bem adquirido, da mesma forma que o sócio terá o seu meio de defesa, qual seja, os embargos à execução.

Por fim, esclarece-se que o artigo 137 do NCCP, quando dispõe que em sendo acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente. Trata-se do momento em que o incidente é julgado, e não do momento em que é proposto o incidente. Em outras palavras, após configurada a desconsideração, a fraude à execução retroagirá ao momento da citação da sociedade empresarial. A partir de então, qualquer alienação ou oneração realizada neste período, poderá configurar a fraude e ser ineficaz em relação ao requerente do incidente.

3.5 Do contraditório

Um dos principais motivos da preocupação com a criação do incidente de desconconsideração se encontra nesse tópico. Entende-se pelo artigo 506 do NCPC (BRASIL, 2015) que o título executivo (sentença) fará coisa julgada somente entre quem for parte no processo ou quem fez parte da constituição do título (no caso de títulos extrajudiciais), não podendo prejudicar terceiros.

Nesse ínterim, houve a necessidade de oportunizar o contraditório àquele que será réu no incidente, vez que esse se trata de terceiro estranho à constituição do título executivo. Assim, entende-se que a defesa do demandado poderá dar-se em um desses dois momentos: no processo principal, quando o requerimento da desconconsideração for feito na petição inicial, dispensando-se a instauração do incidente, conforme artigo 134, §2º do NCPC (BRASIL, 2015); e no incidente, quando assim for requerida.

No primeiro caso, caberá ao sócio contestar todas as matérias de fato e de direito alegadas, conforme o entendimento do Enunciado 248 do IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC (DIDIER JÚNIOR, 2016, s.p.):

(art. 134, § 2º; art. 336) Quando a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconconsideração, mas também os demais pontos da causa. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento).

Desse modo, enquanto não surgir outros posicionamentos dos Tribunais Superiores, estará incumbido aos sócios a possibilidade de defesa.

Se a escolha do credor for pela instauração do incidente, após a sua citação, o sócio terá o prazo de quinze dias para a apresentação de sua defesa, bem como requer as provas que pretende produzir. Entretanto, há entendimentos que ainda assim, o sócio terá a oportunidade de se manifestar acerca dos aspectos que levaram a constituição do título, vez que no momento da constituição, não estava presente, sendo que agora que ele pode ser responsabilizado pelo débito, terá o direito de se defender. Para tanto, cita-se os ensinamentos de Flávio Luiz Yarshell (2015, p. 241 *apud* VIEIRA, 2017):

Esse exercício do direito de defesa, contudo, não está limitado à demonstração da inexistência dos requisitos para a desconconsideração da personalidade jurídica, pois é possível discutir a existência da obrigação e seu valor. A sentença atinge as “partes entre as quais é dada” (art. 506), não prejudicando o sócio que não participar da fase cognitiva. Assim, tudo que já foi ou poderia ter sido controvertido pela pessoa jurídica poderá ser discutido pelo sócio, na defesa de que trata o art. 135.

Com isso e, ainda, visando-se respeitar o procedimento, que no caso de demanda incidental, mesmo que o processo principal seja de execução de título extrajudicial ou de cumprimento de sentença, o rito a ser seguido será o comum, disponibilizando, ainda, o rol de defesa estabelecido nos artigos 336 e 337 do NCPC.

Ademais, desatencioso seria esquecer, da principal causa que movimenta a criação do incidente, ou seja, o Princípio do Contraditório, assegurado inclusive constitucionalmente pelo artigo 5º, LV da Constituição Federal. Portanto, quando se falar de “demanda incidental de desconconsideração essas observações têm uma importância adicional, pois é preceito constitucional de que ninguém poderá ser destituído de seu patrimônio sem prévio e devido processo legal” (VIEIRA, 2017, p. 171), de modo que, a ausência do devido processo legal, poderá acarretar na nulidade do ato que destituiu o patrimônio do sócio.

3.6 Da fase instrutória

Todas as vezes que se pensar em instrução probatória no incidente de desconconsideração, é preciso lembrar-se de que nesse incidente estamos frente a uma fase cognitiva, portanto, deverão ser observados os artigos 369 e seguintes do NCPC.

As provas, nada mais são do que “os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevâncias para o processo” (GONÇALVES, p. 477). Para tanto, deverão as partes se atentarem ao direito material alegado, para rebater de maneira eficaz tais alegações.

Como é notório, quem alega deve provar. Assim, num primeiro momento, no que diz respeito ao ônus da prova, deverá ser observado

o que dispõe o artigo 373 do NCPC (BRASIL, 2015, s.p.) *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

Dessa forma, é de verificar-se que o ônus da prova, em regra, incube ao autor, vez que se trata de fato constitutivo de seu direito. Todavia, “dependendo das particularidades de caso concreto o juiz poderá distribuir o ônus da prova para quaisquer das partes” (VIEIRA, p. 174).

A respeito da inversão do ônus da prova, cumpre afirmar que esta servirá como uma luva para nos casos em que se tiver relação consumista e trabalhista, já que quando o litígio se tratar dessas relações, verificamos a utilização do meio da inversão do ônus da prova, já que em um dos polos esta presente uma parte considerada hipossuficiente.

Nesses casos deverá o magistrado se posicionar quanto à inversão do ônus já na decisão que acolhe o **precessamento** do incidente ou, caso contrário, antes de ser proferida a decisão que julga o incidente; o magistrado analisará o pleito de inversão e, posteriormente a sua decisão, abrirá vista às partes para que se manifestem acerca da inversão, bem como, em sendo necessário, requererá mais alguma prova.

Posta assim a questão, é de se dizer que também é cabível, tanto quanto necessária, como já mencionado, a aplicação do incidente no meio consumista e nas relações de trabalho, já poderá se aplicar a inversão do ônus da prova. Isso em razão de que, o meio a ser utilizado para provar-se o seu direito será amplo, considerando que a demanda servirá, justamente, para conservar e celeridade processual, na qual visa à proteção do direito de ambas as partes.

3.7 Da decisão que julga o incidente

Preocupou-se o legislador, em estabelecer a forma de encerramento do incidente. Para tanto dispõe no artigo 136, *caput* do NCPC (BRASIL, 2015) que: “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória”.

Dessa forma, cabe observar que a decisão interlocutória que encerrará o incidente julgará o mérito, apreciando, conseqüentemente, as matérias trazidas pelos artigos 485 e 487, as quais, tratam das decisões proferidas com ou sem resolução do mérito, cumprindo-se, ainda, o disposto no artigo 203, §1º do NCPC (BRASIL, 2015), o qual afirma que: “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.”

Considerando que se trata de um tema relativamente recente, pouco tem-se sobre o posicionamento dos tribunais a respeito da fixação dos honorários sucumbências e custas, bem como não houve expressa possibilidade de fixação pelo Novo Código de Processo Civil. Diferentemente de quando cuidou da denunciação da lide, a qual dispõe acerca da verba sucumbencial.

No entanto, em exegese aos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (2015), entende-se por necessária a fixação dos honorários sucumbências no incidente de desconsideração, uma vez que por ocasião da decisão interlocutória teremos uma decisão de mérito, encaixando-se essa, em uma situação especial de fixação de honorários fora da sentença, veja-se:

Em regra, somente a sentença impõe ao vencido o encargo de honorários advocatícios. Há, porém, situações especiais em que o tema terá de ser enfrentado no saneador, que nada mais é do que uma decisão interlocutória. Quando, por exemplo, o litisconsorte ou o terceiro interveniente tem sua defesa acolhida, em preliminar, e, assim, são excluídos do processo antes da sentença, terá de ser o autor, ou o requerente da intervenção indevida, condenado na verba do advogado do vencedor no incidente. Para este a relação processual já se findou, de sorte que terá de sair do processo com o reconhecimento completo dos

consectários da vitória em juízo, independentemente do resultado a ser dado à lide, entre as partes subsistentes, na sentença final. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 319).

Em consonância com o acima exposto, segue-se o entendimento do doutrinador Christian Garcia Vieira (2017), o qual possui o seguinte parecer acerca da sucumbência: “Deve-se ter em mente que o incidente de descon sideração promove a formação de uma nova relação jurídica processual, o que implica na ideia de que o seu não acolhimento acarretará no pagamento dos ônus sucumbenciais por quem lhe deu causa.”

Portanto, em acréscimo ao que já ficou dito pelos doutrinadores, a aplicação da condenação no pagamento de verbas sucumbências, bem como o pagamento de custas processuais, tornam-se pertinentes ao caso em tela, considerando o trabalho a ser despendido pelo causídico na demanda.

3.8 Dos recursos cabíveis

Conforme já aclarado acima, tem-se por certo que a decisão que julga o incidente tem natureza interlocutória, conforme disposto pelo artigo 136 do NCPC (BRASIL, 2015). Entretanto, a parte que se sentir prejudicada com tal deliberação poderá interpor recurso.

A solução adotada pelo legislador está prevista no inciso IV do artigo 1.015 do NCPC (BRASIL, 2015), o qual prescreve que caberá agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre o incidente da descon sideração da personalidade jurídica.

Além disso, preocupou-se o legislador em dispor acerca do recurso no próprio capítulo que trata da descon sideração, oportunidade na qual, ainda se manifestou acerca das decisões proferidas pelos Tribunais em 2º Grau.

Para tanto, disciplinou-se no parágrafo único do artigo 136 do NCPC (BRASIL, 2015) que: “se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno”, uma vez que, poderá o credor da obrigação, também pleitear a instauração do incidente em 2º grau.

Outrossim, mister ressaltar que, eventual recurso, em regra, será desprovido de efeito suspensivo. Portanto, sendo julgado o incidente, será transladado cópia da decisão para os autos principais e o sócio será habilitado, com sua

posterior intimação, nos termos do procedimento adotado nos autos principais para o cumprimento da obrigação.

3.9 Da dispensa do incidente para cobrança dos créditos tributários

Por ocasião deste tópico, embora não seja o enfoque principal do tema, é importante fazer algumas considerações, assim como foram feitas acerca da matéria trabalhista e consumerista.

No que diz respeito à observação obrigatória da instauração do incidente, cai a lanço notar que, toda regra, possui a sua exceção, e a exceção do incidente, está na matéria tributária.

Ocorre que, quando se tratar de crédito tributário, deverá ser observado a lei específica que dispõe sobre a matéria, ou seja, o Código Tributário Nacional, mais afundo, o previsto em seu artigo 135 (BRASIL, 1966), o qual disciplina acerca da responsabilidade do sócio perante os créditos tributários, *in verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

- I - as pessoas referidas no artigo anterior
- II - os mandatários, prepostos e empregados;
- III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Por conseguinte, estando presente qualquer uma das Fazendas Públicas na execução fiscal, verifica-se que teremos o redirecionamento da execução para os sócios da empresa, a não a descon sideração momentânea da sociedade empresária, uma vez que tal possibilidade é prevista pelo CTN e, ainda, pelo entendimento da Súmula 435 do STJ.

Ainda convém lembrar que, o presente assunto, também foi discutido perante a ENFAM (2015), onde firmaram o seguinte posicionamento em seu Enunciado 53: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.”

Ante o exposto, embora todo entendimento sobre a necessidade do exercício do contraditório e uma instrução processual adequada,

entendeu-se por certo, afastar a imposição de instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, quanto os créditos a serem cobrados, tiverem natureza tributária, haja vista a legislação especial em vigor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, conclui-se que, com o passar dos anos, a criação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica tornou-se essencial para o bom desenvolvimento das relações comerciais, uma vez que devido ao abuso de personalidade sofrido pelas pessoas jurídicas, algumas sociedades estavam sendo prejudicada, bem como os credores que, com elas, adquiria obrigações.

Esse fator foi determinante para que o tema se tornasse notório e de importante valia para o Judiciário. Entretanto, até a criação do Código de Processo Civil de 2015 nada se tinha disciplinado acerca da maneira processual de requerer-se a desconsideração, haja vista que só havia sido disciplinada pelo direito material.

Dessa forma, preocupou-se o legislador em disciplinar tal requerimento, criando-se o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, o qual foi muito bem recebido pela maior parte dos doutrinadores. Isso porque com o referido procedimento, o processo terá mais segurança jurídica, haja vista a participação do sócio (ou da sociedade empresarial, no caso da desconsideração inversa) na demanda, garantido um contraditório efetivo e uma instrução processual adequada, qual poderá, inclusive, questionar a constituição do título.

Outrossim, por se tratar de uma questão nova, processualmente falando, existem algumas divergências doutrinárias, como quanto ao momento da configuração da fraude à execução, sendo esse um dos pontos que mais requerá atenção dos tribunais, uma vez que poderá atingir o direito de terceiros.

Ademais, importante mencionar que, conforme abordado no trabalho, a observação da aplicação do incidente trata-se de uma regra, a qual deve ser observada perante a Justiça do Trabalho, os Juizados Especiais e, ainda, nas relações consumeristas.

E, por fim, em relação aos créditos tributários, considerando a regulamentação específica da matéria, acredita-se que nestes casos, a instauração do incidente será desnecessária, já

que teremos apenas o redirecionamento da execução ao sócio e não a retirada da autonomia patrimonial da empresa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**: Direito de empresa. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

_____. Enunciados do fórum permanente de processualistas civis. In: IV Encontro do Fórum

Permanente de Processualistas Civis, 2016, São Paulo. **Anais...** Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOSVERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

GONÇALVES, M. V. R. **Direito Processual Civil Esquemático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDINA, J. M. G. **Novo Código de Processo Civil: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

VIEIRA, C. G. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC: Natureza, procedimentos e temas polêmicos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

WALDO, F. J. **Manual de direito comercial**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

EL INCIDENTE DE LA DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL

RESUMEN: El presente artículo trata de análisis del incidente de la desconsideración de la personalidad jurídica abarcada en el Código de Proceso Civil de 2015, especialmente cuanto a los principales cambios y expectativas acerca del nuevo procedimiento. Así, la investigación se ha basado en revisión bibliográfica

y legislativa sobre el tema, en vista la necesidad de conceptualización y comprensión acerca del desarrollo de la persona jurídica y del abuso de derecho de la personalidad que estaba sufriendo, la cual causó la creación de la desconsideración de la personalidad jurídica, hasta entonces no positivada por el derecho procesal brasileño. Aún, se ha detallado la forma procesal de aplicación del incidente, mencionando cuando será obligatoria su aplicación, sea en las demandas consumistas, laborales, así como algunos comentarios sobre la expectativa positiva del entendimiento doctrinario a respecto del tema. Por fin, se hace un pequeño análisis de la aplicación del nuevo instituto incidental de la desconsideración de la personalidad jurídica frente al crédito tributario en las ejecuciones fiscales, en la cual se tiene el re direccionamiento de los socios.

PALABRAS CLAVE: Desconsideración de la personalidad jurídica; Incidente; Nuevo código de proceso civil; Persona jurídica; Procedimiento.