

A IMPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

THE IMPLICATION OF THE CONTRADICTORY PRINCIPLE ON THE IMPROVEMENT OF LEGAL PERSONALITY

Cecilia Teixeira e CASTRO¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.607

RESUMO

Ao presente estudo, caberá a abordagem da interpretação constitucional como meio idôneo à aplicação das normas ante aos princípios processuais e o novo sistema processual civil. Por função definitiva será identificada a relação que as regras exercem sobre os princípios, na medida em que “delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios”. Assim, o principal objetivo desse artigo será identificar se a exigência do princípio do contraditório, agora inserido no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, de que o órgão jurisdicional tenha o dever de dar a oportunidade da parte se manifestar sobre a demanda que lhe foi dirigida, garante o direito a defesa a custo da celeridade processual. A substituição de um Código inteiro por outro pode simbolizar a necessidade de reformar a cultura processual civil a partir de reconstruções de conceitos, estrutura e função do processo civil. Destarte que, dessa reforma que gerou o novo CPC, certamente foram formuladas várias boas normas, outras tentativas talvez não logrem êxito. Assim, foi realizada uma pesquisa bibliográfica sobre o tema, em doutrina especializada a fim de que seja enfatizado no Novo Código de Processo Civil de 2015, aplicando-se assim o princípio do contraditório no incidente da desconsideração da personalidade jurídica aceita na doutrina e na jurisprudência.

Palavras-chave: Incidente de Desconsideração da personalidade jurídica. Direito Processual Civil. Princípio do Contraditório.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes e Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Contato: cicac@hotmai.com. <http://lattes.cnpq.br/8528346451721161>.

ABSTRACT

In the present study, the approach of the constitutional interpretation as a suitable means to the application of the norms before the procedural principles and the new civil procedural system will fit. By definition, the relationship that the rules impose on principles will be identified, inasmuch as they "delimit the behavior that should be adopted to achieve the purposes established by the principles". The main purpose of that article is therefore to determine whether the requirement of the adversarial principle, which is now part of the failure to consider legal personality, that the court must give the party the opportunity to express its views on the action before it, guarantees the right to defense at the cost of procedural speed. The substitution of an entire Code by another may symbolize the need to reform the civil procedural culture from the reconstruction of concepts, structure and function of the civil process. So, from this reform that generated the new CPC, several good standards were certainly formulated, other attempts may not succeed. Thus, a bibliographic research on the subject was carried out in specialized doctrine in order to be emphasized in the New Code of Civil Procedure of 2015, thus applying the principle of contradiction in the incident of disregard of legal personality accepted in doctrine and jurisprudence.

Keywords: *Incident of Disregard of legal personality, Civil Procedural Law, Contradictory Principle.*

1 INTRODUÇÃO

O direito processual civil contemporâneo deve ser compreendido pela resultante das relações entre o Direito Processual e a Teoria Geral do Direito, o Direito Constitucional e o respectivo Direito material. É certo que a constitucionalização do Direito Processual é uma das suas principais características. Há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais, bem como as normas infraconstitucionais passam a ser concretizadoras das disposições constitucionais.

A EC 45/04 conhecida como reforma do judiciário foi só o início de uma caminhada, um ponta pé para assegurar maior celeridade na tramitação dos processos e redução da morosidade da Justiça brasileira. A reforma veio para assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantissem a celeridade de sua tramitação de modo a neutralizar, por parte dos magistrados e Tribunais, retardamento abusivos ou dilações indevidas na resolução dos litígios.

Com o Novo CPC, os princípios estão também expressos na legislação infraconstitucional o que nos faz concluir que as normas possuem a mesma hierarquia. O artigo 9º e 10º trazem de maneira geral o princípio do contraditório que pode ser decomposto em duas garantias: participação (dimensão formal) e possibilidade de influência na decisão (dimensão substancial). O princípio do contraditório é reflexo do princípio

democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e essa no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório.

Com isso é evidente a intenção do Código em diferenciar a decisão de ofício da decisão sem ouvir as partes. A primeira é plenamente possível e ocorre sem a provocação da parte, condicionada a sua manifestação sobre eventual matéria a ser decidida; já a segunda foi descartada pelo novo regramento por concretizar a prolação de decisão surpresa, sob pena de ferir o princípio do contraditório e ser nula.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo abordar a aplicação do princípio do contraditório na desconsideração da personalidade jurídica.

Como metodologia para a realização do trabalho, foram efetuadas pesquisas em doutrina específica, em site dos Tribunais do Brasil, bem como análise da Constituição e do Código Civil a fim de respaldo teórico sobre o tema do trabalho.

2 ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo contemporâneo é marcado pelo “totalitarismo constitucional”, conseqüência da noção de constituição programática (dirigente), em que se tem como bom exemplo a CF/88. Trata-se de um constitucionalismo voltado para objetivos a serem alcançados em longo prazo, revestido de normas programáticas.

A doutrina passa a desenvolver a partir do século XXI uma nova perspectiva de constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo. Busca-se dentro dessa nova realidade não apenas atrelar as ideias de limitação do poder político, mas acima de tudo busca dar eficácia ao texto constitucional, especialmente no que tange às expectativas de concretização dos direitos fundamentais².

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas à sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Há o reconhecimento da força normativa da constituição, superando-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o

² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

centro do ordenamento jurídico, marcada por uma intensa carga valorativa³.

A Constituição não é tão somente norma escrita, mas também é formada por valores que condicionam a própria interpretação do Direito.

Pela força normativa da Constituição, as normas envolvendo direitos humanos e fundamentais não são meros discursos retóricos e possuem força normativa jurídica de norma executável e exigível.

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e da percepção de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões.

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de enxergar o embasamento de um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais⁴.

A Constituição Federal de 1988 incorporou e inovou ao referir-se expressamente ao devido processo legal de vital importância no direito anglo-saxão. Este configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-percutor e plenitude de defesa⁵.

O texto constitucional que consagra o devido processo legal é uma clausula geral e em razão disso, o significado normativo desse texto vem sendo modificado ao longo da história.

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme texto constitucional expresso (artigo 5º, LV).

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se, se

³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed- São Paulo: Atlas, 2007.

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. e atual. -Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

entender necessário; já o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo. Tanto o direito de ação quanto o de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

O contraditório, entendido como a ciência bilateral dos atos do processo, é composto por dois elementos: informação e reação. A bilateralidade é requisito indispensável para garantir a justiça das decisões, vez que somente pela soma da parcialidade das partes, o juiz pode corporificar a síntese em um processo dialético. Compõe, por isso mesmo, o conteúdo mínimo do devido processo legal.

Quando diante de conflitos de interesses, sob a égide do Princípio da Concordância Prática, cabe ao interprete adotar a solução que otimize a resolução das partes.

A relativização de um direito previsto na constituição não importa o esvaziamento de seu núcleo, devendo ser harmonizado com toda a sistemática constitucional. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios, devendo os bens jurídicos constitucionalizados coexistirem de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles.

2.1 O PROCESSO COOPERATIVO

A doutrina costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. No Novo Código de Processo Civil, no entanto, é identificado um terceiro modelo: o processo cooperativo.⁶

O modelo dispositivo apresenta preponderantemente a adversidade, no qual as funções dos sujeitos processuais assumem a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se um verdadeiro conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional. O modelo inquisitivo é marcado pela inquisitorialidade, sendo organizado como uma pesquisa oficial perante o órgão jurisdicional, que por sua vez é o grande protagonista do processo⁷.

⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 127.

⁷ COSTA, José Augusto **Galdino da. Princípios Gerais no Processo Civil**: princípios fundamentais e princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007

A dicotomia inquisitivo-dispositivo está intimamente ligada a atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribui um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de inquisitividade; sempre que se deixa ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a dispositividade.

Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo, os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais. Por isso, chega-se a conclusão que o sistema adotado pelo Brasil é o cooperativo, no conjunto há bastante equilíbrio.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação.

O redimensionamento do princípio do contraditório com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do dialogo processual, é indispensável para o aprimoramento da decisão judicial. Busca-se uma condução cooperativa do processo, a atividade cognitiva é compartilhada.

A concretização do princípio de cooperação é o caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia.

2.1.1 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Parte é aquele que participa do processo com parcialidade, é o sujeito do contraditório. Terceiro é um conceito que se chega por exclusão, é todo aquele que está fora do processo no exercício dos deveres e poderes processuais, não pudesse ser considerado como demandante ou demandado. É exceção. A regra é que terceiros não podem intervir em um processo.

O artigo 5º, LIV da CF/88 infere que ninguém pode sofrer os efeitos da sentença se não participou do processo, esses são endoprocessuais ou "inter partes". Se, em regra, a sentença não tem o condão de atingir terceiros esses não poderiam intervir.

No entanto, excepcionalmente, a sentença possui o efeito panprocessual, ou seja, para além do processo, o que autorizaria o terceiro a participar do devido processo legal e ter a possibilidade de modificar a sentença, diante da possibilidade de ser atingido pela decisão.

A intervenção de terceiros é fato jurídico processual, pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, qualificando-se como parte. Toda intervenção de terceiro é um incidente de processo, transformando-o subjetivamente, alternando ou ampliando as partes e/ou objetivamente, introduzindo uma nova demanda no processo.

Há intervenção de terceiro espontânea e provocada. A possibilidade de intervenção serve ora à eficiência processual, ora à duração razoável do processo, ora ao contraditório.

A presença de terceiro reclama o controle jurisdicional de sua legitimidade. No caso de intervenção típica, o controle se limita a verificação dos requisitos legais, como regra, a existência de vinculação jurídica do terceiro com a causa.

Na realidade, a maioria das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC, tratam do ingresso de uma parte principal, seja em litisconsórcio ou não, o que demonstra um desacerto no conceito inicial.

2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório reclama, para que haja oportunidade da parte de não apenas falar sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer prova contrária. Para a doutrina alemã, o contraditório é entender que o Estado democrático como macrocosmo e o processo como sua projeção minúscula.

Neves, coloca que:

O princípio do contraditório é formado por três elementos: informação, reação e poder de influência. O juiz deve informar as partes dos atos praticados no processo, enquanto as partes podem reagir. Significa que a informação é um dever judicial e a reação é um ônus processual das partes⁸.

Assim coloca a Carta Magna de 1988, inciso LV, do artigo 5º, “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015.

A lei do processo administrativo de 1999, Lei 9.784, trata de forma expressa que o processo administrativo é também formado pelo princípio do contraditório, constituindo a manifestação do estado de direito e íntima ligação com o princípio da isonomia e direito da ação.

Desta forma, o princípio do contraditório significa tanto o direito da ação como o da defesa, a todos que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo de invocar o supracitado princípio a seu favor. Assim:

No Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípio e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com um capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social.⁹

O novo CPC acata o modo de como deve ser observado o contraditório no processo civil brasileiro. Mas na prática o direito continuou a ser meramente observado, e formal. Assim, assegurava as partes o “direito de falar” e não de “ser ouvido”. Obstante, que esse só pode ser visto se for assegurado às partes o direito a considerar os argumentos impostos, ou seja, que os argumentos sejam apreciados pelo órgão.

Embora a CF já tenha afirmado que o contraditório é garantia de participação com influência e não com surpresa, a doutrina e a jurisprudência, de alguma forma precisa ser impactada. Assim:

Já no tocante ao poder de influência, apesar de não ser expresso o Novo Código de Processo Civil no sentido de estar contido no conceito de contraditório, o art. 7.º pode conduzir a essa interpretação ao exigir que o juiz zele pelo efetivo contraditório, que somente será realmente efetivo se, além da informação e da possibilidade de reação, essa for concretamente apta a influenciar a formação do convencimento do juiz.¹⁰

⁹ CÂMARA, Alexandre F. **O Novo CPC e o princípio do contraditório**. Justificando. Abril, 2015

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015. p.113.

Mormente os tribunais brasileiros consagram a ideia de que comumente o juiz está obrigado a manifestar sobre todos os fundamentos deduzidos da parte, mesmo violando a garantia do contraditório substancial, prioritário em um processo democrático. Por que razão no novo CPC consagra em seu art. 489, § 1º, IV, afirma a nulidade por vício de fundamentação da decisão que aprecia os dedutivos no processo pela parte, que em tese, pode enfraquecer a conclusão alcançada pelo órgão julgador.

3 AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.¹¹ A partir do registro, começa a existência legal da sociedade como pessoa jurídica de direito privado que é.

Detentora de personalidade, a sociedade é capaz de direitos e obrigações, passando a ter existência distinta da de seus membros. Inúmeras são as consequências da autonomia entre sócio e sociedade, como por exemplo: patrimônio, nome, nacionalidade e domicílio próprio.

Esta, no entanto, não pode ser confundida com a capacidade de pessoa física ou jurídica, pois se relaciona com a aptidão que uma pessoa física ou jurídica tem para exercer de forma direta os atos da vida civil. Como por exemplo a incapacidade absoluta dos menores de 16 anos, pois embora possuam a personalidade jurídica, necessitam de representante legal para exercer determinados atos jurídicos da vida civil.

Deflagra-se que no romano, por exemplo, o escravo não possuía a titularidade de direitos, pois era tratado como “coisa”. Porém, no direito pátrio, o conceito sempre foi estendido a todos. Como coloca: A ideia da concessão de personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao tempo da escravidão negra, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre. Hoje o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade, e o Código Civil o exprime, afirmando que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: teoria geral do direito civil. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 213)

¹¹ Art. 985 do Código Civil. “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.”

Desta forma, é possível vislumbrar que a personalidade vai além do atribuído à natureza humana, visto existirem conceitos mais amplos que são apresentados tanto a pessoa natural como na pessoa jurídica.

Quanto aos efeitos da personalidade jurídica, o ordenamento jurídico estabelece que a pessoa jurídica seja titular de direitos, deveres e obrigações, separando-se, a pessoa jurídica da física.

3.1 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração foi construída para evitar o desvirtuamento do emprego da teoria da personificação, concebida, portanto, para tão somente desconsiderar a personalidade jurídica nos casos concretos em que passou a ser utilizada como instrumento para acometimento de ilícitudes. Na doutrina brasileira, a desconsideração é um remédio para a disfuncionalidade da pessoa jurídica.

Assim, coloca Neves:

O Novo Código de Processo Civil prevê um incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica, finalmente regulamentando seu procedimento. Tendo seus requisitos previstos no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 50 do Código Civil, faltava uma previsão processual a respeito do fenômeno jurídico, devendo ser saudada tal iniciativa ¹²

A pessoa jurídica é um instrumento técnico-jurídico desenvolvido para facilitar a organização da atividade econômica. O caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina. Qualquer desvio ou abuso devem dar margem para a aplicação da sanção contida na desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria não pretende eliminar o histórico princípio da separação dos patrimônios da sociedade e de seus sócios. E sim, servir como mola propulsora da funcionalização da pessoa jurídica, garantindo as suas atividades e coibindo a prática de fraudes e abusos através dela. Aplicar-se-á apenas se a personalidade jurídica se colocar como obstáculo a justa composição dos interesses.

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015. p.114.

Duas teorias da desconsideração passaram a ser aceitas: teoria maior, na ocorrência de abuso ou fraude praticado pelo sócio sob o escudo da personalidade jurídica e a teoria menor, bastando que ocorresse prejuízo para o interessado. Tem-se ainda as espécies: teoria direta, inversa, indireta e expansiva.

Na teoria direta afasta-se momentaneamente a responsabilidade da empresa para atacar o sócio. Pela teoria inversa, pleiteia-se em juízo a alteração do centro de imputação de responsabilidade para atingir o patrimônio da pessoa jurídica ao invés do sócio. Noutro giro, a teoria indireta ocorre quando uma sociedade controla outra pessoa jurídica, em juízo pleiteia-se o levantamento do véu corporativo, a fim de atingir o patrimônio da sociedade controladora que se "escondeu" atrás da controlada. Por fim, a expansiva é a possibilidade de alteração do centro de imputação de responsabilidade a fim de atingir o patrimônio do sócio de fato, oculto.

Hoje, a construção doutrinária a respeito da teoria de desconsideração da personalidade jurídica alargou significativamente seu alcance, para incluir tipos que não mais guardam, necessariamente, relação com a questão da responsabilidade limitada.

Ressalta-se que a desconsideração da personalidade é um dos caminhos para entrar no patrimônio do sócio e é exceção no ordenamento, devendo ser considerada se presentes os pressupostos e excluída as demais hipóteses. Temos diversos casos de não incidência da teoria, por exemplo: artigo 135 CTN (responsabilidade dos mandatários, prepostos e empregados, diretores, gerentes ou representantes créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos); artigo 990, 1039, 1045, 1081 do Código Civil (casos de responsabilidade ilimitada do sócio em que deve-se respeitar apenas a subsidiariedade); artigo 158 da Lei 6.404/76 (responsabilidade direta, ilimitada e subjetiva do administrador); artigo 81 e 82 da Lei 11.101/05 (casos de falência em que podem haver a responsabilidade direta dos administradores).

Assim, quando houver abuso da personalidade jurídica caracterizado pela confusão patrimonial ou abuso de autoridade, o juiz poderá determinar que os resultados de certas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos sócios ou administradores das pessoas jurídicas. Essa afirmação tem previsão no artigo 50 do CC, sendo ainda consagrada de forma ampla na doutrina, conceituado como desconsideração da personalidade jurídica.

No que diz respeito a aplicabilidade da desconsideração, é mister observar, que ela ocorre em vários ramos do Direito como coloca Paulo Lobo:

É a consagração ampla da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica — *disregard of the legal entity* —, que já tinha sido introduzida na Consolidação das Leis do Trabalho e no Código de Defesa do Consumidor. A norma é também aplicável às relações de família, principalmente nas hipóteses da partilha dos bens comuns do casal ou das obrigações alimentares, sempre que se constatar que o cônjuge empresário — ou companheiro, na dissolução da união estável — de pessoa jurídica que integre como sócio, pós, sob a titularidade desta, bens que deveriam ingressar na comunhão, ou que deveriam estar sob sua própria titularidade, de modo que esses bens pudessem responder por suas dívidas pessoais. Nessas hipóteses “levanta -se o véu” da pessoa jurídica para se alcançar a pessoa que de fato abusou da autonomia patrimonial, que a caracteriza. A finalidade ilícita é encoberta pela aparência da personalidade jurídica. O patrimônio que aparentemente é da pessoa jurídica continua sob controle do cônjuge ou companheiro, seu efetivo dono.¹³

Gagliano ainda coloca que a desconsideração da pessoa jurídica tem como objetivo sobrepujar de forma momentânea a personalidade jurídica da sociedade, objetivando atingir o patrimônio do sócio nas situações de abuso, fraude, desvio de função e outros atos ilícitos. Assim, o direito de terceiro que foi lesado pelo ato da sociedade poderá ser satisfeito pelo patrimônio do sócio.

3 INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No ano de 1950, Rolf Serick, sistematizou uma teoria de desconsideração da personalidade jurídica, partindo da preocupação com o uso dos atributos de personificação societária de modo a desviar as funções preconizadas pelo ordenamento jurídico, com intuito de satisfazer créditos ou de fraudar a lei. Oliveira em sua obra intitulada, “A dupla crise da Pessoa Jurídica” é um marco inicial a criação do instituto.

O tema já se encontrava regulado quanto aos aspectos materiais em diversos atos normativos, como no Código Civil, no Código de Defesa

¹³ LOBO, Paulo. **Direito Civil- famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.160.

do Consumidor, entre outros. Faltava ainda disciplinar seus aspectos processuais, por exemplo, o momento em que deveria ser apresentado, o exercício do contraditório e da ampla defesa, dilação probatória e até mesmo o ato decisório a ser proferido e eventual recurso a ser utilizado. Cumpre ao direito processual, então, criar os mecanismos para efetivá-lo.

O CDC, coloca que:

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.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Entretanto, Neves coloca que:

Havia corrente doutrinária que defendia – e mesmo com o texto legal pode continuar a defender, mas apenas num plano acadêmico – a existência de um processo de conhecimento com os pretensos responsáveis patrimoniais secundários compondo o polo passivo para se discutir os requisitos indispensáveis à desconsideração da personalidade jurídica.¹⁴

Em relação a sua aplicação, no CPC/73, haviam duas posições: a primeira posição, defendida por exemplo por Fábio Ulhôa Coelho, defendia uma ação autonomia em face da pessoa contra quem se quer atingir o patrimônio, conferindo o contraditório, devido processo legal e ampla

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015. p.114.

defesa; a segunda posição, defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, inferia que nada impedia a desconsideração de maneira incidental, vez que a oposição de embargos de terceiros era cabível para sua impugnação, diferindo o contraditório.

Por outro lado, havia doutrina que afirmava que, estando presentes os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, e conseguindo o credor prová-los de forma incidental, seria desnecessário o processo autônomo, sendo esse entendimento prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça. (Informativo 513/STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 1.229.579/MG, rel. Min. Raul Araújo, j. 18.12.2012).

Com o CPC/15 esse tema passou a ser uma nova modalidade de intervenção de terceiros, pois se provoca o ingresso de terceiro em juízo para o qual se busca dirigir a responsabilidade patrimonial.

Ao passo que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica encerra desafios para sua efetivação no âmbito do processo, violando assim, as garantias constitucionais, o Novo Código conferiu segurança jurídica ao desenvolvimento processual da desconsideração, conformando-o às garantias do processo justo.

Cabe em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial. Ao pedir a desconsideração, a parte ajuíza uma demanda contra alguém e é necessário, portanto, que a suposta conduta ilícita seja descrita no requerimento para que o sujeito possa defender-se.

Neves, coloca, nessa questão que:

A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas (§ 1.º), não suspendendo o processo, salvo na hipótese de o pedido ser formulado na petição inicial (§ 3.º). Como toda petição postulatória, a petição que veicula o pedido para a instauração do incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica deve conter fundamentação (pressupostos legais para a desconsideração) e pedido (desconsideração e penhora sobre o bem dos sócios). Nesse sentido, deve-se compreender o § 4.º do art. 134 do Novo CPC, que não foi feliz em prever que no requerimento cabe à parte demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a desconsideração, o que pode passar a equivocada impressão de que o requerente terá que apresentar

prova pré-constituída e liminarmente demonstrar o cabimento da desconsideração.¹⁵

O artigo 133 do Novo CPC instituiu um procedimento a fim de inclusão no polo passivo de sócios da executada, cujos requisitos está a necessidade de existência de pedido expresso quer seja da parte, ou do Ministério Público (MP) quando este vier intervir no processo.

Assim, temos o artigo 50 do CC que estabelece que:

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 jurídica¹⁶.

O requerimento será dirigido ao sócio ou a pessoa jurídica cujo patrimônio se busca alcançar, podendo ser formulado já na petição inicial ou supervenientemente. Neste último caso, a instauração do incidente irá suspender o processo.

O incidente é tratado pela doutrina e jurisprudência como sendo a Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica das empresas. Assim como o Código de Defesa do Consumidor quando destaca 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.¹⁷

Aqui, trata-se da “Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica”, que é considerada por contar com pressupostos menos rígidos em relação à norma prevista no CC e que, cujo objetivo é possibilitar

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015. p.117.

¹⁶ MARINONI, Luiz Gullherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁷ *Ibidem*.

a reparação de danos ao consumidor hipossuficiente na relação estabelecida com os fornecedores de produtos e serviços.

A teoria da desconsideração não tem por finalidade extinguir a pessoa jurídica, mas de uma técnica de suspensão da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída.

Instaurado o incidente, o terceiro será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis. Com essa regra, concretiza-se o princípio do contraditório.

É resolvido por decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento. A decisão resolve um pedido e como tal é decisão de mérito, apta a coisa julgada e a ação rescisória.

Entretanto, como coloca Feliciano, no que tange à técnica da desconsideração da personalidade jurídica, o novo CPC instituiu um procedimento cível especial, autônomo, incidental de cumprimento da sentença, já não bastando a ‘mera’ decisão judicial fundamentada.

Com o CPC -2015, e diante da previsão de aplicação ao processo comum ao processo de trabalho (CLT), a questão apresenta para a ciência processual trabalhista a de ser subsidiária ao processo laboral o incidente da desconsideração jurídica instituído pelo CPC de 2015.

Mormente não se trata aqui de questionar a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica à execução trabalhista, mas de enfatizar que não só a utilidade, a adoção dessa técnica é medida indispensável à satisfação de inúmeras execuções nas quais se revela a insuficiência do patrimônio da sociedade executada, mas que se trata de situação ordinária na jurisdição trabalhista que exige redirecionamento da execução aos bens da pessoa do sócio da empresa executada.

Parte da doutrina entendia que não se devia considerar o responsável patrimonial como parte na demanda executiva, mesmo que os bens respondam pela satisfação a obrigação, limitando a legitimação passiva da execução aos sujeitos previstos no art. 568 do CPC/1973.

Desta forma, por esse entendimento, não se pode confundir a legitimidade passiva e a responsabilidade secundária, porquanto o sujeito passivo é o executado, enquanto o responsável não é executado, mas fica apenas seus bens sujeitos à execução. O entendimento deve ser mantido com o Novo CPC, pois a legitimidade passiva na execução continua a ser expressamente prevista, agora pelo art. 779.

4 CONCLUSÃO

Hoje em dia a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual. Isso porque, é mister que a participação dos interessados deverá ocorrer, com a evidência da forma mais paritária possível, a fim de distribuir poderes, faculdades e ônus, com vista a equivaler as posições contrapostas.

No entanto, a democracia exige compromisso e ação, não se contentando com reformas esparsas, clamando por uma reforma pontual. A substituição de um código inteiro por outro pode simbolizar a necessidade de reformar a cultura processual civil a partir de reconstruções de conceitos, estrutura e função do processo civil.

Essa nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo do processo civil brasileiro. O processo há de ser cooperativo. Há porém, situações excepcionais, em que se admite a decisão sem a ouvida da parte contrária ou postergando-o quando há uma ponderação legislativa entre efetividade e o contraditório.

Não há aí qualquer pré-julgamento. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional, até mesmo porque o juiz pode estar em dúvida sobre o tema. Esta garantia é mencionada por várias vezes no decorrer do CPC, o que sinaliza que o contraditório não deve ter caráter puramente formal, mas sim substancial.

O novo procedimento do incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica, objeto deste trabalho, é um dos procedimentos abraçados pelo princípio ora explanado, vez que uma vez permitida a desconSIDERAÇÃO em qualquer fase do processo, o contraditório fora agraciado com um procedimento mais demorado, prejudicando possivelmente a efetividade do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITEZ, Sandro G. Do incidente da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica previsto no novo CPC e suas implicações na execução do processo de trabalho. **Revista. Execução trabalhista e o novo CPC**, 2015.

CÂMARA, Alexandre F. **O Novo CPC e o princípio do contraditório**. Justificando. Abril, 2015. Disponível em: < <http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditório/>> Acesso em: 23 maio 2016.

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, José Augusto Galdino da. **Princípios Gerais no Processo Civil**: princípios fundamentais e princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DALLA, Humberto; PINHO, Bernardina de; FONSECA, Marina da S. **Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2015. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/>> Acesso em: 23 jul. 2016.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
- DINAMARCO Cândido Rangel. **Intervenção de Terceiros**. Malheiros Editores Ltda. 5ª Edição. São Paulo 1997.
- FERRAND, Frédérique. **Ideological background of the Constitution**, Constitutional rules and Civil Procedure. Seul: IAPL, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume I: Parte Gera/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 11ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil, famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed- São Paulo: Atlas, 2007.
- MARINONI, Luiz Gullherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015**. 1 ed, São Paulo: Método, 2015.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PALARO, Tânia. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: < <http://tainapaloro.jusbrasil.com.br/artigos/235000805/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-de-processo-civil-de-2015>>. Acesso em jun. de 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: teoria geral do direito civil. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. O novo Código de Processo Civil e seus possíveis impactos nos recursos trabalhistas. In: **Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 1969.