

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

VIVIAN, Wilson de Alcântara Buzachi¹

RESUMO

Através deste estudo pretende-se abordar aspectos processuais da *desconsideração da personalidade jurídica*, consagrada em nosso ordenamento jurídico pelo Código Civil, a exemplo de outras legislações que já reconheciam o instituto.

Palavra-chave: desconsideração - personalidade – jurídica - procedimento

ABSTRACT

This study intends to approach judicial process aspects of disregard of legal personality, establishes in our legal system through Civil Code, as other legislations that already recognized this legal institute.

Key-word: disregard – legal – personality - procedure

INTRODUÇÃO

¹ Advogado integrante da banca Advocacia Ramos Fernandez desde 2003. Mestre em Direito e Especialista em Direito Imobiliário pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito – São Paulo.

O Código Civil, ao lado de outras legislações, consagrou o instituto da desconsideração da pessoa jurídica em seu artigo 50, impondo ao direito processual a criação dos mecanismos para efetivá-lo ou, em outras palavras, *processualizá-lo*.

O objetivo do presente estudo é examinar alguns dos aspectos processuais da *desconsideração da personalidade jurídica*, destacando-se duas premissas essenciais: a necessidade de preservação da garantia do contraditório e a de que a *desconsideração* é uma sanção e, como tal, somente pode ser aplicada se respeitado o devido processo legal.

ASPECTO MATERIAL E PROCESSUAL

A pessoa jurídica, ao lado das físicas, são sujeitos nas relações jurídicas, com direitos e obrigações próprios, também denominada pessoa moral, civil, fictícia, incorpórea, intelectual, criada pela evolução histórica ou pela vontade dos homens.²

A pessoa jurídica possui capacidade para obtenção de direitos e deveres, de forma totalmente distinta dos seus membros, não havendo vínculo com os mesmos, conforme se extrai do art. 45 do Código Civil³ que prevê o início da existência legal das pessoas jurídicas de Direito Privado a partir da inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.

Como consequência dessa distinção, “*a regra é a de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, isto é, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica, para depois se executar os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica*”.⁴

Pertinente considerar que questão da natureza da pessoa jurídica ainda apresenta muitas controvérsias no campo doutrinário, podendo distinguir-se dois grupos de doutrinadores: o primeiro nega a existência da pessoa jurídica, por considerarem ser uma criação arbitrária da lei. O segundo, admite a existência real de grupos sociais com interesses próprios, o que lhe atribui qualidade de sujeito nas relações jurídicas⁵.

² WALD, Arnaldo. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205.

³ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

⁴ TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 72.

⁵ A ideia de pessoa jurídica como ficção jurídica já se encontra nos canonista e foi defendida por Savigny (Sistema do direito romano atual), cujo entendimento era no sentido de que só há pessoa jurídica quando reconhecida como tal pela lei. A crítica à teoria da ficção defende que existem sujeitos de

Segundo Alexandre Couto Silva, a pessoa jurídica no Direito norte-americano é vista como ficção, enquanto no Direito pátrio como realidade técnica. Seja a pessoa jurídica encarada como ficção ou realidade, nenhuma das teorias pode afastar a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.⁶

O instituto da desconsideração da pessoa jurídica está consagrada em nosso ordenamento jurídico, a exemplo do que dispõe o art. 50 do Código Civil e art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.⁷ No mesmo sentido o art. 4º da Lei de crimes Ambientais (Lei 9.605/98) e o art. 14 da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13)⁸.

É justamente a possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, conforme acima mencionado, que a pessoa jurídica, muitas vezes, desvia-se de sua finalidade e princípios basilares, vindo a cometer fraudes lesando terceiros.⁹

Conforme bem adverte Fredie Didier Jr., “*não confundir com a despersonalização, que é sanção de extinção da pessoa jurídica, que pode ser aplicada, por exemplo, quando se cria uma associação para fins ilícitos.*”¹⁰

Na desconsideração apenas se afasta a regra de existência distinta entre a pessoa jurídica e seus membros. Na despersonalização ocorre a dissolução ou extinção da pessoa jurídica, conforme disposição genérica no art. 51 do Código Civil¹¹.

direito fora da realizada física. Já as teorias que negam a personalidade jurídica a identificam como um patrimônio sem sujeito ou uma espécie de propriedade coletiva, confundindo e reduzindo a pessoa jurídica aos bens que a mesma possui. A teoria realista admite as pessoas jurídicas como grupos sociais autônomos em relação a seus membros, titulares de patrimônio e vontade distintos de seus membros. WALD, Arnaldo. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206/ 207.

⁶ Doutrina Essenciais. Direito Civil. Parte geral. V. 3. São Paulo: RT, 2011, p. 732.

⁷ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

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.

⁸ Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Art. 14. 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.

⁹ TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 72.

¹⁰ Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 579.

¹¹ Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

A partir do acolhimento expresso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pelo direito material, cumpria ao direito processo criar o procedimento para efetivação do mesmo.

Assim o fez o atual Código de Processo Civil que traz a previsão de um incidente de desconsideração da personalidade jurídica como intervenção de terceiro, através do qual se provoca o terceiro para o qual se pretende imputar a responsabilidade patrimonial em juízo. Há previsão, ainda, de que o pedido de desconsideração seja feito já na petição inicial, o que, evidente, dispensa a instauração de incidente processual e o processo, nesta hipótese, é instaurado diretamente contra o sócio ou a pessoa jurídica.

Pertinentes algumas considerações acerca da origem do instituto que nos remete ao caso inglês *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltda (1897-AC 2)*, considerado mais famoso caso judiciário em direito societário e frequentemente citado como *leading case* da teoria da desconsideração, com a decisão final pela *House of Lords* que garantiu a autonomia da pessoa jurídica.¹²

No referido caso, Aron Salomon era fabricante de botas de couro e sapatos na segunda metade do Século XIX. Atuou por mais de trinta anos como empresário individual, vindo a constituir uma sociedade de responsabilidade limitada com seus cinco filhos além de sua esposa. Após diversas situações contrárias, como greves e a diversificação de fornecedores pelo governo inglês – que era seu principal cliente – tornou-se impossível dar vazão à produção e as dificuldades surgiram sistematicamente até que, na segunda metade de 1893 a sociedade entrou em liquidação.

A partir daí, surgiu a discussão acerca da imputação de responsabilidade a Aron Salomon pelo pagamento das dívidas da sociedade. A princípio, as decisões foram no sentido de que Salomon teria usado a sociedade para fraudar credores, considerando possível estender ao mesmo a responsabilidade pelo pagamento dos débitos. Ao revés, a decisão da *House of Lords* foi unânime, entendendo pela legalidade da constituição da sociedade, baseando-se na doutrina da personalidade jurídica e da responsabilidade limitada (Lei das Sociedades inglesas de 1862).

O caso não apenas incentivou e estabeleceu critérios para a desconsideração da personalidade jurídica como também reforçou a limitação da responsabilidade dos sócios, emergindo como “*instrumento destinado a suprimir o privilégio da limitação da responsabilidade em determinados contextos*”, conforme destaca o mesmo autor, transcrevendo conclusão de Walfrido Jorge Warde Jr (Responsabilidade dos sócios. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 187).

¹² DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 580.

A doutrina pátria, por sua vez, acolheu a tese do alemão Rolf Serick – anos 50, Século XX – segundo o qual a desconsideração da personalidade jurídica é um remédio para a disfuncionalidade da pessoa jurídica.¹³

A pessoa jurídica é considerada um instrumento técnico-jurídico de facilitação na organização da atividade econômica, criada para o exercício da atividade econômica e, em última análise, para o exercício do direito de propriedade.¹⁴

Conforme bem sintetiza o mesmo autor, a chamada “*função social da pessoa jurídica (função social da empresa) é o corolário da função social da propriedade (...) qualquer desvio ou abuso deve dar margem a aplicação da sanção contida na desconsideração da personalidade jurídica, segundo a doutrina brasileira.*”

Assim, para a doutrina brasileira, impõe-se a análise funcional do instituto da pessoa jurídica a partir da análise funcional do direito de propriedade, a fim de ser possível a correta compreensão da desconsideração como sanção aplicada a ato ilícito, qual seja, o uso abusivo da personalidade jurídica, constituindo-se, ainda, em técnica de suspensão da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica a buscar no patrimônio dos sócios, bens que possam garantir o pagamento dos débitos contraídos.

A partir dessa premissa, tem-se a denominada *desconsideração inversa* que também impõe a suspensão episódica da eficácia dos atos constitutivos da pessoa jurídica a buscar bens integrantes do patrimônio da pessoa jurídica para responderem pelo passivo contraído pelos sócios, atingindo a pessoa jurídica¹⁵.

Importante destacar que a aplicação desconsideração da personalidade jurídica pressupõe a prática de atos ilícitos ou, ao menos, que assim aparentam ser. Não caracteriza-se, portanto, como regra, mas como método episódico, porquanto será aplicada apenas nos casos em que a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária servir-se como óbice à composição

¹³ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 583.

¹⁴ O autor traz importante referência a duas obras de Fábio Konder Comparatto (Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In STROZAKE, Juvelino José (org.). A questão agrária e a justiça. São Paulo: RT, 2000, p. 139 e Função Social da Propriedade de Bens de Produção. Direito Empresarial. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34, de onde se extrai que “a doutrina vê a função social da propriedade como fundamento para desconsideração da personalidade jurídica (...) há um poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos”. Faz referência, ainda, a Flávia Lefèvre Guimarães, para quem “a personalidade jurídica (das sociedades empresariais) é manifestação do direito de propriedade, devendo, da mesma maneira, obedecer à sua função social” (A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 24.

¹⁵ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CONVERSÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. TERCEIROS. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA SOCIEDADE. MEIO DE PROVA. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. OCULTAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SÓCIO. INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXISTÊNCIA. INCIDENTE PROCESSUAL. PROCESSAMENTO. PROVIMENTO. RECURSO ESPECIAL Nº 1.647.362 - SP (2017/0004072-0) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI. 27/06/2017.

dos interesses, a exemplo do que ocorre quando referida autonomia impede a responsabilização do sócio ou administrador da pessoa jurídica.

Impõe-se consignar que a prática de qualquer das condutas apontadas no sistema jurídico como contrárias ao direito – em regra em fraude a credores – caracteriza a prática de ato ilícito pelo sócio ou administrador que autoriza a perda do direito de ter sua responsabilidade limitada.

O Código de Processo Civil prevê o procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica dentre as possibilidades de intervenção de terceiros no processo, entre os artigos 133 e 137¹⁶. Ressalvado o disposto no §2º do art. 134, que prevê o requerimento da desconconsideração na petição inicial, referida pretensão ao longo do processo deve ser via incidente processual¹⁷.

Nos termos do que dispõe o *caput* do art. 133, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não pode ser instaurado de ofício pelo juiz, dependendo de pedido expresso da parte ou do Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir (art. 178, CPC). É cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial (art. 134, *caput*). Se formulado o pedido perante o Tribunal, caberá ao Relator decidir acerca do pedido, nos termos do art. 932, VI do CPC¹⁸.

Flávio Tartuce apresenta pertinente ressalva com relação à impossibilidade de instauração do incidente *ex officio*, que se mostra possível nas hipóteses envolvendo direito do consumidor, tendo em vista que o art. 1º da Lei 8.078/ 90 dispõe que o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e interesse social, envolvendo direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988. A proteção do consumidor trata-se de um direito subjetivo fundamental (art. 5º, XXXII), não apenas possibilitando, mas impondo, a aplicação

¹⁶ 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.

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

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

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

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

¹⁷ Neste caso o autor pode valer-se da técnica do *litisconsórcio eventual*, caso formule pedido dirigido também à sociedade. Formula-se um pedido contra a pessoa jurídica e, eventualmente, o pedido de desconconsideração contra os sócios – no caso da desconconsideração inversa, inverte-se também a ordem.” DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 586.

¹⁸ Art. 932. Incumbe ao relator:

VI - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

ex officio de norma protetiva dos consumidores, esteja tal norma no CDC ou em outra fonte, nos termos do art. 7º do CDC¹⁹, o que inclui, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica a garantir referidos direitos fundamentais.²⁰

O autor também defende, na sequência, a possibilidade de instauração de ofício pelo juiz nos casos de danos ambientais, diante da proteção constitucional do Bem Ambiental, como bem difuso (art. 225, CF), bem como nos casos que envolvam corrupção, por força da Lei 12.846/13), também pelo interesse coletivo.

A suspensão do processo é consequência da instauração do incidente, nos termos do §3º do art. 134, exceto quando requerida na própria inicial, porquanto não será caso de intervenção de terceiro. A instauração deve ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as respectivas anotações, conforme determina o §1º do mesmo artigo.

Conforme bem observa Fredie Didier Jr., “o incidente também serve para a desconsideração inversa – muito utilizada em questões de família -, será bem frequente o direcionamento do requerimento de desconsideração a uma pessoa jurídica”.²¹

Vale observar que tanto na desconsideração direta ou inversa, dispõe Enunciado n. 28 do CJF/ STJ, aprovado pela IV Jornada de Direito Civil, que a sua aplicação prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica, ou seja, não há necessidade de se provar que a empresa esteja falida para que a desconsideração seja deferida.²²

Questão de indispensável observância, sob pena de inépcia por ausência de causa de pedir²³, é o disposto no §4º do art. 134 que impõe a demonstração dos pressupostos legais que autorizam a intervenção, não bastando, portanto, afirmações genéricas, mas a efetiva comprovação da prática de qualquer das condutas consideradas como prática de ato ilícito e que autorizam a perda do direito de ter a responsabilidade limitada.

A pretensão de desconsideração da personalidade jurídica deve ser dirigida ao sócio ou à pessoa jurídica, cujo patrimônio se busca alcançar, a teor do art. 135, concedendo-se prazo de 15 dias para manifestação dos citados, com o que se concretiza o princípio do contraditório e da ampla defesa. E careceria de legalidade o incidente se assim não fosse, considerando-se que a parte ajuíza verdadeira demanda contra outrem, consistente na pretensão de aplicação de uma sanção pela prática de atos ilícitos.

¹⁹ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

²⁰ TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 83.

²¹ Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 586.

²² TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 81.

²³ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I - for inepta;

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

Deste modo, impõe-se a observância de todos os pressupostos e princípios norteadores do processo cognitivo, sob pena de se proceder, em última análise, à margem do devido processo legal.

O juiz decidirá o incidente por decisão interlocutória (art. 136), recorrível, portanto, via agravo de instrumento – art. 1.015, IV do CPC. Se a decisão for proferida em sede recursal, cabível agravo interno (art. 136, par. ún., CPC). Há possibilidade, ainda, que o juiz decida o incidente na sentença, abrindo-se a possibilidade de recurso via apelação (art. 1.009, CPC).

É cabível pedido de antecipação dos efeitos da desconsideração, preenchidos os pressupostos gerais da tutela de urgência (art. 300 e ss, CPC), uma vez que se aplica ao incidente de desconsideração o regime da tutela provisória de urgência.²⁴

Também pertinente fazermos referência ao disposto no art. 1.062 do atual CPC²⁵ que prevê a aplicação do incidente de desconsideração ao processo de competência dos juizados especiais, “*constituindo-se em um importante mecanismo que afasta a má-fé e pune os maus sócios e administradores*”.²⁶

Na esfera do Direito do Trabalho, há determinação expressa de aplicação ao processo trabalhista do incidente de desconsideração, conforme dispõe o art. 6º da Instrução Normativa nº39/ 2016 do c. TST²⁷.

Os incisos I, II e III do §1º do mesmo artigo tratam dos recursos cabíveis contra decisão que acolher ou rejeitar o incidente:

§ 1º - Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

Finalmente, questão de extrema importância é a possibilidade de interposição de embargos de terceiro por aquele que, sem fazer parte do incidente, vier a sofrer constrição

²⁴ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 588.

²⁵ Art. 1.062. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.

²⁶ TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 88.

²⁷ Art. 6º. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (art. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

judicial de seus bens por força da desconsideração da personalidade jurídica, conforme se extrai do inciso III, §2º do art. 674 do CPC²⁸.

Com efeito, o Código de Processo Civil admite a interposição de Embargos de Terceiro por quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo.

No mencionado inciso III do §2º, o mesmo dispositivo elenca, dentre os terceiros autorizados ao ajuizamento dos embargos, aquele que sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte.

Com efeito, referido instituto processual também tem suas bases sedimentadas no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Neste sentido, aliás, já se manifestou o STJ:

A ameaça de lesão encerra o interesse de agir no ajuizamento preventivo dos embargos de terceiro, máxime à luz da cláusula pétrea da inafastabilidade, no sentido de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CF) (STJ, REsp 1.019.314/ RS, Rel. Min. Luiz Fux, 02.03.2010).

Oportuna a doutrina de Antônio Carlos Marcato, no sentido de que o cabimento dos embargos de terceiro é reconhecido a quem não é parte no processo e não tenha responsabilidade pelo cumprimento da obrigação:

”Em suma, a legitimidade ativa é reconhecida em regra à pessoa que não é parte no processo (quer porque nunca o foi, quer porque dele foi excluída) e

²⁸ Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

§ 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843;

II - o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;

III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

*não tenha, a qualquer título, responsabilidade pelo cumprimento da obrigação.”*²⁹

A Prof. Dra. Maria Rita Ferragut, professora de direito tributário pela PUC/SP e Livre-docente pela USP³⁰, ao tratar do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica como meio de dar efetividade ao exercício do contraditório, destaca a constitucionalidade do instituto, desde que *“a defesa possa versar tanto sobre (...) a responsabilização patrimonial daquele que sofre constrição de seus bens mas não fez parte do incidente, e que deve defender-se por meio de embargos de terceiro (art. 674, § 2º, III, do NCPC), tal como ocorre com a meação do cônjuge não sócio/administrador.”* g.n.

Em decisão proferida pelo C. Tribunal de Justiça de São Paulo em Agravo de Instrumento nº 2044457-93.2017.8.26.0000, de relatoria do Des. Gilberto Leme da 35ª Câmara de Direito Privado em 12/06/2017, decidiu-se pela necessidade da instauração do incidente de desconconsideração previsto nos artigos 133 a 137 do CPC de 2015 quando o credor buscar responsabilizar pessoas físicas e/ou jurídica que não integraram o polo passivo da lide principal, bem como o cabimento dos embargos de terceiros caso esta inclusão ocorra sem a instauração do incidente de desconconsideração, com base no artigo 674, § 2º, inciso III do CPC/2015.

Assim decidiu o Relator:

“Cabe observar que se houver desconconsideração da personalidade jurídica sem que seja requerido e instaurado o incidente previsto nos arts. 133 a 137 do CPC, é assegurado àquele que teve seu patrimônio atingido pela decisão que não observou os ditames e pressupostos legais, defender-se por meio de embargos de terceiro (art. 674, § 2.º, inc. III, CPC).” g.n.

Deste modo, pretendendo a parte interessada o ingresso de terceiro não integrante do polo passivo da demanda e sobre o qual se pretenda imputar responsabilidade solidária no processo, deverá fazer, obrigatoriamente, pelo incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, através do qual será garantido o contraditório e ampla defesa, conforme acima mencionado.

²⁹ Procedimentos especiais. São Paulo: Atlas, 2016, p. 226.

³⁰Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/6rd8/novo-cpc-o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-tornando-efetivo-o-direito-dos-grupos-economicos-exercerem-o-contraditorio-maria-rita-ferragut>.

O Prof. Elpídio Donizetti, em recente artigo publicado pelo site jusbrasil, destaca a importância do instituto da desconsideração nos termos trazidos pelo Atual CPC como meio de se evitar a indevida constrição judicial dos bens do sócio ou da pessoa jurídica sem qualquer possibilidade de defesa:

“O que a nova legislação pretende é evitar a constrição judicial dos bens do sócio (ou da pessoa jurídica, na hipótese de desconsideração inversa) sem qualquer possibilidade de defesa.”³¹

Sem a instauração do referido instituto, pontifica o mesmo autor, não se pode considerar legítima decisão que determine a penhora de bens de terceiros que não participou do negócio jurídico.

Em julgamento em Agravo de Instrumento, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo ser inadmissível a inserção no polo passivo da demanda de terceiros sem instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE BENS DA EXECUTADA. ALEGAÇÃO DOS EXEQUENTES DE QUE A AGRAVANTE FAZ PARTE DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. INSERÇÃO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA SEM A DEVIDA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 133, CPC/15. INADMISSIBILIDADE.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma espécie de intervenção de terceiros trazida pelo atual CPC, que recebeu disciplina processual expressa com o objetivo de harmonizar a desconsideração da personalidade jurídica com o princípio do contraditório (art. 5.º, inc. LV, CF e arts. 7.º, 9.º e 10, CPC).

Imprescindível a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando não requerida na petição inicial, com a consequente citação do sócio ou da pessoa jurídica para manifestação e requerimento das provas cabíveis no prazo de 15 dias (art. 135, CPC), assegurando àquele contra qual foi deduzido o pedido, sua defesa e ampla produção de provas para proteção de seu patrimônio.

(TJ-SP - AI: 20444579320178260000 SP 2044457-93.2017.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 12/06/2017, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/06/2017) – g.n.

Merece destaque o voto do Desembargador Relator Gilberto Leme no caso acima, cujo entendimento foi pela necessidade da instauração do incidente de desconsideração previsto nos

³¹ portalied.jusbrasil.com.br/artigos/349556828/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-arts-133-a-137-novo-cpc.

artigos 133 a 137 do CPC/2015 quando o credor buscar responsabilizar pessoas físicas e/ou jurídica que não integraram o polo passivo da lide principal:

A decisão agravada (...) inseriu a agravante no polo passivo sem a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/15.

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é uma espécie de intervenção de terceiros trazida pelo atual CPC, que recebeu disciplina processual expressa com o objetivo de harmonizar a desconconsideração da personalidade jurídica com o princípio do contraditório (art. 5.º, inc. LV, CF e arts. 7.º, 9.º e 10, CPC).

Em determinadas hipóteses expressamente previstas em lei, quando constatado que as empresas estão abusando da personalidade jurídica, se utilizando de uma estrutura meramente formal em detrimento de credores, admitisse a desconconsideração da personalidade jurídica da executada para que atinja os bens dos sócios administradores ou das demais empresas do grupo econômico.

Cabe observar que se houver desconconsideração da personalidade jurídica sem que seja requerido e instaurado o incidente previsto nos arts. 133 a 137 do CPC, é assegurado àquele que teve seu patrimônio atingido pela decisão que não observou os ditames e pressupostos legais, defender-se por meio de embargos de terceiro (art. 674, § 2.º, inc. III, CPC).

Estabelece o art. 134, caput, do Estatuto Processual Civil que o incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica (§ 2.º), sendo dispensável a sua instauração somente quando for requerido na petição inicial.

Consigna-se, ainda, que admitida a instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas (§ 1.º, art. 134), já que aquele contra quem se formula o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica passa a ser parte no processo, devendo para tanto ser citado para manifestar-se e requerer provas cabíveis no prazo de 15 dias (art. 135, caput). Dessa forma, assegura-se aos sócios e administradores o direito de defesa, garantindo ainda a proteção aos direitos de terceiros de boa-fé que não poderão alegar desconhecimento do fato.

Os arts. 135 e 136, caput, CPC, não deixam dúvidas a respeito da necessidade de haver ampla produção de provas de qualquer tipo no bojo do incidente, competindo àquele que foi citado exercer toda a defesa que estiver ao seu alcance para defender o que foi deduzido em seu desfavor.

Somente após a devida instrução é que será resolvido o incidente por meio de decisão interlocutória.

Por fim, verifico que sem a devida instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, não pode a agravante ter os seus bens constritos em razão de dívida da executada.

De rigor, portanto, a reforma da decisão agravada que inseriu a agravante no polo passivo da demanda sem a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/15.

Pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

(TJ-SP - AI: 20444579320178260000 SP 2044457-93.2017.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 12/06/2017, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/06/2017).

Deste modo, em sendo o sócio alcançado sem o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, terá uma ação de impugnação autônoma – embargos de terceiro – para aparelhar sua defesa. Por sua vez, o julgamento dos embargos de terceiro terá natureza de

sentença de mérito e não de decisão interlocutória, como é o caso da resolução do mero incidente de desconsideração.³²

CONCLUSÃO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida com objetivo de prevenir o desvio de finalidade da pessoa jurídica, com intuito de responsabilizar a má-fé dos sócios e administradores.

Uma vez comprovado o ato ilícito, o juiz ignora a autonomia da sociedade e alcança o patrimônio dos sócios. E isso deve ser feito através do referido incidente.

É, assim, considerado instituto excepcional, uma vez que a lei busca preservar a personalidade jurídica e a responsabilidade da sociedade que firmou o negócio jurídico. Porém, demonstrados os requisitos para instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, este se mostra instrumento de sanção à prática de atos ilícitos pelos sócios e administradores da sociedade.

REFERÊNCIAS

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Revista do advogado**. Ano XXXVIII, nº137, março de 2018.

³² CASTELO, Jorge Pinheiro. *Revista do advogado*. Ano XXXVIII, nº137, março de 2018.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. Disponível em: portalied.jusbrasil.com.br/artigos/349556828/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-arts-133-a-137-novo-cpc. Acesso em: 27.04.2018.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Alexandre Couto. **Doutrina Essenciais. Direito Civil**. Parte geral. V. 3. São Paulo: RT, 2011.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAGUT, Maria Rita. Disponível em: artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/6rd8/novo-cpc-o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-tornando-efetivo-o-direito-dos-grupos-economicos-exercerem-o-contraditorio-maria-rita-ferragut. Acesso em: 27.04.2018.