

6

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NOVO CPC: breves considerações

Henrique Alves Pinto*

Resumo: O trabalho trata a respeito do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica trazido pela Lei 13.105/2015 – o Novo Código de Processo Civil, e tem como objetivo explicar a sua diferença com relação ao seu instituto correlato no direito material, que é a desconsideração da personalidade jurídica. Explica o modo com o operador do direito poderá se valer deste novo instrumento com base nas novas regras processuais que entrarão em vigor a partir do ano de 2016.

Palavras-chave: Incidente. Desconsideração. Personalidade. Jurídica. Novo Código de Processo Civil. Lei material.

Abstract: The work deals about the incident Disregard of Legal Entity brought by Law 13.105/2015 – the New Code of Civil Procedure, and aims to explain its difference with respect to its counterpart institute in substantive law, which is the disregard of personality legal. Explains how with the right operator can take advantage of this new instrument based on the new procedural rules which will take effect from the year 2016.

keywords: Incident. Disregard. Legal Entity. Brazilian New Code of Civil Procedure. Substantive Law.

I Introdução

Por não haver instituto equivalente previsto na Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (CPC/73), o Novo CPC, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, que já está percorrendo seu período de *vacatio legis* de 1 (um) ano, conforme seu art. 1045,

* Advogado, professor de Direito de Civil da Faculdade de Direito CNEC – Unaí/MG, ex-professor substituto de Direito Civil e Direito do Consumidor da Universidade Federal de Uberlândia e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia e graduando em Filosofia pela Universidade Federal de Uberlândia.

desde a data de sua publicação oficial no dia 16 de março de 2015, elaborou a processualização da desconconsideração da personalidade jurídica que nesta nova sistemática passa a ser considerada como nova forma de Intervenção de Terceiro que está disciplinada entre os seus arts. 133 a 137, com especial destaque também para o art. 1062, que em momento oportuno será analisado neste trabalho.

Percebe-se que na próxima fase do Direito Processual Civil brasileiro, o CPC/2015 não prevê novos casos de desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim, o modo como ela ocorrerá conforme as regras do processo, pois as hipóteses que proporcionam a desconconsideração da personalidade jurídica são todas aquelas previstas nas leis materiais.

O mandamento nuclear do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica é o fortalecimento do princípio do contraditório, enquanto norma fundamental do processo civil que deve ser interpretada conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º CPC/2015). Isto é, o objetivo maior da nova lei de ritos é o de evitar a decretação da desconconsideração da personalidade jurídica, de ofício, pelo julgador, fato frequentemente observado em demandas envolvendo relações de consumo e relações trabalhistas, pois tanto a Lei 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), quanto o Decreto-Lei nº 5.452 de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho) têm como objetivo maior a proteção daqueles que consideram como vulneráveis; o consumidor e o empregado.

II A desconconsideração da personalidade jurídica no direito material atual e a supressão do benefício da limitação da responsabilidade

No Brasil, a pessoa jurídica adotou uma concepção pautada pela realidade técnica e orgânica que está prevista no art. 45 do Código Civil de 2002 ao dizer que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. O que denota uma autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus membros.

Consequentemente, pode-se extrair deste comando material que, via de regra, os sujeitos componentes da pessoa jurídica somente responderão pelas dívidas dentro dos limites do capital social investido, pondo a salvo o patrimônio individual daqueles que a compõe, a depender do modelo societário adotado, fenômeno este conhecido como responsabilidade *intra vires* no Direito Empresarial. Ou seja, a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade seria, em tese, subsidiária, devendo-se primeiro atacar o patrimônio social, pa-

ra que na sua insuficiência, os credores possam avançar com a cobrança de seus créditos em direção do patrimônio individual dos sócios ou de outros sujeitos componentes da pessoa jurídica.

Por conta deste fato jurídico, o direito privado presenciou em várias oportunidades a utilização fraudulenta e abusiva da pessoa jurídica geradora de prejuízos não só à sociedade, mas também aos terceiros que com ela se relacionavam, inclusive aos seus próprios sócios. Neste sentido, com o objetivo de coibir tais abusos, foi criada, no Direito Comparado, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of the legal entity*). Por ela, são atingidos bens e pessoas que se escondem atrás da pessoa jurídica utilizada para a prática de fins ilícitos.

Destacado por Fábio Ulhoa Coelho, afirma-se que a origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica “é uma elaboração doutrinária recente” (p.37, 2008). Sendo considerado “Rolf Serick o principal sistematizador em sua tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübingen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns autores já haviam se dedicado ao tema, como por exemplo, Maurice Wormser, nos anos 1910 e 1920. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação central de Serick em buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1950)” (p. 37, 2008).

São apontados como casos que protagonizaram a tese da desconsideração da personalidade jurídica os seguintes: *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado no Reino Unido no ano de 1897 e o caso julgado pela Suprema Corte do Estado de Ohio, nos Estados Unidos, no ano de 1892, *State vs. Standard Oil Co.* E também, conforme destacado por Fredie Didier Jr., “no século XIX, foram editados, no Reino Unido, os primeiros diplomas legais que conferiam responsabilidade limitada aos sócios como a *Joint Stock Companies Act* de 1844 e a *Limited Liability Act* de 1855” (p. 516, 2015), sendo isso “determinante para o debate no qual emergiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica” (p. 516, 2015).

Diante deste importante cenário jurídico, aliado também à concepção da função social da pessoa jurídica e da função social da empresa, observa-se que através da teoria em análise, o juiz, em situações de abuso da personalidade jurídica, fraude ou desvio de finalidade, dentre outras hipóteses apontadas em leis de direito substancial, poderá afastar episodicamente a personalidade jurídica da pessoa jurídica para atingir o patrimônio pessoal de sócios e administradores que causaram prejuízos aos seus credores por conta de seu uso indevido.

Seria a teoria da desconsideração da personalidade jurídica forma de sanção por ter alguém se valido abusivamente da pessoa moral. Esta sanção consiste

em “*fazer de conta*” que a pessoa jurídica não existe para se imputar a dívida à pessoa física ou a outra pessoa jurídica que conste em sua constituição. Não deve a desconsideração da personalidade jurídica ser confundida com a responsabilidade dos sócios, pois a depender do modelo societário, como no caso das sociedades simples, a responsabilidade do sócio com a sociedade será solidária.

No sistema pátrio de direito privado, a desconsideração da personalidade jurídica está expressa no art. 50 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990) no seu art. 28, *caput*, ao enunciar 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 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.

E ainda, mais recentemente, conforme apontado pelo professor Flávio Tartuce (p. 68, 2015), surgiu no direito brasileiro uma nova modalidade de desconsideração da personalidade jurídica, a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo administrativo que independe de ordem judicial, trazida pela Lei Anticorrupção (Lei 12.846 de 2013), mais precisamente no seu art. 14 ao mencionar que

a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Dentro da temática ora em exame, menciona-se também a desconsideração inversa da personalidade jurídica, em que haverá a suspensão também episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, para nela se buscar bens em seu patrimônio, por conta de dívidas contraídas pelo sócio.

O instituto da desconsideração inversa tem forte aplicação nas relações familiares, como nos casos em que o sócio, casado no regime de comunhão parcial, por conta da possibilidade de seu divórcio, passa a adquirir bens com os rendimentos que seriam do casal colocando-os em nome da sociedade empresarial, de modo a causar uma confusão patrimonial. Por esta técnica de

desconsideração, estes bens poderão ser atingidos pela ação de divórcio que eventualmente se cumulará com o pedido de partilha de bens.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica está prevista de forma expressa no CPC/2015, nos termos do seu art. 133, § 2º, *in verbis*: “*aplicase o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.*” No plano doutrinário, a técnica da desconsideração inversa encontra-se no Enunciado nº 238 do CJF/STJ da IV Jornada de Direito Civil ao nos revelar que “*é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens do sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízos a terceiros*”.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça verificam-se os seguintes precedentes de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica: REsp 948.117/MS, j. 22.06.2010 e REsp 1.236.913, j. 22.10.2013, ambos da relatoria da Min. Nancy Andrighi.

III O processo incidente e o incidente do processo: diferenças

Para melhor compreensão do tema em análise, é necessário se fazer, brevemente, a distinção entre *processo incidente* e *incidente do processo*, pois de acordo com as primeiras discussões a respeito do Novo CPC, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica tem sido apontado como uma espécie de incidente do processo a depender do momento em que for requerido.

Para Fredie Didier Jr. (p. 476, 2015), “o processo incidente é um processo novo, instaurado em razão de um processo existente, que dele se desgarrar, mas nele produz efeitos”. É processo que nasce, que se origina de um processo existente, mas que dele se aparta para adquirir vida própria. O processo incidente gera a constituição de uma nova relação jurídica processual, visa provimento jurisdicional que de alguma forma influa sobre esse ou seu objeto. São exemplos de processo incidente previsto no CPC/2015: a) embargos de terceiro (arts. 674 e segs.); b) a oposição, que a partir da nova lei instrumental, deixou de ser uma das espécies de intervenção de terceiros, como ocorria com o CPC/73, convertendo-se, a partir de agora em uma das espécies dos procedimentos especiais, com acento nos arts. 682 a 686.

Ainda em Didier Jr. (p. 476-477, 2015), “incidente do processo é processo novo, que de modo não necessário surge de um processo já existente, e a ele se incorpora, tornando-o mais complexo.” São exemplos de incidente do processo previsto na Lei 13.105 de 16 de março de 2015: a) alegação de suspeição ou impedimento do juiz; b) incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987) e, c) o conflito de competências (arts. 951 a 959).

Com relação ao Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Novo CPC há de se fazer um alerta ao estudo. Se esta nova forma de Intervenção de Terceiros for requerida na petição inicial, será dispensada a instauração do incidente, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica, conforme o § 2º, do art. 134, do CPC/2015, fato que não gerará a formação de um incidente de processo. Contudo, se tal incidente for requerido pela parte quando o processo em que se deseja pleitear a desconsideração da personalidade jurídica já estiver em andamento, aí sim, ocorrerá um incidente do processo.

IV Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica

A partir de agora, com base na recente edição do *Curso de Direito Processual*, v. I, 17. ed., Juspodivm, Salvador, Bahia, reescrito com base na Lei 13.105 de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil brasileiro, de autoria do professor Fredie Didier Jr., destacam-se as principais características deste novo instrumento.

Conforme o art. 134, *caput*, do CPC/2015, o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Não sendo possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância desse procedimento.

Por conta da valorização das normas fundamentais do processo, que constitui uma das maiores diretrizes deste novo código e por conta do redimensionamento do princípio do contraditório, de acento constitucional e infraconstitucional, não poderá ser determinada a desconsideração da personalidade jurídica, ex officio, pelo magistrado, devendo o requerente demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos (art. 134, § 4º, CPC/2015) previstos na legislação material que justifiquem a desconsideração, sob pena de inépcia da petição inicial por lhe faltar a causa de pedir (art. 330, § 1º, inc. I, CPC/2015). O incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, o que é percebido na nova redação do *caput*, do art. 133, da nova lei. Nesse sentido, com base nos ensinamentos de Humberto Theodor Jr., o princípio do contraditório receberá do CPC/2015, uma nova significação, “passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (p. 83, 2015).

A tese do professor mineiro tem como base de apoio os arts. 9º, caput e art. 10º, da nova lei do processo, ao disciplinar que não será proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida e que o juiz não poderá 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.

Observe-se que o art. 133, ora em análise, ainda será bastante discutido nos próximos anos, pois como apontado antes, nas relações trabalhistas e nas relações de consumo, normalmente são admitidas pela doutrina e jurisprudência brasileira a possibilidade da decretação da desconconsideração da personalidade jurídica, de ofício, pelo juiz da causa trabalhista e pelo juiz das causas envolvendo as relações de consumo, por conta da *ratio* em comum que tais diplomas possuem que é a de proteger o vulnerável de tais relações jurídicas e também pelo fato de que o art. 28, da Lei 8.078/90, ser considerado norma de ordem pública.

Outra novidade prevista pela Lei 13.105/2015 é a possibilidade de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na fase recursal, cabendo ao relator decidir quando este for instaurado originariamente perante o tribunal, nos termos do art. 932, inc. VI.

Impacto interessante causado pelo CPC de 2015 será percebido no tocante à aplicação da Lei 9.099/95, pois nos termos do art. 1.062 daquele, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica poderá ser aplicado ao processo de competência dos juizados especiais cíveis e criminais. A novidade se refere ao fato de que, quando o incidente de desconconsideração for pedido perante uma demanda que já está em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis, nesta hipótese, o novo mecanismo processual funcionará como modalidade de Intervenção de Terceiro, o que historicamente, conforme a disciplina do art. 10º, da Lei 9.099/95, sempre foi vedado, apesar da admissibilidade do litisconsórcio.

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, para Fredie Didier Jr., “além de trazer sujeito novo, amplia também o objeto litigioso do processo” (p. 520, 2015). Será acrescentado um novo pedido ao processo que é a aplicação da “sanção de desconconsideração da personalidade jurídica a terceiro” (p. 520, 2015, DIDIER JR.).

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, conforme regra do art. 135, do Novo CPC. A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo nos casos em que ele for requerido na própria petição inicial da ação em que se demanda contra o sócio ou a pessoa jurídica.

No tocante ao sistema recursal, mais uma vez, com base nos ensinamentos de Didier Jr., “o incidente será resolvido por decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento” (p. 521, 2015), nos termos do art. 1015, inc. IV,

do CPC/2015. Se a decisão for proferida por relator, o agravo será o interno, conforme art. 136, § único, do CPC/2015. Por fim, caso o juiz decida o incidente por meio de sentença, o recurso cabível será o de apelação, art. 1022, CPC/2015.

Como esta decisão resolve um pedido, ela é hábil à produção da coisa julgada material, pois se trata de decisão de mérito. O que desafia, a depender da situação em concreto, a propositura de ação rescisória.

Concedido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução será ineficaz em relação ao requerente, art. 137, CPC/2015. Aqui o legislador processual, com sua precisa técnica afinou a redação do Novo CPC com o texto do Código Civil de 2002, que sempre mencionou as situações geradoras de fraude em execução como ato ineficaz e não como ato nulo.

O Ministério Público somente intervirá nos casos de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando ocorrer as hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam, conforme art. 178: I – interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Sendo ele intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica.

Por fim, ressalte-se que o novo regime de tutela provisória de urgência, poderá ser aplicado ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, desde que presentes os requisitos dos arts. 300 a 311, da Lei 13.105/2015, para que sejam concedidos os efeitos de antecipação da desconconsideração da personalidade jurídica.

V Considerações finais

Diante de todas as considerações acima, pode-se afirmar que os mentores do Novo Código de Processo Civil foram sensíveis aos reclamos da doutrina no tocante à exigência do respeito ao princípio do contraditório nas hipóteses em que houver o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, seja este feito por meio da petição inicial ou através do incidente de desconconsideração.

Deve-se frisar também que a Lei 13.105/2015, não criou uma nova hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim a sua processualização. Isto é, as regras que viabilizam a desconconsideração da personalidade jurídica, continuarão sendo aquelas previstas nas mais diversas leis materiais, tais como o art. 50 do Código Civil, o art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, o art. 4º, da Lei 9.605/98, o art. 34, da Lei 12.529/2011 e também a regra do art. 14, da Lei 12.846/2013, que autoriza a desconconsideração no bojo de um processo administrativo.

Neste novo direito processual civil brasileiro que surge, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica é tratado, quando proposto diante de demanda que já está em curso, como uma nova forma de Intervenção de Terceiros, não sendo considerado como tal quando requerido na própria petição inicial pelo autor da ação.

Acredita-se que a opção do legislador foi totalmente acertada ao disciplinar no plano processual este novo instrumento, que há décadas já vêm sendo utilizado no plano do direito substancial. Diante disso, pretendemos que não só o Incidente de Desconsideração, como também o Novo Código de Processo Civil possam ser bem recebidos pela comunidade jurídica brasileira e que este, de fato, cumpra com a promessa de se fazer uma justiça mais justa, mais segura, mais célere, mais eficaz e efetiva no nosso País.

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. v.1.

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

Theodoro Jr., Humberto Theodoro. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

