

GUILHERME ROSSINI MARTINS

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS
ASPECTOS PROCESSUAIS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Walter Piva Rodrigues

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2019**

GUILHERME ROSSINI MARTINS

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS
ASPECTOS PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Walter Piva Rodrigues.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2019**

Catálogo da Publicação

Martins, Guilherme Rossini

A desconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais.
/ Guilherme Rossini Martins. - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2019.
177f.

Orientador: Professor Doutor Walter Piva Rodrigues.

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração, Direito Processual, 2019.

1. Desconsideração da personalidade jurídica. 2. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 3. Aspectos processuais - desconsideração da personalidade jurídica. I. Rodrigues, Walter Piva. II. Título.

CDU

Nome: MARTINS, Guilherme Rossini

Título: A desconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Walter Piva Rodrigues.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Aos meus pais, Tânia e Rogério.

Eu sou o que vocês são.

AGRADECIMENTOS

É consabida a lição de John Mayra Donne segundo a qual nenhum ser humano é uma ilha. Consoante a sábia lição de vida esboçada pelo poeta, depreende-se que os seres humanos estão em intensa cooperação, a fim de atingir objetivos em vida; objetivos que, muito embora possam parecer singelos, entram para a eternidade, pois ficam registrados para aqueles que vêm posteriormente.

Na elaboração desse trabalho, durante todo o período de estudos, foi essencial o apoio de familiares, professores e amigos, porquanto bem disse Isaac Newton: “Se cheguei até aqui foi porque me apoiei no ombro de gigantes”. E que gigantes foram esses que me serviram de suporte até aqui!

Assim sendo, mostra-se inevitável não iniciar esses breves agradecimentos àquele que foi responsável por me apontar o norte na vida acadêmica e pessoal, Professor Walter Piva Rodrigues. Professor, todas as palavras do nosso idioma não são suficientes para expressar o quanto me honra ter sido seu orientando. Obrigado por todas as oportunidades concedidas e, principalmente, por toda a ajuda que o senhor me deu. Termino essa jornada com a certeza de que, além de um orientador e professor, tenho um amigo em quem posso confiar nos momentos mais difíceis da vida.

Também se mostra imperioso agradecer aos Professores José Rogério Cruz e Tucci e Heitor Vitor Mendonça Sica pelas considerações tecidas durante exame de qualificação. Ambos tiveram contribuição decisiva, à medida que fizeram sugestões muito bem abalizadas acerca da necessidade de ampliação do tema proposto, razão pela qual esse trabalho também é, em alguma medida, produção destes.

Agradecimento especial também deve ser feito aos amigos, pois como dizia o sambista: “A amizade nem mesmo a força do tempo irá destruir”. E também não menos importante, rememore-se Milton Nascimento que, com sua Canção da América, expõe de forma categórica que “amigo é coisa pra se guardar do lado esquerdo do peito, mesmo que o tempo e a distância digam não”. Desse modo, agradeço àqueles que estiveram presentes de alguma forma durante esse período: Bruno, Cristianne, Felipe, Guilherme, João Pedro, Lucas, Mariana, Pedro, Ricardo e Zeus.

Agradeço também à minha namorada, que esteve presente durante toda a elaboração desse trabalho. Como certa vez bem disse Vinícius de Moraes: “De tudo, ao meu amor serei atento antes / E com tal zelo, e sempre, e tanto / Que mesmo em face do maior encanto / Dele se encante mais meu pensamento”. Vanessa, você me encanta mais a cada dia que passa. Diante de todos os encantos da vida, você é o meu maior. Muito obrigado por existir e me apoiar sempre.

Também agradeço a compreensão de todos aqueles que fizeram parte da minha vida profissional durante essa jornada. A todos os colegas e servidores que trabalharam comigo na Procuradoria da Fazenda Nacional em Mato Grosso e a todos que trabalham comigo na Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Osasco. Seguramente, o trabalho não teria sido produzido sem a ajuda diária desses profissionais.

Por fim, agradeço a meus pais, avós e bisavó. Rogério e Tânia, vocês são o motivo de me fazer levantar a cada manhã. O amor que sinto por vocês é imensurável. Também se cheguei até aqui foi graças a meus avós, Antônio e Marlene, e à minha bisavó, Maria Conceição. Dentro de mim, ainda mora aquele pinguinho de gente banguela que saía correndo pela sala, a derrubar móveis e peças decorativas. Ainda mora aquele garoto teimoso que não queria fazer as lições escolares. E com este, ainda mora o mesmo amor que aquele garoto sentia por vocês quando pequeno.

RESUMO

MARTINS, Guilherme Rossini. *A desconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais*. 2019. 177f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

Essa dissertação visa a desenvolver o tema da desconsideração da personalidade jurídica, com enfoque em sua influência diante dos diversos institutos processuais. Vive-se um momento de necessidade de nova delimitação dos aspectos processuais da desconsideração de personalidade jurídica. Isso porque, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 (L. 13.105/2015) inovou ao prever o “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, instituto destinado a regulamentar processualmente a desconsideração episódica da personalidade jurídica. A opção do legislador em instituir um específico procedimento revela nítida preocupação em se observarem os princípios do contraditório e da ampla defesa ao citado no incidente, além de, em última análise, caminhar ao encontro dos reclamos de eficiência e economia processuais. Assim, analisar-se-á as alterações empreendidas pelo novo diploma processual brasileiro, sem olvidar para as discussões doutrinárias travadas sob a égide do Código revogado. Apenas mediante análise dessas discussões será possível analisar se o Código, de fato, atendeu aos propósitos a que se propôs. Com efeito, buscar-se-á tratar exaustivamente o instituto sob o prisma eminentemente processual, ainda que, inicialmente, algumas considerações acerca do direito material se revelem necessárias.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica – incidente de desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica

ABSTRACT

MARTINS, Guilherme Rossini. *Disregard of legal entity and its procedural aspects*. 2019. 177p. Thesis (Master in Law) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

This thesis aims to develop the topic of disregard of the legal entity, focusing on its influence before the various procedural institutes. There is a moment of need for a new delimitation of the procedural aspects of disregard doctrine. This is because, unlike the Code of Civil Procedure of 1973, the Code of Civil Procedure of 2015 (L. 13.105 / 2015) innovated in predicting the "incident of disregard of legal entity", an institute designed to regulate procedurally the disregard of legal entity. The legislator's choice to create a specific procedure reveals a concern to ensure the adversarial principle and the legal defense to the defendant in the incident, in addition to, ultimately, to assure the demands of procedural efficiency and economy. Thus, the changes undertaken by the new Brazilian procedural law will be analyzed, considering the doctrinal discussions under the old Code. Analyzing these discussions it will be possible to conclude whether the new Code, in fact, served the purposes for which it was proposed. In fact, it will be studied procedural aspects, even though, initially, some considerations about theory of disregard of legal entity may prove necessary.

Keywords: Disregard of legal entity - incident of disregard of legal entity - procedural aspects of disregard of legal entity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
PARTE I. DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.....	13
2. CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL	13
2.1. Teorias civilistas	16
2.1.1. Teoria unitária.....	17
2.1.2. Teoria binária.....	17
2.2. Teorias processualistas	19
3. RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA E RESPONSABILIDADE SECUNDÁRIA	21
PARTE II. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	25
4. A PESSOA JURÍDICA E A LIMITAÇÃO PATRIMONIAL	25
4.1. A personalidade jurídica e seus efeitos.....	25
4.2. A limitação da responsabilidade patrimonial e a crise da pessoa jurídica.....	29
5. OS PRIMEIROS CASOS NOS TRIBUNAIS E A CONCEPÇÃO INICIAL DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA DOUTRINA ESTRANGEIRA.....	33
5.1. O paradigmático caso “Salomon vs. Salomon & Co”	34
5.2. A doutrina de Rolf Serick	35
5.3. A doutrina de Müller-Freienfels	37
6. A INTRODUÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	39
6.1. A contribuição de Rubens Requião	39
6.2. Fábio Konder Comparato e o poder de controle.....	40
6.3. A contribuição de Lamartine Corrêa de Oliveira.....	41
7. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO INEFICÁCIA EPISÓDICA	45
8. OS FUNDAMENTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	47
8.1. Desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade.....	47
8.1.1. Confusão patrimonial, confusão de esferas e desconsideração inversa.....	47
8.1.2. Subcapitalização	49
8.1.3. Simples inadimplência em determinados tipos de obrigações.....	50
8.1.4. Fraude e abuso da personalidade jurídica.....	52

8.2. Desconsideração da personalidade jurídica para fins diversos de responsabilização	53
8.3 Esforço de síntese	54
9. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA OU RESPONSABILIDADE SECUNDÁRIA?	57
10. PANORAMA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	63
PARTE III. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	67
11. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	67
12. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DEDUZIDA EM PROCESSO AUTÔNOMO	69
13. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO: DEMANDA, INCIDENTE PROCESSUAL, PROCESSO INCIDENTAL E QUESTÃO INCIDENTAL	73
13.1. Conceito de ação, demanda, pedido e petição inicial	73
13.2. Conceitos de questão incidental, incidente processual e processo incidental	75
13.3. O conceito de mérito e sua relação com a desconsideração da personalidade jurídica	77
13.4. Natureza jurídica do incidente de desconsideração da personalidade jurídica	80
14. ELEMENTOS DA DEMANDA NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	83
14.1. Elemento subjetivo: partes	83
14.1.1. Legitimidade processual ativa	84
14.1.2. Legitimidade processual passiva	86
14.1.3. Litisconsórcio	88
14.2. Elemento subjetivo: intervenção de terceiros	94
14.2.1. Assistência	95
14.2.2. Denúnciação da lide	98
14.2.3. Chamamento ao processo	102
14.2.4. <i>Amicus curiae</i>	103
14.2.5. Nomeação à autoria como tópico da contestação ou defesa	106
14.3. Elementos objetivos	107
14.3.1. Causa de pedir	107
14.3.2. Pedido	109

15. COMPETÊNCIA	115
16. MECANISMOS DE IMPUGNAÇÃO	121
16.1. Defesa no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, impugnação, embargos do devedor e embargos de terceiro	121
16.2. Recursos.....	126
16.3. Ação rescisória.....	130
16.4. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica (querela nullitatis insanabilis)	132
17. COISA JULGADA	135
17.1. Coisa julgada em Liebman e nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015	135
17.2. Delimitação conceitual da coisa julgada: trânsito em julgado, coisa julgada formal e coisa julgada material.....	137
17.3. Limitação subjetiva da coisa julgada, limites subjetivos da executoriedade e desconconsideração da personalidade jurídica	139
18. PROCEDIMENTO INCIDENTAL DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA	143
18.1. Petição inicial.....	143
18.2. Anotação no distribuidor e fraude de execução.....	145
18.3. Suspensão.....	148
18.4. Honorários advocatícios sucumbenciais e despesas processuais.....	151
18.5. Tutela provisória	152
18.5.1. Tutelas provisórias de urgência	153
18.5.2. Procedimento da tutela antecipada	156
18.5.3. Procedimento da tutela cautelar	159
18.5.4. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar na desconconsideração da personalidade jurídica	160
19. CONCLUSÕES	165
REFERÊNCIAS.....	171

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo desenvolver o tema da desconsideração da personalidade jurídica, com enfoque em sua influência diante dos diversos institutos processuais.

Vive-se um momento de necessidade de nova delimitação dos aspectos processuais da desconsideração de personalidade jurídica, sobretudo à luz das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

A opção do legislador processual em instituir um regramento específico a respeito da matéria revela nítida preocupação em se observarem os princípios do contraditório e da ampla defesa, além de, em última análise, caminhar ao encontro dos reclamos de eficiência e economia processuais. Assim, analisar-se-á as alterações empreendidas pelo novo diploma processual brasileiro, fazendo uso das discussões doutrinárias travadas sob a égide do Código revogado, no que for cabível para tratamento da matéria hodiernamente.

Mediante análise dessas discussões será possível analisar se o Código, de fato, atendeu aos propósitos a que se propôs. Com efeito, buscar-se-á tratar exhaustivamente o instituto sob o prisma eminentemente processual, ainda que, inicialmente, algumas considerações acerca do direito material se revelem necessárias.

Nesse sentido, a primeira parte se preocupará em analisar a responsabilidade patrimonial, tema caro ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica. Mostra-se elementar, portanto, conceituar a responsabilidade patrimonial, oferecendo contornos a respeito de sua natureza jurídica e de seu campo de atuação.

Num segundo momento, na segunda parte do trabalho, as discussões acerca da responsabilidade patrimonial darão lugar ao debate sobre a crise da limitação de responsabilidade patrimonial, à luz da crise da função da personalidade jurídica.

Dando sequência ao tema proposto para o trabalho, a segunda parte tratará da desconsideração da personalidade jurídica, caminhando desde o seu surgimento jurisprudencial no direito estrangeiro aos contornos normativos brasileiros hodiernos. Ao final da segunda parte, restará que a desconsideração da personalidade jurídica não ganhava contornos processuais claros na legislação brasileira, o que, em regra, resultava em crise de contraditório.

Por fim, na terceira parte do presente trabalho, serão analisados detidamente os aspectos processuais e procedimentais envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica, com esteio nas inovações empreendidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Ao final do trabalho, concluir-se-á que o novo diploma processual representou novidade vindoura para atingimento dos primados do contraditório e ampla defesa no que atine à desconsideração da personalidade jurídica, em que pese à existência de alguns problemas de regulamentação procedimental.

PARTE I. DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

2. CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Para garantir a normatividade de seu ordenamento jurídico, é de fundamental importância que o Estado estipule sanções para incidirem em caso de descumprimento de normas jurídicas. Diante disso, o ordenamento prevê determinadas consequências jurídicas, intituladas sanções, mediante as quais ocorre o cumprimento coativo da vontade estatal em face dos indivíduos.

Tradicionalmente, aponta-se a sanção como a consequência jurídica prevista pelo ordenamento jurídico para o caso de descumprimento de um dever. Com efeito, a sanção corresponderia à reação do direito ao ilícito. De outra parte, a responsabilidade corresponderia à sujeição a essa sanção. Portanto, o responsável seria o sujeito sobre o qual podem recair as consequências jurídicas advindas do descumprimento de um dever, ainda que este dever, num primeiro momento, não se refira a ele¹, como veremos adiante.

Nos primórdios do direito romano, a garantia do adimplemento de obrigações era feita com a própria vida do devedor. É dizer: o adimplemento obrigacional era garantido, em última análise, com o próprio corpo do devedor. Portanto, verifica-se que nessa quadra histórica o direito de propriedade possuía mais valor do que a própria vida².

Posteriormente, o direito evoluiu para uma compreensão mais humanística, substituindo a ideia de responsabilidade pessoal pela de responsabilidade patrimonial. Nesse sentido, a sujeição da vida do responsável ao cumprimento da obrigação foi substituída pela sujeição de bens e de direitos integrantes de patrimônio jurídico.

Nesse tocante, há de se analisar, no entanto, a distinção existente entre sanção material e sanção processual. Ao analisar o conceito de sanção material, Cândido Rangel Dinamarco aduz que a sanção material nada mais consiste senão em obrigação nova, que

¹SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 38.

²RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 71.

nasce do descumprimento de outra obrigação prévia, seja mediante seu agravamento ou modificação de seu objeto. Todavia, a sanção material nunca serviria para eliminar a resistência do devedor recalcitrante ao adimplemento. A rigor, a sanção material apenas teria o efeito de ampliar a obrigação num platônico de enunciados jurídicos, sem que de fato lograsse êxito na penetração do patrimônio do devedor. A sanção processual, a seu turno, não agrava e nem mesmo modifica a obrigação prévia. Ao revés, incide concreta e especificamente, agindo de fato sobre o patrimônio do sujeito passivo³.

A aplicação da vontade sancionatória estatal sobre o patrimônio do sujeito, no entanto, depende da observância de determinados pressupostos, a fim de que seja adequada à preservação do primado do devido processo legal. Para tanto, é necessário que haja processo executivo, embasado em título executivo. Apenas a partir de então as medidas executórias poderão ser impostas, fazendo com que haja devida atuação do direito substancial concreto⁴.

A responsabilidade patrimonial se insere nesse contexto. Não obstante sua natureza jurídica revele demasiada complexidade, parece haver certa concordância em relação à

³Nesse ponto, no entanto, pontua o autor que: “A vontade sancionatória é formulada, da mesma forma que a substancial, em termos abstratos e genéricos; ela vem expressa nos dispositivos da lei processual que disciplinam a execução, os quais têm aquelas características (CPC, arts. 882-1.030). Para que a vontade sancionatória conduza à efetiva imposição da sanção, é percorrido um *iter* lógico, bastante análogo ao da aplicação e atuação da vontade de direito material. Em primeiro lugar, a vontade sancionatória é *aplicada*, isto é, torna-se concreta e específica; o preceito sai das normas abstratas e genéricas da lei processual e desce ao caso concreto, dizendo que, naquele caso, as medidas executórias (*sanção*) constituem um meio processual adequado à satisfação da pretensão daquele que se afirma credor. Assim como o direito concreto material nasce do encontro de um dado fato com a norma abstrata que o disciplina, também a vontade sancionatória concreta é o resultado do encontro de dados fatos com as normas (processuais) que regulam a imposição da sanção executória”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 98).

⁴A construção dogmática proposta produz simplificação para fins meramente didáticos. Isso porque a dicotomia entre cognição e execução vem sofrendo abrandamentos, em direção ao sincretismo procedimental. Nesse diapasão, aponta Heitor Vitor Mendonça Sica como exemplos do processo de desconstrução legislativa da autonomia entre cognição e execução: (i) a reforma do CPC 1973 operada pela Lei n. 8.952/94, notadamente as alterações dos arts. 461 (dispensabilidade de instauração de novo processo nas execuções de obrigações de fazer e não fazer fundadas em título judicial) e 273 (generalização das tutelas antecipatórias); (ii) a reforma do CPC 1973 operada pela Lei n. 10.444/02, notadamente a alteração do art. 461-A (dispensabilidade de instauração de novo processo nas execuções de obrigações de dar coisa fundadas em título judicial); (iii) a mudança da definição de sentença plasmada no art. 162, §1º, do CPC/73 e da redação dos artigos 269 e 463 do mesmo diploma; (iv) a alteração da definição de sentença plasmada no §1º, do art. 162 e da redação dos arts. 269 e 463, não mais considerando terminado o processo com a prolação da sentença de mérito e reconhecendo-se que ele prosseguiria com a execução; (v) a desconstrução da unificação do regime da execução de títulos judiciais e extrajudiciais, de modo que grande parte das regras relativas à execução de títulos judiciais foi transferida para o Livro I daquele diploma, antes dedicado exclusivamente ao “processo de conhecimento”; (vi) a substituição terminológica da expressão “execução de título judicial” pela expressão “cumprimento de sentença”; (vii) o abandono da expressão “embargos à execução de título judicial” em favor da expressão “impugnação ao cumprimento de sentença”; (viii) a consolidação do rompimento da autonomia procedimental via CPC de 2015. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição civil do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 63-68).

compreensão de que se insere no contexto das sanções cominadas pelo ordenamento por ocasião do descumprimento de obrigações⁵.

A execução forçada se destina a satisfazer o direito do credor, incidindo sobre a vontade do obrigado, pressionando-o para persuadi-lo a cumprir a obrigação prévia, ou para retirar o necessário para a satisfação do direito através da retirada de bens do patrimônio do devedor. Nesse diapasão, diz-se que o patrimônio do devedor é a garantia do credor. Daí porque estabelece o art. 789, do Código de Processo Civil de 2015 que:

“Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

O art. 391 do Código Civil, apesar de cometer certa impropriedade teórica - na medida em que dispõe que os bens do devedor respondem pelo descumprimento da obrigação -, também caminha em igual sentido, instituindo que:

“Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

Em consonância com parte da doutrina italiana⁶, Cândido Rangel Dinamarco não trata a responsabilidade patrimonial como a própria sanção, e sim como a suscetibilidade de um bem ou de todo o patrimônio a suportar os efeitos da sanção executiva. A responsabilidade, portanto, consiste no mero estado potencial de sujeição à sanção que, por sua vez, corresponde à execução por sub-rogação (ou conjunto de medidas destinadas a atuar sobre bens integrantes de um patrimônio)⁷.

A separação conceitual entre obrigação e responsabilidade remonta ao direito germânico do séc. XIX, mais precisamente à obra do romanista alemão Alois Ritter von Brinz, que pôs em destaque o contraste existente entre a obrigação, como elemento estático

⁵Nesse sentido: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade no novo sistema processual civil*, cit., p. 37; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 2, p. 18; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 151-152; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2, p. 24; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 4; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1970. p. 47-48;

⁶CARNACINI, Tito. *Contributo alla teoria del pignoramento*. Padova: Cedam, 1936. p. 255; LIEBMAN, Enrico Tulio. *Embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 147.

⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução forçada e cumprimento de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 4, p. 351.

na vida dos direitos, e a responsabilidade, como elemento dinâmico⁸. Posteriormente, Otto von Gierke logrou também por distinguir a obrigação (*Schuld*) da responsabilidade patrimonial (*Haftung*)⁹.

Hodiernamente, a obrigação, enquanto categoria de direito material, consiste em situação jurídica estática, uma vez que não oferece ao titular do direito qualquer força ou autorização para, efetivamente, trazer a seu patrimônio o que lhe é devido. A responsabilidade patrimonial, a seu turno, associa-se às atividades destinadas a produzir resultados quando não os houver produzido aquele que tinha o dever de fazê-lo. Nesse sentido, encontra-se intimamente ligada ao direito processual e deste recebe regência, operacionalizando a prestação da tutela jurisdicional através da delimitação de quem deverá responder pela execução e, notadamente, quais bens poderão ser objeto de execução¹⁰.

No entanto, é importante ressaltar que nem sempre se entendeu a responsabilidade patrimonial como instituto típico de direito processual e, de igual modo, alguns autores não aceitaram devidamente a realização da divisão entre obrigação e responsabilidade, sendo possível encontrar diversas teorias que tratam sobre esse tema.

2.1. Teorias civilistas

Na compreensão original do instituto, a responsabilidade patrimonial era tratada como instituto típico de direito civil, razão pela qual a obrigação assumia especial relevo no tratamento da responsabilidade patrimonial.

Nesta senda, mostrava-se primordial questionar se a responsabilidade patrimonial se trataria de conceito autônomo ou de conceito contido na própria conceituação da obrigação¹¹. É dizer: a obrigação deve ser tratada como duplo vínculo - consistente no débito e na responsabilidade patrimonial -, ou a responsabilidade se encerra no próprio direito/dever de prestação da relação obrigacional?

⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução forçada e cumprimento de sentença*, cit., v. 4, p. 353.

⁹Para melhor estudo da doutrina do *Schuld* e *Haftung*: GIERKE, Otto Friedrich von. *Schuld und Haftung im altern deutschen Recht – insbesondere die Form der Schuld und Haftungs geschafte*. Breslau, 1910. *passim*.

¹⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução forçada e cumprimento de sentença*, cit., v. 4, p. 354-355.

¹¹SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade no novo sistema processual civil*, cit., p. 90.

2.1.1. Teoria unitária

Consoante a teoria unitária, a obrigação seria composta por uma fórmula simplória estruturada em relação de crédito/débito, na qual a responsabilidade estaria incluída apenas como elemento acessório ou instrumental.

Com efeito, a obrigação seria reduzida fundamentalmente ao dever de prestar e ao correspondente direito de prestação. Nesse diapasão, a responsabilidade se trataria apenas e tão somente de uma garantia do crédito, uma sanção ao inadimplemento. Observando-se que, em diversas ocasiões, a obrigação se executa espontaneamente, não há sentido em tratar a responsabilidade como componente obrigatório de estrutura da relação obrigacional¹².

Nesse espectro, leciona Fernando Noronha que a responsabilidade é parte integrante do débito, inserindo-se no contexto de tutela jurídica do crédito, à medida que consubstancia a garantia deste¹³. Essa visão remonta à lição de Karl Larenz, segundo a qual a responsabilidade acompanha o débito da mesma forma que a sombra acompanha o corpo¹⁴.

2.1.2. Teoria binária

A teoria binária surge a partir da doutrina do *Schuld und Haftung*, tendo como objetivo corrigir seus exageros. Nesse sentido, a estrutura da obrigação seria composta por duas sub-relações: o débito e a responsabilidade¹⁵.

¹²Caio Mário da Silva Pereira assevera que: “Há, pois, na obrigação (...) uma relação entre pessoa e pessoa, com projeção no patrimônio do devedor. O vínculo jurídico estabelece esta sujeição, atualmente harmonizada com a ideia de cooperação. Observando-o, tradicionalmente se afirmava que ele traduzia uma ideia de relação e de sujeição, que a definição clássica de Savigny bem evidencia. A doutrina mais recente, contudo, acentua a necessidade de a obrigação ser analisada sob um aspecto dinâmico e funcional, em que o dever de cooperar, entre outros, é reconhecido em relação ao credor”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 2, p. 24-25).

Também conferir: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade no novo sistema processual civil*, cit., p. 95.

¹³Fernando Noronha não deixa de olvidar para o fato de que a responsabilidade é algo localizado dentro do débito, concedendo juridicidade a este: “Olhando a relação obrigacional do posto de vista ativo, dir-se-á que o direito de ação faz parte integrante do crédito. Encarando a relação do ponto de vista passivo, pode-se dizer que a responsabilidade é um dos elementos da obrigação, na mesma medida em que a coercibilidade é essencial em qualquer relação jurídica privada. As medidas de tutela jurídica do direito do credor constituem, afinal, a *garantia* da relação jurídica obrigacional; são elas, por outras palavras, que expressam a *juridicidade* da obrigação”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 158).

¹⁴LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. 2 v.

¹⁵Expoente desse entendimento, Clóvis do Couto e Silva pontua que: “O vínculo obrigacional pode possuir graus diferentes de intensidade. O problema relaciona-se com a estrutura das obrigações. No princípio, existia só a responsabilidade que recaía sobre o próprio corpo do responsável. Mais tarde, surge a possibilidade de liberação pelo pagamento, e o dever passa a ser concebido como algo que se dirige à satisfação de um crédito, o qual, via de regra, tem valor econômico. A obrigação, como resultado desse desenvolvimento, apresenta, em sua estrutura, dois elementos: débito e responsabilidade. (...) Desenvolveu-se, então, o conceito de débito,

Partindo do mesmo pressuposto teórico da teoria unitária, consoante a teoria dualista, a responsabilidade (*Haftung*) também consistiria em garantia ao adimplemento do débito (*Schuld*). No entanto, diante desse importante papel, dever-se-ia dar maior peso ao papel da responsabilidade dentro relação obrigacional. Com efeito, esta seria composta primeiro pelo dever de prestar. E, correspectivamente a este, exurgiria a responsabilidade que o devedor tem de executar a prestação, sob pena de sanção pelo ordenamento jurídico. A responsabilidade, portanto, apareceria no inadimplemento, por ocasião do descumprimento da obrigação por parte do sujeito passivo, mas se encontraria ínsita a qualquer relação obrigacional como estado potencial de sujeição do sujeito passivo¹⁶.

Insta gizar que a teoria dualista, ao separar a responsabilidade do débito na estrutura da relação obrigacional, representou ganhos conceituais em relação à teoria unitária. Isso porque, embora normalmente a responsabilidade se encontre conjugada ao dever de prestação, nem sempre ambos aparecerão concomitantemente, sendo possível existir responsabilidade sem débito e débito sem responsabilidade, de que são exemplos as fianças e obrigações naturais, respectivamente¹⁷.

de dever de prestar, a que corresponde o direito de exigir do credor, transformando-se a responsabilidade pessoal em patrimonial”. (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007. p. 81-83).

Também conferir: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade no novo sistema processual civil*, cit., p. 91.

¹⁶Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “(...) a doutrina moderna enxerga na obrigação um débito (*Schuld*) e uma garantia (*Haftung*). O primeiro é o dever de prestar, que facilmente se identifica, mas que não deve ser confundido com o objetivo da obrigação. Este *debitum* (*Schuld*) mora na sua essência mesma, e exprime o dever que tem o sujeito passivo da relação obrigacional de prestar, isto é, de realizar uma certa atividade em benefício do credor, seja ela um *dare*, um *facere* ou um *non facere*. Fundamentalmente, traduz o dever jurídico que impõe ao devedor um pagamento, e que se extingue se esta prestação é executada espontaneamente. Em contraposição, o sujeito ativo tem a faculdade de reclamar do *reus debendi* a prestação daquela atividade ou de exigir o pagamento e mobilizar as forças cogentes do Estado no sentido de assegurar o cumprimento da obrigação. Nesta existe, portanto, um princípio de responsabilidade que o integra (*Haftung*) e permite ao credor carrear uma sanção sobre o devedor, sanção que outrora ameaçava a sua pessoa e hoje tem sentido puramente patrimonial, já que não é lícito impor a alguém prestação específica de um fato (*nemo ad factum precise cogi potest*). Embora os dois elementos *Schuld* e *Haftung* coexistam na obrigação normalmente, o segundo (*Haftung*) habitualmente aparece no seu inadimplemento: deixando de cumpri-la o sujeito passivo, pode o credor valer-se do *princípio da responsabilidade*”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 2, p. 25).

¹⁷Segundo Fernando Noronha: “Os partidários desta teoria procuram demonstrar que as sub-relações do *debitum* e da *obligatio*, além de distintas, são separáveis, podendo o débito subsistir sem a responsabilidade, e esta sem aquele. As duas obrigações seriam independentes, podendo existir uma sem a outra, o que comprovaria que a teoria estava certa. Assim, haveria débito sem qualquer responsabilidade na obrigação natural; haveria responsabilidade sem qualquer débito na hipoteca, no penhor ou na fiança de dívidas futuras. Haveria débito sem responsabilidade própria, mas com responsabilidade alheia, na fiança penhor ou hipoteca em garantia de obrigação natural; haveria débito com responsabilidade alheia, acrescendo à responsabilidade do devedor, na fiança, penhor ou hipoteca garantindo obrigação perfeita ou civil (não natural)”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 160).

2.2. Teorias processualistas

As teorias civilistas, tanto nas vertentes unitária e dualista, têm em comum um traço marcante. Ambas entendem que a responsabilidade patrimonial se localiza na estrutura da obrigação. Trata-se, portanto, de um vínculo de direito material, estabelecido entre credor e devedor (ou, eventualmente, um terceiro)¹⁸.

Até então, o estudo da responsabilidade patrimonial era tratado sempre com vistas à sua influência no âmbito do direito material. Todavia, reagindo à concepção civilista de responsabilidade patrimonial, Francesco Carnelutti passou a defender que a responsabilidade, ao invés de se situar dentro da obrigação, estaria situada fora dela. Nesse sentido, a responsabilidade deveria deixar de ser analisada sob a ótica da relação existente entre credor e devedor, devendo ser tratada sob o prisma do exercício da função jurisdicional estatal, razão pela qual consubstanciaria matéria a ser tratada em âmbito de direito processual, e não de direito material¹⁹.

No mesmo sentido, Enrico Tullio Liebman também defende que a responsabilidade se trata de tema afeto a direito processual, devendo ser tratado sob perspectiva publicista. Daí porque entende a execução civil como regra sancionadora que decorre do inadimplemento²⁰.

A relação obrigacional não pode ser confundida com a responsabilidade. Dessarte, o vínculo de responsabilidade patrimonial não deve ser analisado diante de uma relação existente entre credor e devedor. Ao revés, a responsabilidade deve ser tratada à luz de uma relação existente entre devedor (ou responsável) e o próprio Estado, enquanto ente dotado do monopólio do uso da força.

Portanto, não obstante a responsabilidade seja instrumental em relação ao vínculo obrigacional, resta claro que ambos não se confundem. A responsabilidade corresponde ao estado de sujeição em sofrer a potestade estatal no âmbito do patrimônio, em caso de não cumprimento do dever de prestar consubstanciado na relação obrigacional. Enquanto sanção, portanto, a responsabilidade é regulada pelo Estado, por meio de normas de direito processual, e não de direito civil.

¹⁸SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade no novo sistema processual civil*, cit., p. 99.

¹⁹CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*. In: CASTELLARI, Antonio; CALAMANDREI, Piero; CARNELUTTI, Francesco; REDENTI, Enrico; SEGNI, Antonio (A cura di). *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: CEDAM, 1927. p. 314-315.

²⁰LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 4-7.

3. RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA E RESPONSABILIDADE SECUNDÁRIA

Uma vez estabelecidas as balizas da autonomia existente entre débito e responsabilidade – e tendo-se em conta que é possível haver débito sem responsabilidade, bem como responsabilidade sem débito -, cumpre adentrar na classificação existente entre responsabilidade primária e secundária.

No Código de Processo Civil de 2015, na linha da doutrina de Liebman, a responsabilidade patrimonial se encontra tratada na Parte Especial, Livro II, Título I (“Da Execução em Geral”), Capítulo V (“Da Responsabilidade Patrimonial). Portanto, é inegável o tratamento legislativo empreendido à responsabilidade patrimonial como tema afeto à execução civil²¹.

Em primeiro lugar, é importante registrar que o instituto se encontra descrito no art. 789 do CPC, que dispõe:

“Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

O art. 789 remonta ao art. 591 do Código de Processo Civil de 1973, que contava com redação semelhante:

“Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

²¹Marcelo Abelha Rodrigues tece duas observações importantes a respeito da localização do instituto da responsabilidade patrimonial no diploma processual civil de 2015: “(1) o fato de estar prevista no Livro II não significa que não se opera o mecanismo em outras situações do CPC em que também exista tutela jurisdicional executiva, por exemplo nas hipóteses de cumprimento de sentença previstas nos arts. 517, 520 etc. do CPC; (2) não obstante esteja inserida nos aspectos gerais da tutela executiva, a responsabilidade patrimonial que dá suporte à invasão do Estado no patrimônio do devedor inadimplente, só servirá de garantia ao adimplemento se não for possível a obtenção da tutela específica, tal como acontece nas obrigações de entrega de coisa e fazer e não fazer” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, cit., p. 82). A esse respeito, também pontua Alexandre Freitas Câmara: “A atividade executiva é essencialmente patrimonial. (...) Chama-se responsabilidade patrimonial à sujeitabilidade de bens à execução, de modo que os bens sobre os quais tal responsabilidade incide ficam sujeitos a suportar atos executivos, podendo vir a ser usados para a satisfação do crédito exequendo”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 343).

Anteriormente à promulgação do diploma processual civil de 1973, não havia dispositivo semelhante. Isso porque à época da edição do Código Processual Civil de 1939 não se encontrava sedimentada no Brasil a doutrina alemã do *Schuld und Haftung*, que distinguiu as figuras do débito e da responsabilidade. Nesse sentido, o art. 888 do Código Processual Civil de 1939 apenas trazia uma lista de bens que se sujeitavam à execução, o que concedia amplitude inferior à responsabilidade patrimonial no que atine à regulação normativa²².

O tema da responsabilidade patrimonial, muito embora seja tema afeto ao direito processual, também se encontra tratado no art. 391 do Código Civil de 2002, que dispõe:

“Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

Anteriormente à edição do Código Civil de 2002, não havia regra vigente no Código Civil de 1916 acerca da responsabilidade patrimonial, uma vez que, também à época de sua edição, não se encontrava sedimentada a doutrina do *Schuld und Haftung*²³.

De todo modo, o comando normativo insculpido no art. 789 do Código de Processo Civil de 2015 se revela demasiadamente genérico e neutro, sendo responsável por regular a maioria dos atos executivos, que operam, efetivamente, sobre o patrimônio do devedor (ou responsável), ressalvados os bens impenhoráveis. Daí decorre o estado de sujeição patrimonial consubstanciado na responsabilidade patrimonial.

Devidamente conceituada dogmaticamente como estado potencial de sujeição de patrimônio, a responsabilidade patrimonial é tema importante no que atine ao tratamento das situações legitimadoras passivas do processo executivo. Isso porque, como visto alhures, a partir da divisão existente entre obrigação e responsabilidade é possível dissociar devedor e

²²RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, cit., p. 83.

²³Nesse espectro, urge trazer à baila a lição de Araken de Assis, segundo a qual: “O art. 789 culmina notável evolução histórica. Rompendo com as tradições romana e germânica, que convergiam no sentido de imprimir responsabilidade pessoal ao obrigado, a regra dissociou dívida e responsabilidade. Esta última se relaciona com o inadimplemento, que é fato superveniente à formação do vínculo obrigacional, pois somente após descumprir o dever de prestar, o obrigado sujeitará seus bens à execução. Por conseguinte, antes do inadimplemento, o credor não poderá iniciar a execução, conforme reza o art. 788, primeira parte, e, eventualmente, em decorrência do adimplemento, o patrimônio se tornará inacessível às investidas do credor”. (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 275).

terceiro responsável. Ambos, muito embora possam ser diferenciados no plano do direito material, consistem em partes legítimas no plano processual²⁴.

Para fins classificatórios, a responsabilidade patrimonial costuma ser dividida em responsabilidade primária e secundária. Na demanda executiva, como regra, o devedor/obrigado (constante do título executivo) deverá ter seu patrimônio exposto aos atos expropriatórios. A esta situação de sujeitabilidade, dar-se-á o nome de responsabilidade primária.

Em regra, portanto, o exequente deve promover o processo executivo ou cumprimento de sentença em face daqueles que figuram como sujeitos passivos no título executivo, mercê do que determinam os arts. 779 e 513, §5º, do Código de Processo Civil de 2015.

No entanto, além do obrigado, é plenamente possível que outras pessoas e outros patrimônios eventualmente estejam sujeitos à demanda executória. Isso se justifica em razão da distinção existente entre obrigação e responsabilidade, tal como visto alhures. Com efeito, em que pese à regra geral de coincidência entre devedor e responsável, afiguram-se plenamente possíveis hipóteses de separação entre essas figuras. Em tais situações, haverá o que se chama de responsabilidade secundária²⁵.

A responsabilidade secundária, portanto, nada mais consiste senão no fenômeno segundo o qual a responsabilidade se mostra dissociada da dívida, de modo que o patrimônio de um terceiro alheio à relação jurídica de direito material passa a responder pelo inadimplemento de uma obrigação prévia assumida por outrem²⁶. Diz-se que o responsável é terceiro apenas na relação jurídica substantiva, uma vez que, na relação jurídica processual, o terceiro figura como parte na demanda executória²⁷.

²⁴ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, cit., p. 277-278.

²⁵MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária: a execução em face do sócio, do cônjuge, do fiador e afins*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 160.

²⁶José Miguel Garcia Medina leciona que: “A execução, no plano subjetivo, pode alcançar bens de terceiros que não integravam, originariamente, a relação jurídico-processual – e, até, a relação obrigacional. Tais pessoas, embora não sejam originariamente obrigadas, são consideradas responsáveis. A lei processual adotou distinção entre débito e responsabilidade, em razão da qual bens de terceiro podem vir a ser objeto de execução sem que este integre o processo execução como parte, originariamente (...). Na doutrina, costuma-se distinguir a responsabilidade executiva em primária e secundária. (...). Esses terceiros devem incorporar-se ao processo, tornando-se partes. Aqueles que a lei processual considera responsáveis não devem ser tratados como terceiros, no processo (...). Não se pode dizer que esteja diante de um mero terceiro já que é indubitável que de *executado* se trata”. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1136).

²⁷Ao trazer precedente da 3ª Turma do STJ (3ª T, REsp. 302.780/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, RJSTJ 154/333), Araken de Assis exorta para a necessidade de não se tratar os responsáveis secundários como terceiros na relação jurídica processual: “A falseta repousa na consequência de declarar esses responsáveis

Em consonância com essa ideia, o art. 790 do Código de Processo Civil de 2015 elenca uma série de situações em que haverá divórcio entre as figuras do devedor e do responsável.

São elas: (1) sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; (2) do sócio, nos termos da lei; do devedor, ainda que em poder de terceiros; (3) do devedor, ainda que em poder de terceiros; (4) do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; (5) alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução; (6) cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores; (7) do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Importa-nos para o presente estudo as hipóteses “(2) do sócio, nos termos da lei” e “(7) do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica”. Isto posto, em primeiro lugar, é preciso oferecer resposta às seguintes indagações: a desconsideração de personalidade jurídica se trata de hipótese de responsabilidade primária ou secundária? E em que o fenômeno da desconsideração se diferencia da hipótese do sócio responsável diretamente?

Antes de tudo, todavia, é preciso analisar a desconsideração de personalidade jurídica como instituto. Para, apenas num segundo momento, oferecer respostas teóricas bem embasadas aos questionamentos propostos.

“terceiros” relativamente ao processo executivo. O conceito de parte não autoriza semelhante conclusão, como de assinalará, e, de toda sorte, a própria noção de responsabilidade não induz tal duplicidade incompreensível de papéis. Na verdade, o obrigado e o responsável são partes passivas na demanda executória, porque executados (= o respectivo patrimônio sujeita-se à execução legitimamente), sem embargo do fato, à luz da relação obrigacional, de o primeiro assumir a dívida (e, por isso, também é “responsável) e o outro, não”. (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, cit., p. 279).

PARTE II. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4. A PESSOA JURÍDICA E A LIMITAÇÃO PATRIMONIAL

4.1. A personalidade jurídica e seus efeitos

Desconsiderar algo pressupõe que algo deve existir. Toda pessoa é dotada de capacidade jurídica, que a habilita a adquirir direitos e deveres. Todo ser humano é sujeito de direitos. Em algumas situações, no entanto, o ordenamento jurídico reconhece que determinados entes também tenham aptidão para direitos e deveres, bem como para praticar atos jurídicos. Daí nasce o conceito de personalidade jurídica.

O conceito decorre da complexidade da vida em sociedade, que diante da necessidade de envidar esforços para consecução de objetivos comuns ou de interesse social, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais, atribuindo-lhes personalidade e capacidade para agir²⁸.

Atualmente, como será visto ainda nesse capítulo, a doutrina advoga a existência de uma “crise da pessoa jurídica”. Fábio Ulhôa Coelho chama atenção para o fato de que a crise se inicia por ocasião da tentativa de estabelecer natureza e conceito da pessoa jurídica²⁹.

Acerca da natureza da pessoa jurídica, numerosas são as teorias³⁰. Para os propósitos do presente trabalho, importa-nos tratar apenas as teorias que provoquem alguma mudança na compreensão da *disregard doctrine*. São elas: a teoria da ficção e a teoria da realidade orgânica.

²⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 247.

²⁹Em crítica que também pode ser transportada à doutrina processual, pontua Fábio Ulhôa Coelho: “É comum, na doutrina comercialista, evitar a discussão acerca do conceito e da natureza da pessoa jurídica. Para alguns autores, o exame do complicado tema não é imprescindível à compreensão do direito positivo aplicável às sociedades; para outros, tal exame pertence a capítulos distintos do conhecimento jurídico, como o direito civil ou a filosofia do direito. Não deixam de ter razão, em certo sentido. Observo, porém, que parte da *crise* em que se encontra o princípio da autonomia patrimonial, nos tempos que correm, talvez possa ser creditada à desqualificação doutrinária da discussão, à diluição da compreensão global do instituto, entre os tecnólogos do direito societário”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, p. 25-26).

³⁰Para um breve estudo das teorias envolvendo a natureza da pessoa jurídica: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 251-258.

Consoante a teoria da ficção, capitaneada por Savigny e Kelsen, a pessoa jurídica corresponderia a uma ficção legal ou doutrinária. Nesse sentido, a qualidade de sujeito da relação jurídica seria prerrogativa exclusiva do homem, porquanto se trata de ser no mundo real. Dessarte, deve o direito conceber a pessoa jurídica apenas como criação artificial, engendrada pela mente humana³¹.

De outra parte, a teoria da realidade orgânica, elaborada por Otto von Gierke, defende que a pessoa jurídica corresponde a um fenômeno associativo de realidade social, dotado de vontade própria³².

Ao tratar da crise doutrinária a respeito da natureza da pessoa jurídica, Fábio Konder Comparato assevera que, num primeiro momento, faz-se necessário entender o curso da evolução da ideia de sistema jurídico, como objeto da ciência do direito. Para o autor, a *pandectista* alemã elevou a ideia de sistema hierárquico às últimas consequências, colocando o direito subjetivo como elemento fundamental do conhecimento jurídico³³.

No entanto, com o passar do tempo, as ideias de liberdade e de vontade individual se mostraram incapazes de dar suporte à ciência do direito. Daí o surgimento das doutrinas positivista dogmática de Savigny e positivista normativista de Hans Kelsen.

Para fins de personalidade jurídica, a diferença entre ambos os autores reside no fato de que, para Savigny, a atribuição de direitos subjetivos cria sujeitos de direito; ao passo que, para Kelsen, essa criação deriva como simples ponto de referência da norma jurídica³⁴. Todavia, ambos adotam o artificialismo para delimitar o conceito de pessoa jurídica, o que acaba por aproximá-los do contratualismo, concepção segundo a qual o interesse da sociedade coincide com o interesse do grupo de sócios³⁵. Nesse sentido, a sociedade deve

³¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 251.

³²Id. *Ibid.*, p. 255-256.

³³Nesse sentido, afirma Comparato-Salomão Filho: “A sistemática jurídica de tipo hierárquico foi levada ao extremo pela pandectista alemã, no século passado, e o conceito fundamental, colocado no cume da pirâmide, foi o de direito subjetivo. Quanto a este, os juristas de então nada mais fizeram do que aceitar as ideias mestras da filosofia das luzes, dos dois séculos anteriores. A ideia de direito subjetivo foi, com efeito, uma das armas de combate, mais largamente utilizadas pelos iluministas, contra o absolutismo político. O verdadeiro direito não seria a norma imposta pelo Estado absolutista e condenado pela razão natural, mas os direitos inatos de todo homem, enquanto manifestações de sua liberdade essencial. O desprezo pela normatividade e a exaltação da vontade individual, como expressão desses direitos-liberdades, decorriam inelutavelmente dessa concepção”. (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 320).

³⁴Id. *Ibid.*, p. 327-328.

³⁵Aponta Comparato-Salomão Filho que: “O artificialismo da pessoa jurídica reconhecido por Savigny e adotado por Kelsen nada mais é que uma consequência da concepção, não expressamente declarada, da sociedade como um ente capaz de atribuir personalidade jurídica aos interesses dos sócios como um conjunto. Esse conceito de pessoa jurídica é o que melhor se coaduna com os princípios contratualistas de direito societário. Para que se possa compreender essa afirmação, deve-se fazer uma análise mais detida do

ser vista como instrumento de passagem e organização dos interesses particulares dos sócios, sendo que a pessoa jurídica seria a ficção necessária para a passagem dos interesses – esses sim reais – dos sócios³⁶.

Chamando atenção para o perfil interno das associações, Otto von Gierke valoriza a discussão sobre a estrutura e organização da sociedade, dotando-a de vontade própria, distinta da vontade de seus sócios³⁷. Firme no pressuposto de que a vontade da sociedade não consiste na soma de vontade de seus sócios, a teoria da realidade orgânica tem como mérito justificar a necessidade de estudo do processo de formação da vontade da sociedade, razão pela qual aproxima a pessoa jurídica do institucionalismo³⁸.

A abstração inerente à ontologia da pessoa jurídica não interfere na discussão de seu conceito. Ao revés, norteia os contornos operacionais de modo que se discuta as implicações jurídicas da atribuição da personalidade jurídica. Vale dizer: quando a lei atribui personalidade jurídica a determinado ente o que isso significa? E mais: o que é a sociedade?

A partir das considerações tecidas inicialmente, cumpre trazer à baila a lição de Rubens Requião, que entende a sociedade como contrato plurilateral. Assim, diante do que dispõe o art. 184 do Código Civil de 2002, se uma das partes não cumprir a sua obrigação, haverá nulidade parcial do contrato, de modo que as demais partes deverão permanecer válidas se for possível separá-las. Com efeito, quando um dos sócios não ingressar com sua cota, ou quando for declarado falido, por exemplos, o contrato não se resolverá em relação

contratualismo. O contratualismo é a concepção do interesse social que sustenta ser esse último coincidente com o interesse do grupo de sócios”. (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 330).

³⁶Id. Ibid., p. 332.

³⁷Pontua Comparato-Salomão Filho que: “Gierke identifica o elemento que confere vontade própria à sociedade na pluralidade de seus componentes. Segundo o autor, é essa capacidade de ter vontade própria que atribui *realidade* ao fenômeno associativo, único parâmetro aceitável para atribuição da personalidade jurídica”. (Id. Ibid., p. 333).

³⁸Nesse sentido: “É necessário estabelecer a conexão entre a concepção realidade da pessoa jurídica e a teoria institucionalista sobre a função das sociedades. O exercício é necessário, pois, como examinado, a teoria realista tem como propósito específico justificar a atribuição de personalidade a um fenômeno associativo, o que era privilégio de seres humanos nascidos com vida. Ao fazê-lo, limita-se a imaginar que a pessoa jurídica tenha vontade própria, porém não se ocupa de analisar o processo de formação dessa vontade. E aqui entra a contribuição da teoria institucionalista do direito societário, pois é ela que auxiliará na compreensão desse processo. Com efeito, a doutrina institucionalista representa um modelo bastante consistente de explicação da realidade que a teoria de Gierke procurou captar para justificar a existência das pessoas jurídicas. O institucionalismo passa a definir e estudar a vontade própria da pessoa jurídica e suas formas de expressão”. (Id. Ibid., p. 333-334).

aos outros sócios, devendo-se romper o vínculo apenas em relação ao inadimplente ou falido³⁹.

De fato, essa foi a opção adotada pelo legislador no art. 981 do Código Civil, que assim dispõe:

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Uma vez formada a sociedade pelo concurso de vontades, a consequência mais importante consistirá no desabrochar de sua personalidade jurídica. E nisso, queremos apenas dizer que haverá instituição de ente próprio, dotado de capacidade para praticar quaisquer atos jurídicos, exceto os não proibidos. A pessoa jurídica, portanto, consiste nesse ente próprio, dotado de aptidão para praticar atos jurídicos⁴⁰.

Da personalização, derivam alguns efeitos. Nesse diapasão, a pessoa jurídica poderá ser titular de obrigações próprias, não sendo os sócios partícipes dessa relação. De igual modo, poderá demandar e ser demandada em âmbito processual.

Para fins do presente trabalho, no entanto, importa-nos tratar do efeito atinente à responsabilidade patrimonial. Nesta senda, da personalização da sociedade empresária, decorre a separação de patrimônios desta e de seus sócios. A pessoa jurídica é proprietária de bens próprios, de modo que a participação societária não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade. Os credores da sociedade têm como garantia o patrimônio

³⁹“A consequência mais notável que resulta (...) no contrato plurilateral atinge só e unicamente a adesão da parte, permanecendo o contrato em relação às outras, se seu objeto continuar a ser viável. (...). Já tivemos oportunidade de afirmar, e reafirmar agora, a nossa crença em que a sociedade comercial resulta de contrato plurilateral, considerando essa teoria compatível com o direito positivo brasileiro. (...). Assim, por exemplo, quando o sócio ingressa com sua cota, ou quando é declarado falido (em relação à cota que possua em outra sociedade), ou quando nas sociedades de capital e indústria empregar-se em operação estranha à sociedade, nessas hipóteses legais o contrato não se resolve, rompendo-se o vínculo apenas em relação ao inadimplente ou ao falido, se assim desejarem os demais contratantes. (...). Através do contrato plurilateral podemos recondicionar, modernizando, todo o capítulo da dissolução das sociedades comerciais, para preservá-la em caso de morte do sócio, incapacidade, retirada ou exclusão, no caso de pedido unilateral de dissolução, desfazendo o vínculo contratual do sócio que se afasta, sem prejuízo de continuação da sociedade, desde que remanesçam mais de dois elementos”. (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 32. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 454).

⁴⁰Nesse ponto, ao apontar a existência de traço distintivo entre a pessoa jurídica e o ente despersonalizado, Fábio Ulhôa Coelho leciona que: “(...) no campo do direito privado, o sujeito personalizado pode fazer tudo que não está proibido; o despersonalizado, somente o essencial ao cumprimento de sua função ou os atos expressamente autorizados”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, cit., 15. ed., v. 2, p. 29).

social, podendo, apenas excepcionalmente, executar o patrimônio do sócio, em busca de saldar dívida da sociedade⁴¹.

4.2. A limitação da responsabilidade patrimonial e a crise da pessoa jurídica

Para tratar o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica, é preciso enxergá-lo a partir da crise da limitação da responsabilidade patrimonial e da própria função da pessoa jurídica.

Nesse ponto, algumas premissas se fazem necessárias. Primeiramente, convém ressaltar que a premissa segundo a qual a responsabilidade limitada é causada pela atribuição de personalidade jurídica é falsa⁴². Isso porque, a rigor, aquela decorre da natureza creditória do direito dos sócios sobre os resultados da empresa⁴³.

Entender que a sociedade tem patrimônio distinto dos sócios (autonomia patrimonial) não implica, automaticamente, que estes sejam limitadamente responsáveis em relação às obrigações assumidas pela pessoa jurídica. Num primeiro momento, resguarda-se a estes apenas a prerrogativa de ver executados os bens da sociedade anteriormente à excussão de seus bens próprios (benefício de ordem). Por outro lado, determinados tipos societários têm como característica a limitação da responsabilidade patrimonial até o limite das ações subscritas por cada sócio (v.g., sociedade limitada, prevista no art. 1.052, do Código Civil).

A limitação de responsabilidade tem causas econômicas explícitas que se sucederam ao longo do tempo, à medida que o direito aceitou os influxos da economia em seu âmago. Os primórdios da limitação remontam à Baixa Idade Média, sobretudo na fase de evolução do capitalismo comercial, no âmbito econômico, e do Renascimento, no âmbito ideológico. Nesse cenário, surge o mercantilismo como doutrina intelectual econômica.

⁴¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, cit., 15. ed., v. 2, 33-34.

⁴²“Há determinados ordenamentos jurídicos em que a personificação societária consiste em sinônimo de limitação de responsabilidade dos sócios, de que é exemplo o Reino Unido. Diversamente, no direito brasileiro, a personalidade jurídica é apenas um dos instrumentos que permite alcançar a limitação de responsabilidade dos sócios”. (PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 32-33. (Jurimetria/Empirical Legal Studies)).

⁴³Walfrido Jorge Warde Júnior argumenta que “a limitação de responsabilidade foi também transformada, a partir do século XIX, por argumentos e doutrinas econômicas que se lhe impuseram novas funções e que, em consequência, determinaram seus fundamentos”. (WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 128-129).

Consoante o mercantilismo, a riqueza de uma nação poderia ser definida mediante a quantificação de ouro e prata acumulados. Disso dependia a consolidação de um Estado forte, a fim de incentivar o comércio exterior. A limitação de responsabilidade apareceu como resposta a esse fundamento econômico, mediante o aprimoramento de formas societárias para adequar aos princípios e técnicas do direito diante da necessidade de mitigação de riscos experimentados por comerciantes, fomentando investimentos⁴⁴.

Posteriormente, o liberalismo econômico recrudescer ainda mais esse processo. Nesse sentido, a doutrina liberal motivou, no séc. XIX, a difusão plena de sociedades por quotas de responsabilidade limitada⁴⁵.

Com o passar do tempo, modificou-se a compreensão a respeito da responsabilidade de quem age escudado pela sociedade enquanto ente jurídico dotado de personalidade jurídica. Esse fenômeno ocorre mais rapidamente à medida que operações fraudulentas passam a ter complexidade significativa.

Daí porque, no séc. XX, exsurge a ideia de crise do sistema e da própria função da pessoa jurídica como instituto destinado à limitação de responsabilidade⁴⁶.

A crise é sistêmica, uma vez que, diante do surgimento de diversas formas societárias, tem-se dúvidas a respeito de quais entes são ou não dotados de personalidade jurídica e, sobretudo, de limitação de responsabilidade. Isso se agrava em razão de haver uma quebra do *numerus clausus* em matéria de tipos de pessoas jurídicas e uma aplicação do conceito a realidades tradicionalmente consideradas excluídas do âmbito de aplicação de normas destinadas às pessoas jurídicas (tais como a massa falida, a sociedade de fato etc)⁴⁷.

Já a crise da função da pessoa jurídica leva como consequência à desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que se funda no desvio do instituto criado para limitar a responsabilidade que passa a ser utilizado como instrumento da pessoa natural⁴⁸.

Segundo Fábio Konder Comparato, a concepção contratualista decorrente das teorias da ficção acaba por impedir o estabelecimento de limites reais ao poder do controlador ou administrador da pessoa jurídica⁴⁹. Tudo isso está a demonstrar que o individualismo jurídico

⁴⁴WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 132.

⁴⁵Id. Ibid., p. 134.

⁴⁶OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 8.

⁴⁷BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

⁴⁸Id. Ibid., p. 21.

⁴⁹Nesse sentido, assevera Comparato-Salomão Filho que: “Hoje a absoluta prevalência da teoria da ficção e de suas vertentes positivistas como a teoria normativa de Kelsen é poderoso fator em apoio da concepção

se encontra em colapso⁵⁰, devendo ser feita uma reanálise valorativa do conceito de pessoa jurídica, conferindo-se certa maleabilidade na condição de instrumento jurídico, de maneira a adaptá-lo a valores e necessidades de diferentes contextos históricos e sociológicos⁵¹.

A fim de compreender o fenômeno da desconsideração, é preciso, portanto, inserir seu surgimento como decorrência da crise do individualismo jurídico decorrente das limitações inerentes à teoria contratualista, à luz do direito em meio a uma sociedade complexa e com economia cada vez mais globalizada⁵².

contratualista da sociedade. Assim ainda que teoricamente discutível e sua prática muitas vezes superada, o contratualismo revive e predomina na interpretação doutrinária e na jurisprudência, por força de preconceitos individualistas e também de apoios inesperados, como o vindo da concepção dominante de pessoa jurídica. Ora, a concepção contratualista é uma das mais poderosas barreiras ao estabelecimento de reais limites ao poder do controlador. Para isso contribui, portanto, sem dúvida e ainda que indiretamente, à vigente concepção de pessoa jurídica". (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 334).

⁵⁰Lamartine Corrêa entende que o individualismo jurídico como valor absoluto deve ceder, diante da crescente importância atribuída à boa-fé e à prevenção ao abuso de direito: "O nosso tempo é testemunha da crescente preocupação dos códigos com a necessidade de reintrodução de critérios éticos como básicos para a valoração dos fatos jurídicos. É nessa linha que se inscreve a crescente importância atribuída por diplomas legislativos recentes ao princípio da *boa fé* e à prevenção do *abuso de direito*. Tudo isso está a denunciar também – como de resto é evidente – o colapso do individualismo jurídico". (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 609).

⁵¹SILVA, Leonardo Toledo da. *Análise crítica do art. 50 do Código Civil: desconsideração da personalidade jurídica e responsabilidade do administrador*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 21.

⁵²Para um estudo aprofundado do direito na economia globalizada, v. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

5. OS PRIMEIROS CASOS NOS TRIBUNAIS E A CONCEPÇÃO INICIAL DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA DOCTRINA ESTRANGEIRA

Se por um lado a separação de patrimônios e a limitação de responsabilidade incentivaram a captação de capitais, externalizando grande parte dos custos dos empreendimentos decorrentes dos riscos da atividade empresarial, a fraude, enquanto elemento intrínseco à convivência humana, passou a ser observada na utilização desses institutos⁵³.

Modernamente, diante da complexidade das relações sociais (v.g., sociedade de consumo, coligação de sociedades mercantis, controle individual de grupos econômicos etc.), tem-se percebido que a distinção patrimonial entre sociedade e integrantes, em vez de consagrar regras de justiça social, tem servido de escudo para a prática de atos ilícitos e comportamentos fraudulentos⁵⁴.

Nesse contexto, é de fundamental importância que o direito ofereça resposta a tais expedientes. Todavia, diante da complexidade das relações sociais, nem sempre a criação de teorias jurídicas decorre da doutrina ou de reformas institucionais. Esse é o caso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que surgiu como produto da jurisprudência, muito embora existam tentativas de sistematização posteriores, à luz do fenômeno pretoriano.

⁵³RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros Ed., 2016. p. 43-44.

⁵⁴Nesse sentido, leciona Caio Mário da Silva Pereira: “Sentindo os inconvenientes dessa imunidade, o direito norte-americano, engendrou a doutrina da *disregard of legal entity*, segundo a qual se deve desconsiderar a pessoa jurídica quando, em prejuízo de terceiros, houver por parte dos órgãos dirigentes a prática de ato ilícito, ou abuso de poder, ou violação da norma estatutária ou, genericamente, infração de disposição legal. Não obstante o princípio da distinção entre a sociedade e seus integrantes, em determinadas circunstâncias opera-se como que levantando ou perfurando o véu – *lifting or piercing the veil* – para alcançar o sócio, o gerente, o diretor, o administrador, e trazê-lo à realidade objetiva da responsabilidade. Em oposição, portanto, à velha regra *societas distat a singulis*, uma nova concepção foi construída”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 277).

5.1. O paradigmático caso “Salomon vs. Salomon & Co”

Originalmente, o caso paradigmático que deu origem à teoria da desconsideração corresponde ao famoso caso “Salomon *versus* Salomon & Co”, ocorrido em 1897, em Londres na Inglaterra⁵⁵.

Aaron Salomon era um comerciante de sapatos de couro na Inglaterra e constituiu uma sociedade por ações com sua mulher e filhos, ficando ele com 20.000 ações e os demais com uma ação cada. Após criar a sociedade (Salomon & Co), transferiu todos os seus negócios para esta, juntamente com todo seu estoque e carteira de clientes. Segundo ele, a integralização do valor do aporte seria superior às ações subscritas, razão pela qual a sociedade lhe ofertou garantia de 10 mil Libras Esterlinas⁵⁶.

Após um ano, a companhia foi à insolvência e entrou em liquidação. Todavia, o ativo era insuficiente para saldar dívidas com credores quirografários, uma vez que estas deveriam ser solvidas posteriormente ao pagamento do sócio majoritário, também credor, com garantias prestadas pela companhia. O liquidante da empresa, agindo a interesse dos credores quirografários, ajuizou ação em face de Salomon, sustentando que a atividade da empresa era, na verdade, a atividade individual de Salomon, que teria a instituído apenas e tão somente para limitar sua própria responsabilidade. Como consequência, a sociedade pediu a condenação de Aaron a pagar as dívidas dela⁵⁷.

A primeira instância e a *Court of Appeal* aplicaram a teoria da desconsideração da personalidade. Todavia, posteriormente, a *House of Lords* reformou a decisão para reconhecer o direito de crédito preferencial de Salomon em relação aos credores quirografários, tomando como fundamento a autonomia patrimonial existente entre pessoa jurídica e pessoa física.

Nesse sentido, *Lord* Herschell entendeu que a sociedade era ente dotado de personalidade jurídica, distinta de Aaron. Também sustentou que o fato de existirem meros *testas de ferro* de Aaron não seria suficiente de *per se* para afastar a constituição válida da sociedade. Outrossim, *Lord* Macnaghten enfrentou a questão sob a óptica da sociedade

⁵⁵O caso paradigmático se encontra bem narrado na obra de Otávio Joaquim Rodrigues Filho, a saber: RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 44-47.

⁵⁶OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 456-457.

Também ver: VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 91.

⁵⁷VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, cit., p. 91.

unipessoal, fundamentando que o fato de as ações virem a ser transferidas a uma só pessoa durante a vida da sociedade em nada afetaria sua capacidade⁵⁸.

Muito embora tenha sido esse o entendimento final da *House of Lords*, o caso influenciou sobremaneira o modo como o direito inglês passou a lidar com fraudes patrimoniais envolvendo pessoas jurídicas interpostas⁵⁹.

Verifica-se, em essência, que a desconsideração da personalidade jurídica sempre derivou da ideia de abuso de direito, uma vez que se trata de técnica destinada a coibir abusos decorrentes da limitação de responsabilidade cometidos por meio de centros autônomos de imputação de direitos e deveres, quando tal limitação for utilizada como subterfúgio para favorecimento de indivíduos que, sob o manto do princípio da autonomia patrimonial, utilizam-se da estrutura societária de modo fraudulento para perseguir fins ilícitos⁶⁰.

5.2. A doutrina de Rolf Serick

O primeiro trabalho que tentou oferecer uma tentativa de sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica corresponde à tese de doutorado de Rolf Serick, *Forma e realidade da pessoa jurídica*, defendida na Universidade de Tübingen, da Alemanha, em 1953⁶¹.

Ao analisar os julgados do direito alemão e norte-americano, Serick identificou dois grandes grupos de casos em que a personalidade jurídica poderia ser desconsiderada, dividindo-os segundo o modo de justificativa para desconsideração. A partir disso, o autor

⁵⁸OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 456-457. Também v.: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 32.

⁵⁹Nesse diapasão, argumenta Pedro Henrique Torres Bianqui: “Tanto assim o é que tal caso influenciou a secção 31 da *Companies Act*, de 1948, que traz trato especial na situação de o número de membros de uma sociedade estar abaixo de sete no caso de uma *public company* e de dois no caso de *private company*, por período superior a seis meses. Trata-se mais do que converter uma *limited company* em *ilimited company*, porque nesta os débitos permanecem na sociedade, mesmo que os sócios venham a ser chamados para restaurar o patrimônio; já na aplicação da secção 31 a responsabilidade dos sócios será direta perante os credores. Mais interessante ainda é a secção 332 da mesma legislação, segundo a qual todas as pessoas que de modo consciente praticaram negócios no intuito de prejudicar credores *os for any fraudulent purpose*, podem ser judicialmente declaradas responsáveis ilimitadamente por débitos sociais. Ocorre que quem invocar tal dispositivo tem o pesado ônus de demonstrar que a sociedade agiu de forma fraudulenta e de que os responsáveis tinham consciência dos atos praticados”. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 32).

⁶⁰PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*, cit., p. 49-50.

⁶¹SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Trad. de Marco Vitale. Milano: Giuffrè, 1966. p. 1.

formulou quatro princípios que, em sua visão, sintetizariam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica⁶².

O primeiro grupo compreenderia os casos em que a desconsideração seria justificada sob ponto de vista objetivo-institucional. Nesta quadra, utilizam-se critérios nem sempre de fácil determinação, tais como, a utilização contrária aos estatutos, à função ou ao objetivo da pessoa jurídica. De outra parte, o segundo grupo - no qual Serick se inclui - compreenderia os casos em que a desconsideração seria justificada sob ponto de vista subjetivo, de modo que se deve utilizar como critério o elemento intencional: a utilização fraudulenta da forma societária⁶³.

Isto posto, formula Serick os quatro princípios basilares da sua teoria da desconsideração da personalidade jurídica: 1) se for verificado o abuso da forma da pessoa jurídica, o juiz deve impedir a aplicação da norma que resguarda a formalidade, a fim de impedir o alcance do fim ilícito, afastando o princípio da autonomia no caso concreto⁶⁴; 2) é vedado desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica somente em razão de não se ter realizado o escopo de uma norma ou causa objetiva de um negócio jurídico⁶⁵; 3) normas baseadas em atributos, capacidade ou valores humanos podem ser aplicadas às pessoas jurídicas, desde que não haja contradição em relação à função da pessoa jurídica⁶⁶; 4) se por meio da forma da pessoa jurídica se oculta o fato de que as partes de determinado negócio são, em realidade, o mesmo sujeito, é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica⁶⁷.

A ideia de Serick pode ser reduzida a um esquema “regra/exceção”, segundo a qual a personificação jurídica é a regra; e a desconsideração, hipótese excepcional, a ser utilizada em último caso, em caso de insolvência do devedor. Contudo, isso produz alguns problemas de ordem prática.

⁶²A formulação da teoria de Rolf Serick se encontra muito bem sintetizada na obra de André Pagani de Souza. Ao comentar a teorização empreendida por Rolf Serick, o autor aduz que: “Em apertada síntese, Rolf Serick observa que o instituto da pessoa jurídica torna possível a perseguição de fins ilícitos sob uma aparente veste de legalidade. Em razão disso, a autonomia da pessoa jurídica só deve ser respeitada se servir para os objetivos a que foi criada. Caso contrário, a pessoa jurídica deve ser desconsiderada para alcançar as pessoas que agem por meio dela. (...) O grande mérito da obra de Rolf Serick foi buscar a identificação de critérios seguros para desconsiderar a autonomia da personalidade jurídica diante de abusos e fraudes cometidos por meio da pessoa jurídica, sem comprometimento dela enquanto instituto técnico-jurídico”. (SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66).

⁶³SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2015. p. 235.

⁶⁴SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*, cit., p. 275.

⁶⁵Id. Ibid., p. 281-284.

⁶⁶Id. Ibid., p. 287-292.

⁶⁷Id. Ibid., p. 292-294.

Nesse sentido, Calixto Salomão Filho tece precisas críticas à teoria de Serick. Para o professor, a teoria, se levada às suas últimas consequências, implicaria admitir a desconsideração apenas em caso de falência da sociedade, na hipótese em que, mesmo depois de levantados os bens, ainda assim o patrimônio não fosse suficiente ao pagamento das dívidas. Isso tudo seria decorrência do fato de que, consoante a teoria de Serick, deve-se conceder maior importância à tutela da personalidade jurídica e, por consequência, do próprio devedor⁶⁸.

Sucedem que os conceitos de falência e de desconsideração não devem ser enxergados como conceitos antinômicos. A desconsideração, por vezes, apresenta-se como um método para, inclusive, permitir o exercício da atividade social. Além do mais, condicionar a desconsideração à insolvência seria semelhante a impor aos credores uma difícil escolha: a tentativa de receber o crédito redundaria na interrupção do exercício da sociedade e de suas relações comerciais; o que, em última análise, dificultaria o próprio recebimento do crédito⁶⁹.

5.3. A doutrina de Müller-Freienfels

Os postulados traçados por Rolf Serick foram rechaçados por Müller-Freienfels. Segundo o autor, o esquema “regra/exceção” formulado pelo jurista alemão deve ceder diante da análise de cada situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor determinada disciplina.

Com efeito, a desconsideração deve ser tratada sob uma visão menos rígida, de modo a incluir não apenas situações de fraude, mas também situações em que, à luz do escopo da norma aplicável, faz-se oportuno e conveniente não levar em conta a personalidade jurídica. Aqui, a teoria desenvolvida por Müller-Freienfels ganha em profundidade epistêmica, uma vez que, ao abandonar a visão segundo a qual a desconsideração deve se mostrar assentada em fraude – proposta por Serick –, passa a entender a desconsideração como técnica legislativa ou de aplicação de normas cujos valores dependerão de cada conjunto normativo⁷⁰.

⁶⁸SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 237.

⁶⁹Id. Ibid., p. 240.

⁷⁰Id. Ibid., p. 242.

Portanto, para o autor alemão, a solução adequada para promover a desconsideração dependerá da finalidade objetiva de norma específica, vista no quadro da ordem jurídica, econômica e social, bem como de seus princípios básicos. A análise deve levar em conta a função da norma e a opção quanto a interesses feita pelo legislador; tudo isso sob o prisma da hierarquia de valores da respectiva ordem jurídica⁷¹.

⁷¹OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 367.

6. A INTRODUÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

Tanto a teoria de Rolf Serick como a teoria de Müller-Freienfels influenciaram no tratamento da teoria da desconsideração no direito brasileiro. Nesse capítulo, analisaremos os principais teóricos que influenciaram o surgimento doutrinário do instituto no direito brasileiro.

6.1. A contribuição de Rubens Requião

No Brasil, o art. 20 do revogado Código Civil de 1916 dispunha que:

“Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

Tal como no direito estrangeiro, no Brasil, a desconsideração da personalidade jurídica surgiu primeiramente nos Tribunais⁷².

Aponta-se Rubens Requião como pioneiro no tratamento do tema da desconsideração da personalidade jurídica, que, em conferência⁷³ na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná em 1969, esboçou os limites da teoria da desconsideração a partir da obra de Rolf Serick e de Piero Verrucoli.

⁷²Muito embora não tenha sido feita menção expressa à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é possível destacar a Apelação 9.247, rel. Des. Edgard de Moura Bittencourt, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de São Paulo, j. 11/04/1955. No caso, um dos sócios de um hospital, constituído sob a forma de sociedade anônima, adquiriu bens para uso próprio em nome da sociedade. Com efeito, diante da ocorrência de confusão patrimonial, afastou-se a autonomia patrimonial do sócio pessoa física em relação à pessoa jurídica. Nesse ponto, faz-se mister recorrer a excerto do julgado: “A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito”. Para conferir a íntegra do julgado: TACivSP, 4ª Câmara, ACi, 9.247, comarca da Capital, rel. Edgard de Moura Bittencourt, j. 11.4.1955, v. u. (RT 238/393).

⁷³A conferência posteriormente foi transformada em artigo intitulado “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.

Nesse sentido, é inevitável o viés subjetivista no tratamento da teoria pelo autor. A desconsideração da personalidade jurídica teria cabimento nas hipóteses de fraude e abuso de direito, com vistas a fornecer a eticidade necessária ao sistema jurídico⁷⁴.

Conclui Requião que a teoria proposta é plenamente adequada ao direito brasileiro. Para tanto, faz menção a diversos julgados dos Tribunais pátrios em que a teoria da desconsideração foi aplicada, ainda que não tenha havido menção expressa à teoria⁷⁵.

6.2. Fábio Konder Comparato e o poder de controle

Em evolução à compreensão da teoria da desconsideração inicialmente traçada por Requião, Fábio Konder Comparato entende que é preciso caminhar de um viés subjetivista do instituto para um viés funcional.

Nesta senda, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser feita a partir da função do poder de controle societário. Preserva-se a personalidade jurídica apenas se houver respeito à autonomia patrimonial da pessoa jurídica pelos seus próprios integrantes⁷⁶.

Com efeito, nas hipóteses em que porventura ocorrer confusão patrimonial entre bens da sociedade e bens dos sócios, não há motivo para se respeitar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Se há desvio de função da pessoa jurídica, consubstanciada na confusão patrimonial, deve a autonomia ser desconsiderada⁷⁷.

⁷⁴Nesse sentido, Requião leciona que: “(...) diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos”. (REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)*, cit., p. 14).

Em sequência, após fazer menção a uma série de casos em que a desconsideração foi aplicada ao redor do mundo, exorta para a necessidade de trazê-la à luz da realidade brasileira, com viés subjetivo peculiar da doutrina de Serick e Verrucoli: “A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, para impedir a fraude e o abuso de direito, está, como vimos, consagrada na jurisprudência de diversos países, cuja cultura sempre influenciou e inspirou nossos juristas. É concebível pois que a <<disregard doctrine>> tenha reflexos em nosso direito, ou com ele seja compatível e aplicável”. (Id. *Ibid.*, p. 20).

⁷⁵Id. *Ibid.*, p. 21-24.

⁷⁶COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 352-362.

⁷⁷Nesse ponto, na linha da crítica de Müller-Feienfels à doutrina de Serick, Comparato-Salomão Filho tece críticas contundentes à concepção subjetivista da teoria da desconsideração: “Um dado, porém, é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes. É, talvez, por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento de personalidade com as noções de abuso de direito e de fraude à lei. A explicação não nos parece inteiramente aceitável. Ela deixa de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude (...)”. (Id. *Ibid.*, p. 355-356).

Muito embora parte da doutrina entenda que, na formulação proposta por Fábio Konder Comparato, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passa a ser guiada por um critério objetivo - qual seja, a confusão patrimonial -, independentemente de se verificarem abuso de direito ou fraude (elementos subjetivos)⁷⁸, a construção teórica do professor não pode ser reduzida a isso.

A bem da verdade, Comparato entende que a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se que assim seja, uma vez que a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial. Nesse sentido, se o controlador, que é o maior interessado na manutenção do princípio, descumpre-o na prática, não se submete ao azo que os juízes o respeitem⁷⁹.

Todavia, o professor não reduz sua análise à ocorrência da confusão patrimonial. Para tanto, aponta o desvio de função da pessoa jurídica como justificativa da desconsideração. A função da pessoa jurídica consistiria na criação de um centro de interesses autônomo. Quando esse centro de interesses não estiver presente, a desconsideração será a solução⁸⁰.

6.3. A contribuição de Lamartine Corrêa de Oliveira

Como dito acima, Lamartine Corrêa traça importante contribuição no tema da desconsideração da personalidade jurídica. É dele a contundente crítica a respeito da perda de função da pessoa jurídica⁸¹.

Segundo o autor, as hipóteses de desconsideração servem apenas e tão somente para fins de responsabilização patrimonial. Dessarte, mostra-se ínsito ao conceito de desconsideração o princípio da subsidiariedade, à luz da concepção dualista de obrigação:

⁷⁸SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 93.

⁷⁹COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 450.

⁸⁰Id. *Ibid.*, p. 356.

⁸¹Nesse ponto, faz-se mister trazer a lição de Lamartine Corrêa, segundo a qual: “A pessoa jurídica é uma realidade que tem funções – função de tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios isolados de um ser humano; função de limitação dos riscos empresariais; função de agrupamento entre os homens para fins religiosos, políticos, educacionais; função de vinculação de determinados bens ao serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes. À medida, porém, que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras – não previstas pelo legislador – funções. Se tais funções novas entram em contraste com os valores reitores da ordem jurídica, há crise da função do instituto”. (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 608).

responsabilidade subsidiária, por dívida alheia. Por outro lado, no que atine aos demais casos, que supostamente também se tratariam de desconconsideração, em razão de inexistir tentativa de atribuição de responsabilidade patrimonial, deverão ser tratados pelo direito civil, uma vez que, para o autor, não consistem em desconconsideração, e sim em hipóteses de imputação de ato. Nesse quadrante, inserem-se as hipóteses em que se invoca a teoria da aparência, as regras relativas a simulação, abuso de direito, *venire contra factum proprium etc*⁸².

O professor incorre na mesma imprecisão conceitual-técnica de Serick, uma vez que subordina a aplicação da desconconsideração aos casos de responsabilização patrimonial com incidência do princípio da subsidiariedade, de modo que se faz imperiosa a insolvência do primariamente responsável⁸³.

Sucedem-se, como bem alerta Calixto Salomão Filho, os conceitos de falência e desconconsideração não devem ser enxergados como conceitos antinômicos. A desconconsideração, por vezes, apresenta-se como um método para, inclusive, permitir a continuidade do exercício da atividade social. Além do mais, condicionar a desconconsideração à insolvência seria semelhante a impor aos credores uma difícil escolha: a tentativa de receber o crédito redundaria na interrupção do exercício da sociedade e de suas relações comerciais; o que, em última análise, dificultaria o próprio recebimento do crédito⁸⁴.

Demais disso, ao entender que os demais casos distintos das hipóteses de responsabilização patrimonial subsidiária com insolvência devem ser tratados como imputação, cuja solução proposta deve ser dada pela terapêutica civil, o autor não levanta qualquer questionamento a respeito das limitações inerentes ao direito civil, por ser menos adequado à realidade empresarial. A simulação, por exemplo, influi sobre a validade do negócio jurídico; o que não se adequa ao campo de estudo relativo à desconconsideração da personalidade⁸⁵.

A análise da formação do pensamento doutrinário brasileiro acerca da desconconsideração da personalidade jurídica tem significativa importância, uma vez que serve para demonstrar as balizas dessa teoria.

⁸²OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 610.

⁸³Id. *Ibid.*, p. 611.

⁸⁴SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 240.

⁸⁵SILVA, Leonardo Toledo da. *Análise crítica do art. 50 do Código Civil: desconconsideração da personalidade jurídica e responsabilidade do administrador*, cit., p. 42.

Hodiernamente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na conformação legislativa brasileira, adota tanto o critério objetivo (confusão patrimonial), como o critério subjetivo (abuso de direito e fraude), o que nos leva à conclusão de que ambos os critérios podem conviver harmoniosamente⁸⁶. O tratamento dos fundamentos da desconsideração será feito por ocasião da análise das hipóteses de desconsideração de personalidade jurídica, à luz do panorama legislativo atual.

⁸⁶SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 93.

7. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO INEFICÁCIA EPISÓDICA

Uma vez estabelecidas as balizas que fundamentam a decretação da desconsideração, é preciso tratar sobre suas consequências no mundo jurídico. Afinal, em que consiste *desconsiderar* a personalidade jurídica?

De início, é interessante notar que Rubens Requião esboçou a desconsideração como hipótese de ineficácia especial da personalidade jurídica, e não como hipótese de anulação⁸⁷.

Marçal Justen Filho conceitua a desconsideração da personalidade jurídica como a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica⁸⁸.

Nesse espectro, verifica-se que Marçal Justen Filho também entende a desconsideração como hipótese de ineficácia episódica⁸⁹, e não como hipótese de anulação.

Em complemento, Fábio Konder Comparato e Lamartine Corrêa também colocam a desconsideração como tema a ser tratado no plano da eficácia, não comprometendo nem a existência nem a validade⁹⁰. Com efeito, os autores parecem concordar com a formulação conceitual original proposta por Rubens Requião. É de Requião o mérito de delimitar o

⁸⁷Para tanto, traz-se à baila o seguinte excerto do artigo: “O mais curioso é que a <<disregard doctrine>> não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos”. (REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)*, cit., p. 14).

⁸⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade jurídica societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 57.

⁸⁹Para maiores aprofundamentos sobre os planos da existência, validade e eficácia: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo Saraiva, 2015; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹⁰Nesse sentido: “A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí porque não se deve cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa”. (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 356). E também: “de modo correto, a consequência da desconsideração não é a nulidade – absoluta ou relativa – do ato, negócio, ou relação, mas sua ineficácia”. (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, cit., p. 552).

instituto a uma operação de efeitos no plano da eficácia, incidente em determinado caso concreto.

A rigor, a desconsideração da personalidade jurídica suspende a eficácia da limitação da responsabilidade dos sócios ou da sociedade (nos casos de desconsideração inversa).

A caracterização da desconsideração como fenômeno que ocorre no plano da eficácia traz consigo uma série de consequências jurídicas. Vale dizer: uma vez que não há comprometimento da existência e da validade, não se admite que a desconsideração seja utilizada para prejudicar terceiros interessados, uma vez que o negócio jurídico subsiste válido entre as partes originárias. Ao revés, a aplicação da teoria, por acarretar apenas a declaração de ineficácia da limitação de responsabilidade dos membros de um centro autônomo de imputação, dotado de direitos, deveres e patrimônio próprios, logra por garantir a higidez da existência e validade do negócio jurídico em toda a sua extensão⁹¹.

Também não se pode deixar de olvidar para o fato de que a desconsideração não implica supressão duradoura da responsabilidade limitada dos membros de determinado centro autônomo de imputação, uma vez que incide sobre caso concreto, em relação específica e delimitada. Consequentemente, caso seja aplicada em proveito de apenas um credor, não deve ser estendida, automaticamente, aos demais credores. Nesse sentido, incumbe a cada um deles provar a presença dos pressupostos da teoria, tendo como base o caso concreto, para que também haja declaração de ineficácia da limitação de responsabilidade patrimonial do devedor em relação a eles⁹².

⁹¹JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade jurídica societária no direito brasileiro*, cit., p. 57. Também convém registrar a lição de Fábio Ulhoa Coelho: “Deve-se ressaltar, contudo, que a solução para evitar manipulações como estas não é abolir a autonomia da pessoa jurídica, como regra. O problema não está no perfil básico do instituto, mas no seu mau uso. O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine* ou *piercing the veil*) é exatamente possibilitar a coibição de fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos de seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraudes”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, cit., 15. ed., v. 2, p. 34-35).

⁹²PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*, cit., p. 53.

8. OS FUNDAMENTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Muito embora o presente trabalho tenha como propósito a análise de aspectos processuais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não se deve perder de vista que quem define as hipóteses de desconsideração é o direito material.

Nos capítulos 5 e 6, foram traçadas as balizas que delinearão, originariamente, os pressupostos da desconsideração.

Hodiernamente, mostra-se possível dividir as hipóteses fáticas de desconsideração em dois grupos⁹³: (1) desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade, que pode ser derivada da: (a) confusão de esferas; (b) subcapitalização; (c) simples inadimplência em determinadas espécies de obrigações; e (d) fraude e abuso; e (2) desconsideração da personalidade jurídica para fins diversos da responsabilização.

8.1. Desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade

8.1.1. Confusão patrimonial, confusão de esferas e desconsideração inversa

A confusão patrimonial corresponde a uma das hipóteses de desconsideração para fins de responsabilidade e se encontra positivada no art. 50 do Código Civil de 2002, que assim dispõe:

“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”.

⁹³RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 72.

Trata-se de hipótese corriqueira em que os sócios promovem confusão do seu patrimônio próprio com o patrimônio da pessoa jurídica. E também pode ocorrer entre patrimônios de pessoas jurídicas distintas⁹⁴.

Quando há a constituição de uma sociedade, sempre se encontra presente certo risco de insolvência, inerente ao exercício da atividade econômica. Com efeito, a limitação de responsabilidade patrimonial engendra garantia ao sócio, uma vez que demarca a divisão dos riscos a serem suportados por ele em caso de prejuízo. Todavia, evidentemente, isso não pode representar a ausência absoluta de responsabilidade. Nos casos de confusão entre patrimônios, não há sequer respeito à separação que deveria existir entre patrimônio do sócio/administrador pessoa física e patrimônio da pessoa jurídica, de modo que a garantia dos credores resta prejudicada⁹⁵.

Nesse ponto, é preciso ressaltar que a confusão patrimonial, por si só, não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, sendo necessário o esvaziamento do patrimônio social mediante insolvência, de maneira a prejudicar credores⁹⁶. A desconsideração pressupõe impossibilidade de individualizar o patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica. Se as operações que implicam diminuição patrimonial da sociedade são passíveis de individualização, sendo plenamente identificáveis os bens subtraídos, os lesados poderão tomar medidas como o reconhecimento de fraude contra credores, ou, até mesmo, de fraude à execução. Nessa situação, faltará interesse jurídico para pedir a desconsideração⁹⁷.

A confusão patrimonial só se aplica à mistura entre patrimônios. Hipótese mais abrangente, todavia, consiste na confusão entre esferas, em que a confusão passa a abranger não apenas o patrimônio, mas também a organização e a denominação sociais. A confusão de esferas é gênero, do qual a confusão patrimonial é espécie. Em todas essas hipóteses, contudo, é sempre necessária a insolvência, a fim de que a desconsideração com responsabilização patrimonial possa ser implementada⁹⁸.

A confusão na denominação pode ocorrer quando há emprego de nomes semelhantes ou de fácil confusão com o nome da sociedade controladora para designar a sociedade

⁹⁴SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 246.

⁹⁵RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 73.

⁹⁶BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 55.

⁹⁷RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 74.

⁹⁸Id. *Ibid.*, p. 76.

controlada. Já a confusão na organização se baseia, sobretudo, em critérios formais, com a existência de administração e contabilidade separadas entre sócio e sociedade⁹⁹.

Também não se pode deixar de olvidar para a chamada desconsideração inversa. Em regra, a teoria da desconsideração é utilizada para responsabilizar o integrante da pessoa jurídica, por dívida formalmente imputada a esta. Todavia, é plenamente possível que o inverso ocorra. Tem-se como exemplo a hipótese em que um sócio devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém controle, continuando a usufruir dos bens transferidos¹⁰⁰.

Um argumento correntemente apresentado em crítica à teoria da desconsideração inversa consiste na possibilidade de lesão aos credores da sociedade. É dizer: ao responsabilizar a sociedade por dívida particular do sócio, outros credores da sociedade seriam prejudicados. Outrossim, outro argumento que pode ser apresentado contra a aplicação da desconsideração invertida é que a fraude ou o abuso de direito praticados pelo sócio poderiam ser resolvidos por meio da penhora de quotas do sócio que praticou ato ilícito. Tanto o primeiro como o segundo argumentos podem ser facilmente rebatidos. O primeiro, uma vez que não se submete ao azo que um patrimônio particular indevidamente transferido pela sociedade seja utilizado em favor desta. Por fim, em refutação ao segundo argumento, assevere-se que o interesse do credor do sócio é o recebimento de seu crédito, e não a participação em determinada sociedade por meio de quotas¹⁰¹.

8.1.2. Subcapitalização

A subcapitalização da sociedade inviabiliza o empreendimento de atividades econômicas, sobretudo nos casos em que há insolvência. Trata-se de uma das formas de abuso de direito relativo à personificação. Todavia, há que se distinguir a subcapitalização simples da qualificada. A subcapitalização qualificada ocorre quando a subcapitalização é evidente, diante do volume de negócios a ser realizado, concretizando nítida desproporção entre ativo e passivo. Por outro lado, a subcapitalização simples ocorre quando a

⁹⁹SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 246.

¹⁰⁰SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 94.

¹⁰¹Id. *Ibid.*, p. 96-97. De igual modo, Calixto Salomão Filho também chama atenção para o fato de que a sociedade pode apresentar patrimônio líquido negativo, o que também tornaria a penhora por quota inviável para fins de responsabilização patrimonial. Nesse sentido, ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 249.

subcapitalização não é tão evidente, resultando em pequena diferença entre as obrigações e haveres da sociedade¹⁰².

Para Calixto Salomão Filho, na subcapitalização qualificada, em razão de o capital inicial ser claramente insuficiente ao cumprimento dos objetivos e da atividade social, o perigo criado pelo sócio no exercício do comércio já é suficiente para caracterizar a responsabilidade. Por outro lado, na subcapitalização simples, em razão de a insuficiência do capital social não ser tão evidente, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, ou seja, culpa e dolo do sócio em não prover capital suficiente, a fim de que a responsabilidade possa ser configurada¹⁰³.

No Brasil, não se tem encontrado a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em caso de subcapitalização. Isso se deve ao fato de que, no ordenamento nacional, não há regramento que especifique valor mínimo de capital social. Também não existe em nosso sistema o chamado “coeficiente de solvência”¹⁰⁴.

Diante da inexistência de critérios em nosso ordenamento¹⁰⁵, não se deve admitir a responsabilidade dos sócios automaticamente em razão das dívidas da sociedade, a menos que haja enorme desproporção entre o ativo e o passivo da sociedade¹⁰⁶. Todavia, nesses casos, a rigor, a desconsideração não será derivada da subcapitalização, e sim do abuso de direito.

8.1.3. Simples inadimplência em determinados tipos de obrigações

Em determinados tipos de obrigações – tais como, trabalhistas e decorrentes de relação de consumo -, a mera inadimplência já é suficiente para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que doutrina abalizada entenda que, em casos tais, não haverá propriamente desconsideração¹⁰⁷.

¹⁰²RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 76.

¹⁰³SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 246.

¹⁰⁴RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 77.

¹⁰⁵A preocupação é trazida por Calixto Salomão Filho, que aduz: “(...) se o legislador não impõe obrigação de capital mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento de constituição da sociedade”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 246-247).

¹⁰⁶RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 79.

¹⁰⁷Nesse diapasão, no que atine às obrigações trabalhistas, aduz Walfrido Jorge Warde Júnior que: “Nossos tribunais, em matéria trabalhista, apresentam-nos um sem número de decisões em que a imputação de

De todo modo, cabe sobrelevar que o primeiro texto legal a tratar sobre a desconsideração da personalidade jurídica em casos de inadimplência, no direito brasileiro, corresponde ao §2º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim estabelece:

“§2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo um grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

Da redação do dispositivo, depreende-se que, a princípio, a hipótese deveria ser aplicada apenas e tão somente nas hipóteses de grupo econômico. Todavia, os Tribunais ignoram tal literalidade, aplicando o comando normativo para toda e qualquer dívida trabalhista, ainda que não se trate de hipótese de grupo econômico.

Na tutela do direito do consumidor a simples inadimplência também redundaria em incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Com efeito, o comando normativo plasmado no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor dispõe 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.”.

responsabilidade aos sócios decorre de um juízo que, evidentemente, conclui pela ineficiência econômica da limitação de responsabilidade. Mesmo que se valham, *en passant*, da teoria da desconsideração, ou de alguns preceitos normativos, os tribunais não escondem que, na verdade, consideram a limitação de responsabilidade menos ‘importante’ do que o direito de crédito do trabalhador. Diante de dois bens jurídicos, o magistrado prefere um em detrimento do outro. A escolha ganha suporte de uma reflexão de natureza ético-econômica em que o juiz se convence – para usar a terminologia da *Law and Economics* – da ineficiência da limitação de responsabilidade. Esse juízo e seus fundamentos (ético-econômicos) serão, nesses casos, as únicas causas de imputação de responsabilidade. As frequentes referências à teoria da desconsideração da personalidade jurídica são evidente técnica para que – apenas formalmente – não se possa falar em *judge-made law*”. (WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 289).

De igual modo, também no que tange às obrigações decorrentes de relações de consumo, o autor argumenta que: “O legislador, particularmente no que concerne ao §5º, do artigo 28, desprezou os critérios de desconsideração. A referência à *disregard doctrine* decorre somente da necessidade, diante da crença de que limitação de responsabilidade resulte da personalidade jurídica, de eleger uma técnica capaz de imputar aos sócios a responsabilidade pelas dívidas da sociedade. De resto, não é possível encontrar-se no suporte fático da norma em tela, as características da teoria da desconsideração”. (Id. *Ibid.*, p. 297).

Em complemento, dispõe o §5º do referido comando normativo que:

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

Também são exemplos de obrigações cuja inadimplência configura aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica as decorrentes de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (art. 4º da Lei nº 9.605/1998) ou à ordem econômica (art. 34 da Lei nº 12.529/2011).

Em todas essas hipóteses, o ordenamento jurídico elegeu determinados bens jurídicos que seriam dignos de tratamento superior em face da preocupação com a limitação de responsabilidade patrimonial para exercício de atividade econômica.

8.1.4. Fraude e abuso da personalidade jurídica

Diante de todos os casos tratados acerca da desconsideração para fins de responsabilidade, a hipótese de fraude e abuso é a mais recorrente. Nesse sentido, estabelece o art. 50 do Código Civil que:

“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”.

Segundo Orlando Gomes, a fraude à lei ocorre quando há realização de ato, por meios ilícitos, de fins que a norma não permite que sejam atingidos diretamente, por adversos à sua disposição. No abuso de direito, por outro lado, ocorrem apenas irregularidades no exercício do direito, da qual resulta dano ou constrangimento a terceiro¹⁰⁸.

Portanto, a distinção entre fraude e abuso se encontra na finalidade do ato. A fraude consiste em ato ilícito que viola frontalmente a legislação e pressupõe inexistência de direito do agente. Já no ato abusivo, muito embora o agente tenha direito subjetivo para praticar determinado ato, excedem-se manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou

¹⁰⁸GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 187.

social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁰⁹. No caso, a boa-fé que deve ser analisada consiste na boa-fé objetiva, consubstanciada no dever de lealdade, de retidão, de uma pessoa comum diante de determinada situação. Diferencia-se, portanto, da boa-fé subjetiva, consistente no estado anímico de ignorância do sujeito que pratica determinado ato em contrariedade à norma jurídica¹¹⁰.

Entre abuso de direito e abuso da personalidade jurídica há relação de gênero e espécie. Curialmente, as disposições normativas que tratam sobre a personalidade, com subsequente limitação patrimonial, resvalam seus limites na função social prevista em sede constitucional. Com efeito, as normas infraconstitucionais que regulamentam o abuso de direito de personalidade e a fraude cometida por meio da pessoa jurídica encontram coerência e correspondência de finalidades com a norma de hierarquia superior no sistema jurídico¹¹¹.

Tanto o abuso de direito da personalidade jurídica como a fraude desaguam no desvio de função da pessoa jurídica e, portanto, devem ser apreendidos e tratados a partir de uma dimensão objetiva.

8.2. Desconsideração da personalidade jurídica para fins diversos de responsabilização

Nem sempre a desconsideração da personalidade jurídica será promovida com fins de responsabilização patrimonial. A doutrina alemã intitula essa hipótese de desconsideração como *Zurechnungsdurchgriff* (desconsideração atributiva)¹¹².

¹⁰⁹BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 57. Nesse ponto, também se faz mister citar a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, que leciona: “Abusa, pois, do deu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem. (...) Expurgada a teoria de todas as suas nuances e sutilezas, resta o princípio, em virtude do qual o sujeito, que tem o poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste em coibir todo exercício que tenha como finalidade exclusiva causar mal a outrem, sujeitando, portanto, à reparação civil aquele que procede desta maneira”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 2, p. 563-564).

¹¹⁰RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 89.

¹¹¹Id. *Ibid.*, p. 88.

¹¹²Acerca da doutrina alemã, Calixto Salomão Filho enumera e explica os casos mais típicos de desconsideração atributiva: São eles: “- características pessoais do sócio podem ser atribuídas à sociedade. Assim são passíveis de anulação por erro essencial quanto à pessoa do destinatário declarações tendo como destinatária a sociedade, em que haja erro essencial quanto à pessoa do sócio único; - comportamentos do sócio podem ser atribuídos à sociedade. Assim, por exemplo, no caso de dolo de terceiro, que para constituir vício do ato jurídico exige que dele tenha ou devesse ter conhecimento a parte a quem dele aproveite (art. 148, CC). Para aplicação desse dispositivo o sócio não seria considerado terceiro em relação à sociedade; - conhecimentos do sócio podem, em certos casos, ser atribuídos à sociedade. O caso típico de aplicação dessa regra decorre de uma peculiaridade do sistema alemão, qual seja, a existência de uma regulamentação

Em tal hipótese, a teoria é aplicada para fins de permitir que determinadas características pessoais dos sócios sejam atribuídas a uma sociedade ou vice-versa. Alguns exemplos podem ser trazidos à lume para ilustrar a hipótese.

A teor do que dispõe o art. 52, II, da Lei de Locação, a súmula 486 do Supremo Tribunal Federal dispõe que:

“Súmula 486. Admite-se a retomada para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social”.

Como exemplos, também é possível citar o critério do controle de nacionalidade da pessoa jurídica, em se tratamento de matéria bélica ou de segurança nacional e o controle da nacionalidade nos casos de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222, da Constituição Federal)¹¹³.

Portanto, em breve síntese, a desconsideração atributiva não age diretamente sobre a responsabilidade patrimonial, muito embora se trate de hipótese importante para fins de consolidação da boa-fé nas relações econômicas.

8.3. Esforço de síntese

A bem da verdade, a jurisprudência brasileira tem se mostrado vacilante no tratamento do tema da desconsideração da personalidade jurídica. Isso se deve ao fato de que houve importação da teoria sem que houvesse significativa adequação desta aos paradigmas teóricos e normativos brasileiros. As soluções, via de regra, tendem a um raciocínio regra/exceção, prevista na obra de Serick¹¹⁴.

Também é possível vislumbrar forte influência da doutrina de Comparato, na medida em que se adota valor paradigmático funcional à pessoa jurídica, bem como à sua atividade.

específica para a aquisição de propriedade em boa-fé. Nos negócios entre sócio único e sociedade não se aplicam as regras de aquisição de boa-fé, pois não é possível sustentar que o sócio único possa ignorar a existência do precedente vínculo contratual entre essa e um terceiro (ou vice-versa). No Brasil, devido à inexistência de tal regra, o fato de o negócio ter sido realizado entre sócio único e sociedade poderia induzir no máximo a uma presunção simples de simulação, cabendo às partes no negócio (sócio e sociedade) demonstrar o contrário; - proibições impostas ao sócio podem ser estendidas também à sociedade (e vice-versa). É o caso das proibições de concorrência impostas ao sócio que gravam também a sociedade. Ainda com relação à desconsideração para atribuição de normas, deve-se mencionar a hipótese de aplicação à venda de todas as quotas da normativa referente aos vícios de compra e venda”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 244-245).

¹¹³BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 53.

¹¹⁴SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 251.

Com efeito, a separação patrimonial é tratada com reafirmação, de modo a permitir desconsideração apenas quando houver previsão legal expressa ou diante da observância de comportamentos considerados fraudulentos. Isto posto, registre-se que as decisões brasileiras não são, conseqüentemente, classificáveis segundo o tipo de atuação a justificar a desconsideração (confusão de esferas, subcapitalização, abuso de formas etc), mas sim de acordo com o fundamento jurídico invocado para fundamentar a não consideração da personalidade societária¹¹⁵.

Nesse contexto, os casos mais recorrentes de desconsideração se dividem em dois grupos. Um primeiro grupo fundamenta a desconsideração em dispositivos legais específicos, à luz do direito material específico aplicável ao caso concreto (v.g., dívidas trabalhistas, débitos relacionados a meio ambiente etc). De outra parte, um segundo grupo fundamenta a desconsideração em abuso ou fraude à lei no comportamento do sócio majoritário, o que vai ao encontro da atual redação do art. 50 do Código Civil¹¹⁶.

Essa deficiência no oferecimento de uma verdadeira teoria da desconsideração, sob a óptica do direito material, acaba produzindo resultados deficitários em termos processuais. O elemento característico do método de desconsideração da personalidade jurídica está em buscar o fundamento na atividade societária e não em um determinado ato¹¹⁷. Sucede que, diante da necessidade de análise dos pressupostos da desconsideração em cada caso, decorre a obrigatoriedade de que exista um procedimento específico, com garantia de contraditório e ampla defesa, a fim de que isso seja realizado sem que haja maiores ofensas à personalidade jurídica e à autonomia patrimonial.

¹¹⁵SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 255.

¹¹⁶Id. Ibid., p. 255-259.

¹¹⁷Id. Ibid., p. 262.

9. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA OU RESPONSABILIDADE SECUNDÁRIA?

Uma vez traçadas as balizas acerca da desconsideração da personalidade jurídica, cumpre-nos responder ao seguinte questionamento proposto: a desconsideração encerra hipótese de responsabilidade primária ou responsabilidade secundária?

Como dito alhures, não se pode deixar de olvidar para o fato de que a desconsideração da personalidade jurídica suspende a eficácia da limitação da responsabilidade dos sócios, ou da autonomia patrimonial da sociedade, nos casos de desconsideração inversa.

Remanesce polêmica, no entanto, em relação a qual tipo de responsabilidade se verifica nos casos de desconsideração. Isso porque, a depender do tipo de responsabilidade, os autores defendem que haverá alteração quanto ao regime jurídico aplicável, notadamente no que atine à aplicação do regime da subsidiariedade por ocasião da responsabilização. Todavia, ousa-se discordar desse entendimento.

Para André Pagani de Souza, quando a teoria da desconsideração é aplicada, o integrante da pessoa jurídica responderá por dívida própria. Nesse sentido, essa responsabilidade do integrante da pessoa jurídica decorre do fato de ele ter se beneficiado de uma atividade abusiva e lesiva, mediante o mau uso da pessoa jurídica¹¹⁸. Para o autor, portanto, a responsabilidade do sócio se trata de responsabilidade primária, em razão de ter se beneficiado de ato abusivo e lesivo¹¹⁹. O autor forma seu entendimento a partir do fato de que não haverá direito de regresso do sócio ou administrador em face da pessoa jurídica, razão pela qual se trata de responsabilidade societária, e não de responsabilidade civil sem obrigação¹²⁰.

¹¹⁸SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 87-89.

¹¹⁹Também entendendo pela responsabilidade primária: HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *A execução civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2010. p. 28; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 260-261; THEODORO JR, Humberto. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1978. p. 160; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 236; PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*, cit., p. 57.

¹²⁰Nesta senda, argumenta Pedro Henrique Torres Bianqui: “Caso de *responsabilidade societária*, como diz Calixto Salomão. Não pode falar em responsabilidade civil sem obrigação porque essa pressupõe a possibilidade de regresso contra o devedor. E seria impossível se afirmar isso, porque é evidente que aquele que praticou a fraude (sócio ou sociedade) não pode exercer o regresso contra o devedor (pessoa jurídica)”.

De outra parte, Otávio Joaquim Rodrigues Filho entende se tratar de hipótese de responsabilidade secundária. Para o autor, na desconsideração da personalidade jurídica, a violação ao cumprimento de uma obrigação é feita de forma indireta, como nas situações em que há confusão patrimonial e subcapitalização. Com efeito, o membro da pessoa jurídica, sócio ou administrador, viola os interesses legítimos de terceiros, impedindo o cumprimento da função natural da pessoa jurídica. Nesse sentido, registre-se que a obrigação é preexistente e se refere à pessoa jurídica, encontrando-se desvinculada da responsabilidade do sócio ou administrador, resultando, para estes, típico caso de responsabilidade sem obrigação¹²¹.

Para embasar seu raciocínio, o autor diferencia as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das hipóteses de responsabilidade por ato próprio (casos em que ocorre violação direta aos direitos de terceiros, cometidas pelos sócios ou administradores quando descumprem a lei). A diferenciação também encontra guarida no próprio Código de Processo Civil de 2015, que logra por distinguir, em seu art. 790, o "sócio, nos termos da lei" e o "responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica".

Uma vez estabelecida a querela doutrinária, cumpre tratar sobre a possibilidade de direito de regresso do sócio ou administrador em face da sociedade que sofre os efeitos da desconsideração, bem como da alegação de benefício de ordem, por decorrência de eventual subsidiariedade na responsabilização.

Consoante a doutrina de André Pagani de Souza, em razão de a desconsideração se tratar de responsabilidade primária, se determinada sociedade empresária tem sua personalidade jurídica desconsiderada para atingir patrimônio pessoal do sócio, o sócio que tem patrimônio atingido, ao se defender, não pode exigir aplicação do benefício de ordem (responsabilidade subsidiária). De igual modo, não poderá se valer do direito de regresso. Consoante esse raciocínio, se o sócio desviou bens e adotou conduta abusiva ou fraudulenta, não faz sentido franquear a ele benefício de ordem e direito de regresso. Permitir tais benesses ao sócio seria como premiar aquele que adota conduta fraudulenta e que faz mau uso da sociedade¹²².

(BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 55). De igual modo, André Pagani de Souza aduz que: “É possível perceber, portanto, que a responsabilidade decorrente da aplicação da teoria da desconsideração não pode ser confundida com a responsabilidade civil decorrente da “teoria dualista da obrigação”, pois com ela se admite que o responsável exerça seu direito de regresso em face do devedor, caso o primeiro pague a dívida do segundo”. (SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 89).

¹²¹RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 173.

¹²²SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 91.

De outra parte, Otávio Joaquim Rodrigues Filho, em razão de considerar a desconsideração uma hipótese de responsabilidade secundária, entende que a desconsideração ensejará responsabilidade subsidiária, com possibilidade de alegação de benefício de ordem, em relação ao sócio que tem a desconsideração lançada contra seu patrimônio pessoal. Para o autor, se a desconsideração ensejasse responsabilidade solidária entre sócio e pessoa jurídica, haveria o direito de escolha ao credor para cobrar o cumprimento de um ou de outro devedor ou, ainda, de ambos, nos termos do art. 275 do Código Civil. Todavia, no caso de desconsideração da personalidade jurídica, essa opção não é franqueada ao credor, uma vez que inexistente interesse de agir para a desconsideração nos casos em que a sociedade tem patrimônio suficiente para o adimplemento da obrigação.

Além disso, a solidariedade não se presume, devendo resultar de lei ou da vontade das partes, mercê do que determina o art. 265, do Código Civil, e as legislações referentes à desconsideração da personalidade jurídica não estabelecem solidariedade, exceção feita às obrigações decorrentes de direito do trabalho¹²³.

Contudo, em que pese à adoção do entendimento segundo o qual a desconsideração enseja hipótese de responsabilidade subsidiária, o autor discorda da possibilidade de reconhecimento de direito de regresso em favor de terceiros desconsiderandos, tendo-se em conta que o instituto, em regra, baseia-se em fraude e abuso de direito¹²⁴.

Parece-nos correto o posicionamento segundo o qual a desconsideração se trataria de responsabilidade secundária (quando requerida em cumprimento de sentença ou processo de execução) e subsidiária, sobretudo diante da natureza do pedido formulado pelo autor, ainda que não possa se reconhecer direito de regresso ao terceiro desconsiderando.

É preciso, no entanto, tecer algumas observações de ordem processual que poderão ter reflexos na natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica. Conforme será visto adiante, a desconsideração da personalidade jurídica poderá ser requerida em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Quando requerida já na petição inicial do processo de conhecimento, havendo sentença transitada em julgado, o terceiro será coobrigado em relação à dívida. Nesse

¹²³RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 175-176.

¹²⁴Id. Ibid., p. 309.

sentido, muito embora a desconsideração encerre hipótese típica de responsabilidade patrimonial secundária, o fato de o terceiro figurar no título executivo judicial será suficiente para torná-lo responsável primário, uma vez que não haverá divórcio entre débito e responsabilidade, ainda que a desconsideração se trate abstratamente de hipótese de responsabilidade secundária.

Quando requerida incidentalmente durante o processo de conhecimento, a boa praxe também autoriza o julgamento do incidente de desconsideração na sentença ou na decisão monocrática do relator, se o processo se encontrar no segundo grau de jurisdição. Em tal hipótese, posteriormente ao fim da fase cognitiva do processo de conhecimento, com a prolação de decisão transitada em julgado, a responsabilidade do terceiro também haverá de ser primária, uma vez que figurará no título executivo judicial.

Por outro lado, se a desconsideração for pleiteada apenas e tão somente mediante incidente instaurado no cumprimento de sentença ou na execução, o terceiro será responsável patrimonial secundário.

Não haverá, no entanto, qualquer distinção quanto ao regime jurídico aplicável no que tange à alegação de benefício de ordem, tanto num caso como no outro. A distinção entre responsabilidade primária ou secundária tem consequências jurídicas na aplicação do regime procedimental que regula a decretação da desconsideração.

Explica-se. Imagine-se o caso em que o autor pleiteia a desconsideração já na petição inicial do processo de conhecimento, ou durante o seu curso mediante incidente. Se houver decisão favorável à desconsideração, o terceiro figurará como sujeito passivo no título executivo judicial. Nesse caso, a desconsideração encerrará hipótese de responsabilidade primária, uma vez que tanto a sociedade como o sócio figurarão no título executivo como sujeitos passivos.

Isso traz como consequência a possibilidade de o autor ajuizar o cumprimento de sentença ou o processo de execução em face da sociedade e do terceiro, diretamente, independentemente de instauração de novo incidente de desconsideração.

Entretanto, inexistirá interesse de agir para executar bens do sócio se a sociedade possuir patrimônio suficiente para o adimplemento da obrigação, não havendo que se falar em solidariedade passiva entre a sociedade e o sócio nesse caso. Isso porque a solidariedade não deve ser presumida, devendo resultar de lei ou da vontade das partes, mercê do que determina o art. 265, do Código Civil, e as legislações referentes à desconsideração da

personalidade jurídica não estabelecem solidariedade (exceção feita aos casos de dívidas trabalhistas).

Também é possível imaginar o caso em que o autor maneja cumprimento de sentença ou processo executivo, em face da sociedade, sem que o terceiro figure no polo passivo do título executivo. Nesse caso, em razão de o sócio não figurar no título executivo, sua responsabilidade será secundária. Se o autor quiser estender a responsabilidade patrimonial ao sócio terceiro, deverá instaurar incidente de desconconsideração em face do terceiro no âmbito do cumprimento de sentença ou do processo executivo. Do mesmo modo, no entanto, também haverá necessidade de, primeiramente, excutir bens da sociedade para apenas num segundo momento, se o caso for, ingressar no patrimônio do terceiro (se o incidente for julgado procedente).

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade do terceiro na desconconsideração será subsidiária, independentemente de figurar no título executivo (responsabilidade primária) ou de ser demandado apenas no cumprimento de sentença ou processo de execução via incidente (responsabilidade secundária). A diferença de regime jurídico aplicável num caso ou noutro diz respeito à necessidade de instauração de incidente durante o cumprimento de sentença ou processo executivo, não havendo qualquer influência quanto às discussões que envolvem benefício de ordem, uma vez que este sempre se encontrará presente, diante da inexistência de norma que estabeleça solidariedade passiva na hipótese.

10. PANORAMA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Historicamente, sempre houve intenso debate a respeito da natureza jurídica da desconsideração, bem como acerca dos pressupostos para aplicação do instituto. Como visto acima, esses debates foram relegados em âmbito jurisprudencial.

Em âmbito processual, a discussão não era realizada com profundidade nem mesmo doutrinariamente, sendo certo que os estudos dos aspectos processuais da desconsideração foram colocados em segundo plano.

Ocorre que a previsão normativa procedimental, por vezes, torna-se tão ou mais importante do que as discussões de direito material envolvendo o instituto. No Brasil, antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, diante da inexistência de regramento mínimo dispendo sobre procedimentos em matéria de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, chegou-se a cogitar o fim do instituto da responsabilidade limitada¹²⁵.

Tanto no Código de Processo Civil de 1973 (art. 592) como no Código de Processo Civil de 2015 (art. 790), em regra, somente o devedor reconhecido como tal no título poderá figurar no polo passivo do processo de execução. Daí porque, ressalvadas hipóteses excepcionais, os bens do sócio não respondem pela dívida da sociedade (art. 795).

Ao estabelecer hipótese de responsabilidade patrimonial secundária, o art. 790, VII, do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que são sujeitos à execução os bens do responsável, nos casos de desconsideração de personalidade jurídica. Outrossim, o Código de Processo Civil de 2015 inova ao prever um procedimento para desconsideração da personalidade jurídica, mediante a estipulação de um conjunto de regras previsto nos arts. 133 a 137; 674, §2º, III; 709, VII; 792, §3º; 795, §4º; 932, VI e 1062.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, outra consequência advinda da inexistência de regramento procedimental consistia na proliferação de posicionamentos na doutrina e na jurisprudência de critérios díspares quanto aos procedimentos a serem adotados

¹²⁵VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 47. Sobre o tema, também conferir: SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2014.

por ocasião da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que nem sempre respeitavam as garantias de ampla defesa e contraditório¹²⁶.

Anteriormente à vigência do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina processual esboçava a existência de três vertentes teóricas. Para uma primeira vertente, haveria necessidade de processo autônomo de conhecimento para promover a desconsideração da personalidade jurídica¹²⁷. De outra parte, para uma segunda vertente, a desconsideração poderia ser decretada incidentalmente, no bojo do processo executivo¹²⁸. Por fim, para uma terceira vertente, a desconsideração poderia ser decretada incidentalmente na execução ou mediante demanda autônoma, a depender do caso concreto trazido a juízo¹²⁹.

Os adeptos da necessidade de demanda autônoma argumentavam que somente esse meio seria apto a preservar as garantias constitucionais do processo e, ao mesmo tempo, formar o título executivo em relação a quem se pretende atingir com a desconsideração da personalidade jurídica da devedora. De outra parte, os adeptos da possibilidade de reconhecimento incidental da desconsideração da personalidade jurídica argumentavam que o *due process of law* poderia ser assegurado, independentemente do ajuizamento de processo autônomo, desde que fossem observadas, em integralidade, as garantias constitucionais¹³⁰.

¹²⁶VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 50.

¹²⁷Entendendo pela necessidade de demanda autônoma: LIMBORÇO, Lauro. Disregard of the legal entity. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 73, n. 579, p. 25, jan. 1984; GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos material e processual. *De Jure*: revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 6, p. 53-68, fev./ago. 2006; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, cit., 15. ed., v. 2, p. 55; PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*, cit., p. 161-162.

¹²⁸Entendendo pela possibilidade de reconhecimento incidental da desconsideração da personalidade jurídica: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 54; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BRASIL, Deilton Ribeiro. Análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica: visão crítica da jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 216. Por “incidentalmente”, entenda-se “nos próprios autos”. As discussões envolvendo a terminologia ficarão mais claras por ocasião do tratamento do tema no decorrer do presente trabalho.

¹²⁹Nesse sentido, entende Cândido Rangel Dinamarco que o reconhecimento da desconsideração no bojo de processo executivo dependerá da amplitude de cognição relativa à matéria deduzida em juízo. Com efeito, se os pressupostos da desconsideração forem cognoscíveis mediante mera prova documental, mostra-se desnecessária a utilização de demanda autônoma. Por outro lado, se houver a necessidade de instrução probatória, haverá necessidade de ajuizamento de demanda autônoma, em razão dos estritos limites de dilação probatória inerentes ao processo executivo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. v. 2, p. 1198).

¹³⁰Nesse sentido, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, argumentava André Pagani de Souza: “O princípio segundo o qual só podem ser praticados atos executivos em face de determinada pessoa se houver título executivo que os autorize (*nulla executio sine titulo*), extraído da antiga redação do art. 583 do CPC, não é absoluto. O ordenamento jurídico atual contém exemplos de execução sem título permitida, como é o caso da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273), no qual é possível praticar atos executivos em face de determinada pessoa, sem necessariamente existir título executivo que autorize isso. Ademais, a observância do princípio do contraditório não está restrita ao processo de conhecimento; é

Nesse ponto, sempre remanesce permanente a discussão acerca da necessidade ou não de citação prévia da parte em face de quem a desconsideração seria decretada. Para alguns, deveria ser garantida a citação previamente à constrição de bens. De outra parte, havia quem argumentasse pela possibilidade de diferir o contraditório para eventual exceção de pré-executividade, impugnação à execução, embargos de devedor, ou recurso de terceiro prejudicado¹³¹.

Os aspectos procedimentais envolvendo as garantias processuais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa consistiam no maior foco de discussão da doutrina processual, não obstante, como asseverado alhures, as discussões processuais tenham sido colocadas em segundo plano, se comparadas às discussões que permeavam o instituto no que atine ao direito material.

Anteriormente à vigência do Código de Processo Civil de 2015, em estudo empírico jurisprudencial das Cortes brasileiras, Leonardo Netto Parentoni identificou que as decisões que exigiam processo autônomo de conhecimento, com amplo contraditório, para fins de desconsideração da personalidade jurídica eram minoria. Nesse diapasão, predominava amplamente na jurisprudência a vertente segundo a qual a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser decretada incidentalmente na fase executiva, o que ocorria em 94% dos casos¹³².

Com efeito, verifica-se que a panaceia doutrinária contaminava a jurisprudência, que se mostrava vacilante no que atine à proteção dos primados do contraditório e da ampla defesa (corolários do *due process of law*). Para atender aos reclamos de necessidade de

inegável que ele está presente também no processo cautelar e no processo de execução”. (SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 151).

¹³¹RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*, cit., p. 178.

¹³²PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*, cit., p. 161.

O extrato jurisprudencial consultado para a pesquisa empírica consistiu em: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma, AIRR n. 199940-37.2004.5.23.0002, j. 09.12.2009, rel. Ministro Fernando Eizo Ono; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma, AIRR n. 137140-92.2003.5.02.0001, j. 15.12.2010, Rel. Ministro Milton de Moura França; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado, AI n. 0051627-78.2002.8.26.0000, j. 27.11.2002, Rel. Desembargador Álvaro Torres Júnior; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 15ª Câmara Cível, AI n. 1273464-36.2008.8.13.0035, j. 28.05.2009, Rel. Desembargador Maurílio Gabriel; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 6ª Câmara Cível, AI n. 0003636-67.2003.8.19.0000, 12.12.2003, Rel. Desembargador Maldonado de Carvalho; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp n. 1.071.643/DF, j. 02.04.2009, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp n. 331.478/RJ, j. 24.10.2006, Rel. Ministro Jorge Scartezzini; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp n. 1.180.191/RJ, j. 05.04.2011, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

instauração de um modelo constitucional de direito processual civil, foi promulgado o Código de Processo Civil de 2015, que, como dito alhures, instaurou previsão expressa de um procedimento para desconsideração da personalidade jurídica, mediante a estipulação de um conjunto de regras previstas nos arts. 133 a 137; 674, §2º, III; 709, VII; 792, §3º; 795, §4º; 932, VI e 1062.

Nesse mister, o objetivo do Código de Processo Civil de 2015 é hialino: estabelecer balizas procedimentais para que a personalidade jurídica possa ser afastada mediante adoção de previsibilidade normativa e segurança jurídica. E, principalmente, garantir a observância dos primados do contraditório e da ampla defesa, a fim de que não haja violação do *due process of law*, por ocasião da decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

Portanto, o regramento procedimental estabelecido pelo novel diploma processual foi instituído para resolver uma crise de contraditório na aplicação do instituto; o que ficará mais claro por ocasião do tratamento dos aspectos processuais nos capítulos seguintes desse trabalho.

PARTE III. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

11. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A técnica processual adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 para decretação da desconsideração da personalidade jurídica não só logrou por conferir maior previsibilidade e segurança jurídica por ocasião da aplicação do instituto, mas também garantiu instrumentos procedimentais, de modo a garantir os primados do contraditório e ampla defesa (corolários do *due process of law*).

Cumprir trazer à baila as inovações processuais empreendidas pelo novel diploma processual civil, sem perder de vista que algumas discussões ainda se mostram atuais, em que pese à atual quadra de reforma legislativa.

A bem da verdade, o Código de Processo Civil de 2015 impôs verdadeira técnica processual para aplicação do instituto. Preocupou-se o legislador em empreender certa celeridade, a fim de não descurar da importância da desconsideração como norte para coibir fraudes e abusos.

O diploma processual disciplina em seus arts. 133 a 137 o intitulado “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, inserindo-o como uma das modalidades de intervenção de terceiros.

De proêmio, constitui aspecto interessante o fato de o incidente ser cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134).

Nesse ponto, não se pode descurar que o incidente se aplica tanto para fins de responsabilização, como para fins diversos de responsabilização (v.g., casos de desconsideração atributiva).

Ou seja, o incidente de desconconsideração poderá ser instaurado não apenas nos processos em que se deduz tutela condenatória-executiva, mas também nos quais se busca tutela constitutiva (constituição, modificação ou extinção de relação jurídica) ou mesmo nas situações em que se busca tutela de mera certeza jurídica, como no caso da tutela declaratória¹³³.

¹³³RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 187-188.

12. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DEDUZIDA EM PROCESSO AUTÔNOMO

Antes de tratar sobre o incidente de desconsideração de personalidade jurídica, é preciso questionar se diante da previsão do Código de Processo Civil de 2015 de um incidente específico para decretação da desconsideração da personalidade jurídica, ainda remanesce a possibilidade de decretação em processo autônomo, independentemente da instauração do incidente de desconsideração.

O §2º do art. 134 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que:

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

O próprio diploma, portanto, autoriza a dedução de pedido relativo à desconsideração no próprio bojo da inicial, mostrando-se despiciendo o incidente em tal hipótese.

Outrossim, o ordenamento jurídico também prevê determinadas hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica encontra a via do processo autônomo como meio adequado, ou mais viável, diante das particularidades inerentes ao direito material envolvido.

Nesse mister, partindo do pressuposto de que a previsão legislativa do incidente não findou totalmente as possibilidades de dedução do pedido de desconsideração em processo autônomo, Otávio Joaquim Rodrigues Filho elenca e analisa três hipóteses em que se mostra adequada a via do processo autônomo¹³⁴: (i) processo que objetiva à responsabilização de sócios e administradores de sociedades falidas, consoante previsão do art. 82 da Lei nº 11.101/2005; (ii) processo que objetiva à responsabilização de gestores de sociedades sujeitas a intervenção e liquidação extrajudicial, conforme previsão do art. 39 da Lei nº 6.024/1974; (iii) outras situações não previstas.

No que atine à hipótese (i), cumpre registrar que em caso de falência da sociedade devedora, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser obtida a partir de um processo autônomo cujo objetivo é a responsabilização de sócios e administradores. Trata-

¹³⁴RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 195-209.

se da chamada “ação de responsabilidade”, que conta com previsão no art. 82 da Lei de Falências e Recuperação (Lei nº 11.101/2005).

Nesse espectro, gize-se que, a princípio, o art. 82 da Lei nº 11.101/2005 institui a ação de responsabilização de sócios e administradores da pessoa jurídica falida para coibir faltas previstas perante a própria sociedade, conforme a legislação que rege o respectivo tipo societário. Nesse sentido, em regra, a causa de pedir se refere ao descumprimento de obrigações previstas de modo específico para sócios e administradores. A princípio, não se trata de hipótese de desconsideração, e sim de responsabilidade por decorrência de descumprimento de regra específica para o tipo societário.

Contudo, determinadas condutas dos administradores não prejudicam apenas o exercício da empresa, mas também inviabilizam o cumprimento das obrigações, atingindo diretamente a pessoa jurídica e, subsequentemente, seus credores. Nesses casos, estar-se-á diante de hipótese de desconsideração. Com efeito, nada impede que seja promovida a responsabilização patrimonial, mediante ação de responsabilização, de sócios e administradores por fatos que se adequem aos pressupostos para desconsideração da personalidade jurídica. Não se pode deixar de olvidar, no entanto, para o fato de que a ação de responsabilização deverá ser ajuizada para proteger a toda coletividade de credores. Ao revés, se a desconsideração interessar somente a alguns credores especiais (como nos casos oriundos de relação de consumo), a pretensão de desconsideração deverá ser formulada incidentalmente ao processo falimentar, uma vez que a mera inadimplência dessas obrigações seria suficiente para ensejar desconsideração de modo a abranger esse pequeno grupo de credores.

No que atine à hipótese (ii), é preciso salientar que a responsabilidade por atos e omissões dos administradores e controladores de sociedades sujeitas a intervenção e liquidação extrajudicial, disciplinada nos arts. 39 e 40 da Lei nº 6.074/1974, também não se restringe apenas às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, a apropriação de elementos do patrimônio societário mediante confusão patrimonial e a subcapitalização qualificada podem ensejar aplicação da desconsideração, nos termos do que dispõe o art. 39. Em casos tais, é possível deduzir a *disregard* em processo autônomo que tenha como objetivo a apuração de responsabilidade de administradores, membros do conselho fiscal, controladores e eventuais pessoas que possam ter dado causa à instauração de regimes extrajudiciais (regime de administração temporária, intervenção ou liquidação extrajudicial).

Por fim, no que atine à hipótese (iii), é plenamente possível que a desconsideração possa ser pleiteada em processo autônomo, sobretudo nas hipóteses em que o pedido imediato tem como finalidade a responsabilidade patrimonial (v.g., a cessão de atividades desenvolvidas, rescisão de contratos etc). Em casos tais, a desconsideração já constitui pressuposto para que seja reconhecido pedido imediato da ação, mostrando-se despicienda a adoção do incidente de desconsideração de personalidade jurídica.

Como dito alhures, em consonância com esse entendimento, caminha a previsão normativa insculpida no art. 134, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, que autoriza a dispensa do incidente nos casos em que a desconsideração é pleiteada na petição inicial, hipótese em que a cumulação de pedidos justifica a desnecessidade de instauração do procedimento específico.

13. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO: DEMANDA, INCIDENTE PROCESSUAL, PROCESSO INCIDENTAL E QUESTÃO INCIDENTAL

Como dito acima, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece um incidente específico para decretação da desconsideração da personalidade jurídica. Com efeito, convém perquirir a natureza jurídica do instituto processual. Antes disso, todavia, é preciso tratar os conceitos de demanda, incidente processual, processo incidental e questão incidental.

13.1. Conceito de ação, demanda, pedido e petição inicial

As dificuldades advindas da conceituação de demanda derivam, em última análise, do pouco rigor técnico empreendido por parte da nossa doutrina. Isso se esboçava no próprio tratamento legislativo empreendido pelo Código de Processo Civil de 1973, que confundia o conceito em diversas passagens (arts. 70, II; 593, III; 852; 461, §3º). A fim de se atribuir tecnicidade, é preciso diferenciar demanda, ação, pedido e petição inicial.

O Estado-moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional. Cabe-lhe, portanto, solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, mediante aplicação da norma jurídica reguladora, a fim de que o convívio entre seus membros se faça possível¹³⁵.

Direito de ação corresponde ao direito fundamental composto por um conjunto de situações jurídicas¹³⁶, que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva¹³⁷. Consiste no direito que todo

¹³⁵CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 271.

¹³⁶Acerca do complexo de situações jurídicas, Fredie Didier Jr propõe que: “Nesse complexo de situações jurídicas, há algumas que são pré-processuais (situações jurídicas exercidas antes mesmo de o autor propor a demanda). É o caso do direito de provocar a atividade jurisdicional e do direito à escolha do procedimento. Esses dois direitos, que compõem o conteúdo do direito de ação, são exemplos de direito potestativo”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1, p. 285).

¹³⁷Id. *Ibid.*, p. 283.

e qualquer cidadão tem de pleitear do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional, a fim de eliminar crise jurídica instaurada. Trata-se, portanto, de poder genérico e abstrato¹³⁸.

De outra parte, demanda consiste no ato processual de quem age no exercício do direito de ação. Para Cândido Rangel Dinamarco, trata-se do ato de apresentar em juízo determinada pretensão, que consiste na exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio¹³⁹. A pretensão é instituto processual e tem estrutura bifronte. Nesse sentido, se por um lado o autor exige a obtenção de provimento jurisdicional, por outro, faz isso para obter o bem da vida ou uma nova situação jurídica¹⁴⁰.

O pedido compõe a demanda, ao lado da causa de pedir e das partes. Conceitualmente, deve-se diferenciar o pedido (o que se pede) do ato de pedir (demanda). Todavia, o ato de exigir também acaba sendo confundido com seu próprio conteúdo, razão pela qual parte da doutrina também costuma empregar o vocábulo “demanda” para designar a própria pretensão deduzida em juízo¹⁴¹.

Por derradeiro, também não se deve confundir a demanda com a petição inicial, que consiste na forma mediante a qual a demanda é concretizada¹⁴².

Atualmente, defende-se que a demanda não está mais ligada apenas ao ato que inaugura o processo, mas sim ao ato processual praticado com a pretensão de ampliar o objeto litigioso¹⁴³. Assim, Cândido Rangel Dinamarco entende que também depois de formado o processo, em algumas hipóteses, outras demandas poderão sobrevir, portadoras de pretensões distintas da inicial, mas igualmente destinadas a obter tutela¹⁴⁴.

¹³⁸VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 96.

¹³⁹A esse respeito, Cândido Rangel Dinamarco leciona que: “O ato de vir ao juiz pedindo tutela jurisdicional, chamado de *demanda*, tem por conteúdo uma *pretensão* de quem o realiza. Pretensão é a *exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio*. (...) O sujeito que aspira a um bem, não obtendo por outro meio, externa sua aspiração apresentando-a ao Estado-juiz; e esse é o único meio civilizado que existe para obtê-lo sem o concurso da vontade do outro sujeito envolvido. (...) A *exigência*, que caracteriza a pretensão, expressa-se mediante os atos com que o sujeito cria condições para que sua vontade se imponha e ele acaba por haver o bem a que aspira. Demandar em juízo é portanto um modo de *exigir*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 2, p. 106-107).

¹⁴⁰Id. *Ibid.*, p. 113.

¹⁴¹Id. *Ibid.*, p. 108.

No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., p. 288.

¹⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 108-109.

¹⁴³VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 97-99.

¹⁴⁴À luz do Código de Processo Civil de 1973, o professor traz como exemplos: a reconvenção, a ação declaratória incidental, a oposição, o chamamento ao processo e a denunciação à lei. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 108. Também nesse mesmo sentido, já à luz do Código de Processo Civil de 2015, Fredie Didier Jr. pontua que: “A demanda costuma ser

13.2. Conceitos de questão incidental, incidente processual e processo incidental

O trabalho que melhor sintetizou a distinção entre incidente processual, processo incidental e questão incidental consiste na Tese de Doutorado de Antonio Scarance Fernandes, apresentada na Universidade de São Paulo em 1989.

Para o autor, o vocábulo “incidente” tem sido utilizado com diversos significados, razão pela qual se faz necessário diferenciar o incidente processual enquanto categoria autônoma do processo incidental e da questão incidental.

A questão tem sido definida como ponto controvertido. O ponto, por sua vez, consiste no fundamento de uma afirmação referente ao mérito, ao processo ou à ação, de que dependa pronunciamento judicial¹⁴⁵. A questão incidental consiste no ponto controvertido que se caracteriza por sua acessoriedade e acidentalidade¹⁴⁶.

A acessoriedade se consolida à medida que a manifestação da questão incidental depende de um processo já instaurado¹⁴⁷. Demais disso, fala-se em acidentalidade, uma vez que a questão incidental exsurge como acontecimento anormal, um obstáculo, um empecilho, que afeta o desenvolvimento normal do processo, ou que altera seu curso¹⁴⁸.

A questão incidental consiste, portanto, em objeto de conhecimento do juiz. Trata-se da matéria que será resolvida. A fim de que uma questão seja incidental, é preciso que ela ocasione uma alteração no desenvolvimento do processo, resultando num alongamento do procedimento principal ou na instauração de um procedimento colateral. A alteração poderá consistir em incidente processual ou procedimento incidental, a depender do caso¹⁴⁹.

Indubitavelmente, a questão incidental levará ao surgimento de momentos novos no processo para a sua solução ou para a sua admissão.

considerada como o ato que introduz o objeto litigioso e, portanto, define o objeto do ato final do procedimento. A demanda pode ser inicial (manejada com a petição inicial) ou ulterior (como é o caso das demandas recursais, reconventionais, deduzidas através de pedido contraposto, incidente de falsidade, denúncia da lide etc.). (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., p. 442).

¹⁴⁵Id. Ibid., p. 440.

¹⁴⁶FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*. 1989. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989. p. 52.

¹⁴⁷“O incidente, como questão, não existe a não ser em face de algo já existente. Não tem vida própria, independente. Por isso mesmo o escopo do incidente prende-se ao escopo de um processo. Há uma vinculação secundária ou acessória que tem por objetivo definir situações processuais, através de sua modificação, substituição ou convalidação, preparando o caminho para o julgamento final”. (Id. Ibid., p. 54).

¹⁴⁸Id. Ibid., p. 57.

¹⁴⁹Id. Ibid., p. 60.

Quando a questão incidental não demandar a instauração de um procedimento incidental, estar-se-á diante de um incidente processual. O incidente constitui um momento novo, formado de um ou mais atos não inseridos na sequência procedimental, que possibilitam a decisão da questão incidental ou o exame dos pressupostos de admissibilidade do processo¹⁵⁰.

Quando a questão incidental demandar a instauração de um novo procedimento, estar-se-á diante de um procedimento incidental. O procedimento incidental, em adição a uma nova relação jurídico processual, dará origem ao processo incidental. O processo incidental se insere no conceito de demanda, uma vez que influi sobre o objeto litigioso, promovendo sua ampliação. Isso porque o autor do processo incidental deduzirá pretensão processual, exigindo a prolação do provimento jurisdicional e a aspiração a determinado bem ou determinada situação jurídica.

O procedimento incidental tem como características: a autonomia estrutural e a vinculação funcional. A autonomia estrutural é justamente o que distingue o procedimento incidental da fase processual do procedimento principal. A fase se caracteriza pela relação da parte ao todo com o procedimento e é elemento integrante deste. Já o procedimento incidental é autônomo em relação ao procedimento principal, de modo que constitui uma série nova de atos processuais¹⁵¹.

Muito embora a autonomia estrutural se mostre presente, não se pode dizer o mesmo a respeito da autonomia funcional. Isso porque o procedimento incidental se encontra vinculado funcionalmente ao procedimento principal. A característica ínsita ao procedimento incidental reside na sua dependência. Sua existência se subordina à existência de um procedimento principal, o qual se encontra umbilicalmente ligado, porquanto se destina ao conhecimento e à decisão de questões ocasionadas pelo processo principal¹⁵².

¹⁵⁰FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*, cit., p. 61.

¹⁵¹Id. *Ibid.*, p. 109.

¹⁵²Id. *Ibid.*, p. 109-112.

13.3. O conceito de mérito e sua relação com a desconsideração da personalidade jurídica

Antes de tratar sobre a natureza jurídica do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é preciso entender qual é o conceito de mérito e de que forma o tratamento desse conceito influirá na delimitação da natureza jurídica do incidente.

O conceito de mérito sempre recebeu tratamentos distintos por parte da doutrina. Tradicionalmente, aponta-se Cândido Rangel Dinamarco como o precursor de uma tentativa de sistematização dos diversos conceitos.

Em texto intitulado “*O Conceito de Mérito em Processo Civil*”, o professor explica que, no que atine à conceituação do mérito, mostra-se possível encontrar três posições fundamentais: (a) mérito como questões, ou complexo de questões referentes à demanda; (b) mérito como demanda, ou situações externas ao processo trazidas através da demanda; e (c) mérito como lide¹⁵³.

Acerca da posição (a), é preciso pontuar que o mérito não deve ser confundido com as questões de mérito. A resolução das questões de mérito integra os fundamentos da sentença, alicerces sobre os quais se apoia o próprio comando concreto. Em regra, as questões são resolvidas apenas e tão somente enquanto fundamento da sentença, não fazendo parte do comando decisório e não se encontrando cobertas pelo manto da coisa julgada material¹⁵⁴.

¹⁵³DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. v. 1, p. 239.

¹⁵⁴Nesse diapasão, pontua Dinamarco: “Pois essa construção assim concebida pressupõe que o mérito seja diferente das *questões* de mérito, i. é, que ele seja distinto dos pontos duvidosos cuja solução conduz à pronúncia de sua procedência ou improcedência. Se não fosse assim, o julgamento das *questões* pertinentes à situação jurídico-substancial controvertida, confundindo-se com o próprio julgamento de mérito, seria apto a obter coisa julgada material e, na interpretação do art. 485 do Código de Processo Civil, chegaríamos a concluir que a ação rescisória teria também finalidade de afastar os fundamentos da sentença rescindenda. Chegar-se-ia também à conclusão, que toda a doutrina nega, de que a jurisdição valeria para o fim de aclarar questões e lançar soluções definitivas na interpretação do direito e na determinação da verdade ou inverdade de proposições de fato. E isso é negado pelo próprio direito positivo, através dos incs. I e II do art. 469. Eis porque, decididamente, o mérito não pode ser confundido com as questões de mérito – assim como, paralelamente e pelas mesmas razões, as condições da ação não se confundem com as questões sobre elas, nem com as questões estritamente processuais se confunde a própria regularidade do processo ou os pressupostos processuais”. (Id. Ibid., p. 244-245).

Em adição a esse entendimento, Flávio Luiz Yarshell assevera que: “(...) nos fundamentos da sentença que são enfrentadas as questões (resultantes da controvérsia formada a partir da causa de pedir) pelo autor, de um lado, e da defesa do réu, de outro. Já na parte dispositiva o órgão judicial dá resposta ao pedido, de tal sorte que, aí não se resolve qualquer questão, mas sim a pretensão (isto é, o mérito)”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 114-115).

Acerca da posição (b), convém destacar que o mérito não pode ser igualado à demanda, vez que esta se trata apenas de um veículo de algo externo ao processo e anterior a ele, qual seja, o veículo da pretensão processual do demandante, que, em parte, corresponde a uma aspiração a determinado bem ou a determinada situação jurídica que, sem o processo, o sistema o impediria de obter¹⁵⁵.

Por fim, acerca da posição (c), o mérito também não pode ser igualado ao conflito de interesses (lide), uma vez que nem sempre o processo terá conflito de interesses e mesmo assim poderá haver mérito, como por exemplo nas hipóteses de revelia ou de reconhecimento do pedido¹⁵⁶.

Diante das críticas tecidas às posições fundamentais descritas, Cândido Rangel Dinamarco elabora seu próprio conceito de mérito, entendendo-o como a pretensão que o demandante apresenta ao juiz para exame. Implícita na conceituação, portanto, está a ideia de exigência¹⁵⁷.

Não se pode deixar de olvidar, todavia, que o conceito de pretensão é bastante controverso. Na ciência processual, o conceito foi estruturado mediante diferenciação entre

¹⁵⁵Com efeito, leciona Dinamarco que: “(...) quero salientar que a importância do processo e seu valor institucional residem na capacidade, que tenha, de fornecer às pessoas em cada caso, e à sociedade na soma dos casos vindos a juízo, a solução de situações pendentes. É fazendo isso, dirimindo litígios e pacificando pessoas ou grupos, que os órgãos jurisdicionais cumprem, mediante o processo, a função social que justifica a sua criação e manutenção entre as instituições do país. Pois essa função se considera cumprida e acabada quando o juiz, dirigindo-se ao mundo exterior, dá por eliminada a pretensão, seja para atendê-la, seja para rejeitá-la (procedência ou improcedência), seja ainda para oferecer meios à sua satisfação (processo executivo). A pretensão vem de fora do processo e antes dele já existia; é ela, por isso, que está a clamar pelas providências judiciais. O que o juiz decidir pôr-lhe-á termo, quer seja favorável ou desfavorável ao demandante. Por isso, afirmar que o mérito se consubstancia na demanda significa dar peso maior ao continente, do que ao seu conteúdo substancial”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., v. 1, p. 247-248).

¹⁵⁶Dessarte, dispõe Dinamarco que: “Não está satisfatoriamente explicada a hipótese de revelia ou de reconhecimento do pedido (CPC, arts. 319 e 269, inc. II), em que não há contraposição de pedidos e se fica com a impressão de que o processo não teria objeto nesse caso. Dá-se o mesmo antes do momento para a contestação do réu e também no processo executivo, em que não se contrapõem demandas. Como conceito sociológico, a lide presta-se com muita utilidade a justificar didaticamente a necessidade do processo e do exercício da jurisdição, quando se trata de matéria disponível (especialmente, direito das obrigações), sendo possível a satisfação da pretensão pela pessoa a quem dirigida e, portanto, sendo relevante a sua resistência. Fora disso, o conceito mostra-se inadequado e, mesmo com as adaptações que vão sendo tentadas, não serve para figurar assim ao centro da ciência do processo”. (Id. *Ibid.*, p. 254).

¹⁵⁷Quanto a esse aspecto, faz-se mister também trazer as lições de Dinamarco: “(...) a ciência do processo vai aceitando que a pretensão à satisfação de um interesse outra coisa não é que a exigência de subordinação de um interesse alheio. Quem *pretende*, manifestando exteriormente sua exigência, quer impelir o outro a uma conduta apta à satisfação desta ou quer, de alguma forma, obter o bem da vida ou situação jurídica que a satisfaça. Mais do que isso: falhando todas as demais tentativas de determinação do conceito de mérito (relação litigiosa, lide) e não sendo ele coincidente com as *questões* de mérito, a indicação da *pretensão* tem sido vitoriosa em doutrina e é satisfatória. É ela que constitui o elemento substancial da demanda, seu conteúdo socialmente relevante. (...) Pois a pretensão que a pessoa vem a expor ao juiz, sendo uma *exigência*, por isso mesmo vem ao encontro do conceito de mérito” (Id. *Ibid.*, 254-255).

pretensão material e pretensão processual. A pretensão material corresponderia ao direito de exigir, que surge no plano material quando violado direito subjetivo; conceito empregado pelo art. 189 do Código Civil de 2002. Essa pretensão não interessa à ciência processual, uma vez que se encontra restrita às tutelas condenatórias. Por outro lado, a pretensão processual consistiria no ato judicial de exigência de um direito, que não leva em conta se o direito afirmado realmente existe ou não. Com efeito, pode perfeitamente ter cunho condenatório, declaratório ou constitutivo, e ser negativo¹⁵⁸.

Portanto, quando se fala em mérito da causa, é preciso entendê-lo como pretensão processual. Ou seja, exigência de direito, que não deve levar em conta se o direito afirmado realmente existe ou não no plano material, e que corresponde ao próprio objeto do processo. No processo de conhecimento, o mérito é a pretensão trazida com pedido de julgamento que a reconheça e, portanto, a acolha. No processo de execução, corresponde à pretensão de receber a coisa pleiteada. O processo cautelar tem como mérito a pretensão de obter medida urgente. E, por fim, nos recursos, a pretensão de nova decisão, apresentada pela parte vencida ao tribunal, que pode ou não coincidir com o mérito do processo em primeiro grau¹⁵⁹.

No que atine à desconsideração da personalidade jurídica, seja formulado pelo prisma da extensão da configuração de responsabilidade patrimonial secundária (em fase executiva), seja formulada mediante viés de reconhecimento de coobrigação do sujeito que se pretende apanhar em desconsideração, salienta-se a necessidade de introdução de matéria fática condizente com a comprovação dos requisitos de aplicação da *disregard*, culminando na formulação de novo pedido em face de quem busca se impor as consequências da desconsideração. Ou seja, trata-se de outra demanda, com novo pedido e nova causa de pedir, que, além de tencionar modificação do polo passivo da execução ou de inclusão em título

¹⁵⁸SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição civil do juiz na execução civil*, cit., p. 93-94.

¹⁵⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 182-183.

Por outro lado, no que atine à conceituação de mérito como pretensão processual, Heitor Vitor Mendonça Sica aponta que: “A despeito desse importante avanço conceitual, que é decorrência necessária da autonomia da ciência processual e continua a angariar adeptos em diversos países com os quais compartilhamos raízes jurídicas comuns, ainda persistem dúvidas, especialmente para caracterizar a pretensão processual como fato ou ato jurídico (...) e para delimitar sua extensão (se abrange apenas o pedido ou também a causa de pedir). Quanto a esse último aspecto, que aproxima as concepções alemã e italiana em torno do problema, pode-se adotar uma linha conciliatória, de modo a se entender como objeto litigioso do processo o pedido ou o conjunto de pedidos formulados pelos demandantes, os quais devem ser ‘iluminados’ pelas respectivas causas de pedir. Esse constitui o *meritum causae*, a *res in iudicium deducta*, a ser examinada pelo juiz *principaliter*”. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição civil do juiz na execução civil*, cit., p. 95-96).

executivo, vem acompanhada também de aumento do objeto litigioso, uma vez que veicula pretensão processual¹⁶⁰.

13.4. Natureza jurídica do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

Por todo o exposto, impende analisar a natureza jurídica do “incidente de desconconsideração da personalidade jurídica”, previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015.

A questão incidental foi definida como questão controvertida resguardada de acessoriedade e acidentalidade. A desconconsideração da personalidade jurídica é de *per se* uma questão controvertida, dotada de acessoriedade e acidentalidade. Por outro lado, o Código de Processo Civil de 2015, ao utilizar o vocábulo “incidente”, quer significar mais do que isso. Isso fica claro à medida que o diploma processual se preocupa em instituir um procedimento específico para a decretação da *disregard*, com a sinalização da possibilidade de formulação de nova pretensão processual, de modo a ampliar o objeto do processo, com nova demanda composta por partes, causa de pedir e pedido.

Em razão de se tratar de procedimento específico, diferencia-se do incidente processual, uma vez que este consiste apenas em momento novo, formado de um ou mais atos não inseridos na sequência procedimental. O incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, por outro lado, é regulamentado mediante procedimento específico (conjunto concatenado de atos dotado a determinada finalidade) previsto na lei processual civil.

Dessarte, remanesce a discussão a respeito do incidente de desconconsideração, à luz das características de autonomia estrutural e vinculação funcional.

No incidente de desconconsideração, evidentemente, haverá necessidade de instauração de novo processo, com formação de nova e ampliada (subjéctiva e objetivamente) relação jurídico processual, mediante citação de terceiros em relação ao processo originário.

¹⁶⁰Aponta Silas Silva Santos que, quando formulada incidentalmente no bojo de processo de execução ou cumprimento de sentença, a desconconsideração “está necessariamente atrelada à formulação de nova *causa petendi* e de novo *petitum*, circunstância que autoriza a conclusão no sentido de que esse tipo de modificação ampliativa do polo passivo da execução vem acompanhado também de uma alteração na compostura do objeto litigioso da execução. Conforme já alertou a doutrina, a aplicação incidental da *disregard doctrine* não constitui problema de mera ilegitimidade *ad causam* na tela da execução, mas sim de mérito, já que a verificação sobre a existência de *dívida* ou de *responsabilidade* inserem-se no campo do *meritum causae*”. (SANTOS, Silas Silva. *Modificações subjéctivas na execução e o objeto litigioso*. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 120-121).

Outrossim, exige-se a observância de procedimento paralelo, com plena instrução, produção de decisão destinada a projetar efeitos sobre a demanda original, podendo ser impugnada mediante recurso de agravo¹⁶¹.

Com efeito, o tratamento legislativo empreendido ao incidente de desconconsideração por parte do legislador não o resume a uma mera questão incidental (ponto controvertido), muito embora a desconconsideração da personalidade jurídica até possa ser assim caracterizada. Também não se pode deixar de olvidar para o fato de que a decisão proferida no âmbito do incidente de desconconsideração, além de ampliar objetiva e subjetivamente o objeto litigioso, encontra-se passível de ser caracterizada como imutável e intangível.

O incidente de desconconsideração é estruturalmente autônomo em relação à demanda originária, uma vez que o plexo concatenado de atos se desenvolve independentemente do procedimento originário, ainda que produza consequências jurídicas sobre esse. Outrossim, o incidente também se encontra vinculado funcionalmente à demanda originária, sendo dela dependente.

Por todo o exposto, reconhece-se o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica como processo incidental, vez que provoca alteração do objeto litigioso (*meritum causae*), mediante inserção de nova pretensão processual (seja fundada em dívida ou responsabilidade), imanado por nova causa de pedir (fundamentos para decretação da *disregard*).

¹⁶¹VIEIRA, Christian Garcia. *Desconconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 89.

14. ELEMENTOS DA DEMANDA NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Toda demanda possui sua individualidade, que deverá ser aferida à luz dos elementos que a compõem. Nesse mister, Giuseppe Chiovenda enumera como elementos de individualização da demanda a tríplice identidade (*tria eadem*)¹⁶²: partes, pedido e causa de pedir.

14.1. Elemento subjetivo: partes

Independentemente de como é decretada a desconsideração da personalidade jurídica – se por meio de processo autônomo ou processo incidental –, o elemento subjetivo se mostra presente, razão pela qual se faz necessária a análise das partes e, sobretudo, a influência desse conceito técnico no que atine à delimitação do conceito de legitimidade processual.

Segundo Giuseppe Chiovenda, parte é aquele que demanda e em face de quem se demanda¹⁶³. Como é cediço, os sujeitos do processo são as partes e o juiz. O conceito de parte é eminentemente processual. Ou seja, deve-se prestar atenção apenas e tão somente ao plano do processo. Para Enrico Tullio Liebman, as partes, por sua vez, consistem nos sujeitos contrapostos na dialética do processo perante o juiz¹⁶⁴. Por exclusão, define-se o conceito de terceiro: todo aquele que não é parte no processo¹⁶⁵.

Com a citação, aquele em face de quem se demanda se torna parte no processo. Portanto, a citação nada mais é do que o ato mediante se convoca o demandado para integrar relação processual determinada, tornando-o parte no processo. É essa, aliás, a redação do art. 238, do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe:

“Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”.

¹⁶²CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980. §1º, n. 5, p. 62-63.

¹⁶³Id. Ibid., §34, n. 1, p. 579.

¹⁶⁴LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Trad. brasileira de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1, p. 124.

¹⁶⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 26.

A partir da citação, o demandado deixa de ser terceiro estranho à relação jurídico processual, passando a fazer parte do processo¹⁶⁶.

Preocupa-nos, nesse momento, analisar as partes na dinâmica processual do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, com vistas à explanação do conceito de parte legítima, tanto ativa como passiva.

14.1.1. Legitimidade processual ativa

Tendo-se em conta o pressuposto de que o conceito de parte processual difere do conceito de parte legítima, cumpre-nos, antes de mais nada, tratar o conceito de parte legítima.

A condição de parte é determinada exclusivamente pelo fato objetivo de o sujeito comparecer em juízo pedindo (autor); ou de figurar no processo como aquele em face do qual o autor pede uma providência jurisdicional (réu)¹⁶⁷.

Nesse mister, registre-se que a legitimidade processual consiste na pertinência subjetiva para ação. Analisa-se, portanto, a relação jurídica de direito material posta em juízo, à luz do feixe de situações jurídicas ativas e passivas, tais como faculdade, ônus, poderes e deveres. Nem sempre aquele que demanda em juízo se encontra autorizado por lei a defender o direito alegado. De igual modo, nem sempre aquele em face de quem se demanda se encontra sujeito por lei a suportar os efeitos da providência jurisdicional requerida. Em casos tais, configura-se o fenômeno da ilegitimidade de parte.

¹⁶⁶Nesse ponto, o art. 238, do Código de Processo Civil de 2015 corrige a antiga redação do art. 213, do Código de Processo Civil de 1973. Convém trazer à baila a explicação de Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello: “Por primeiro, a locução ‘para integrar a relação processual’ constante da parte final do art. 238 do NCPC merece alguns esclarecimentos. Há, com efeito, correção da expressão constante do art. 213 do CPC/73 ‘a fim de se defender’, como se a resistência, conquanto seja a mais comum, fosse a única possibilidade de atuação do integrante do polo passivo de determinada ação judicial ou daquele citado para participar desta. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 458).

¹⁶⁷Cândido Rangel Dinamarco faz importantes considerações a respeito do conceito de parte processual e de parte legítima, distinguindo ambas as situações em planos de ser e dever-ser: “*Ser parte não significa necessariamente ser parte legítima*. A condição de parte na demanda é determinada exclusivamente pelo fato objetivo de o sujeito comparecer pedindo, sendo portanto *autor*; ou de figurar nela como aquele em face do qual o autor pede uma providência jurisdicional, sendo portanto *réu*. Depois, se o primeiro é ou não a pessoa a quem a lei autoriza a defender em juízo aquele alegado direito ou se o segundo é realmente o sujeito que deve suportar os efeitos da providência pedida, isso não lhes subtrai a condição rigorosamente objetiva de *partes na demanda*. A condição objetiva de parte afere-se no plano do *ser* e a condição ideal de parte legítima no *dever-ser*. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 121).

Demais disso, em regra, àquele que pleiteia em juízo se atribui a tutela para defesa de seus próprios direitos. Trata-se da legitimidade ordinária. Todavia, nem sempre quem está legitimado a agir é titular da relação jurídica material. Nos casos de legitimidade extraordinária, o legitimado ativo não será titular do direito lesado ou ameaçado, podendo pleitear direito alheio em nome próprio, em razão de autorização legislativa expressa.

Trazendo a discussão doutrinária para o tema proposto, verifica-se que, na desconsideração da personalidade jurídica, a legitimidade ativa incumbirá ao credor ou ao Ministério Público. Isso é o que se encontra disposto na literalidade dos arts. 50 do Código Civil e 133 do Código de Processo Civil de 2015.

No que atine à legitimidade processual ativa referente ao credor, soa evidente que, como sujeito lesado na relação jurídica material, seja ele o legitimado ativo à postulação da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que agirá na defesa de direito próprio, tanto no que se refere ao processo autônomo como ao processo incidental¹⁶⁸.

Em relação à legitimidade ativa do Ministério Público para o processo ou para o incidente, deve-se indagar se a legitimidade ativa atribuída ao Ministério Público, conferida pelas disposições contidas nos arts. 50 do Código Civil e 133 do Código de Processo Civil de 2015, deve se limitar aos processos em que este eventualmente intervir como *custus legis* ou se se estende a todos os processos em que optar por almejar a desconsideração da personalidade jurídica¹⁶⁹.

A questão merece ser analisada, à luz do que preceituam as disposições constantes dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal de 1988, na medida em que o diploma constitucional deve servir como vetor interpretativo das disposições contidas em legislação infraconstitucional.

Como é cediço, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em casos tais, a atuação do Ministério Público deve se dar em causas que apresentem interesse público primário¹⁷⁰.

¹⁶⁸RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 217.

¹⁶⁹Id. *Ibid.*, p. 225.

¹⁷⁰Na lição de Diógenes Gasparini, o interesse público primário “é o que se refere a toda a sociedade. É o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro. Nesse sentido é a lição de Plácido e Silva (Vocabulário jurídico, 10 ed., Rio de Janeiro, Forense, v. 2, p. 498): ‘Ao contrário do particular, é o que se assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham para uma necessidade coletiva’”. (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 8-9).

Disso decorre que o *parquet* não tem legitimidade para a defesa de interesses individuais, exceção feita aos casos em que estes apresentem relevância social ou sejam indisponíveis¹⁷¹.

Com efeito, tendo-se em conta que a desconsideração da personalidade jurídica tem como objetivo, em regra, a extensão de responsabilidade patrimonial, estar-se-á diante de direitos disponíveis, que podem ou não representar reflexo de relevância para a sociedade. Portanto, é forçoso concluir que nem sempre deverá o Ministério Público intervir no processo em que a desconsideração seja pretendida, mas apenas nos casos em que houver interesse público primário. É dizer: apenas nos casos em que a intervenção do *parquet* restar obrigatória¹⁷².

14.1.2. Legitimidade processual passiva

Em termos de desconsideração da personalidade jurídica, importante debate se estabelece acerca da legitimidade processual passiva.

Inicialmente, não se pode perder de vista que, em regra, a desconsideração da personalidade jurídica tem como intuito estender a responsabilidade patrimonial a sócios e administradores, ou à própria pessoa jurídica, nos casos de desconsideração inversa. Nesse sentido, os legitimados passivos da demanda de desconsideração serão os sócios e os administradores da sociedade ou a própria sociedade, nos casos de desconsideração inversa.

Em regra, aquele que detém as rédeas (poder de controle) da sociedade é quem deve ser atingido por eventual desconsideração. Contudo, há exceções. É possível que, diante da complexidade das relações empresariais, um sócio que não o controlador ou majoritário possa cometer algum ato autorizador de desconsideração, ainda que a situação não seja usual¹⁷³. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que, para os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, não há que se fazer distinção entre os sócios da sociedade limitada. Para o Tribunal da Cidadania, sejam os sócios gerentes, administradores ou quotistas minoritários, todos serão alcançados pela referida desconsideração¹⁷⁴.

Debate igualmente interessante pode ser estabelecido a respeito da possibilidade ou não de pleitear a desconsideração em face do Poder Público e de incapazes. O Poder Público,

¹⁷¹STJ, 1ª Turma, REsp nº 929.792/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/02/2016.

¹⁷²RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 228.

¹⁷³BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 85.

¹⁷⁴STJ, 4ª Turma, REsp nº 1250582/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 12/04/2016.

na qualidade de sócio de sociedade de economia mista ou de qualquer outra que faça parte, pode sofrer os efeitos da desconsideração. Isso porque deriva do art. 37 da Constituição Federal que os atos administrativos deverão ser guiados pelos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Com efeito, não se submete ao azo que o Poder Público não seja responsabilizado para fins de desconsideração nos casos em que a decretação desta for autorizada. De outra parte, no caso dos incapazes de exercerem os atos da vida civil (arts. 3º e 5º do Código Civil) e que figurem em quadro societário, aquele que o representa será responsável e poderá sofrer os efeitos da desconsideração. Portanto, em regra, o responsável será legitimado passivo, e não o menor. Todavia, poderá o responsável requerer incidência do art. 928 do Código Civil, uma vez que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Em tal hipótese, a desconsideração deverá também ser redirecionada ao incapaz¹⁷⁵.

Outrossim, também cumpre analisar se os atingidos pelos efeitos da desconsideração devem ser considerados como partes ou terceiros, no processo. O conceito de parte no processo não se comunica com a definição de parte da relação jurídica material, uma vez que o primeiro conceito é eminentemente processual. No plano material, a desconsideração lida com a dificuldade de se ignorar a autonomia de alguém que é formalmente considerado parte na relação jurídica de direito material para alcançar a verdadeira parte na relação substancial (o atingido pelos efeitos da *disregard*). A dificuldade é superada por meio da observância dos diversos requisitos estabelecidos para a decretação da desconsideração. No plano processual, a dificuldade é menos aparente. Isso porque, independentemente da forma procedimental adotada para demandar a desconsideração (processo autônomo ou processo incidental), basta que o sócio ou a pessoa jurídica sejam citados (arts. 135 e 238, do Código de Processo Civil de 2015) a fim de que sejam considerados partes na relação jurídico processual relativa à demanda de desconsideração¹⁷⁶.

Todavia, em relação aos casos em que a desconsideração for requerida em processo incidental, é preciso fazer breve ponderação a respeito da possibilidade de se estender ao sócio ou à pessoa jurídica citada no incidente a qualidade de parte na demanda principal. Os efeitos práticos dessa discussão são relevantes, uma vez que ao admitir o imediato ingresso do demandado na desconsideração incidental no âmbito do processo principal, atribuindo-lhe a qualidade de parte também nessa esfera, haverá implicação direta em diversos efeitos

¹⁷⁵BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 85.

¹⁷⁶SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 119-120.

processuais (sujeição à autoridade do juiz e titularidade de todas as situações jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual).

Nesse tocante, Christian Garcia Vieira argumenta pela impossibilidade de considerar o citado na demanda incidental como parte na demanda principal, enquanto não advir decisão judicial nesse sentido. Segundo o autor, se o demandado fosse considerado parte também no processo principal em razão da mera ocorrência de citação no processo incidental, haveria inclusão do demandado como parte, sem que houvesse decisão judicial nesse sentido, de modo que a sua qualificação como parte ficaria condicionada à confirmação posterior da desconsideração no âmbito do incidente; o que se mostra destituído de plausibilidade jurídica. Demais disso, eventual e futura retirada dessa condição de parte poderia sujeitar o demandante do processo principal à obrigação de pagar duplamente as verbas de sucumbência, em razão do reconhecimento da ilegitimidade do demandado na demanda principal e da improcedência na incidental¹⁷⁷.

Portanto, a citação indicada no art. 135 do Código de Processo Civil de 2015 está a indicar que a integração processual do demandado no incidente deve ser restrita apenas e tão somente à demanda incidental, não sendo suficiente para incluí-lo na relação jurídico processual inerente ao processo principal, enquanto não houver decisão definitiva pela desconsideração.

14.1.3. Litisconsórcio

Por “litisconsórcio”, entende-se o fenômeno em que há pluralidade de partes em dada relação jurídica, seja no polo ativo, seja no polo passivo¹⁷⁸. Por definição, o litisconsórcio provoca cúmulo subjetivo, ou seja, presença de duas ou mais pessoas na condição de demandantes, demandados (ou em ambas)¹⁷⁹.

¹⁷⁷VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 127.

¹⁷⁸Em obra clássica intitulada “Litisconsórcio”, Cândido Rangel Dinamarco conceitua o fenômeno e tece explicações: “(...) presença simultânea de pessoas que, de alguma forma, adquiriram a qualidade de autores ou réus no mesmo processo. Para tanto, é indispensável que os co-litigantes guardem certa posição em relação ao objeto do processo, ou seja, da pretensão deduzida em juízo -, seja porque propuseram uma demanda, seja porque em relação a eles a demanda foi proposta e eles vieram a ser citados, ou porque o juiz mandou citá-los como litisconsortes necessários, ou ainda porque o réu os chamou ao processo, ou sucederam a alguma das partes, ou intervieram eles próprios, voluntariamente, como litisconsortes. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 39-40).

¹⁷⁹Id. *Ibid.*, p. 71.

Convém estudar o fenômeno à luz da desconsideração da personalidade jurídica. O litisconsórcio enquanto fenômeno jurídico comporta inúmeras classificações. O trabalho de classificar institutos é essencialmente determinado pelos critérios adotados, sempre com vistas a promover uma diferenciação jurídica de tratamento.

Quanto à posição processual de formação, o litisconsórcio poderá ser ativo, passivo e misto. Será ativo quando a pluralidade de partes for verificada no polo ativo do processo. Será passivo quando a pluralidade for verificada no polo passivo. E será misto quando a pluralidade se verificar em ambos os polos do processo¹⁸⁰.

Quando a desconsideração da personalidade jurídica for pleiteada, sempre haverá a possibilidade de que exista mais de um demandante, uma vez que é plenamente possível a existência de mais de um autor no polo ativo da relação jurídica. Demais disso, também quanto ao polo passivo, poderá ocorrer pluralidade de partes. Imagine-se o caso em que o autor pleiteia na petição inicial a desconsideração com vistas a estender os efeitos de determinadas relações para sócios ou administradores, de modo a abranger bens particulares destes. Em tal hipótese fática, haverá configuração de litisconsórcio passivo¹⁸¹.

Quanto ao momento de formação, o litisconsórcio pode ser inicial ou ulterior. Será inicial quando formado desde o momento em que a ação é proposta. Ou seja, ocorrerá desde o momento em que o procedimento é formado. Já o litisconsórcio ulterior consiste naquele formado após o momento em que a ação é proposta. Ou seja, ocorre durante o trâmite do procedimento¹⁸².

Na desconsideração da personalidade jurídica, o litisconsórcio inicial dependerá única e exclusivamente do autor, uma vez que a este incumbirá iniciar o processo autônomo ou incidental e requerer a desconsideração.

O litisconsórcio ulterior poderá ocorrer em três situações: (i) em razão de algumas hipóteses de intervenção de terceiro (chamamento ao processo e denúncia da lide); (ii) pela sucessão processual (mediante o procedimento de habilitação, nos termos do art. 110 e

¹⁸⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 69.

¹⁸¹RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 293.

¹⁸²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 69-70.

687 do Código de Processo Civil de 2015); ou (iii) pela conexão ou continência (arts. 55 e 58 do Código de Processo Civil de 2015)¹⁸³.

As hipóteses de (i) chamamento ao processo e denunciação da lide serão analisadas, oportunamente, ainda nesse capítulo.

Quanto à situação (ii), é possível que ocorra modificação superveniente da demanda durante a tramitação quando, em se tratando de pessoa física, uma das partes falece¹⁸⁴. Em casos tais, havendo sucessão a título universal (decorrência da *saisine*) e não se tratando de direitos de natureza personalíssima, aplicam-se as disposições que tratam do procedimento de habilitação, contidas nos arts. 687 a 692 do Código de Processo Civil de 2015.

Através do procedimento de habilitação, os herdeiros do falecido sucedem o *de cujus* na demanda. Em razão de não ocorrer sucessão em direitos de natureza personalíssima, não se admite a instauração do procedimento especial de habilitação em ações intransmissíveis, como o mandado de segurança¹⁸⁵. O procedimento de habilitação poderá ser instaurado a fim de permitir a sucessão processual de um terceiro, em hipótese de falecimento, a fim de inserir seus devedores no polo passivo do processo incidental de desconsideração ou em processo autônomo. De igual modo, é plenamente compatível o procedimento de habilitação para permitir a sucessão processual também no polo ativo, a fim de que os herdeiros do autor deem seguimento à demanda de extensão de responsabilização patrimonial ou de desconsideração para fins diversos de responsabilidade.

A análise da situação (iii) também será realizada, oportunamente, ao longo desse trabalho, quando tratarmos sobre o pedido e a competência.

Quanto à obrigatoriedade ou não de formação, o litisconsórcio poderá ser necessário ou facultativo. O litisconsórcio será necessário quando houver obrigatoriedade de formação, seja em razão da indivisibilidade da relação jurídica de direito material, seja em razão de determinação legal expressa. De outra parte, o litisconsórcio será facultativo quando não houver obrigatoriedade de formação.

¹⁸³DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., p. 458; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 359.

¹⁸⁴CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 212.

¹⁸⁵WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 358.

Por consequência jurídica prevista no art. 114 do Código de Processo Civil de 2015, exige-se a citação de todos aqueles que devem figurar em litisconsórcio necessário:

“Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”.

A consequência jurídica prevista para os casos em que a citação não ocorre sempre foi objeto de ponderação pela doutrina¹⁸⁶. O art. 115 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe no seguinte sentido:

“Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será: I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados”.

A redação do comando legislativo tem sido objeto de divergência na doutrina.

Parte da doutrina entende que a nulidade prevista no inciso I se trata de inexistência, e não de nulidade; uma vez que não se submete ao azo sujeitar o litisconsorte não citado ao prazo decadencial previsto para ajuizamento de ação rescisória. Além disso, advoga que o inciso II não trata de ineficácia propriamente dita, e sim de inoponibilidade; vez que não se trata de vício, mas de “ineficácia” relativa a alguém¹⁸⁷.

De outra parte, há quem defenda que o inciso I consagra hipótese de ineficácia e nulidade. Nesse sentido, se o litisconsórcio for necessário unitário, a falta de citação de qualquer dos réus torna a sentença de mérito ineficaz em relação a qualquer deles e passível de invalidação a qualquer tempo (nula). Por outro lado, o inciso II consagraria hipótese de ineficácia em relação àquele que não tenha participado do feito por decorrência da falta de citação¹⁸⁸.

¹⁸⁶À luz do Código de Processo Civil de 1973, Cândido Rangel Dinamarco pontuou que: “A necessidade do litisconsórcio reside na indispensabilidade da presença de partes plúrimas, resolvendo-se numa questão de legitimidade *ad causam* ativa ou passiva: dizer que o litisconsórcio é necessário significa negar a legitimidade de uma só pessoa para demandar ou para ser demandada isoladamente, carecendo de ação o autor que insistir na demanda isolada” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 66-67).

¹⁸⁷WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit., p. 234-235.

¹⁸⁸DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., p. 471.

Em termos de desconconsideração de personalidade jurídica, não há necessidade de inclusão de todos os sócios da pessoa jurídica no polo passivo da demanda de desconconsideração. A uma, porque inexistente hipótese legal expressa que determine a exigência de litisconsórcio necessário. A duas, porque nem todos podem ter dado causa ao fato gerador de extensão de responsabilidade patrimonial ou da desconconsideração para fins diversos de responsabilidade¹⁸⁹.

Nesse sentido, asseverar-se que a decretação da desconconsideração da personalidade se subordina à verificação de determinadas situações específicas que poderão se diferenciar de acordo com as condutas adotadas por cada um dos sócios. Não se submete ao azo, portanto, que medida tão extremada como a extensão de responsabilidade patrimonial seja aplicada a sócios que sequer contribuíram para a configuração de hipótese ensejadora de desconconsideração¹⁹⁰. Portanto, na demanda de desconconsideração, o litisconsórcio será facultativo.

Conforme será demonstrado ainda nesse capítulo, podem ocorrer situações em que se mostra possível a cumulação de pedidos envolvendo a desconconsideração da personalidade jurídica. Sendo assim, de igual modo, remanesce possibilidade ao autor de promover a cumulação subjetiva na demanda, de modo a configurar o litisconsórcio facultativo. A depender da dimensão do pedido realizado pelo autor, o litisconsórcio facultativo poderá ser classificado como: sucessivo, eventual ou alternativo.

Verifica-se a ocorrência da cumulação sucessiva de pedidos quando o segundo pedido somente puder ser acolhido se o primeiro também o for¹⁹¹. Trata-se do caso da desconconsideração da personalidade jurídica. Quando o autor propõe demanda contra sociedade por inadimplemento da obrigação e contra o sócio administrador por ter praticado algum ato que autorize a extensão da responsabilidade patrimonial em face deste, eventual caracterização de responsabilidade deste só poderá ser analisada se houver a procedência do pedido contra a pessoa jurídica; o que encerra hipótese de prejudicialidade entre pedidos¹⁹².

A cumulação eventual de pedidos ocorrerá quando o segundo pedido só puder ser examinado se o primeiro não for acolhido. Da cumulação eventual de pedidos, decorre o litisconsórcio eventual. Em tal hipótese, será formulado um pedido dirigido a uma pessoa e,

¹⁸⁹RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 296.

¹⁹⁰Id. Ibid., p. 297.

¹⁹¹SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo no processo civil brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 244.

¹⁹²BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 131.

em caso de não ser possível o acolhimento dessa pretensão primária, formula-se o mesmo ou diverso pedido, em caráter subsidiário, em face de outro sujeito distinto¹⁹³. Isso não se verifica nos casos de desconsideração, uma vez que não há possibilidade de o autor pedir a condenação da sociedade e, na eventualidade de este pedido não ser concedido, pedir a extensão da responsabilidade patrimonial em relação aos sócios¹⁹⁴.

A cumulação alternativa de pedidos ocorre quando há formulação de vários pedidos para que apenas um deles seja acolhido, não havendo preferência de concessão entre estes. No litisconsórcio alternativo, portanto, há a formulação de pleitos por e em face de mais de um litigante; sendo certo que os pedidos são escalonados sem ordem de preferência¹⁹⁵.

Também não se pode enquadrar a desconsideração nessa hipótese de litisconsórcio, uma vez que não é facultado ao credor requerer a condenação da sociedade ou do sócio¹⁹⁶. Por se tratar de hipótese de responsabilidade subsidiária, deve-se requerer primeiramente a condenação da sociedade e, sucessivamente, extensão da responsabilidade patrimonial ao sócio.

Quanto ao destino dos litisconsortes, o litisconsórcio poderá ser unitário ou simples (comum). Para fins dessa classificação, analisa-se a possibilidade de o juiz, no caso concreto, decidir de forma distinta para cada um dos litisconsortes¹⁹⁷. Nesta senda, o litisconsórcio será unitário quando existir a necessidade de o provimento jurisdicional de mérito ser uniforme para todos os litisconsortes, não se admitindo julgamentos diversos. A fim de que a unitariedade reste caracterizada, os litisconsortes devem discutir uma única relação jurídica e, além disso, essa relação deve ser indivisível¹⁹⁸. Por outro lado, o litisconsórcio será simples (comum) quando a decisão judicial de mérito puder ser diferente para os litisconsortes¹⁹⁹.

Em termos de desconsideração da personalidade jurídica, não ocorrerá litisconsórcio unitário. É possível imaginar, no entanto, a situação em que se atribui a um dos sócios uma das hipóteses que ensejam a desconsideração. Nesse caso, a desconsideração será direcionada em seu desfavor. Mostra-se evidente que, em tal hipótese, a decisão deverá

¹⁹³SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo no processo civil brasileiro*, cit., p. 200.

¹⁹⁴BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 131.

¹⁹⁵SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo no processo civil brasileiro*, cit., p. 223.

¹⁹⁶BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 133.

¹⁹⁷NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 311.

¹⁹⁸DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., p. 458.

¹⁹⁹Id. *Ibid.*, p. 459.

atingir apenas e tão somente o sócio que ensejou a decretação; o que demonstra que, na desconsideração da personalidade jurídica, o litisconsórcio será simples (comum).

14.2. Elemento subjetivo: intervenção de terceiros

Faz-se mister analisar a intervenção de terceiros no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica. Já foi dito alhures que o conceito de terceiro é definido por exclusão. Trata-se daquele que não é parte processual.

Em algumas situações, a lei processual autoriza que determinados terceiros ingressem em processo pendente, transformando-os em parte. Trata-se do fenômeno da intervenção de terceiros.

O Título III (“Da Intervenção de Terceiros”) do Livro III do Código de Processo Civil de 2015 estabelece, de acordo com o entendimento do legislador, as hipóteses de “intervenção de terceiros”. São elas: assistência (dividida em simples e litisconsorcial), denunciação da lide, chamamento ao processo, *amicus curiae* e incidente de desconsideração de personalidade jurídica.

No presente trabalho, adota-se o entendimento de que o incidente de desconsideração da personalidade se trata de processo incidental. Com efeito, muito embora o incidente seja tratado no Título III (“Da Intervenção de Terceiros”) do Código de Processo Civil de 2015, deve-se entendê-lo como um instituto maior do que uma simples modalidade de intervenção, uma vez que se trata de processo incidental, e não de incidente no processo²⁰⁰.

Já foi dito acima que o incidente constitui um momento novo, formado de um ou mais atos não inseridos na sequência procedimental, que possibilitam a decisão da questão incidental ou o exame dos pressupostos de admissibilidade do processo²⁰¹.

²⁰⁰Fredie Didier Jr., apesar de incorrer em imprecisão técnica ao conceituar incidente processual, aduz que “Processo incidente é um processo novo, instaurado em razão de um processo existente, que dele se desgarrar, mas nele produz efeitos. É um processo filhote: nasce de um processo existente, mas adquire vida própria. Considera-se incidente esse processo, porque foi instaurado sempre de algum modo relacionado a algum processo pendente e porque visa a um provimento jurisdicional que de algum modo influirá sobre esse ou seu objeto. (...) 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. O incidente do processo é um galho novo, que o processo, como árvore, passa a ter. Por isso se diz que o incidente do processo é uma ramificação do processo originário”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*, parte geral e processo de conhecimento, cit., p. 484-485).

²⁰¹FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*, cit., p. 61.

Quando a questão incidental demandar a instauração de um novo procedimento, estar-se-á diante de um procedimento incidental. O procedimento incidental, em adição a uma nova relação jurídico processual, dará origem ao processo incidental.

O incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, por se tratar de processo incidental, ultrapassa os limites conceituais da intervenção de terceiros²⁰². Não se trata apenas de intervenção de um terceiro em processo pendente. Trata-se de novo processo. Não obstante, algumas hipóteses de intervenção poderão ocorrer no âmbito da desconconsideração²⁰³.

Em regra, as hipóteses de intervenção de terceiros ocorrerão no procedimento comum do processo de conhecimento. Com efeito, apenas excepcionalmente se admitirá o cabimento de intervenção de terceiros no âmbito da execução²⁰⁴.

14.2.1. Assistência

A assistência consiste em hipótese de intervenção segundo a qual um terceiro ingressa voluntariamente em processo alheio para auxiliar uma das partes na busca da vitória judicial²⁰⁵. O que justifica o cabimento da assistência é a existência de um interesse jurídico por parte do terceiro, não sendo cabível tal hipótese de intervenção nos casos em que se verifica apenas um interesse econômico, moral ou qualquer outro que não seja jurídico²⁰⁶. Na assistência, o terceiro só ingressa num processo se assim o quiser. Trata-se de faculdade.

²⁰²Nesse sentido, WAMBIER-CONCEIÇÃO-RIBEIRO-MELLO afirmam que: “De qualquer forma, embora a lei se sirva da expressão incidente, não se deve deixar de reconhecer, nesta figura, o exercício do direito de ação”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit., p. 283).

²⁰³Christian Garcia Vieira leciona que: “A atuação de terceiros na demanda incidental de desconconsideração não deve ser amplamente admitida, mas, por outro lado, também não pode ser descartada”. (VIEIRA, Christian Garcia. *Desconconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*: natureza, procedimentos e temas polêmicos, cit., p. 128).

²⁰⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 336.

²⁰⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 394-395.

²⁰⁶“Há interesses que não são tidos como jurídicos, a ponto de justificar o ingresso de terceiro em processo alheio. É, por exemplo, o do jurista em ação entre A e B, em que se discute teses que aquele sustenta. Também é o caso de entidade ou associação religiosa em relação a processo, pendente entre C e D, em que está em jogo ideia, princípio religioso que a entidade ou associação defendem. Também não é jurídico o interesse do credor, em ver julgada improcedente ação movida por outro credor, contra devedor comum”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit., p. 242).

Tal modalidade de intervenção se divide em simples e litisconsorcial, a depender do interesse jurídico do terceiro.

O terceiro pode ter interesse que a sentença seja favorável a uma das partes, porque será atingido reflexa ou indiretamente. Nesse caso, a assistência será simples. Por outro lado, se seu interesse jurídico for direto e imediato, em razão de ser titular do direito discutido na ação, tratar-se-á de assistência litisconsorcial, consagrando hipótese de litisconsórcio facultativo unitário ulterior²⁰⁷.

Evidentemente, há distinção de regime jurídico entre as hipóteses de assistência.

Na assistência simples, terceiro peticiona ao juiz requerendo admissão no procedimento judicial, a fim de assistir uma das partes. Não havendo impugnação no prazo de quinze dias, deve o juiz deferir o pedido, salvo hipótese de rejeição liminar. Todavia, se qualquer uma das partes alegar que falta ao requerente interesse jurídico, o juiz deverá decidir, sem suspender o processo.

É importante destacar que o assistente recebe o processo na fase processual em que se encontrar. O assistente auxilia a parte processual, podendo requerer provas, apresentar suas razões relativas ao processo, recorrer etc. Por fim, se o assistido vier a ser revel, poderá atuar como seu substituto processual. Todavia, se o assistido reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação ou transigir sobre direitos controvertidos, o assistente será subordinado a essa conduta, de modo que se encontra vinculado aos atos de autocomposição da parte.

Por outro lado, na assistência litisconsorcial, em razão de o terceiro possuir interesse jurídico direto e imediato na demanda, não poderá ser colocado em posição subsidiária em relação à parte, razão pela qual sua atuação independe da atuação da parte no processo²⁰⁸. Assim, atos de disposição praticados pelo assistido só serão eficazes se não houver manifestação de vontade do assistente litisconsorcial em sentido contrário. Ou seja, a

²⁰⁷DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., p. 489-497.

²⁰⁸Nesta senda, pontua Thereza Alvim que “haverá o assistente de ser considerado litisconsorte do assistido, recebendo, pois, o tratamento de litisconsorte e serão assim considerados porque se por eles, ou contra eles, fosse deduzido o pedido, a situação já estaria estampada no processo. As partes originárias e seus assistentes litisconsorciais, estão sujeitos ao regime da unitariedade, ante a circunstância de estar sendo deduzido um só pedido”. (ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 238). No mesmo sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 543).

renúncia, o reconhecimento do pedido, a transação etc. só serão eficazes se o assistente não se opuser²⁰⁹.

A assistência não altera o objeto do processo, uma vez que o terceiro se limita a aderir à pretensão do assistido, sem formular demanda nova. Não haverá, portanto, qualquer inovação quanto ao mérito, sendo certo que este tem os mesmos contornos do que teria se não houvesse ocorrido a assistência. Também é importante destacar que a assistência tem cabimento em qualquer espécie de processo, até mesmo no processo executivo ou em eventual cumprimento de sentença²¹⁰.

Tanto a assistência simples como a assistência qualificada são plenamente cabíveis no incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, não havendo que se falar em qualquer vedação nesse sentido.

Discussão interessante diz respeito à possibilidade de ingresso de sócios ou administradores, mediante assistência, nos processos em que figura pessoa jurídica como parte e nos quais, muito embora possa haver pedido futuro de desconconsideração da personalidade jurídica, este ainda não tenha sido feito.

Há quem entenda que, ainda que não pleiteada a desconconsideração da personalidade jurídica, a mera possibilidade de que a decisão produza reflexos posteriores no patrimônio do sócio ou administrador autorizaria o cabimento de assistência simples no caso em apreço²¹¹.

Não se pode deixar de olvidar, no entanto, que a assistência exige a comprovação de interesse jurídico²¹². Por outro lado, há de se ponderar que, inexistindo pleito de desconconsideração, o interesse jurídico do sócio não se mostrará configurado. Caso contrário, os sócios poderiam atuar, mediante assistência, em toda e qualquer demanda formulada em

²⁰⁹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*, cit., p. 248.

²¹⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 396.

²¹¹RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*, cit., p. 314.

²¹²Nesse ponto, ensina Cândido Rangel Dinamarco que: “(...) pode intervir no processo o terceiro com *interesse jurídico* em que a sentença seja favorável a uma das partes. O interesse que legitima a assistência é sempre representado pelos reflexos *jurídicos* que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. Esses possíveis reflexos ocorrem quando o terceiro se mostra titular de algum direito ou obrigação cuja existência ou inexistência depende do julgamento da causa pendente, ou vice-versa”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 395).

face da sociedade; o que não se deve admitir, por ser contraproducente e carecer de plausibilidade jurídica em termos processuais.

14.2.2. Denúnciação da lide

Outra hipótese de intervenção de terceiros consiste na denúnciação da lide (ou litisdenúnciação²¹³). O fenômeno processual pode ser verificado quando uma das partes tenciona trazer ao processo um terceiro que tem responsabilidade de ressarcir-la pelos eventuais danos advindos do resultado desse processo. O que legitima a denúnciação, portanto, é o direito regressivo que a parte possui contra terceiros, ou, até mesmo, contra a própria parte contrária²¹⁴.

José Carlos Barbosa Moreira bem conceitua a denúnciação da lide como verdadeira propositura de uma ação de regresso antecipada, para a eventualidade da sucumbência do denunciante²¹⁵.

Por meio da denúnciação, uma das partes poderá trazer ao processo um terceiro que tem responsabilidade de ressarcir-la pelos eventuais danos sofridos, advindos do resultado de processo determinado. Com efeito, uma das partes (autor ou réu) requer a citação de terceiro, de modo que, se a parte for vencida na ação, poderá exercer seu direito de regresso.

Além da demanda principal existente, o processo passa a conter outra demanda, decorrente da relação existente entre denunciante e denunciado, cujo objeto será o ressarcimento dos prejuízos que poderá vir a sofrer no caso de sucumbência no processo principal. Com efeito, entende-se a denúnciação como exercício do direito de ação. E mais, diz-se que a denúnciação promove ampliação do objeto do processo²¹⁶. Por constituir antecipação de ação regressiva, a denúnciação da lide é cabível, por regra, em processo de

²¹³A respeito da nomenclatura, ensina Cândido Rangel Dinamarco: “São absolutamente equivalentes a locução *denúnciação da lide* e os vocábulos *litisdenúnciação*, ou simplesmente *denúnciação*, ou ainda a forma latina *litisdenuntiatio*. É errado dizer *denúnciação à lide*: a existência de processo é denunciada *ao terceiro* e não se concebe que alguém pudesse ser denunciado *a ela*. Quem provoca a integração do terceiro é *litisdenunciante*, ou apenas *denunciante*; e o terceiro passa a ser *denunciado* ou *litisdenunciado*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 407).

²¹⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 354.

²¹⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Jurídica, 1974. p. 87.

²¹⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit., p. 250. Também no mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 408.

conhecimento, de modo que, ao menos a princípio, o instituto não seria cabível no processo de execução e no cumprimento de sentença²¹⁷.

As hipóteses de denunciação da lide estão previstas no art. 125 do Código de Processo Civil de 2015. Interessa-nos, para fins do presente estudo, a hipótese contida no inciso II do dispositivo:

“Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes: II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo”.

Primeiramente, em que pese à prevalência do entendimento de que a denunciação da lide se mostra cabível apenas no processo de conhecimento²¹⁸, é preciso ressaltar que há doutrina abalizada a defender a possibilidade de cabimento da denunciação no âmbito da execução, quando formulada em embargos de terceiro ou embargos à execução, no caso em que o sócio tiver bem constricto sem que seja citado (ou intimado) previamente e sua alegação consistir na negativa de que tenha praticado fraude²¹⁹.

Como é cediço, nesses casos, os embargos terão como objetivo a desconstituição do ato judicial de constrição patrimonial indevida, não se prestando para anular o ato jurídico de fraude que ensejou a desconsideração. Com efeito, de acordo com o entendimento que defende o cabimento da denunciação nesse caso, a mera improcedência dos embargos de terceiro traria prejuízo indenizável para o sócio que não participou da fraude ou do ato

²¹⁷Nesse sentido, ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu não ser cabível denunciação da lide em processo de execução e em processo cautelar, a saber: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp n. 213.556/RJ, j. 20.08.2001, rel. Ministra Nancy Andrighi; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp n. 691.235/SC, 2ª Turma, j. 19.06.2007, rel. Ministro Castro Meira; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp n. 751.450/SP, j. 10.11.2009, rel. Ministro João Otávio de Noronha.

²¹⁸Nesse sentido, defende Cândido Rangel Dinamarco que: “A denunciação da lide é *exclusiva do processo de conhecimento*, não sendo admissível no executivo ou no cautelar, nos quais não há condenação possível e portanto não faz sentido pensar em uma *condenação a ressarcir*; tal é o resultado mais característico da denunciação da lide do direito brasileiro”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 410). É preciso rememorar, no entanto, que o Código de Processo Civil de 2015, não mais contempla a hipótese de processo cautelar, e sim tutelas provisórias de urgência, que podem ser requeridas de forma antecedente ou incidental aos processos de conhecimento ou de execução.

²¹⁹Assim, defende André Pagani de Souza que: “(...) não parece absurdo imaginar a hipótese de o sócio de uma sociedade empresária que tenha bem particular seu penhorado por dívida da pessoa jurídica querer apresentar embargos de terceiro (porque não foi citado) para desconstituir a constrição que recaiu sobre o seu patrimônio. Para tanto, alega que não participou da fraude que ensejou a decretação da desconsideração da personalidade jurídica. E mais: o sócio denuncia a lide à sociedade ou ao sócio que praticou a fraude, com o objetivo de vinculá-los ao julgamento da causa (ou seja, dos embargos) e obter a condenação deles em reparar os danos sofridos, caso não consiga desconstituir a penhora que recaiu sobre seu patrimônio particular”. (SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 167). Também entendendo pelo cabimento da denunciação da lide nos embargos do executado: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 342-343.

abusivo, de modo que lhe deve ser franqueada a possibilidade de ingressar com ação de regresso e a oportunidade de denunciar a lide à sociedade.

Todavia, a lição de Araken de Assis nos leva à conclusão díspare. Para o autor, a denúncia da lide se mostra cabível nas hipóteses em que a parte (autor ou réu), aproveitando-se da litispendência, exerce pretensão regressiva contra terceiro, objetivando ressarcimento.

Sucedem que a eficácia preponderante dos embargos, seja ela constitutiva, mandamental ou declaratória, não se presta a uma condenação em regresso, uma vez que esse tema corresponde a matéria estranha à execução e à ação incidental de embargos. Além disso, antes da formação do título executivo judicial, por ocasião do trâmite do processo cognitivo, as situações permissivas da denúncia já terão ocorrido, havendo configuração de preclusão por decorrência do não proveito da alegação *oportuno tempore*. Isto posto, não se deve ter como cabível a denúncia da lide no âmbito de embargos²²⁰.

Em adição a essas considerações, Pedro Henrique Torres Bianqui, a partir do exemplo lançado por André Pagani de Souza, argumenta que, nesse caso, em tese, os embargos de terceiro ou do executado seriam julgados procedentes e, por consequência, a denúncia seria julgada improcedente; o que leva à conclusão de que além de ser incabível a denúncia em razão das especificidades procedimentais dos embargos, a procedência de qualquer um destes prejudicaria a análise da própria denúncia²²¹.

Por ocasião do estudo da responsabilidade patrimonial no início desse trabalho, fez-se menção ao fato de que, quando o desconsiderando não figurar como sujeito passivo no título executivo judicial, sua responsabilidade patrimonial será secundária. Todavia, se o terceiro for inserido no processo de conhecimento e figurar no título, responderá como coobrigado (responsabilidade primária).

Também foi apresentada discussão a respeito da possibilidade de permitir ao terceiro a alegação de subsidiariedade patrimonial (benefício de ordem), por ocasião da tentativa de expropriação de seu patrimônio pessoal anteriormente à tentativa de expropriação do patrimônio da sociedade.

²²⁰ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, cit., p. 1692.

²²¹BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 101.

Àquela oportunidade, entendeu-se que a desconsideração ensejará responsabilidade subsidiária, com possibilidade de alegação de benefício de ordem, em relação ao sócio que tem a desconsideração lançada contra seu patrimônio pessoal. Isso porque, se a desconsideração ensejasse responsabilidade solidária entre sócio e pessoa jurídica, haveria o direito de escolha ao credor para cobrar o cumprimento de um ou de outro devedor ou, ainda, de ambos, nos termos do art. 275 do Código Civil.

Todavia, no caso de desconsideração da personalidade jurídica, essa opção não é franqueada ao credor, uma vez que inexistente interesse de agir para a desconsideração nos casos em que a sociedade tem patrimônio suficiente para o adimplemento da obrigação. Também é preciso registrar que a solidariedade não deve ser presumida, devendo resultar de lei ou da vontade das partes, mercê do que determina o art. 265, do Código Civil, e as legislações referentes à desconsideração da personalidade jurídica não estabelecem solidariedade, exceção feita às obrigações decorrentes de direito do trabalho.

Demais disso, em que pese à adoção do entendimento segundo o qual a desconsideração enseja hipótese de responsabilidade subsidiária, entendeu-se inexistir possibilidade de reconhecimento de direito de regresso em favor de terceiros desconsiderandos, tendo-se em conta que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em regra, baseia-se em fraude e abuso de direito²²².

Consequência jurídica interessante decorre da adoção desse entendimento, com vistas à aplicação do instituto da denunciação da lide. Isso porque, se a responsabilidade patrimonial do sócio for entendida como subsidiária, qualquer tentativa de promover a responsabilização patrimonial do terceiro na demanda de conhecimento, anteriormente à formulação do pedido de condenação da pessoa jurídica, poderia, em tese, ensejar o cabimento da denunciação. Todavia, diante do fato de que inexistente direito de regresso do terceiro em face da sociedade, não se deve entender como cabível a utilização dessa hipótese de intervenção no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica²²³.

²²²RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 309.

²²³Discordando desse entendimento, pela possibilidade de denunciação da lide na demanda incidental de desconsideração da personalidade jurídica: VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*: natureza, procedimentos e temas polêmicos, cit., p. 131.

14.2.3. Chamamento ao processo

Outra hipótese de intervenção consiste no chamamento ao processo. Mediante tal modalidade de intervenção, alarga-se o campo de defesa dos fiadores e dos devedores solidários, possibilitando-lhes, diretamente no processo em que um ou alguns deles forem demandados, que chamem o responsável principal, os corresponsáveis, ou coobrigados para integrar a relação jurídico processual, como litisconsortes²²⁴. Trata-se de ato por meio do qual o réu pede a intervenção de um terceiro ao processo para que, em caso de ser julgada procedente a demanda inicial do autor, também aquele seja condenado e a sentença valha como título executivo em face dele²²⁵.

Trata-se de espécie coercitiva de intervenção de terceiro, pela qual o terceiro será integrado como litisconsorte em razão de pedido do réu e independentemente de sua concordância. A mera citação válida já é suficiente de *per se* para que o chamado seja integrado ao processo. Consequentemente, se tornará vinculado juridicamente a este, suportando não só os efeitos das decisões proferidas, mas também a coisa julgada material²²⁶.

Quando se instaura o litisconsórcio, mediante citação válida do chamado, há ampliação do objeto processual, uma vez que à pretensão de condenação do autor contra o réu se soma uma nova pretensão do réu-chamador contra o terceiro-chamado, e da estrutura subjetiva do processo, uma vez que há aumento no número de réus²²⁷.

O chamamento ao processo se diferencia da denunciação da lide. Enquanto aquele visa à ampliação do polo passivo da demanda, assegurando a formação de título executivo para posterior sub-rogação, na denunciação há a introdução de nova lide no processo, proposta pelo denunciante em face do denunciado. Isso porque, na denunciação, o denunciado possui relação jurídica apenas com o denunciante; ao passo que, no

²²⁴DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., p. 515.

²²⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 422.

²²⁶NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 366.

²²⁷Nesse diapasão, pontua Cândido Rangel Dinamarco que: “Ao instituir um litisconsórcio passivo mediante a propositura de sua pretensão a essa eventual condenação do terceiro, o chamador *amplia o objeto do processo* ao mesmo tempo em que altera sua estrutura subjetiva. De um réu, passa-se agora a dois ou vários. Do reconhecimento de uma obrigação, pedido pelo autor na inicial (obrigação do primitivo réu, agora *chamador*), passa-se a um objeto dúplice, composto da pretensão do autor e também da pretensão do chamador ao reconhecimento da obrigação do chamado”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 423). Em igual sentido: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 135.

chamamento, o chamado possui relação jurídica com o autor e com o réu que, porventura, tenha requerido a integração deste à relação jurídico processual²²⁸.

No que atine à desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilidade do terceiro, seja citado no processo de conhecimento ou no incidente, será subsidiária. Com efeito, a princípio, não seria possível que este promovesse o chamamento, uma vez que este se subordina à existência de solidariedade entre sujeitos passivos. Todavia, não é difícil imaginar hipótese em que o sócio tenha participado da fraude em conluio com outros sócios. Em hipótese tal, mostra-se plenamente possível o chamamento, a fim de trazer os demais terceiros participantes para integrar a relação jurídico processual²²⁹.

Outro exemplo também pode ser citado. Imagine-se a hipótese em que determinado credor tenha ajuizado inicialmente ação de conhecimento em face de sociedade determinada e em face dos sócios, cumulando pedido condenatório com pedido de desconsideração, por decorrência de abuso de direito, para extensão de responsabilidade patrimonial. Nesse caso, tem-se como possível que os sócios escolhidos para integrarem o polo passivo entendam que os administradores dela também devem participar do processo. Com efeito, utilizar-se-á o chamamento ao processo para efetuar essa integração²³⁰.

De igual modo, não há nada a impedir também que tal hipótese de intervenção seja utilizada no âmbito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, seja ele instaurado durante processo de conhecimento já em trâmite, seja durante processo executivo ou cumprimento de sentença, não havendo que se falar em incompatibilidade procedimental.

14.2.4. *Amicus curiae*

Por derradeiro, tem-se como hipótese de intervenção o *amicus curiae*. Mediante tal instituto, um terceiro, a pedido da parte ou por provocação do juízo, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão²³¹. Dessarte, busca-se melhorar a qualidade da prestação jurisdicional.

²²⁸WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit., p. 272.

²²⁹BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 136.

²³⁰SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica*: aspectos processuais, cit., p. 170.

²³¹DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., p. 529.

Anteriormente à edição do Código de Processo Civil de 2015, o *amicus curiae* encontrava atuação restrita aos processos objetivos, à análise de repercussão geral no recurso extraordinário, ao julgamento por amostragem dos recursos excepcionais e ao incidente de inconstitucionalidade²³².

Atualmente, com a vigência do novo diploma processual, o terceiro poderá intervir em qualquer processo e em qualquer fase, desde que o juiz repute de utilidade sua participação, à luz dos requisitos previstos do art. 138 do Código de Processo Civil de 2015²³³: relevância da matéria, especificidade do tema, ou repercussão social da controvérsia.

A ideia do *amicus curiae* é permitir que o Judiciário adote uma seleção mais abrangente do que a mera literalidade dos enunciados normativos. Em determinados casos, diante da adoção de conceitos vagos ou indeterminados no regramento legal, o juiz decidirá mediante interpretação a partir de normas abertas. Com efeito, a intervenção do *amicus curiae* é especialmente útil, uma vez que o juiz poderá tomar contato com outras perspectivas interpretativas para além do enunciado literal, considerando os interesses outros de determinados segmentos da sociedade²³⁴.

O *amicus curiae*, diferentemente das demais hipóteses de intervenção de terceiros, não possui interesse jurídico no processo. Todavia, evidentemente, a inexistência de interesse jurídico não leva à conclusão de que se trataria de terceiro desinteressado. Nesse mister, deve-se reconhecer um interesse institucional deste no deslinde da causa, concedendo maior qualidade à decisão, que deverá ser proferida após o terceiro ter dado sua versão a respeito da matéria discutida. O interesse institucional é, em última análise, da própria sociedade, ou de um segmento determinado da sociedade. O interesse é público, razão pela

²³²NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 371-372.

²³³Lei nº 13.105/2015, art. 138: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

²³⁴WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit., p. 291-292.

qual o *amicus curiae* deve guardar imparcialidade em suas manifestações²³⁵. O instituto visa a conferir, portanto, maior legitimidade às decisões judiciais²³⁶.

Embora deva levar ao processo elementos que proporcionem condições para que a decisão proferida seja tecnicamente embasada, os poderes deverão ser limitados pelo juiz, a fim de que não ocasionem tumulto processual. Com efeito, poderá produzir provas, sustentar oralmente suas razões etc., a depender do entendimento do juízo. Todavia, franqueia-se a ele sempre a possibilidade de se manifestar por escrito acerca da discussão empreendida nos autos.

O *amicus curiae* é plenamente cabível nas demandas que veiculem pedido de desconsideração, sejam autônomas ou incidentais. No entanto, é preciso ter presente a necessidade de se admitir o terceiro, à luz da especificidade do tema objeto da demanda (art. 138).

Inclusive há regramento específico permitindo o cabimento do *amicus curiae* em determinados tipos de ações que podem envolver discussão a respeito da desconsideração da personalidade jurídica. São exemplos elucidativos a esse respeito: a obrigatoriedade de a Comissão de Valores Mobiliários intervir como *amicus curiae* em todos os processos que envolvem o mercado de ações (Lei nº 6.385/76); e a obrigatoriedade de o Conselho Administrativo de Defesa Econômica intervir em todas as demandas que versem sobre direito da concorrência (Lei nº 12.529/11)²³⁷.

De igual modo, quando a matéria discutida for relevante e tiver interesse social, tal como ocorre nas ações que envolvem reparação de danos coletivos, individuais homogêneos ou difusos, é possível admitir o *amicus curiae* como forma de levar ao conhecimento do juízo conhecimentos técnicos acerca da eventual conduta omissiva, lesiva, ou fraudulenta.

²³⁵Nesse ponto, em consonância com as lições de Cândido Rangel Dinamarco, deve o *amicus curiae* observar estrita imparcialidade no desempenho de suas funções. Assim, leciona o autor que: “Como no direito americano, aqui também a oportunidade de admitir um *amicus curiae* vincula-se à presença de um relevante *interesse público*, como fator de projeção *ultra partes* dos efeitos da decisão judiciária esperada (Black’s). Tanto quanto o *custos legis* representado pelo Ministério Público, o *amicus curiae* é uma *parte imparcial* e suas manifestações devem pautar-se pela busca de uma decisão juridicamente correta e politicamente adequada, sem vinculação com o interesse de qualquer das partes em litígio; mas a participação desse sujeito é efêmera e não se destina a alongar-se por todo o tempo de duração do processo, como é o caso do fiscal da lei”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 402).

²³⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit., p. 294.

²³⁷VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*: natureza, procedimentos e temas polêmicos, cit., p. 133.

14.2.5. Nomeação à autoria como tópico da contestação ou defesa

Por fim, ainda que não conste mais como modalidade típica de intervenção de terceiros, cumpre registrar a importância da nomeação à autoria (ou indicação à autoria). A nomeação à autoria figurava como hipótese típica de intervenção de terceiros no Código de Processo Civil de 1973.

Por meio dela, o réu formulava pedido para ser excluído da relação jurídico processual, sob fundamento de que era parte ilegítima para figurar na demanda, de modo que deveria ser sucedido por um terceiro. Ou seja, o réu indicava à autoria um terceiro que seria a verdadeira parte legítima passiva *ad causam*, requerendo a citação deste. Com isso, visava a corrigir a ilegitimidade passiva²³⁸.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, mais propriamente do art. 338, houve exclusão da nomeação à autoria como modalidade de intervenção de terceiros, permitindo-se ao réu que alegue, em contestação, a sua ilegitimidade, mediante a indicação de quem entende parte legítima passiva. Essa é a literalidade do enunciado normativo disposto no art. 338:

“Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu”.

Em relação ao tema da desconsideração da personalidade jurídica, quando o pleito for formulado mediante processo autônomo, não haverá maiores problemas de aplicabilidade. Isso porque a defesa do citando será a contestação. Dúvida remanesce, no entanto, a respeito da incidência desse dispositivo por ocasião do oferecimento da defesa no âmbito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, de acordo com o art. 135 do Código de Processo Civil, será citado o sócio ou a pessoa jurídica para se manifestar, não havendo qualquer menção à palavra “contestação”.

²³⁸Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Cândido Rangel Dinamarco lecionava que: “Nomeação à autoria é o *pedido feito pelo réu, de ser excluído da relação processual por ilegitimidade ad causam, sendo sucedido por um terceiro*. O réu nomeia-o à autoria, i. é, indica-o como o verdadeiro responsável, requerendo que venha a ser citado. São duas as hipóteses gerais de admissibilidade dessa intervenção provocada. Pelo art. 62 do Código de Processo Civil, ‘aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor’. (...) O art. 63 cuida da nomeação a ser feita pelo réu de demanda de condenação a indenizar”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 404-405). Em igual sentido: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 143.

Em última análise, a resposta a esse questionamento diz respeito à própria amplitude da defesa que será exercida pelo citando no âmbito do incidente. Como será visto em tópico oportuno, a amplitude da defesa do citando no incidente se dá de modo amplo, ainda que seja instaurado apenas por ocasião do cumprimento de sentença ou durante o processo de execução, podendo versar, inclusive, sobre aspectos relativos ao processo de conhecimento ou ao título executivo extrajudicial.

Nesse sentido, é plenamente cabível a indicação à autoria no âmbito da defesa do citando no incidente, como forma de melhor privilegiar a instrumentalidade das formas, bem como o contraditório e a ampla defesa.

14.3. Elementos objetivos

14.3.1. Causa de pedir

Todo pedido se mostra assentado num fundamento mediante o qual a pretensão se funda. A causa de pedir consiste no fato ou conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele firmado²³⁹. A causa de pedir é formada pelo fato (causa remota) e pelo fundamento jurídico (causa próxima), sendo irrelevantes, para fins de tratamento científico, o fundamento legal utilizado e o *nomen juris*. Também pudera, não se submete ao azo que o autor limite a atividade cognitiva do juízo, uma vez que cabe a este atribuir a qualificação jurídica da relação deduzida em juízo, mercê da máxima latina *jura novit curia*.

Com efeito, a causa de pedir se divide em remota e próxima.

A causa de pedir remota consiste na relação fático-jurídica existente entre as partes ou, em outras palavras, a exposição fática capaz de demonstrar o interesse e a necessidade da tutela jurisdicional reclamada pelo demandante²⁴⁰.

A causa de pedir próxima, a seu turno, consiste no enquadramento da situação concreta que, narrada *in status assertionis*, corresponde à previsão abstrata, contida no

²³⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 17.

²⁴⁰CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 172.

ordenamento jurídico, e do qual decorre a juridicidade daquela, com a materialização da consequência jurídica alvitada pelo autor²⁴¹.

Há dois sistemas que tratam sobre a necessidade de se expor a *causa petendi* na petição inicial. Para um primeiro sistema, a mera dedução dos fatos (causa remota) já é suficiente para influenciar no objeto de conhecimento do juiz. Trata-se da teoria da substanciação. De outra parte, para um segundo sistema, deverá haver esclarecimento do fundamento jurídico (causa próxima) trazido a fim de que a pretensão seja objeto de conhecimento judicial. Trata-se da teoria da individuação²⁴².

Depreende-se do Código de Processo Civil de 2015 que o Brasil adota a teoria da substanciação, razão pela qual é necessária a exposição de fatos (causa de pedir remota) e fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima), por ocasião da formulação da petição²⁴³. Assim, dispõe o art. 319, III, do Código de Processo Civil de 2015 que:

“Art. 319. A petição inicial indicará: III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

A *causa petendi* da desconsideração da personalidade jurídica dependerá da lei material aplicável àquela hipótese de desconsideração específica. É possível caracterizar a *causa petendi* da desconsideração a partir do elemento que autorize a sua ocorrência no caso em juízo. À guisa de exemplificação, se houver fraude, a causa de pedir será a previsão abstrata autorizativa de desconsideração com base em fraude, concomitantemente à ocorrência do fato em concreto, no caso vertente. A mera alegação genérica é insuficiente

²⁴¹CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 161.

²⁴²Ricardo de Barros Leonel pontua as distinções entre a teoria da substanciação e a teoria da individuação: “Do ponto de vista da substanciação da demanda, o fato constitutivo é que contribui para sua delimitação; enquanto para o enfoque da individuação é o direito afirmado, isto é, feito valer, que especifica a demanda”. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006. p. 87).

²⁴³Poderia surgir dúvida a respeito da adoção da teoria da substanciação pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o diploma processual prevê a necessidade de se indicar o fundamento jurídico na petição inicial. Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, em raciocínio que se aplica ao atual diploma, Cândido Rangel Dinamarco leciona que: “Vige no sistema processual brasileiro o sistema da *substanciação*, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença (art. 128) mas os fundamentos jurídicos, não. Tratando-se de elementos puramente jurídicos e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda, a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados – para o que levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (...)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 132-133).

para autorizar a desconsideração, possuindo o demandante verdadeiro ônus de demonstrar de forma pormenorizada a sua ocorrência *in casu*²⁴⁴.

14.3.2. Pedido

O terceiro elemento individualizador da demanda consiste no pedido. Quando o autor ajuíza uma demanda, há a formulação de um pedido de prestação de tutela jurisdicional. A tutela pode ser decomposta no: (i) objeto imediato, o conteúdo processual consubstanciado na providência jurisdicional de declaração, constituição, modificação, ou condenação; (ii) objeto mediato, o conteúdo material consubstanciado no bem da vida pleiteado pelo autor, o resultado prático que o autor pretende obter com a demanda²⁴⁵.

Diante da literalidade do art. 322, *caput*²⁴⁶ e do art. 324, *caput*²⁴⁷, do Código de Processo Civil de 2015, decorre exigência para que o pedido seja certo e determinado. Por “certeza”, entende-se a necessidade de o pedido imediato ser indicado de forma clara e precisa, de modo que seja hialina a tutela jurisdicional pretendida. Demais disso, no que atine ao pedido mediato, decorre a exigência de que o gênero do bem da vida seja indicado. Por “determinação”, entende-se a necessidade de o pedido mediato indicar qualidade e quantidade do bem da vida pretendido²⁴⁸.

Tal como visto alhures, a desconsideração poderá ser requerida autonomamente ou mediante processo incidental. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica poderá ocorrer durante processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título extrajudicial. Quando houver requerimento durante o trâmite do processo de conhecimento, o pedido imediato consistirá na providência jurisdicional de condenação do demandado incidental, ainda que lhe seja resguardado o benefício de ordem.

²⁴⁴BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 101.

²⁴⁵Para CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO: “Toda relação jurídica constitui, de alguma forma, o regulamento da conduta das pessoas com referência a determinado bem. O bem que constitui objeto das relações jurídicas substanciais (primárias) é o bem da vida, ou seja, o próprio objeto dos interesses em conflito (uma importância em dinheiro, um imóvel etc.). O objeto da relação jurídica processual (secundária), diferentemente, é o serviço jurisdicional que o Estado tem o dever de prestar, consumando-o mediante o provimento final de cada processo (esp. sentença de mérito)”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 312).

²⁴⁶Lei nº 13.105/2015, art. 322, *caput*: “O pedido deve ser certo”.

²⁴⁷Lei nº 13.105/2015, art. 324, *caput*: “O pedido deve ser determinado”.

²⁴⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 124-125.

Por outro lado, quando houver requerimento durante o trâmite de cumprimento de sentença ou de processo de execução fundado em título extrajudicial, o pedido não haverá de se expressar no sentido de imposição do dever de prestar, já que o novo executado, a rigor, não será condenado a pagar o débito. Em casos tais, o pedido imediato consistirá no reconhecimento de extensão da responsabilidade patrimonial ao novo executado (sujeito apanhado em desconsideração da personalidade jurídica).²⁴⁹

Sob o aspecto quantitativo, o pedido pode ser simples ou cumulado. O art. 327²⁵⁰ do Código de Processo Civil de 2015 estabelece determinados requisitos para a cumulação de pedidos.

Nesse sentido, dispõe o diploma processual que, na cumulação, não podem os pedidos ser incompatíveis entre si. No entanto, não há qualquer problema em cumular pedidos incompatíveis, desde que sejam feitos de forma alternativa ou subsidiária. Daí decorre o parágrafo 3º do art. 327, que excepciona a incompatibilidade nos casos previstos no art. 326²⁵¹.

Demais disso, também se impõe como requisito a necessidade de juízo ser competente para todos os pedidos. É dizer: em se tratando de competência absoluta, a cumulação será inadmissível. Por outro lado, se a regra de competência estipulada para o caso for relativa, a cumulação poderá ser empreendida uma vez que remanesce a possibilidade de a competência do juízo ser prorrogada.

Por fim, a cumulação exige a compatibilidade procedimental.

A cumulação pode ser classificada em própria e imprópria. Será própria quando for possível a procedência simultânea de todos os pedidos. Será imprópria quando formulado mais de um pedido apenas um deles puder ser concedido. A cumulação própria se divide em

²⁴⁹SANTOS, Silas Silva. *Modificações subjetivas na execução e o objeto litigioso*, cit., p. 182.

²⁵⁰Lei nº 13.105/2015, art. 327: “É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:

I - os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

§ 3º O inciso I do § 1º não se aplica às cumulações de pedidos de que trata o art. 326.”

²⁵¹Lei nº 13.105/2015, art. 326: “É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior.

Parágrafo único. É lícito formular mais de um pedido, alternativamente, para que o juiz acolha um deles”.

simples e sucessiva. Será simples quando os pedidos forem absolutamente independentes entre si, de modo que o resultado de um não interfira nos demais. Por fim, será sucessiva quando existir relação de prejudicialidade entre os pedidos²⁵².

Se a desconsideração é requerida cumulativamente com o pedido dirigido em face de uma sociedade em processo de conhecimento (art. 134, §2º, do Código de Processo Civil de 2015), estar-se-á diante de cumulação própria, uma vez que, somada à pretensão condenatória da sociedade, pleiteia-se sucessivamente a desconsideração, com subsequente extensão da obrigação a seus sócios²⁵³.

Outro ponto importante diz respeito à possibilidade de decretação da desconsideração nos casos em que não há formulação de pedido. Noutras palavras, a desconsideração de personalidade jurídica pode ser reconhecida de ofício pela autoridade julgadora?

Evidentemente, no âmbito da demanda de desconsideração, há diversos pedidos que podem ser reconhecidos de ofício, como implícitos, pela autoridade julgadora, tais como, juros, correção monetária, prestações vincendas e verbas sucumbenciais. Todavia, remanesce dúvida a respeito da possibilidade de se reconhecer de ofício a própria desconsideração de *per se*, sem a necessidade de pedido prévio dos legitimados para tanto.

Tendo-se em conta o pressuposto do presente trabalho no sentido de que a desconsideração poderá ser requerida tanto em processo autônomo como em processo incidental, a depender do caso concreto, chega-se à conclusão de que, independentemente da forma escolhida, haverá processo. Dessarte, a fim de que seja assegurado o princípio da imparcialidade, bem como o princípio dispositivo, não se submete ao azo que seja franqueado ao magistrado a possibilidade de reconhecer de ofício a desconsideração, ante da inexistência de autorização legislativa expressa²⁵⁴.

Demais disso, em consonância com o fato de que, em regra, a desconsideração é requerida para abranger satisfação de direitos patrimoniais disponíveis (matéria que não é de ordem pública), tanto o art. 50 do Código Civil como o art. 133 do Código de Processo

²⁵²NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 150-151.

²⁵³RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 253.

²⁵⁴Nesse tocante, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Pedro Henrique Torres Bianqui afirmava que: “As exceções ao princípio da demanda são sempre trazidas em lei. Assim são nas situações em que a recuperação judicial é convolada em falência (arts. 73 a 74 da vigente Lei de Falências) ou na concessão *ex officio* de medidas cautelares incidentes ao processo. Ou mesmo quando o juiz reconhece a prescrição (CPC, art. 219, §5º) ou quando conhece alguma matéria de ordem pública dentro do processo (CPC, art. 267, §3º)”. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 116).

Civil de 2015 impõem a necessidade de formulação de requerimento pela parte ou pelo Ministério Público.

Em pesquisa empírica anterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015²⁵⁵, todavia, Leonardo Netto Parentoni revelou que a decretação de ofício era comum em 12% dos julgados dos Tribunais brasileiros. Desse número, a postura mais marcante foi verificada na Justiça do Trabalho, de onde partiram mais de 91% das decisões desse tipo, sob fundamento de que o empregado deve ser tutelado em razão de sua vulnerabilidade. Apontava-se como autorização legislativa o art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe:

“Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado”.

No entanto, apesar de o art. 878 permitir que o magistrado inicie a execução de ofício, não há autorização para que se proceda à desconsideração de ofício, uma vez que inexistente comando legislativo expresso que autorize o magistrado a executar de ofício pessoa diversa do sujeito passivo que figura no título executivo. Surgiu em boa hora, portanto, a Instrução Normativa nº 39, de 15 de março de 2016 do Tribunal Superior do Trabalho que estabeleceu ser aplicável à Justiça do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ressalvada a possibilidade de instauração de ofício do próprio incidente pelo juiz, ocasião em que deverá ser assegurado o devido processual legal, com citação prévia do terceiro²⁵⁶.

Por derradeiro, cumpre-nos analisar o dispositivo insculpido no art. 82, §2º da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação). Pedro Henrique Torres Bianqui aponta que o referido enunciado normativo consiste na única exceção à regra segundo a qual a desconsideração não poderá ser decretada de ofício²⁵⁷.

O dispositivo normativo assim dispõe:

“§2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em

²⁵⁵PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*, cit., p. 159.

²⁵⁶Instrução Normativa nº 39 de 2016 do Tribunal Superior do Trabalho, art. 6º: “Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)”.

²⁵⁷BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 118-119.

quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização”.

A bem da verdade, no entanto, não se trata de hipótese de desconsideração. Nesse mister, leciona Otávio Joaquim Rodrigues Filho que a hipótese prevista na Lei de Falência e Recuperação não se trata de autorização para decretação de ofício da desconsideração, uma vez que se insere no contexto de tutelas provisórias fundadas no poder geral de cautela do juiz. É dizer: uma vez autorizada a indisponibilidade, nos termos do enunciado normativo, não haverá qualquer solução definitiva quanto ao reconhecimento da responsabilidade patrimonial.

15. COMPETÊNCIA

A competência é extremamente importante para fins de fixação e delimitação do legítimo exercício da jurisdição. Nesse ponto, faz-se mister ressaltar que todo e qualquer magistrado tem jurisdição em território nacional. Nem todo magistrado, no entanto, é competente para processar e julgar todos os processos que tramitam em território nacional.

Tradicionalmente, a competência já foi entendida como medida da jurisdição, ou quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a órgão ou grupo de órgãos. Modernamente, a competência tem sido conceituada como conjunto de atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidos pela Constituição e pela lei²⁵⁸.

Portanto, a jurisdição e a competência se tratam de conceitos distintos. A ausência de jurisdição configura inexistência jurídica de processo. De outra parte, a violação à regra de competência não produzirá inexistência jurídica, e sim invalidade do ato processual praticado.

A existência de regras delimitadoras de competência pode ser explicada diante da evidente necessidade de buscar proteger interesses individuais das partes (competência relativa) ou, até mesmo, a ordem pública (competência absoluta).

Mercê do art. 43 do Código de Processo Civil de 2015²⁵⁹, a competência deve ser verificada no momento do registro ou distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem regra de competência absoluta.

Em regra (exceção feita aos casos de falência), em razão da inexistência de autonomia funcional do incidente em relação ao processo originário, a autoridade competente para processar e julgar o processo incidental será a autoridade competente do processo originário. Isso se deve também ao fato de a desconsideração se destinar, em última análise, a atribuir efetividade ao processo de conhecimento ou de execução²⁶⁰.

²⁵⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 423.

²⁵⁹Lei nº 13.105/2015, art. 43: “Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta”.

²⁶⁰RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 279.

A competência tem extrema relevância na definição de critérios destinados à definição de determinadas relações existentes entre demandas, com vistas a evitar o ajuizamento conjunto de processos repetitivos ou conexos, atendendo aos reclamos de economia processual e segurança jurídica.

À guisa de exemplificação, tem-se como comum a possibilidade de existência de duas demandas incidentais de descon sideração, ainda que as causas de pedir se mostrem diversas. Em casos tais, deve-se analisar os fatos narrados pelo autor para definir se ambas devem tramitar conjuntamente²⁶¹. Tem-se como inadmissível, no entanto, a coexistência de dois processos entre as mesmas partes e que tenham o mesmo objeto, de modo que, nessa hipótese, justifica-se a possibilidade de reconhecimento de conexão entre demandas incidentais de descon sideração.

O art. 55²⁶² do Código de Processo Civil de 2015 define a conexão como o fenômeno segundo o qual duas ações têm em comum o pedido ou a causa de pedir. Os dois elementos da demanda são utilizados para fins de reconhecimento do fenômeno da conexão: o pedido e a causa de pedir. Em complemento, o §1º do art. 55²⁶³ atribui a consequência jurídica em caso de reconhecimento de conexão, qual seja, reunião de processos para julgamento conjunto. Por fim, a preocupação do Código de Processo Civil 2015 com a segurança jurídica logrou por ampliar as hipóteses de julgamento conjunto, de modo que, ainda que as ações não sejam conexas, deverão ser reunidas para julgamento conjunto, nos casos em que houver risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias (art. 55, §3º²⁶⁴).

Discussão interessante pode ser ventilada a respeito da conexão entre demandas incidentais de descon sideração, critério utilizado para fins de modificação de competência (casos de competência relativa), com vistas a impedir a prolação de decisões conflitantes²⁶⁵, sobretudo quando há trâmite simultâneo de dois processos de execução.

²⁶¹VIEIRA, Christian Garcia. *Descon sideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 157.

²⁶²Lei nº 13.105/2015, art. 55: “Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”.

²⁶³Lei nº 13.105/2015, art. 55, §1º: “Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”.

²⁶⁴Lei nº 13.105/2015, art. 55, §3º: “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”.

²⁶⁵Nesta senda, Cândido Rangel Dinamarco assevera que: “Algumas normas de determinação de competência não têm imperatividade absoluta (casos de *competência relativa*) e comportam algum grau de flexibilização, a qual se dá mediante o que se chama *modificação da competência* (sua prorrogação)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 428).

Embora seja prevalecente o entendimento de que a existência de duas execuções distintas fundadas em títulos distintos com igual pedido (invasão patrimonial para satisfação) não configura hipótese de conexão – vez que não há risco de decisões conflitantes -, a situação pode apresentar mudanças em decorrência do ajuizamento de demandas incidentais de descon sideração. Em casos tais, as demandas incidentais de descon sideração ensejarão risco de decisões conflitantes. Mais do que isso, poderá haver similitude entre as causas de pedir (fraude no uso da mesma sociedade), ou, até mesmo, entre pedidos (descon sideração para extensão patrimonial relativa ao mesmo sócio)²⁶⁶.

A rigor, a aplicação prática da conexão nesses casos terá risco mitigado, uma vez os processos executivos devem ser suspensos em face do terceiro demandado no incidente, em razão da literalidade o art. 134, §3º, do Código de Processo Civil de 2015 (dispositivo que estudaremos com mais vagar no decorrer do trabalho). Mostra-se recomendável, no entanto, que o juízo avalie a utilidade do reconhecimento da conexão, a fim de evitar decisões conflitantes²⁶⁷.

Evidentemente, a conexão, por ser critério de modificação de competência relativa, não deverá influir nos casos em que o incidente de descon sideração é processado e regido por regras de competência absoluta. Assim sendo, é preciso analisar os casos em que o ajuizamento de um processo incidental de descon sideração pode desencadear a alteração da competência, em razão da inclusão da parte ré.

Imagine-se a hipótese em que o requerente ingressa com incidente de descon sideração, a fim de ver incluída empresa pública federal no polo passivo de determinado processo executivo. Nesse caso, por força do art. 109, I, da Constituição Federal²⁶⁸, a competência para processar e julgar o incidente será da Justiça Federal. Por se tratar de hipótese de competência absoluta, o ajuizamento do processo incidental de descon sideração provocará incompetência superveniente do juízo do processo originário. O que fazer nessa hipótese?

²⁶⁶VIEIRA, Christian Garcia. *Descon sideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 159-160.

²⁶⁷Id. *Ibid.*, p. 161.

²⁶⁸Constituição Federal de 1988, art. 109, I: “Aos juízes federais compete processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

Tem-se como possibilidade o envio dos autos da Justiça Estadual para a Justiça Federal, uma vez que o art. 109, I, da Constituição Federal atrairia a competência absoluta do juízo federal para processamento e julgamento da causa. Todavia, a discussão exige análise mais detida, à luz da causa de pedir que fundamenta a demanda incidental.

Com efeito, se o processo incidental for instaurado durante o trâmite de um processo de conhecimento, evidentemente, a solução reclama o envio dos autos para a Justiça Federal, em razão da competência absoluta em razão da pessoa.

Todavia, se o processo incidental for instaurado durante o trâmite de cumprimento de sentença ou de processo executivo, é preciso analisar a fundamentação contida na demanda incidental, sobretudo à luz da manifestação defensiva do demandado. Isso porque, se não houve qualquer discussão atinente a aspectos relacionados ao título executivo, não haverá qualquer motivo que ampare o envio dos autos da demanda originária da justiça estadual para a justiça federal.

Também pode ser apontada solução singela de suspensão da demanda originária na Justiça Estadual, a fim de aguardar o proferimento da decisão na Justiça Federal; o que se encontra, em parte, em consonância com o art. 134, §3º, do Código de Processo Civil 2015²⁶⁹.

Parece ser essa a melhor opção a ser adotada, à luz do que estabelece o diploma processual civil.

Outra questão relacionada à competência diz respeito à competência para processamento do incidente na hipótese de não ter havido sua instauração por ocasião do trâmite da demanda principal, no primeiro grau de jurisdição, e, eventualmente, o processo se encontrar em segundo grau, por força de recurso interposto.

Parte da doutrina entende, à luz do art. 932, VI, do Código de Processo Civil de 2015²⁷⁰, que a demanda incidental, em razão de ser acessória em relação à demanda principal, deverá seguir a sorte do processo principal. Com efeito, deverá o incidente ser

²⁶⁹Lei nº 13.105/2015, art. 134, §3º: “A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do §2º”.

²⁷⁰Lei nº 13.105/2015, art. 932, VI: “decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal”.

processado originária e diretamente no âmbito do segundo grau de jurisdição, não havendo que se falar em supressão de instância²⁷¹.

De outra parte, há quem defenda que, se o processo estiver tramitando no tribunal em decorrência de recursos, diante da taxatividade das normas de competência originária dos tribunais e conforme faculta o art. 55, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, poderá o demandante do processo incidental apresentá-lo em primeiro grau, perante o juiz da causa, como forma de dar obediência ao princípio do juiz natural e das normas de prevenção²⁷².

Concordamos com o primeiro entendimento. Não se submete ao azo que a instauração de um incidente em primeiro grau possa ser responsável por suspender processo que já se encontra em segunda instância. Também não nos parece haver hipótese de supressão de instância, uma vez que a própria legislação processual garante o processamento originário no âmbito dos Tribunais, na hipótese aventada.

Na fase de recurso especial ou extraordinário, no entanto, não é possível a suscitação do incidente. Isso porque a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é definida pela Constituição Federal, que não prevê hipótese de competência para processamento e julgamento de incidentes de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de Tribunais Superiores.

²⁷¹ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Método, 2015. p. 436.

²⁷²VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 150-151.

16. MECANISMOS DE IMPUGNAÇÃO

16.1. Defesa no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, impugnação, embargos do devedor e embargos de terceiro

Após analisar aspectos relacionados à competência, cumpre-nos tratar sobre a defesa empreendida por aquele que sofrerá os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica.

Como dito acima, a desconsideração poderá ser pleiteada em demanda autônoma ou em processo incidental de desconsideração, a depender do caso específico.

Se o demandante tenciona a desconsideração em processo de conhecimento autônomo franqueia-se ao demandado a oposição de contestação, uma vez que consistirá em verdadeiro réu na demanda de conhecimento.

Discussão interessante diz respeito às hipóteses em que o demandado (sócio ou pessoa jurídica) é chamado para se defender no âmbito de processo incidental de desconsideração. A esse respeito, cumpre sobrelevar que, nos termos do art. 135 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para se manifestar e requerer provas cabíveis, no prazo de quinze dias. Essa é a literalidade do art. 135:

“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”.

Portanto, diante da instauração do procedimento incidental previsto no Código de Processo Civil de 2015, ao sócio ou à pessoa jurídica, franqueia-se a possibilidade de oferecer defesa no âmbito do incidente, por decorrência da integração à relação jurídico processual. No decorrer do presente trabalho, defendeu-se que o incidente de desconsideração se trata de processo incidental, constituindo nova pretensão processual. Com efeito, não deverá haver limitação à matéria alegada na defesa do incidente, podendo o demandado aventar inclusive aspectos relacionados à própria validade do título executivo (em se tratando de cumprimento de sentença ou de processo de execução).

Nesse sentido, faltará interesse ao demandado para oferecimento de impugnação ou oposição de embargos à execução, uma vez que o procedimento incidental de desconconsideração permitirá ampla instrução probatória, podendo influir sobre o próprio título executivo que ampara o cumprimento de sentença ou o processo de execução.

Igual consequência, todavia, não pode ser atribuída aos embargos de terceiro. Estes poderão ser ajuizados por aquele que, não sendo parte no processo, sofre constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo (art. 674 do Código de Processo Civil de 2015²⁷³). Mediante a utilização desse instrumento processual, visa-se ao desfazimento ou à inibição da constrição ou ameaça de constrição.

Nos casos de desconconsideração, a possibilidade de oposição de embargos de terceiro por parte do sócio ou pessoa jurídica decorre, inclusive, da literalidade expressa do §2º, do art. 674²⁷⁴, que dispõe:

“Art. 674, §2º. Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos: III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte”.

Isso tem uma explicação. Em caso de desconconsideração para fins de responsabilidade, a extensão da responsabilidade patrimonial a outra pessoa não constante do título executivo exigirá a instauração do incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, nos termos dos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015. Todavia, não é difícil imaginar a hipótese em que eventual demandante tencione estender a responsabilidade patrimonial, independentemente da instauração de incidente de desconconsideração, em afronta à regra processual. Em casos tais, o sócio ou a pessoa jurídica não poderá fazer a defesa no âmbito do incidente, uma vez que este sequer existe. Outrossim, não tendo sido citado, não poderá ser inserido no conceito de parte processual.

²⁷³Lei nº 13.105/2015, 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 construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro”.

²⁷⁴Nesse ponto, cabe observar que o Código de Processo Civil de 2015 normatizou realidade já internalizada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a saber: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, RMS n. 19.633/SP, j. 06.10.2005, rel. Ministra Nancy Andrighi; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, RMS n. 13.675/PR, j. 26.04.2005, rel. Ministra Laurita Vaz; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp n. 140564/SP, j. 24.10.2004, rel. Ministro Barros Monteiro.

Dessarte, restará ao terceiro a possibilidade de oposição de embargos de terceiro para desfazer a constrição ou ameaça de constrição sem que se tenha observado o procedimento previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015²⁷⁵.

Em princípio, portanto, o responsável deverá apresentar embargos de terceiro nos casos em que tenha contra si requerida a desconsideração, sem que tenha sido citado para se manifestar e requerer provas cabíveis, faltando-lhe interesse, ao menos inicialmente, para opor embargos à execução e impugnação.

Cabe discutir, contudo, se não seria possível aplicação do princípio da fungibilidade, a fim de que eventual oferecimento de embargos à execução ou de impugnação possam ser recebidos como embargos de terceiros, nos casos em que não há citação do responsável.

Acerca da fungibilidade, não se pode deixar de olvidar para o fato de que, em determinadas situações processuais, encontram-se instauradas verdadeiras “zonas de penumbra”, a justificar o enquadramento categórico de determinada figura processual em um caso ou outro. Acerca do tema, Teresa Arruda Alvim Wambier assinala que “zonas de penumbra” consistem em “situações em face das quais se apresenta mais de uma situação possível, legitimada por parte da própria doutrina, da jurisprudência e da lei”²⁷⁶.

A aplicação do princípio da fungibilidade demanda a observância de dois requisitos: (i) a inexistência de erro grosseiro, conjugada à existência de dúvida objetiva²⁷⁷; e (ii) a necessidade de se respeitar o prazo menor, a fim de impedir a configuração de má-fé²⁷⁸.

²⁷⁵Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Pedro Henrique Torres Bianqui argumenta que: “Quando o sócio não foi ainda citado (i.e., não é ainda parte no processo em que se dá o ato impugnado) e não houve constrições mas a questão da desconsideração já está posta, a sua defesa pode se dar por meio da oposição de embargos de terceiro. Esse é o caminho hábil para que terceiros discutam constrições indevidas realizadas em determinada execução. A discussão dos embargos envolverá a responsabilidade ou não dos bens do sócio. Com isso, é nessa seara que se dará o embate acerca dos requisitos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica”. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 178-179). Muito embora o autor tenha feito observação anteriormente à vigência do Código de Processo Civil de 2015, a conclusão pode ser plenamente aplicada aos casos em que a desconsideração é decretada à revelia de observância do procedimento previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015.

²⁷⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 740.

²⁷⁷JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 213.

²⁷⁸Esse segundo requisito, muito embora receba severas críticas da doutrina (v.g., Id. *Ibid.*, p. 170), mostra-se consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a saber: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, Ag n. 146.352/RJ, j. 26.06.1997, rel. Ministro Ari Pargendler; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp n. 113.877/SP, j. 25.08.1997, rel. Ministro Hélio Mosimann; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp n. 865.532/PB, j. 21.09.2005, rel. Ministro Teori Albino Zavascki.

Como salutar ao princípio da fungibilidade, deve-se aceitar o recebimento de eventuais embargos à execução ou de impugnação como embargos de terceiro, desde que sejam respeitados os requisitos elencados acima.

Consoante o art. 675 do Código de Processo Civil de 2015²⁷⁹, a oposição de embargos de terceiro poderá ocorrer no processo de conhecimento, enquanto não transitada em julgado a sentença. Já no que atine ao cumprimento de sentença e ao processo de execução, os embargos de terceiro poderão ser opostos até cinco dias depois da expropriação de bens, porém, sempre antes da assinatura da respectiva carta de alienação, iniciativa particular ou arrematação.

Inicialmente, tendo-se em conta a necessidade de obediência ao requisito (i), convém ressaltar que se trata de hipótese de dúvida objetiva, onde inexiste erro grosseiro. Isso porque, em que pese à tese pelo cabimento de embargos de terceiro, desenvolvida no presente trabalho, é possível encontrar doutrina no sentido de serem cabíveis embargos à execução nos casos em que não se observa o procedimento previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015²⁸⁰; o que leva o primeiro requisito a encontrar guarida de aplicação.

Ora, se nem mesmo a doutrina chega a uma conclusão uníssona, com mais razão deve ser franqueada ao demandante a possibilidade de se reconhecer a fungibilidade no caso em apreço.

Em relação ao requisito (ii), tanto a impugnação (art. 525 do Código de Processo Civil de 2015²⁸¹) como os embargos à execução (art. 915 do Código de Processo Civil de

²⁷⁹Lei nº 13.105/2015, art. 675: “Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta”.

²⁸⁰A esse respeito, pontua Otávio Joaquim Rodrigues Filho que: “Dúvidas restariam com relação aos embargos de terceiro como via defensiva para aquele que for atingido por atos de constrição em seu patrimônio se não houve contraditório e nem mesmo decisão reconhecendo o desconhecimento da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, havendo opiniões no sentido de ser viável a defesa por embargos de terceiro. Observe-se, contudo, que, se aqueles atingidos foram citados para a execução, não poderão ser considerados terceiros, não lhes cabendo a via da defesa dos embargos de terceiro. Esse entendimento não autoriza a concluir que deve o réu se sujeitar ao processo de execução antes de julgado o incidente de desconconsideração da personalidade, pois inexistente a decisão que aprecia a extensão de responsabilidade”. (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 320-321).

²⁸¹Lei nº 13.105/2015, art. 525: “Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação”.

2015²⁸²) possuem prazos menores do que os embargos de terceiro; razão pela qual o segundo requisito sempre restará atendido.

Portanto, em breve síntese, se há requerimento de desconsideração autonomamente em processo de conhecimento, o responsável será citado e deverá oferecer contestação, sendo-lhe franqueados todos os meios de prova admitidos em direito.

Por outro lado, se houver instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015), ao responsável será fraqueada a apresentação de defesa, no prazo de quinze dias, podendo requerer provas cabíveis. A defesa do responsável será ampla e poderá versar sobre aspectos relacionados ao título executivo, uma vez que o incidente, por se tratar de processo incidental, inaugura nova pretensão processual.

Já nos casos em que estiver em trâmite processo de conhecimento, cumprimento de sentença ou processo de execução e não houver observância do obrigatório procedimento previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015 por parte do demandante, o responsável poderá opor embargos de terceiros a fim de anular tal expediente processual, como garantia de observância do procedimento previsto em lei, de modo a não vulnerar o princípio do *due process of law* e seus corolários (contraditório e ampla defesa).

Por fim, tem-se como possível, em tais hipóteses, o manejo de embargos à execução (nos casos de processos de execução) e de impugnação (nos casos de cumprimento de sentença) no lugar dos cabíveis embargos de terceiro, por força do princípio da fungibilidade. Nesse sentido, gize-se que os requisitos de (i) inexistência de erro grosseiro, conjugada à existência de dúvida objetiva e (ii) necessidade de se respeitar o prazo menor, a fim de impedir a configuração de má-fé restarão plenamente atendidos.

A uma, porque há doutrina a encampar a tese de cabimento de embargos à execução na hipótese (ou impugnação), o que consubstancia dúvida objetiva de modo a não configurar erro grosseiro. A duas, porque o prazo para ajuizamento de embargos de terceiro será sempre maior do que o prazo para ajuizamento de embargos à execução ou impugnação. Por fim, a observância do princípio da fungibilidade nesse caso se mostra em consonância com

²⁸²Lei n° 13.105/2015, art. 915: “Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contado, conforme o caso, na forma do art. 231”.

princípios e garantias constitucionais, tais como o princípio do devido processo legal e seus corolários (contraditório e ampla defesa).

16.2. Recursos

O recurso corresponde a um tipo de figura conceitual hábil a permitir a impugnação de decisões judiciais. Trata-se, portanto, de um meio de impugnação de decisões judiciais. A decisão judicial que decreta a desconsideração da personalidade jurídica em caso concreto se mostra sujeita a recurso, com vistas a permitir o controle de validade e mérito do *decisum* proferido.

Quando a desconsideração for pleiteada autonomamente em processo de conhecimento, a decisão proferida acerca da decretação fará parte da sentença. Nesse caso, será cabível o recurso de apelação.

Todavia, quando a decisão for proferida no âmbito de processo incidental de desconsideração de personalidade jurídica, o art. 136 do Código de Processo Civil de 2015²⁸³ estabelece que o incidente será resolvido mediante decisão interlocutória. Além disso, o parágrafo único do r. dispositivo²⁸⁴ preceitua que, se o incidente for julgado por relator no âmbito de Tribunal, da decisão caberá agravo interno.

No que atine ao incidente julgado em segunda instância, há necessidade de se impor interpretação restritiva ao art. 136, à luz do que dispõe o art. 932, VI, do Código de Processo Civil de 2015²⁸⁵. Isso porque, a fim de que o agravo interno possa ser interposto, mostra-se fundamental que o relator julgue monocraticamente o incidente. Com efeito, não poderá o relator afetar o incidente diretamente ao órgão colegiado competente, uma vez que estaria violando direito da parte quanto ao reexame da matéria posta²⁸⁶.

Já no que concerne às decisões proferidas no incidente instaurado em primeira instância, a princípio, o fato de se tratar de decisão interlocutória não seria suficiente para definir a recorribilidade em separado da decisão que resolve o incidente. Explica-se: na nova conformação do regime recursal do Código de Processo Civil de 2015, além de ter sido

²⁸³Lei nº 13.105/2015, art. 136, *caput*: “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória”.

²⁸⁴Lei nº 13.105/2015, art. 136, parágrafo único: “Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno”.

²⁸⁵Lei nº 13.105/2015, art. 932, IV: “Incumbe ao relator: decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal”.

²⁸⁶VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 186.

extinto o recurso de agravo retido (previsto do Código de Processo Civil de 1973), passou-se a prever o cabimento do recurso de agravo de instrumento apenas para algumas situações taxativamente específicas previstas no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015. De outra parte, em se tratando de hipótese não prevista no art. 1.015, a decisão será recorrível apenas e tão somente por ocasião da interposição do recurso de apelação.

No caso do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, há dispositivo expresso reconhecendo cabimento de agravo de instrumento para impugnar decisões que versarem sobre incidente de desconconsideração (art. 1.015, IV²⁸⁷).

Portanto, em se tratando de decisão proferida em incidente de desconconsideração regularmente instaurado, o *decisum* que decreta a desconconsideração consistirá em decisão interlocutória e será impugnável mediante agravo de instrumento, se o incidente houver sido instaurado em primeiro grau, ou agravo interno, se o incidente houver sido instaurado em segundo grau.

Discussão interessante diz respeito à hipótese em que o incidente de desconconsideração não é regularmente instaurado e há proferimento de decisão autorizativa de desconconsideração.

Inicialmente, é possível defender o cabimento de mandado de segurança para impugnar tal decisão, diante da inexistência de recurso dotado de efeito suspensivo para a hipótese abstratamente prevista²⁸⁸.

É possível indagar, no entanto, se não seria também possível a utilização de recurso de terceiro prejudicado, nos termos do art. 996 do Código de Processo Civil de 2015²⁸⁹, pelo sócio ou o administrador que venha a ser incluído no processo, sem que se tenha observado a obrigatoriedade de instauração de incidente. O terceiro prejudicado consiste em terceiro

²⁸⁷Lei nº 13.105/2015, art. 1.015, IV: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: incidente de desconconsideração da personalidade jurídica”.

²⁸⁸Em razão de o art. 5º, II da Lei nº 12.016/2009 dispor que “Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”, a *contrario sensu*, entende-se que será cabível a impetração de mandado de segurança quando não houver cabimento de recurso com efeito suspensivo para a hipótese fática abstratamente prevista.

²⁸⁹Lei nº 13.105/2015, art. 966: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual”.

alheio à relação jurídica material submetida à apreciação judicial que poderá sofrer influência em interesse jurídico próprio por decorrência do resultado do processo²⁹⁰.

Em primeiro lugar, é preciso atentar para o fato de que, diversamente do que ocorre no sistema italiano, o ordenamento jurídico brasileiro outorga ao terceiro os mesmos recursos das partes. Ou seja: não há recurso de que só o terceiro disponha, nem recurso de que disponham as partes e se negue ao terceiro²⁹¹. Todavia, ao terceiro, exige-se a demonstração de interesse jurídico hábil a justificar a interposição recursal.

Em tal hipótese, Otávio Joaquim Rodrigues Filho entende que tal recurso não consistirá em recurso de terceiro prejudicado, uma vez que o sócio e/ou administrador eventualmente incluído não será terceiro, e sim parte no processo. Sendo assim, entende o autor que eventual recurso manejado por um ou por ambos deverá ser recebido como recurso da mesma forma que aqueles postos à disposição dos demais sujeitos do processo, não havendo necessidade de demonstração de interesse jurídico. Diversamente, o autor entende que o recurso de terceiro prejudicado, previsto no art. 966, poderá ser utilizado pelo sócio ou administrador, no processo em que a pessoa jurídica tenha sentença condenatória decretada contra si, sob fundamento de que, futuramente, poderão ser responsabilizados secundariamente²⁹².

Ousa-se discordar do entendimento do autor. Em primeiro lugar, o autor confunde o conceito de terceiro na relação de direito material com o conceito de terceiro na relação jurídica processual. Evidentemente, quando o Código estabelece que o terceiro tem legitimidade para interpor recurso como terceiro prejudicado, não se está a tratar sobre a relação jurídica processual, e sim sobre a relação jurídica material que será objeto de julgamento.

²⁹⁰Na lição de Araken de Assis, o terceiro consiste em “pessoa que jamais ostentou a condição de parte, ou deixou de exibi-la em momento anterior à interposição do recurso, e, igualmente, alguém sobre o qual não se praticou, mesmo à míngua de seu concurso, nenhum ato no processo”. (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 151).

²⁹¹Id. *Ibid.*, p. 152.

²⁹²“Contudo, havendo desconsideração da personalidade, com ou sem contraditório, aquele que for por ela atingido o será de forma direta, e não por via reflexa – o que autoriza concluir que não será o sócio ou o administrador, nessa hipótese, terceiro prejudicado, mas passará a ser parte do processo. Embora devam ser recebidos os recursos de tais pessoas, devem sê-lo da mesma forma que aqueles postos à disposição dos demais sujeitos do processo, e não como recursos de terceiros prejudicados. Todavia, o sócio e/ou o administrador poderão fazer uso do recurso previsto no art. 996 do CPC/2015 no processo em que figura como ré a pessoa jurídica quando haja sentença condenatória e não tenha sido pleiteada a desconsideração da personalidade jurídica, porque poderão ser responsabilizados secundariamente no futuro”. (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 326-327).

Sendo assim, é plenamente adequado qualificar como terceiro o sócio e/ou administrador que teve contra si decretada a desconsideração à revelia da observância do procedimento incidental obrigatório, para fins de interposição de recurso previsto no art. 996 do Código de Processo Civil de 2015.

Por outro lado, em se tratando de hipótese em que houve mera condenação da sociedade em primeira instância, sem que se tenha discutido qualquer aspecto relacionado à decretação, não há que se falar em possibilidade de interposição de recurso como terceiro prejudicado. Isso porque o terceiro que tiver relação jurídica que pode ser afetada por decisão judicial terá legitimidade como terceiro prejudicado, mas não terá interesse recursal. Para tanto, faz-se necessário efetivo prejuízo na relação jurídica objeto de discussão judicial. Todavia, se sequer foi aventada discussão a respeito de sua responsabilidade, faltarão ao terceiro interesse na interposição de tal recurso.

Por fim, em relação à figura recursal a ser utilizada pelo terceiro, nas hipóteses em que a desconsideração houver sido decretada no bojo de cumprimento de sentença ou de processo de execução, o art. 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015²⁹³ prevê cabimento do recurso de agravo de instrumento.

No entanto, remanesce dúvida a respeito de qual recurso deverá ser utilizado pelo terceiro nos casos em que a desconsideração houver sido requerida autonomamente em processo de conhecimento, sem que o terceiro tenha sido previamente citado.

Se a desconsideração for decretada na própria sentença, indubitavelmente, o recurso previsto será a apelação, por força do que dispõe o art. 1.009 do Código de Processo Civil de 2015²⁹⁴.

A dúvida remanesce, no entanto, se a desconsideração for decretada em decisão interlocutória, mormente se tivermos em conta que o rol de cabimento do recurso de agravo de instrumento, previsto no art. 1.015 do Código de Processo Civil, é taxativo. Nesse diapasão, não se olvide que o inciso IV prevê o recurso de agravo de instrumento como hipótese de cabimento para impugnação de decisões interlocutórias que versarem sobre incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, se a decisão de desconsideração for prolatada à revelia de instauração de qualquer incidente de

²⁹³Lei nº 13.105/2015, art. 1.015, parágrafo único: “Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

²⁹⁴Lei nº 13.105/2015, art. 1.009, *caput*: “Da sentença cabe apelação”.

desconsideração, qual recurso deverá ser interposto: deve-se aguardar o desenrolar do processo de conhecimento para interpor, ao final, recurso de apelação ou deve-se interpor diretamente o recurso de agravo de instrumento?

Inicialmente, poder-se-ia entender que, diante da inexistência de previsão de hipótese de cabimento de recurso de agravo de instrumento no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 para essa hipótese fática, deve-se ter por cabível o recurso de apelação.

Contudo, tendo-se em conta o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o rol previsto no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, muito embora seja taxativo, admite interpretação extensiva, parece-nos plenamente possível a adoção do entendimento de que o recurso de agravo de instrumento será cabível na hipótese fática acima, por decorrência de interpretação extensiva da hipótese de cabimento insculpida no art. 1.015, IV, do Código de Processo Civil de 2015²⁹⁵.

16.3. Ação rescisória

A ação rescisória consiste em ação autônoma de impugnação que tem como objetivo a desconstituição da decisão judicial coberta pela coisa julgada material (*iudicium rescindens*) e, eventualmente, o rejuízo do processo anterior cuja decisão foi desconstituída (*iudicium rescissorium*). O pedido de rescisão é constitutivo negativo. De outra parte, o pedido de rejuízo, quando houver, assumirá a natureza da tutela jurisdicional prestada no processo originário, podendo ser declaratório, constitutivo ou condenatório²⁹⁶.

Acolhida a ação rescisória, desconstitui-se decisão de mérito transitada em julgado. Nesse sentido, a princípio, mostra-se cabível apenas e tão somente quando houver ato judicial que tenha se pronunciado de maneira definitiva sobre o mérito, podendo ter por

²⁹⁵Em que pese à previsão taxativa do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível a ampliação das hipóteses de cabimento, mediante interpretação extensiva das hipóteses de cabimento previstas no dispositivo da lei processual.

Nesse sentido, o Tribunal da Cidadania entendeu pelo cabimento da interposição de agravo de instrumento contra decisão relacionada à definição de competência, a despeito de não previsto expressamente no rol, sob fundamento de que a decisão interlocutória que acolhe ou rejeita a alegação de incompetência desafia recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp n. 1.679.909/RS, j. 14/11/2017, rel. Ministro Luis Felipe Salomão).

²⁹⁶DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 421-422.

objeto sentença de mérito ou decisão interlocutória definitiva de mérito. Excepcionalmente, no entanto, admite-se a ação rescisória para impugnar decisão que, muito embora não tenham enfrentado o mérito, impeça sua discussão ou rediscussão de maneira definitiva²⁹⁷.

Em razão de se tratar de mecanismo de impugnação excepcional, vez que influi sobre a coisa julgada material, as hipóteses que ensejam impugnação mediante ação rescisória se encontram previstas no art. 966, do Código de Processo Civil²⁹⁸. Demais disso, a ação também possui prazo decadencial de 2 anos, nos termos do art. 975 do Código de Processo Civil de 2015²⁹⁹, e deverá ser analisada por Tribunal, órgão competente originariamente para processar e julgar o feito.

Walter Piva Rodrigues faz importantes considerações a respeito da coisa julgada e de sua relação com a ação rescisória enquanto meio de impugnação. Para o professor, os legisladores se orientam quanto ao caráter permanente da estabilidade conferida à sentença. Em situações excepcionais, há sistemas que admitem a impugnação do julgado com vistas à sua desconstituição, tais como o brasileiro. Afirma-se que, nesses casos, o grau mais elevado de estabilidade aparece com decurso *in albis* do prazo para o ataque à sentença, dando ensejo à chamada coisa soberanamente julgada³⁰⁰.

Tendo-se por pressuposto que a decisão que desconsidera a personalidade jurídica ou nega essa pretensão consiste em decisão de mérito (ainda que seja determinada por decisão interlocutória)³⁰¹, após seu trânsito em julgado, deve-se admitir a ação rescisória como mecanismo cabível de impugnação.

²⁹⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 900-901.

²⁹⁸Lei nº 13.105/2015, art. 966: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV - ofender a coisa julgada;
V - violar manifestamente norma jurídica;
VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”.

²⁹⁹Lei nº 13.105/2015, art. 975: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

³⁰⁰RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 67-68.

³⁰¹RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 328; VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*: natureza, procedimentos e temas polêmicos, cit., p. 187; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 182.

Como a desconconsideração da personalidade gera litisconsórcio sucessivo, não é difícil imaginar hipótese em que a pretensão principal dirigida em face da pessoa jurídica se torna objeto de julgamento da ação rescisória, podendo gerar, a depender do resultado, efeitos na posição jurídica do terceiro que, porventura, sofrera os efeitos de decisão extensiva de responsabilidade patrimonial. Assim, se procedente a rescisória sobre a sentença que anteriormente condenou a pessoa jurídica, não haverá sentido em se falar em extensão de responsabilidade aos sócios e administradores, em caso de não haver renovação da condenação da sociedade³⁰².

No que atine à própria decisão de desconconsideração, quando decretada na sentença do processo de conhecimento, a ação rescisória será utilizada para desconstituir a sentença que motivou a extensão da responsabilidade patrimonial. Outrossim, quando decretada mediante decisão interlocutória, no âmbito de processo incidental de desconconsideração, a ação poderá ser manejada para impugnar apenas a decisão do processo incidental, nos casos em que não houver decisão impugnável no processo de conhecimento principal, em decorrência de inexistir violação às hipóteses previstas no art. 966, do Código de Processo Civil de 2015.

Cumprе ressaltar, ademais, que o cabimento da ação rescisória se mostra evidente, diante do fato de que, com a formulação do pedido de desconconsideração no bojo do processo incidental, não se amplia apenas a matéria lógica da cognição judicial, mas também o objeto do processo e da coisa julgada, dando azo a uma nova relação jurídico processual³⁰³.

16.4. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica (querela nullitatis insanabilis)

Ao lado da ação rescisória, também é possível citar a ação declaratória de inexistência de relação jurídica (ou *querela nullitatis insanabilis*).

Como é cediço, a decisão judicial existente poderá ser impugnada por recurso ou por ação rescisória. No caso do recurso, impugna-se decisão judicial dentro de processo em curso. No caso da ação rescisória, impugna-se decisão que já transitou em julgado e que, em regra, mostra-se coberta pelo manto da coisa julgada material.

³⁰²RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 329-330.

³⁰³VIEIRA, Christian Garcia. *Desconconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*: natureza, procedimentos e temas polêmicos, cit., p. 187.

Há hipóteses, porém, em que o processo corre em desfavor do réu, sem que ele tenha sido chamado para integrar a relação jurídico processual, quer porque não foi citado, quer porque ocorreu algum vício por ocasião de sua citação. Em casos tais, admite-se o ajuizamento da ação declaratória de inexistência de relação jurídica (*querela nullitatis insanabilis*)³⁰⁴.

A ação declaratória de inexistência de relação jurídica não se distingue da rescisória apenas pela hipótese de cabimento mais restritiva, mas também porque se trata de mecanismo de impugnação que não se encontra sujeito a prazo - uma vez que a inexistência de ato jamais se convalida³⁰⁵-, devendo ser proposta em juízo de primeiro grau.

No que concerne à desconsideração da personalidade jurídica, não há óbice que decisões proferidas em face do terceiro desconsiderando sejam impugnadas por meio de ação declaratória de inexistência de relação jurídica.

Não é difícil imaginar hipótese em que um terceiro que não tenha citado regularmente para responder à pretensão de desconsideração veja lançada contra si a extensão da responsabilidade patrimonial, após o esgotamento do prazo para ajuizamento de embargos de terceiro.

Em tal hipótese, considerando-se que a decisão impugnada foi inexistente, a ação rescisória será inadequada, de modo que restará à parte lesada o ajuizamento da ação declaratória de inexistência de relação jurídica como forma de impugnar a decisão, porventura, inexistente, não havendo que se falar em preclusão ou em ocorrência do fenômeno da coisa julgada material no caso em apreço³⁰⁶.

³⁰⁴DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal, cit., p. 575-576.

³⁰⁵NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 479-480.

³⁰⁶RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*, cit., p. 330.

17. COISA JULGADA

17.1. Coisa julgada em Liebman e nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015

A fim de compreender o fenômeno da coisa julgada, faz-se imperioso traçar as linhas mestras do instituto, sobretudo à luz dos diplomas processuais brasileiros.

Inicialmente, a coisa julgada foi conceituada como efeito da sentença³⁰⁷. Enrico Tullio Liebman alterou o paradigma de compreensão do estudo da coisa julgada, refutando a tese de que o instituto consistiria em um efeito da sentença. Para o autor italiano, entender a coisa julgada como efeito produz inconvenientes graves, uma vez que os efeitos da sentença podem ser bem diversos (ora constitutivo, ora declaratório), conforme o caso. Com efeito, é preciso entender a coisa julgada como a autoridade do comando proferido na sentença, portanto, como qualidade ou modo de ser da decisão proferida³⁰⁸.

No revogado Código de Processo Civil de 1973, houve adoção do entendimento de Liebman acerca da coisa julgada. Já no anteprojeto de 1964, de autoria de Alfredo Buzaid, era possível encontrar um abandono da teoria que caracterizava a coisa julgada como efeito da sentença³⁰⁹.

³⁰⁷A bem da verdade, a coisa julgada seria caracterizada como eficácia da declaração de direito contida na sentença. Nesse sentido, o saudoso professor Celso Neves aduzia que: “Coisa julgada é o *efeito* da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão”. (NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 443).

³⁰⁸“Hoje não se fala de *coisa julgada* senão para usar uma forma elíptica, a fim de designar a *autoridade* da coisa julgada (arts. 1.350 e 1.351 do Cód. Civil italiano). Ora, essa expressão, assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo *sozinho*; indica, pelo contrário, a força, a maneira com que certos efeitos de produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles”. (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. brasileira de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, trad. dos estudos posteriores à ed. de 1945, com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5-6).

³⁰⁹Nesse sentido, o art. 507 do anteprojeto previa a seguinte redação: “Chama-se coisa julgada material a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recursos ordinário ou extraordinário”. Havia como objetivo, portanto, adotar a definição de Liebman, conforme se depreende da própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, que, no título III, do Capítulo III assim dispôs: “Para arrematar esta ordem de considerações, convém lembrar o conceito de coisa julgada. A atual Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, no artigo 69, § 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.” Esta disposição, que reproduz o artigo 39 da antiga Lei de Introdução, não está, porém, isenta de críticas. Senão, vejamos. O Projeto do Código Civil falava de recurso ordinário (26), inspirando-se, por certo, na lição de PAULA BATISTA e de RAMALHO (27). O Senado eliminou-lhe, entretanto, o epíteto (28).

O Direito brasileiro não distingue, para efeito de coisa julgada, recurso ordinário e recurso extraordinário. Uma sentença, enquanto pode ser modificada ou revogada mediante recurso, não passa em julgado; ou, em outras palavras, uma sentença passa em julgado quando não está mais sujeita a nenhum recurso (29). Apesar da clareza destas idéias, reinam discrepâncias acerca da condição da sentença sujeita a recurso extraordinário,

No entanto, o enunciado normativo contido no art. 476, do Código de Processo Civil de 1973 apresentou outra definição:

“Art. 476. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Nesse diapasão, muito embora tenha havido tentativa de adoção do entendimento de Liebman, a redação do artigo incorreu em imprecisão terminológica. Isso porque, para Liebman, a coisa julgada se trataria de uma qualidade ou modo de ser da sentença, sendo distinta da eficácia desta. A redação do artigo, entretanto, foi ao encontro justamente do que o autor italiano queria combater, qual seja, a compreensão da coisa julgada como efeito da sentença³¹⁰.

Essa incompatibilidade foi resultado da alteração do anteprojeto em relação ao projeto enviado à Câmara dos Deputados, ocasião em que o vocábulo “qualidade” foi substituído por “eficácia”. Posteriormente, houve confirmação da mudança no âmbito do Senado Federal, mediante a apresentação da Emenda n. 372, pelo Senador Benedito Ferreira, que justificou a adoção do termo “eficácia”, diferenciando-o do termo “efeito”, que em sua opinião se trataria de mero reflexo do ato judicial³¹¹.

A incongruência conceitual foi objeto de tratamento doutrinário. Ao comentar o texto legal, José Carlos Barbosa Moreira definiu duas possibilidades interpretativas a respeito do regramento processual da coisa julgada. Nesse sentido, poder-se-ia se entender que a eficácia contida no dispositivo se refere à própria sentença, ou, de outro modo, que apenas remete ao fato de a sentença não se encontrar mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Dentre ambas as possibilidades, o autor revela preferência pela segunda³¹².

cujos reflexos repercutem substancialmente na doutrina geral da execução. O projeto tentou solucionar esses problemas, perfilhando o conceito de coisa julgada elaborado por LIEBMAN e seguido por vários autores nacionais (30)”.

³¹⁰Luiz Dellore faz observação nesse tocante: “Há disparidades entre os dois conceitos, LIEBMAN menciona “qualidade” e “comando emergente da sentença”, ao passo que a lei se vale de “eficácia” e “sentença”. Qualidade não é sinônimo de eficácia. Comando emergente não é sinônimo de sentença.” (DELLORE, Luiz. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33).

³¹¹ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992. p. 238-239.

³¹²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 107-108.

Firme no que preceitua a doutrina de Liebman, o Código de Processo Civil de 2015 alterou a redação legal utilizada para conceituar o instituto, como se depreende do art. 502, do Código de Processo Civil de 2015:

“Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 resgatou o tradicional entendimento de Liebman ao positivar o termo “autoridade”, pondo fim ao termo “eficácia”, presente no diploma processual anterior³¹³.

17.2. Delimitação conceitual da coisa julgada: trânsito em julgado, coisa julgada formal e coisa julgada material

Em primeiro lugar, é importante acentuar que a coisa julgada consiste em muito mais do que mero princípio constitucional. Trata-se de uma opção política adotada pelo Estado e que se fundamenta pelas razões mais diversas, tais como, a necessidade de evitar a eternização de conflitos e a essencialidade de se oferecer segurança jurídica aos casos decididos em juízo.

Daí porque Eduardo Juan Couture assevera que o instituto da coisa julgada não é de razão natural, senão uma exigência prática, resultando de uma iniciativa pragmática do legislador³¹⁴. No entanto, qualquer discussão acerca dos fundamentos do instituto não pode passar ao largo da própria delimitação de seu conceito.

Não se olvida que o instituto corresponde a um dos temas mais intrigantes da doutrina processual. A começar pelo nome, Luiz Guilherme Pennacchi Dellore nos chama atenção para o fato de que sequer este consiste em tema pacífico na doutrina³¹⁵. O doutrinador

³¹³Luiz Dellore no entanto, assevera que o objetivo do legislador de adotar a posição liebmaniana teria sido melhor atendido se tivesse havido a positivação da proposta original de Buzaid para o Código de Processo Civil de 1973: “Chama-se de coisa julgada material a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recursos ordinário ou extraordinário”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 616).

³¹⁴COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. p. 406-407.

³¹⁵“(…) coisa julgada ou caso julgado? É certo que os romanos não deduziam uma ‘coisa’ em juízo, mas sim um ‘caso’. Contudo, é frequente na doutrina brasileira a expressão coisa julgada”. (DELLORE, Luiz. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, cit., p. 7).

também nos dá conta de que diversos autores, tanto na jurisprudência pátria quanto na jurisprudência alienígena, trataram o tema, oferecendo possibilidades de conceituação³¹⁶.

Primeiramente, a fim de que não sejam cometidas confusões conceituais, é preciso diferenciar “trânsito em julgado”, “coisa julgada formal” e “coisa julgada material”.

O trânsito em julgado consiste na impossibilidade de interposição de recursos, seja porque: i) a decisão é irrecorrível; ii) esgotaram-se os recursos cabíveis; iii) não houve interposição do recurso em tempo oportuno; iv) houve aquiescência da parte em relação à decisão prolatada pela autoridade jurisdicional competente³¹⁷.

A despeito de parte da doutrina igualar o trânsito em julgado à coisa julgada formal, José Ignácio Botelho de Mesquita diferencia os institutos. Segundo suas lições doutrinárias, o trânsito em julgado corresponderia ao fato de a sentença não estar mais sujeita a recursos ordinários ou extraordinários, ao passo que a coisa julgada formal consistiria na indiscutibilidade e imutabilidade de uma decisão dentro do processo em que foi proferida³¹⁸.

A coisa julgada formal também pode ser definida como a preclusão máxima, de modo a impedir a rediscussão da matéria no bojo daquele mesmo processo. Demais disso, a coisa julgada formal pode ocorrer tanto em casos de sentenças definitivas como em casos de sentenças terminativas. É dizer: a ocorrência do fenômeno prescinde do julgamento do mérito da causa.

Ressalvadas exceções doutrinárias minoritárias³¹⁹, encontra-se consolidado o posicionamento doutrinário no sentido de que a coisa julgada material pressupõe a existência da coisa julgada formal, ao passo que esta pressupõe o trânsito em julgado da decisão.

A bem da verdade, ilustrativamente, é possível fazer menção à “analogia da escada”, empreendida por Luiz Dellore, segundo o qual: “o primeiro degrau é o trânsito em julgado, o seguinte é a coisa julgada formal, ao que se segue a coisa julgada material. Os degraus não podem ser saltados e obedecem exatamente a essa ordem”³²⁰.

Qualquer formulação de algum conceito a respeito da coisa julgada material não pode passar ao largo do fato de que se trata de um fenômeno ínsito às sentenças ou decisões definitivas. Isso porque a coisa julgada material exacerba seus efeitos para além do próprio

³¹⁶DELLORE, Luiz. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, cit., p. 9-12.

³¹⁷Id. *Ibid.*, p. 46.

³¹⁸BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11.

³¹⁹GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual*. Rio de Janeiro; São Paulo: Jurídica; Universitária, 1969. p. 15.

³²⁰DELLORE, Luiz. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*, cit., p. 46.

processo em que restou configurada, não podendo ser revista pelo próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão e nem por qualquer outro.

Ressalvam-se, à evidência, casos em que há o ajuizamento de ação rescisória ou de ação declaratórias de inexistência de relação jurídica. No entanto, no primeiro caso, visa-se a desconstituir a coisa julgada material formada anteriormente. E no segundo, reconhece-se vício insanável de existência da própria relação jurídico-processual.

Demais disso, é preciso asseverar que a coisa julgada material, para além de irradiar seus efeitos para outros processos (fenômeno endoprocessual), acaba por consolidar duas funções: funções negativa e positiva. Nesse diapasão, impede-se a rediscussão da matéria ínsita àquela lide de direito material em outro processo por parte do Poder Judiciário (função negativa). E, por fim, diz-se que a conclusão da decisão (parte dispositiva) acobertada pela coisa julgada material deve ser respeitada e observada em processos futuros (função positiva). Outrossim, também cumpre registrar que a função negativa se encontra intimamente ligada à indiscutibilidade do *decisum*, ao passo que a função positiva diz respeito à sua imutabilidade.

As funções da coisa julgada material não devem ser analisadas sem o enfoque da existência de identidade de demandas. É dizer: a indiscutibilidade e a imutabilidade só devem ser verificadas se se tratar da mesma demanda, com os mesmos elementos identificadores (partes, pedido e causa de pedir). Ao revés, o juiz do segundo processo não se encontrará adstrito ao decidido pelo juiz do primeiro processo.

17.3. Limitação subjetiva da coisa julgada, limites subjetivos da executoriedade e desconsideração da personalidade jurídica

Tomando-se como pressuposto a premissa definida por Liebman de que a coisa julgada não consiste em efeito da decisão, mas sim em autoridade do comando proferido na sentença, consubstanciada na imutabilidade do comando decisório, observa-se que, sob o aspecto subjetivo, a eficácia da decisão atinge a todos³²¹.

³²¹Assim afirma Liebman: “O processo não é, pois, negócio combinado em família e produtor de efeitos somente para as pessoas iniciadas nos mistérios de cada feito, atividade processual singular, mas atividade pública exercida para garantir a observância da lei; e já que a esta estão todos sujeitos indistintamente, devem todos, por igual, sujeitar-se ao ato que é pelo ordenamento jurídico destinado a valer como aplicação imparcial. E esse ato não é dirigido a uma pessoa antes que a outra, mas incide objetivamente sobre a relação que foi objeto de decisão. Se a vontade que se faz atuar, tem conteúdo imperativo, é em suma um *comando*

É dizer: até mesmo os não participantes do processo se encontram sujeitos aos efeitos do comando decisório, independentemente de seu conteúdo. Nesse ponto, ressalte-se que os efeitos podem influir, diretamente, sobre os direitos de terceiros, inclusive para prejudicá-los, ainda que estes não tenha participado do processo³²².

Todavia, se algum terceiro, porventura, for atingido diretamente pelo quanto fora decidido no processo sem dele ter participado, não deverá ficar sujeito à imutabilidade decorrente da coisa julgada material. Daí deriva a chamada: limitação subjetiva da coisa julgada.

Por “limitação subjetiva da coisa julgada”, entende-se a exigência segundo a qual a imutabilidade abrangerá apenas aqueles sujeitos que participaram do processo em face do qual a coisa julgada foi produzida.

No que tange ao tema da desconsideração da personalidade jurídica, portanto, é sempre prudente que sejam incluídos no polo passivo do processo de conhecimento aquelas pessoas que poderão ser atingidas pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora, seja em litisconsórcio com cumulação de pedidos, seja mediante instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica durante o processo de conhecimento³²³. Nesses casos, a coisa julgada material será produzida em face destes, de modo que a imutabilidade do comando decisório se lhes aplica.

Contudo, o instituto da coisa julgada encontra terreno fértil de discussão nos casos em que haja instauração inicial de incidente de desconsideração apenas posteriormente,

que se dirige a determinados sujeitos, prescrevendo-lhes dado comportamento, a atuação dessa vontade, justificada pela existência das condições legalmente requeridas, impõe-se à generalidade das pessoas sujeitas ao poder do órgão judicante como válido exercício da sua função. Por isso, enquanto, abstratamente, estão todas as pessoas submetidas à eficácia da sentença, praticamente lhe sofrem os efeitos aqueles em cuja esfera jurídica entra mais ou menos diretamente o objeto da sentença: assim, antes de tudo e necessariamente, as partes, titulares da relação afirmada e deduzida em juízo, e, depois gradativamente, todos os outros cujos direitos estejam de certo modo com ela em relação de conexão, dependência ou interferência jurídica ou prática, quer quanto à sua existência, quer quanto à possibilidade de sua efetiva realização. A natureza dessa sujeição é para todos, partes ou terceiros, a mesma; a medida da sujeição determina-se, ao revés, pela relação de cada um com o objeto da decisão. Entre as partes e terceiros só há esta grande diferença: *que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece*”. (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 124-125).

³²²A esse respeito, José Rogério Cruz e Tucci tece considerações: “Para que a sentença possa produzir efeitos em relação à situação jurídica do terceiro é necessária a existência de um vínculo jurídico entre duas relações: não basta que a decisão interesse de qualquer modo à esfera jurídico-patrimonial do terceiro (titular de um interesse de fato), mas deve incidir sobre um direito subjetivo deste, prejudicando-lhe a existência. Numerosos são os sujeitos para os quais a sentença proferida *inter alios* pode ser relevante; mais limitado é, ao invés, o âmbito de terceiros contra os quais a decisão pode produzir eficácia jurídica. E isso ocorre, de fato, apenas quando a existência do direito de um terceiro vem prejudicada pela decisão sobre outra relação jurídica, em decorrência do particular nexos intercorrente entre as duas situações jurídicas”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, cit., p. 173).

³²³RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 345.

durante o cumprimento de sentença, a fim de que seja promovida a extensão da responsabilidade patrimonial de terceiro.

Noutras palavras, estaria o terceiro sujeito aos efeitos da decisão proferida no processo de conhecimento anterior? E, mais importante, o terceiro se encontrará sujeito à coisa julgada (autoridade do comando decisório consubstanciada na imutabilidade) ou poderá rediscutir as matérias que foram objeto do processo de conhecimento?

A pergunta possui relevância prática evidente, uma vez que influirá sobre a compreensão acerca dos limites de extensão da defesa a ser exercida no âmbito do incidente, nos termos do art. 135 do Código de Processo Civil de 2015.

Para responder a esses questionamentos, de proêmio, é preciso inserir debate a respeito dos limites subjetivos de executoriedade do título executivo judicial.

Mercê do que determina o art. 513, §5º, do Código de Processo Civil de 2015³²⁴, ao menos inicialmente, o cumprimento de sentença deve ser promovido em face dos apontados como sujeitos passivos no processo de conhecimento. Esse dispositivo ressalta a necessidade de que o processo de conhecimento constitua o título em face de sujeitos que participaram do processo e que, por ato próprio ou em razão de condição individual específica, tenham contra si decretada sentença condenatória. Trata-se de caso de responsabilidade primária, em que o devedor figura expressamente no título executivo.

Por outro lado, se não tiverem participado do processo, não poderão sofrer os efeitos executivos do julgado, uma vez que serão partes ilegítimas para figurar na execução, em razão da expressa literalidade o art. 515, §3º. Portanto, ainda que os efeitos da decisão sejam aplicáveis aos terceiros independentemente de terem participado do processo ou não, o próprio Código de Processo Civil veda expressamente que o cumprimento de sentença seja promovido em face destes de modo direto.

Trata-se de uma limitação subjetiva da executoriedade do comando decisório. O diploma processual limita as pessoas em face das quais se poderá manejar o cumprimento de sentença, como forma de melhor resguardar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Todavia, nos casos em que se verificar a ocorrência de desconsideração da personalidade jurídica, haverá a possibilidade de extensão de responsabilidade a terceiros mediante a instauração do incidente de desconsideração, nos termos dos arts. 133 a 137.

³²⁴Lei nº 13.105/2015, art. 513, §5º: “O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento”.

Nesses casos, a responsabilidade será secundária, uma vez que se encontrará presente o divórcio entre a obrigação e a responsabilidade patrimonial. Além disso, o próprio Código permite a instauração do incidente durante o cumprimento de sentença e prevê defesa a ser manejada pelo terceiro, em quinze dias, nos termos do art. 135.

Inicialmente, portanto, o cumprimento de sentença não poderá ser dirigido ao terceiro, seja porque não figura no título executivo judicial (não é responsável primário), seja porque ainda não houve decisão no incidente para que seja determinada sua inclusão no polo passivo do cumprimento de sentença, por decorrência da extensão de responsabilização patrimonial (ainda não é responsável secundário).

Todavia, uma vez proferida decisão de extensão de responsabilidade patrimonial em face do terceiro, conseqüentemente, haverá determinação do fim da limitação subjetiva de exequoriedade existente inicialmente, de modo a permitir que este sofra os efeitos da execução, ainda que não figure expressamente no título executivo (responsabilidade secundária)³²⁵.

À evidência, por ocasião do oferecimento de sua defesa no incidente (art. 135), o terceiro poderá questionar todos os aspectos relacionados ao título executivo judicial, ingressando, inclusive, sobre o próprio mérito do processo de conhecimento. Isso porque, em razão de não ter participado do processo cognitivo, a coisa julgada, consubstanciada na imutabilidade do comando decisório, não o atinge. Conseqüentemente, sua defesa poderá ser exercida de modo amplo o mais possível³²⁶.

³²⁵Flávio Luiz Yarshell faz importantes considerações a respeito do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica: “Trata-se, portanto, de demanda (incidental) resultante do exercício do direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo (cujo objeto, como se viu, é outro). Não se trata de demanda que imponha dever de prestar ou, por outras palavras, não se cuida de demanda condenatória. Ao acolher o pedido, o que o juiz faz é reconhecer a responsabilidade patrimonial e, dessa forma, liberar os meios executivos sobre o patrimônio de pessoa que não figura como devedor”. (YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. *In*: PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; YARSHELL, Flavio Luiz (Coords.). *Processo societário II*: adaptado ao novo CPC – Lei nº 13.105/2015. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 217).

³²⁶Importante reflexão é trazida por Otávio Joaquim Rodrigues Filho: “O que ocorre em nosso Direito é a autorização no sentido se de permitir a execução em face do responsável secundário, após apurada sua sujeitabilidade à execução (responsabilidade patrimonial), por incidente ao processo. Entretanto, o mesmo sistema admite discutir, caso seja necessário, o que ficara expresso no título executivo, ao qual se pretende sujeitar o responsável secundário, garantindo-lhe o devido processo legal, tal qual firmado na Constituição, ainda que leve tal situação a um conflito de julgados que, diga-se, caso ocorra, será apenas lógico”. (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 349).

18. PROCEDIMENTO INCIDENTAL DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

18.1. Petição inicial

A petição inicial consiste no instrumento mediante o qual se inicia o processo, sendo certo que se deve considerar a demanda proposta na data em que foi protocolada a petição. Mediante a petição inicial, delimita-se o objeto da jurisdição, especificando os elementos identificadores da demanda (partes, pedido e causa de pedir).

Para tanto, mostra-se necessária a observância de alguns requisitos por ocasião da propositura da petição inicial. Com efeito, cumpre à parte autora indicar o juízo competente a que se dirige a petição. Também deve indicar suficientemente as partes da demanda, fornecendo dados úteis à qualificação e localização. A causa de pedir também deve vir exposta, conjuntamente com o pedido de prestação jurisdicional específica³²⁷.

Além disso, o autor da demanda tanto autônoma como incidental deverá formatar a petição inicial com relato substanciado da situação de direito material que enseja a decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

Quanto aos aspectos procedimentais relacionados ao incidente, é preciso destacar que o art. 134, §2º, do Código de Processo Civil de 2015³²⁸ dispensa a instauração do incidente quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que deverá ser promovida a citação do sócio ou da pessoa jurídica.

Não é difícil imaginar a situação, na linha do que temos defendido durante o decorrer desse trabalho, em que o autor tenha requerido na inicial do processo de conhecimento o pedido de desconsideração, cumulado ao pleito condenatório, ou, até mesmo, tenha efetuado requerimento da desconsideração em demanda autônoma própria. Em tal hipótese, não deverá ser instaurado incidente, uma vez que o terceiro será citado e se tornará parte. Uma vez transitada em julgado a decisão, o terceiro figurará como sujeito passivo no título

³²⁷GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*, cit., p. 4-8.

³²⁸Lei 13.105/2015, art. 134, §2º: “Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica”.

executivo judicial, razão pela qual será coobrigado. O cumprimento de decisão judicial não ensejará a instauração de nova petição inicial, uma vez que, diante do sincretismo processual, deverá ser pleiteado no próprio bojo do processo de conhecimento.

Importante discussão, todavia, diz respeito à possibilidade de inserir o terceiro diretamente na petição inicial por ocasião da instauração do processo executivo, fundado em título executivo extrajudicial. Em tal hipótese, a instauração do incidente de descon sideração deverá ser também dispensada?

A preocupação, longe de ser exagerada, fundamenta-se no fato de o Código de Processo Civil de 2015 dispor que a descon sideração poderá ser pleiteada em qualquer fase do processo, inclusive na execução por título extrajudicial. De igual modo, a princípio, também não haveria qualquer vedação expressa quanto à possibilidade de requerer a descon sideração na petição inicial do processo executivo, uma vez que o diploma processual não excepciona essa conduta.

Todavia, a resposta a esse questionamento não pode passar ao largo de uma análise das características que regem o próprio procedimento incidental, bem como os princípios que nortearam a sua criação.

O objetivo do legislador ao instituir o incidente de descon sideração consistiu em oferecer um procedimento que garantisse a observância do contraditório e da ampla defesa³²⁹.

Tal intento se mostra presente na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015³³⁰, a saber:

“A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que descon sidera a pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.

³²⁹VIEIRA, Christian Garcia. *Descon sideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 25.

³³⁰BRASIL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília-DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>.

Nesse diapasão, diante da necessidade de resguardo do contraditório, carece de plausibilidade jurídica o entendimento de que poderia haver requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, na petição inicial do processo executivo, independentemente de instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica³³¹. Tal interpretação vulneraria a própria razão de ser da estipulação de um processo incidental pelo legislador.

18.2. Anotação no distribuidor e fraude de execução

O §1º do art. 134 do Código de Processo Civil de 2015³³² determina que seja feita a comunicação ao distribuidor, por ocasião da instauração do incidente de desconsideração da personalidade.

Tal exigência teria como propósito definir que, a partir daquele momento, alienações e onerações dos bens do sócio ou da sociedade (no caso de desconsideração inversa) poderão ser tidas como ineficazes, na medida em que isso equivaleria à pendência de ação contra o responsável³³³.

Nesse ponto, cabe fazer breve digressão a respeito do instituto da fraude de execução³³⁴. Para parte da doutrina, o instituto corresponde a uma manobra do devedor que,

³³¹A respeito desse tema, leciona Otávio Joaquim Rodrigues Filho: “Note-se que, consoante o procedimento do processo de execução de título extrajudicial, após a inicial e a comunicação à parte adversa, por citação, haverá a fase de constrição de bens do devedor, e não há, pelas mencionadas disposições, previsão que exclua a possibilidade de atos de agressão ao patrimônio do possível responsável secundário até que seja julgada a pretensão de desconsideração da personalidade. Por defeito de redação, sequer há previsão a respeito do contraditório que há de se instaurar quando for requerida a desconsideração da personalidade com a inicial do processo de execução de título executivo extrajudicial. A preocupação não é exagerada, porque o Código de Processo Civil de 2015 dispõe que a desconsideração pode ser pleiteada em qualquer fase do processo, inclusive na execução por título extrajudicial, e não prevê oportunidade para discussão da matéria quando ela for requerida com a inicial da execução de título extrajudicial, podendo abrir margem à interpretação no sentido de que a oportunidade de defesa ficará postergada em relação aos atos de constrição, como ocorre normalmente no processo de execução. (...) considerando que o sócio ou o administrador não figuram como devedores no título executivo extrajudicial, a inversão do contraditório na desconsideração da personalidade jurídica, com a constrição sobre seus bens pessoais, equivale a promover execução sem título ou à extensão da responsabilidade patrimonial efetivada sem o devido processo legal”. (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 268-270).

³³²Lei nº 13.105/2015, art. 134, §1º: “A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas”.

³³³WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit., p. 287.

³³⁴O presente trabalho adota a nomenclatura proposta por Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, que assim aduz: “Ainda quanto à expressão *fraude de execução*, muitos autores substituem a preposição “de”, usada pelo legislador, por outras como “a”, “contra” ou “em”, sendo comuns as expressões “fraude à execução”,

mediante conluio com terceiro de má-fé, onera ou aliena bens com intuito de frustrar resultados de expropriação patrimonial futuros (em futura execução) ou presentes (em execução já ajuizada). Trata-se de instituto típico de direito processual. A fraude pode ser reconhecida incidentalmente no processo executivo, ou alegada como matéria de defesa em sede de embargos de terceiro, opostos pelo beneficiário do ato fraudulento. Exige-se, para configuração da fraude, a prova de má-fé do terceiro beneficiário³³⁵.

De outra parte, há quem entenda que a fraude de execução designa as circunstâncias, previstas em lei, que autorizam que o bem que é objeto do ato danoso de fraude seja alcançado pela atividade jurisdicional executiva decorrente de processo em curso³³⁶.

Nesses casos, o legislador, ao estabelecer as hipóteses de fraude de execução, acaba por definir modalidades de presunção absoluta de fraude, não se fazendo necessária a prova de má-fé do terceiro adquirente. São elas: (i) pendência de ação capaz de reduzir o devedor à insolvência (art. 792, IV, CPC); (ii) averbação de processo de execução ou cumprimento de sentença no registro do bem (art. 792, II, CPC); (iii) averbação, no registro do bem, de hipoteca judiciária ou constrição judicial originária do processo em que se arguiu a fraude (art. 792, III, CPC); (iv) demais casos expressos em legislação específica, tal como a hipótese contida no art. 185 do Código Tributário Nacional³³⁷.

O §3º do art. 792 do Código de Processo Civil de 2015³³⁸ estabelece que, nos casos de desconsideração, a fraude de execução deverá ser verificada a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. Ou seja, estabelece o legislador presunção

“fraude contra a execução” e “fraude na execução”. Excetuada essa última, que traduz a ideia de que o ato foi praticado durante a fase ou o processo de execução, as outras duas também exprimem bem o instituto. Como se sabe, a preposição “a” indica objetivo ou movimento de aproximação. Assim, “fraude à execução” exprime a ideia do objetivo almejado com o ato fraudulento: frustrar a atividade executiva. Já a preposição “contra” traz a ideia de em frente de ou em oposição a. Dessa forma, a expressão “fraude contra a execução” – menos comum que as outras – contém o sentido de que a fraude se oporia à execução. Melhor, contudo, é ater-se à expressão *fraude de execução*. Não apenas por ser a terminologia adotada pelo legislador desde o surgimento do instituto, mas também porque efetivamente exprime melhor o sentido almejado pelo legislador. A preposição “de” indica circunstância ou matéria, de modo que *fraude de execução* caracteriza o tipo de fraude, delimitando uma circunstância específica e separando-a das demais. Não designa qualquer fraude que tenha por objetivo frustrar a atividade jurisdicional executiva, mas apenas aquelas situações previstas taxativamente pela lei”. (AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *A relevância do elemento subjetivo na fraude de execução*. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 18-19).

³³⁵DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5, p. 388-390.

³³⁶AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *A relevância do elemento subjetivo na fraude de execução*, cit., p. 21.

³³⁷DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*, cit., p. 392-403.

³³⁸Lei nº 13.105/2015, art. 792, §3º: “Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”.

absoluta a partir da citação da pessoa jurídica ou do sócio (nos casos de desconsideração inversa).

Ocorre que, diante de tal regramento, enquanto parte da doutrina passou a entender que a citação prevista no dispositivo é a citação da pessoa jurídica que terá sua personalidade desconsiderada³³⁹, outra parte passou a defender que a citação corresponde ao ato de integração do terceiro cuja extensão de responsabilidade patrimonial será decretada.

Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues entende que o legislador foi ingênuo ao instituir o regramento previsto no art. 792, §3º. Para o autor, se o exequente não encontrar bens no patrimônio do executado e requerer a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, segundo a regra adrede aduzida, a fraude de execução se verificará apenas a partir da citação da pessoa jurídica nesse incidente³⁴⁰.

Nesse ponto, entende-se que, a não ser que se trate de caso de desconsideração inversa, a pessoa jurídica não será citada no incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque a demanda incidental não será movida em face dela, e sim em face do terceiro que porventura houver dado causa à configuração de conduta hábil a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, é forçoso concluir que a citação a que o regramento faz menção diz respeito à citação da pessoa jurídica no processo de conhecimento (principal), ou no processo de execução. Tendo-se em conta que tal ato sempre ocorrerá anteriormente à distribuição do incidente, parece-nos que o regramento atua em desfavor do terceiro cuja responsabilidade se quer configurar, uma vez que o marco inicial é estabelecido em momento muito anterior à sua citação no incidente.

³³⁹NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1661.

³⁴⁰Nesse diapasão, aduz Marcelo Abelha Rodrigues que: “Ora, é óbvio que o devedor, atuando como representante legal da pessoa jurídica na posição de réu/executado (ou, ao inverso, atuando como pessoa física no caso de desconsideração inversa), irá promover a “venda de bens” da pessoa física muito antes de ser contra ele instaurado o incidente, pois já será ele (na condição de representante da pessoa jurídica) réu ou executado na demanda capaz de leva-la à insolvência. Deveria o legislador ter fixado o momento da fraude na primeira citação, da pessoa física ou jurídica, tratando-se, respectivamente, de desconsideração da personalidade jurídica ou inversa, ou, no mínimo, no pior dos cenários na data de instauração do incidente, sob pena de se tornar letra morta a *fraude à execução nesses casos*, e assim constituir uma brecha legal para o réu/devedor/executado (representante da pessoa jurídica ou pessoa física) manipular a alienação de bens da pessoa (física ou jurídica) muito antes de ser instaurado o incidente”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, cit., p. 111).

Também impende consignar que o art. 137 do Código de Processo Civil de 2015³⁴¹ dispõe, em redação confusa, que uma vez acolhido o pedido de desconsideração a alienação ou oneração de bens havida em fraude de execução será ineficaz em relação ao requerente.

Para Araken de Assis, apesar da redação pouco feliz do art. 137, a regra não deve ser tida por incompatível em relação ao art. 792, §3º. Nesse diapasão, deve-se entender que, uma vez acolhido o pedido de desconsideração, tem-se a citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar como marco inicial de presunção absoluta de fraude de execução³⁴².

18.3. Suspensão

O art. 134, §3º, do Código de Processo Civil de 2015³⁴³ dispõe que deverá haver suspensão do processo principal, por ocasião da instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, ressalvada hipótese em que o autor requer a desconsideração na petição inicial do processo de conhecimento, mediante cumulação de pedidos.

Portanto, suspende-se o processo por decorrência da instauração do incidente. Dúvida há, todavia, a respeito da extensão da suspensão. Todos os atos do processo principal deverão ser suspensos, ou apenas determinados atos processuais?

Há quem entenda que, diante da instauração do incidente, os atos “normais” do processo principal não devem ser praticados, até que seja proferida decisão sobre se haverá

³⁴¹Lei nº 13.105/2015, art. 137: “Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”.

³⁴²Nesta senda, ensina Araken de Assis: “É preciso considerar, por fim, o disposto no art. 792, §3º, ou seja, o termo inicial da fraude contra execução no caso de desconsideração da personalidade jurídica. O art. 137 declara que, desconsiderada a personalidade jurídica, mediante decisão incidental, a alienação ou a oneração de bens, ‘havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente’. Por sua vez, o art. 792 §3º, a fraude contra a execução verificar-se-á a partir “da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”. Apesar da redação pouco feliz, o art. 137 não é incompatível com o art. 792, §3º. Haverá fraude contra a execução, resultante dos negócios dispositivos do responsável (art. 790, VII), uma vez acolhido o pedido de desconsideração (art. 137), a partir da citação ‘da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar’”. (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, cit., p. 380).

Também chega à mesma conclusão Daniel Amorim Assumpção Neves: “O art. 137 do Novo CPC prevê que, sendo acolhido pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente. O dispositivo deve ser compatibilizado com o art. 792, §3º, do Novo CPC, que estabelece haver fraude à execução nos casos de desconsideração da personalidade jurídica a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. Enquanto o segundo prevê o termo inicial da fraude, o primeiro condiciona a ineficácia dos atos fraudulentos à decisão que acolhe o pedido de desconsideração da personalidade jurídica”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 384-385).

³⁴³Lei nº 13.105/2015, art. 134, §3º: “A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º”.

ou não a extensão da responsabilidade patrimonial, como decorrência da desconsideração da pessoa jurídica. Evidentemente, a suspensão do processo principal deverá cessar com a decisão relativa ao incidente que, como visto, será impugnável mediante agravo, nos termos do art. 1.015, IV, do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque o recurso de agravo não comporta efeito suspensivo automático³⁴⁴.

Para outra parte da doutrina, no entanto, a resposta ao questionamento é distinta, decorrendo necessidade de que o art. 134, §3º não seja interpretado literalmente, sob pena de incorrer em suspensão total indevida.

Christian Garcia Vieira faz importantes considerações a respeito da impossibilidade de suspensão total³⁴⁵. Nesta senda, impende elencar os exemplos trazidos pelo autor para justificar a adoção de sua posição.

De acordo com o autor, quando a demanda incidental for proposta no curso do processo de conhecimento, não há sentido em suspender a instrução da demanda principal, a fim de promover o incidente. Por vezes, inclusive, o trabalho poderá ser realizado conjuntamente (v.g., identificação contábil do valor devido e análise de contas não contabilizadas).

De igual modo, a suspensão durante o cumprimento de sentença ou execução também é problemática. Basta imaginar hipótese em que exista execução ajuizada em face de vários devedores, sendo apenas um deles pessoa jurídica, o pedido de desconsideração em face de um impediria a busca de bens contra os demais executados. Outro exemplo emblemático diz respeito à hipótese em que um imóvel penhorado estiver em vias de ser executado e, diante da suspensão automática, o bem não puder ser alienado para satisfazer o débito.

Como se não bastasse, imagine-se o caso em que a própria sociedade executada propõe a demanda incidental para acionar ex-sócio, sob fundamento de que este praticou conduta hábil a configurar a desconsideração da personalidade jurídica. Ocorre que, diante da instauração do incidente, a executada será beneficiada com a suspensão do processo executivo ajuizado em face dela mesma.

³⁴⁴WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit., p. 287.

³⁴⁵VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*: natureza, procedimentos e temas polêmicos, cit., p. 166-168.

Dessarte, o autor conclui, a partir da conceituação do incidente como demanda (entendimento adotado também nesse trabalho), que a suspensão deve ser apenas em relação à prática de atos executivos em face do terceiro (réu na demanda incidental), uma vez que ainda não foi inserido como parte no processo principal³⁴⁶.

O mesmo entendimento é partilhado por Otávio Joaquim Rodrigues Filho. Para o autor, o processo principal deveria continuar sua marcha normal em relação à pessoa jurídica, nos casos em que estiver em trâmite cumprimento de sentença ou processo executivo, a fim de garantir a duração razoável do processo³⁴⁷.

O autor também traz importante preocupação a respeito de certa incongruência imposta pela nova regra. Considere-se a hipótese de processo de conhecimento ajuizado em face de pessoa jurídica. Com a instauração do incidente haverá a suspensão do processo principal. Todavia, tomando-se em conta que o incidente busca a responsabilização subsidiária do sócio ou administrador pelas dívidas da sociedade, não se submete ao azo que o processo principal permaneça suspenso até que seja proferida decisão no incidente para apenas posteriormente ser retomado. Conclui o autor, portanto, que o incidente deverá ser solucionado concomitantemente à sentença do processo de conhecimento, devendo ser extinto sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir, se a ação principal for julgada improcedente, uma vez que inexistirá responsabilidade a ser atribuída subsidiariamente a sócio ou administrador.

Em síntese, em que pese à redação do enunciado normativo previsto no art. 134, §3º, não se deve entender que haverá suspensão total do procedimento principal. A suspensão deverá ser apenas parcial, referindo-se apenas e tão somente ao terceiro em face do qual a pretensão de extensão de responsabilidade patrimonial é realizada, sob a coima de desvirtuar a efetividade da execução e a duração razoável do processo.

³⁴⁶Assim, partindo da lição de Barbosa Moreira segundo a qual não se deve impedir ou suspender processo determinado, quando não haja subordinação lógica em relação a outro, Christian Garcia Vieira conclui que: “Dessa lição depreende que, mesmo em questões ligadas por uma subordinação lógica de prejudicialidade, não necessariamente há a suspensão de um processo para aguardar o julgamento do outro. No caso da demanda incidental de descon sideração, não há relação lógica. Discutem-se autonomamente os critérios de descon sideração que podem levar à extensão patrimonial. O objeto da lei, ao que parece e salvo melhor juízo, é deixar o réu na demanda incidental indene de atos executivos e potencialmente prejudiciais à sua esfera patrimonial, até que haja (eventual) atribuição de responsabilidade patrimonial. Por isso, a interpretação (sistemática) ao §3º do art. 134 do CPC/15 que melhor se mostra consentânea com esse espírito é a de restringir a suspensão aos atos da ação executiva voltados aos bens do demandado no incidente”. (VIEIRA, Christian Garcia. *Descon sideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 167).

³⁴⁷RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Descon sideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*, cit., p. 266.

18.4. Honorários advocatícios sucumbenciais e despesas processuais

O Código de Processo Civil de 2015 silencia quanto ao cabimento de honorários advocatícios sucumbenciais e despesas processuais no incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

A respeito dos honorários, o *caput* do art. 85 do Código de Processo Civil impõe obrigatoriedade de estipulação de honorários ao advogado do vencedor na demanda³⁴⁸. Por outro lado, o parágrafo primeiro do dispositivo³⁴⁹ indica que haverá cumulação de honorários se houver reconvenção, cumprimento de sentença (provisório ou definitivo), execução (seja resistida ou não) e recursos.

Vislumbrando-se a redação da regra encartada, depreende-se que o Código adotou postura expressa de não prever cabimento de estipulação de honorários em incidentes processuais³⁵⁰.

Todavia, assumida a premissa de que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica corresponde a processo incidental, com produção de decisão de mérito - ainda que impugnável por agravo de instrumento por força de comando legislativo expreso -, não se submete ao azo que não sejam cabíveis honorários sucumbenciais, por ocasião do julgamento da demanda incidental.

É preciso, no entanto, tecer algumas considerações, uma vez que a quantificação dos honorários dependerá do modo como a decisão é prolatada.

Como visto alhures, quando a descon sideração for pleiteada autonomamente, a decisão proferida acerca da decretação fará parte da sentença. Com efeito, os honorários e custas deverão ser estabelecidos na própria sentença, devendo a autoridade julgadora

³⁴⁸Lei nº 13.105/2015, art. 85, *caput*: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

³⁴⁹Lei nº 13.105/2015, art. 85, §1º: “São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”.

³⁵⁰A respeito desse regramento, Daniel Amorim Assumpção Neves pontua que: “Nos termos do §1º do art. 85, do Novo CPC, são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. São situações que poderiam gerar dúvidas a respeito do cabimento de fixação de honorários, tendo sido mantidos fora, a exemplo do que ocorria no Código revogado, os incidentes processuais, que não geram condenação ao pagamento de honorários advocatícios, mas apenas ao ressarcimento de despesas”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 281).

competente observar os requisitos dispostos pelo §2º do art. 85³⁵¹, a fim de que os honorários possam ser majorados de forma a compensar a atuação do causídico quanto ao tema da desconsideração.

Todavia, quando a decisão for proferida no âmbito de processo incidental de desconsideração de personalidade jurídica, o art. 136 do Código de Processo Civil de 2015³⁵² estabelece que o incidente será resolvido mediante decisão interlocutória. Além disso, o parágrafo único do r. dispositivo preceitua que, se o incidente for julgado por relator no âmbito de Tribunal, da decisão caberá agravo interno. Em tais hipóteses, diante do fato de que a decretação da desconsideração encerra decisão judicial de mérito, deverá haver estipulação de honorários e custas na própria decisão interlocutória que resolve o incidente.

18.5. Tutela provisória

José Roberto dos Santos Bedaque assinala que a solução de qualquer litígio judicial, mediante atuação das regras extraídas do plano de direito material, subordina-se ao desenvolvimento regular do devido processo legal. Todavia, o processo demanda tempo, diante da irrestrita necessidade de observância das garantias constitucionais e da formação do juízo de certeza do julgador. Nesse ínterim, diversos fatores podem comprometer a efetividade prática da respectiva tutela jurisdicional, de modo que, em diversas ocasiões, mostra-se fundamental a adoção de providências práticas que resguardem a efetividade final do processo³⁵³. Nesse ponto, insere-se o tema das tutelas provisórias.

Quanto a esse tema, segundo o autor, três importantes necessidades foram levadas em consideração pela Comissão de Especialistas constituída pelo Senado Federal por ocasião da elaboração do projeto do atual Código de Processo Civil de 2015: 1) reunir tutelas

³⁵¹Lei nº 13.105/2015, art. 85, §2º: “§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

³⁵²Lei nº 13.105/2015, art. 136, *caput*: “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória”.

³⁵³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. *In*: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 255.

provisórias sob o mesmo título; 2) classificar as respectivas espécies segundo critério homogêneo; e 3) não ignorar a terminologia já consagrada na doutrina³⁵⁴.

Com efeito, dividiu-se sob o título “tutela provisória” as tutelas de urgência (fundadas em risco de acontecimento) e as tutelas de evidência (fundadas em alto grau de plausibilidade de direito, sendo prescindível o risco de dano).

18.5.1. Tutelas provisórias de urgência

Por tutela de urgência, entende-se o mecanismo judicial que visa a prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de um direito ou de um processo. Trata-se, portanto, de um ato de precaução ou um ato de prevenção promovido no judiciário, onde o juiz pode autorizar quando for manifesta a gravidade, ou quando for claramente comprovado um risco de lesão.

A tutela provisória de urgência pode ser dividida em tutela cautelar e tutela antecipada (ou antecipatória).

Para Humberto Theodoro Junior, a tutela cautelar assegura o resultado útil do processo; ao passo que a tutela antecipada satisfaz faticamente o direito da parte³⁵⁵. Nesse sentido, as medidas cautelares representam apenas medidas de segurança para a execução. Ao passo que as medidas antecipatórias, medidas de execução para segurança.

Nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil de 2015³⁵⁶, a tutela de urgência deverá ser concedida quando houver elementos que evidenciem: (i) a probabilidade do direito; e (ii) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A expressão tutela de urgência serve no atual Código como gênero de tutela antecipada e tutela cautelar. Nesse sentido, pode-se dizer que o Código adota a atipicidade como norte para o tratamento das tutelas de urgência. É dizer: todo e qualquer provimento capaz de alcançar um resultado prático à parte pode ser antecipado³⁵⁷.

³⁵⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais, cit., p. 256.

³⁵⁵THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 891.

³⁵⁶Lei nº 13.105/2015, art. 300: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

³⁵⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 312.

No Código de Processo Civil de 1973, a concessão da tutela antecipada se subordinava ao requisito de “verossimilhança fundada em prova inequívoca”. A tutela cautelar, a seu turno, ao requisito de “verossimilhança da alegação”. No Código de Processo Civil de 2015, o legislador resolveu, todavia, abandonar as expressões, adotando o termo “probabilidade do direito” para ambas as espécies de tutela. Com isso, o objetivo do legislador foi permitir a atipicidade dos meios de tutela de urgência.

A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória é a probabilidade lógica, aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos³⁵⁸.

Por fim, parte da doutrina tece críticas à adoção do requisito de “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”³⁵⁹. Isso porque o direito não merece tutela apenas e tão somente em razão do dano. Nesse sentido, o próprio Código admite tutela contra o ilícito quando trata a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito (art. 497, parágrafo único). O legislador tinha à disposição, porém, um conceito mais apropriado: o perigo na demora (*periculum in mora*). Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao “perigo na demora”.

Nos termos do art. 300, §1º, para a concessão da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte for economicamente hipossuficiente.

O enunciado normativo previsto em tal dispositivo vai ao encontro do disposto no art. 302 do CPC/15. Isso porque, nos termos do aludido artigo, a parte responderá objetivamente pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, devendo a indenização ser liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. A caução, portanto, facilita a reparação.

Também é necessário atentar para a obrigatoriedade de reversibilidade dos efeitos da medida, imposição prevista no art. 300, §3º do Código de Processo Civil de 2015³⁶⁰ para a concessão de tutela de urgência.

³⁵⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 312.

³⁵⁹Id. *Ibid.*, p. 313.

³⁶⁰Lei nº 13.105/2015, art. 300, §3º: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

No que atine à desconsideração da personalidade jurídica, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, primeiro se reconhecia a desconsideração para, apenas num segundo momento, cientificar o sócio atingido. Nesse sentido, a oportunidade de defesa do sócio seria diferida, a fim de impedir que, uma vez efetuada a sua cientificação, este pudesse onerar ou dilapidar bens a fim de escapar dos efeitos da extensão de responsabilidade patrimonial. O contraditório, portanto, era diferido.

Firme nesse pressuposto, a doutrina criticava o contraditório diferido automático, sob o fundamento de que o bloqueio prévio de bens subvertia o modelo do devido processual legal, em especial da distribuição do ônus da prova. Se é milenar que a boa-fé se presume e a má-fé se prova, caberia ao exequente provar a má-fé do terceiro, e não relegar ao sócio atingido pela desconsideração o ônus de provar negativamente a configuração das hipóteses autorizativas para a desconsideração da personalidade jurídica³⁶¹.

Com efeito, foi criado o procedimento incidental de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015, com previsão de citação prévia do terceiro, a fim de que o ônus da prova não recaísse sobre este, e sim sobre o autor da demanda de desconsideração. Desse modo, ao terceiro, é garantido contraditório prévio, a fim de que não seja privado de seus bens sem o devido processo legal.

Sob a égide do atual Código de Processo Civil, apesar da necessidade de garantia do contraditório prévio ao terceiro, não é difícil imaginar hipótese em que o autor consiga provar hipótese autorizativa de deferimento de tutela provisória de urgência, no âmbito de demanda de desconsideração, seja autônoma ou incidental. Em casos tais, a concessão da tutela não ferirá a garantia do contraditório, uma vez que a medida é fruto de ponderação legislativa que permite equilíbrio da efetividade com a resposta posterior do terceiro em face do qual a pretensão de extensão de responsabilidade patrimonial é formulada³⁶².

A tutela provisória de urgência não é incompatível com o contraditório, uma vez que este pode ser diferido, havendo apenas a necessidade de que o diferimento não seja automático. Há de se ter premente a excepcionalidade no que atine à concessão de eventuais tutelas de urgência. Isso porque diferir o contraditório é a exceção, sendo certo que ouvir o

³⁶¹VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 151.

³⁶²Id. *Ibid.*, p. 153.

réu previamente é a regra em se tratando de incidente de desconsideração da personalidade jurídica³⁶³.

Aprioristicamente, o regime jurídico das tutelas provisórias de urgência, portanto, não se mostra incompatível com a pretensão movida para desconsideração de personalidade jurídica, seja incidental ou autônoma. Todavia, alguns aspectos procedimentais devem ser analisados, sobretudo à luz da divisão engendrada pelo Código entre tutelas cautelares e tutelas antecipadas.

18.5.2. Procedimento da tutela antecipada

De início, é de rigor pontuar que o Código de Processo Civil de 2015 adota a nomenclatura adotada no Código anterior, de modo que as cautelares satisfativas são intituladas “tutelas antecipadas”.

Nesse ponto, algumas questões procedimentais se fazem necessárias. Consoante o art. 303, do CPC/15, se a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento de tutela antecipada e indicação do pedido de tutela final, com exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Concedida a tutela antecipada na forma prevista nesse artigo, o autor terá o ônus de aditar a petição inicial com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou em outro prazo maior que o juiz fixar (art. 303, §1º, CPC/15).

Não sendo realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, §2º, CPC/15). Realizado o aditamento, o réu deverá ser citado para a audiência de conciliação, prevista no art. 334, CPC/15, sendo certo que, se não houver acordo, começará a fluir o prazo para o réu apresentar contestação.

O procedimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente traz novidade, no novo Código Processual Civil de 2015, ao dispor sobre a possibilidade de estabilização da antecipação da tutela requerida em caráter antecedente.

³⁶³VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*, cit., p. 154.

Para Heitor Vitor Mendonça Sica, as tutelas de urgência, em regra, são precárias (podem ser revistas à luz de novos elementos fáticos) e provisórias (dependem de uma ulterior confirmação por decisão fundada em cognição exauriente). Essa diretriz, contudo, resta profundamente alterada com a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, prevista no art. 304, do CPC/15³⁶⁴.

Da exegese dos arts. 304 e 305 do CPC/15, podem ser encontradas quatro condições para a aplicação da técnica da estabilização: a) deferimento do pedido de tutela antecipada pelo juiz; b) requerimento expresso do autor, a fim de que o juiz aplique tal técnica; c) que a decisão tenha sido deferida *inaudita altera parte*; d) que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível³⁶⁵.

De acordo com o Código, o meio de que dispõe a parte para recorrer é o agravo de instrumento, de modo que, não interposto o recurso, o processo deve ser extinto, projetando a decisão supostamente provisória para fora do processo (arts. 304, §§1º e 3º, CPC/15).

Para parte da doutrina, se o réu não interpuser o recurso de agravo de instrumento, a tutela antecipada deverá ser estabilizada desde logo. De outra parte, há quem entenda que o oferecimento de contestação, no mesmo prazo, ou a manifestação pela realização da audiência do art. 334 também servem como medida hábil a evitar a estabilização³⁶⁶.

Heitor Vitor Mendonça Sica apresenta a problemática, alertando para o fato de que chama a atenção o fato de que um sistema processual projetado para reduzir a recorribilidade das decisões interlocutórias passe a compelir o réu a recorrer³⁶⁷. Nesse sentido, à toda evidência, encontra plausibilidade jurídica a permissão para que o réu possa manifestar discordância quanto à tutela pleiteada também em primeiro grau de jurisdição, como forma de não se sujeitar aos efeitos da estabilização da tutela antecipada.

Não obstante, não tendo o réu se manifestado pelo exaurimento da cognição mediante recurso de agravo de instrumento ou manifestação em primeira instância, qualquer das partes poderá propor ação visando a exaurir a cognição (art. 304, §5º, CPC/15).

³⁶⁴SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coords.). *Tutela provisória*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 344. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 6 – coord. geral: Fredie Didier Jr.).

³⁶⁵Id. *Ibid.*, p. 346.

³⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 317.

³⁶⁷SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”, cit., p. 349.

Por fim, urge tecer considerações a respeito da eficácia da decisão estabilizadora da tutela antecipada. A esse respeito, o §6º do art. 304, CPC dispõe que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

A doutrina tem feito diversas considerações a respeito da natureza jurídica da decisão que estabiliza a tutela. Partindo de um entendimento literal do art. 304, §6º, CPC/15, é possível entender que a decisão não faz coisa julgada. De outra parte, não se mostra destituído de plausibilidade jurídica o entendimento segundo o qual haverá produção de coisa julgada, após findado o prazo de dois anos previsto no aludido dispositivo.

A questão não é meramente terminológica. Isso porque se reconhecermos que há produção de coisa julgada, dever-se-á considerar não apenas a função negativa (que impede que o mesmo litígio seja novamente judicializado, como dispõe o art. 304, §5º), mas igualmente uma função positiva (a decisão há de ser observada em processos futuros entre as mesmas partes). Para Heitor Vitor Mendonça Sica, a decisão estabilizadora parece não ter essa feição positiva³⁶⁸.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode adquirir a autoridade da coisa julgada, peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Nesse sentido, a eficácia bloqueadora de um processo justo impediria a formação de coisa julgada em tutela antecipada, de modo que entendem os autores que, passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes³⁶⁹.

Por fim, caso não se entenda que há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito (art. 303, §6º, CPC/15).

O procedimento em apreço não é incompatível com a pretensão de desconsideração da personalidade jurídica, seja esta requerida autônoma ou incidentalmente. Conforme veremos ainda nesse capítulo, no entanto, as dificuldades da aplicação desse procedimento

³⁶⁸SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”, cit., p. 353.

³⁶⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 318.

de tutela provisória decorrem do tradicional problema de se diferenciar tutelas cautelares de tutelas satisfativas.

18.5.3. Procedimento da tutela cautelar

O art. 305, do CPC/15 dispõe que a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Por primeiro, urge ressaltar que, em razão de o direito à estabilização da tutela se referir à tutela antecipada (satisfativa), não é possível estabilizar os seus efeitos. Nesse sentido, à tutela cautelar preparatória deve seguir a propositura da ação visando à tutela satisfativa, sob pena de ineficácia da medida e extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 309, I, do CPC/15.

O réu deverá ser citado para, no prazo de 5 (cinco) dias contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. Se não contestar, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias (art. 306, CPC/15 c/c art. 307, CPC/15). À evidência, a ocorrência do efeito material da revelia dependerá do processo em que ocorre. Isso porque a revelia apenas pode conduzir à presunção de probabilidade dos fatos articulados pelo autor nos limites da cognição cautelar³⁷⁰

Todavia, se contestado o pedido, deverá ser observado o trâmite do procedimento comum. Nesse sentido, deve-se ter em conta que o novel diploma processual civil logrou por extinguir a figura do processo cautelar autônomo. Com efeito, hodiernamente, pode-se dizer que a tutela de urgência se desenvolve no bojo de um processo que acoberta tanto a cognição sumária, como a exauriente.

Isso é o que se depreende do art. 308 do CPC/15, segundo o qual, uma vez efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar.

³⁷⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 319.

O Código também avança, sobremaneira, ao dispor que o pedido de tutela não dependerá do adiantamento de novas custas processuais, em nítido prestígio ao princípio do acesso à justiça. Outrossim, cabe ressaltar que o pedido principal também pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar (art. 308, §1º, CPC/15).

Ao dispor sobre a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, o art. 309, do CPC/15 reza que cessará a eficácia se: (i) o autor não deduzir o pedido no prazo legal; (ii) não for efetivada no prazo de 30 dias; ou (iii) o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito, tendo em conta o aspecto acessório da tutela cautelar (fundada em cognição sumária).

Por fim, o indeferimento da tutela cautelar não obstará o pedido principal e nem influirá sobre seu julgamento, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de prescrição ou decadência, posto que tal prejudicial de mérito influi sobre o próprio direito de fundo (ou pretensão) a ser discutido no bojo do pedido principal, ante o reconhecimento de coisa julgada material (art. 485, V, CPC/15).

18.5.4. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar na desconsideração da personalidade jurídica

Ao diferenciar o regime procedimental das tutelas antecipada (satisfativa) e cautelar, o Código de Processo Civil de 2015 logrou por dificultar a aplicação das tutelas provisórias de urgência, sobretudo se levarmos em conta que o diploma processual silencia completamente a respeito da distinção entre estas; o que deverá provocar diversos problemas de aplicabilidade³⁷¹.

³⁷¹Nesse ponto, Heitor Vitor Mendonça Sica pontua que: “Não muito tempo depois de a Lei n. 8.952/94 ter reformado o CPC de 1973, multiplicaram-se as dúvidas em torno da classificação de determinados provimentos de urgência no campo da “tutela antecipada” (art. 273) ou da “tutela cautelar” (Livro III). Em que pese a doutrina haver proposto critérios para essa diferenciação (que de fato existe), diversas hipóteses ainda ensejavam dúvidas e discussões as quais, levadas ao Poder Judiciário, poderiam redundar em indevida negativa de tutela jurisdicional (decorrente do indeferimento do pedido de tutela urgente, face ao entendimento de que a via processual eleita foi inadequada). Ocorrem-me em particular os exemplos da separação de corpos e da sustação de protesto. (...). Muitos litigantes tiveram trabalho dobrado para adaptar seus atos postulatórios ao entendimento acolhido por um particular magistrado. Muitos bacharéis em Direito foram reprovados no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil porque a banca examinadora entendia que uma alternativa era certa e outra errada. Tão grande foi a celeuma que a Lei n. 10.444/2002 reformulou o CPC com o claro propósito de resolvê-la. Refiro-me, como é evidente, ao §7º no art. 273 do CPC, que estatui textualmente a fungibilidade entre os pedidos de tutela cautelar e antecipada. Desde que tal novidade veio a lume, a existência de regimes procedimentais distintos para as duas modalidades de tutela de urgência, apesar de crônica e injustificável, tornou-se irrelevante na prática. Uma das opções acertadas feitas desde o anteprojeto foi a unificação do procedimento para pedir tutela urgente, o que sepultaria de vez qualquer

No que atine ao tema da desconsideração da personalidade jurídica, Otávio Joaquim Rodrigues promove diferenciação entre situações de tutela antecipada e de tutela cautelar. A tentativa do autor é válida, diante da diferenciação introduzida pelo legislador como critério norteador de distinção de regime procedimental.

Inicialmente, é preciso rememorar que a desconsideração da personalidade jurídica pode se prestar à responsabilização patrimonial ou a outros fins. Quando o objetivo for estender responsabilidade patrimonial a terceiros (hipótese típica de desconsideração), a execução pressuporá a existência de título executivo. Consoante o modelo romano, adotado pelo sistema brasileiro de execução civil, a pretensão só se torna exequível, definitivamente, por regra, após cognição completa, com produção de coisa julgada material. Todavia, deve-se ponderar que em algumas situações os recursos financeiros podem ser necessários para a satisfação de direitos constitucionais mais relevantes (v.g., direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à saúde etc.)³⁷².

Diante dessas hipóteses excepcionais, será possível a adoção de execução provisória. Todavia, o autor afirma que a execução provisória, na conformação das regras previstas no art. 520 do Código de Processo Civil de 2015, não se confunde com a tutela de urgência, razão pela qual se afirma que as hipóteses de antecipação, em se tratando de desconsideração para fins de responsabilização patrimonial, só poderão ocorrer nas hipóteses de tutela de evidência³⁷³.

Por outro lado, defende o autor que se o objetivo da desconsideração é diverso do da responsabilização patrimonial, em se tratando de tutelas declaratória ou constitutiva, pode ser possível a antecipação. Para tanto, exemplifica-se com o caso em que o autor tenciona a anulação de uma licitação vencida por determinada sociedade que fora constituída por outra por outra que esteja impedida de concorrer. Em hipótese tal, é plenamente cabível a tutela antecipada com vistas a impedir a contratação da vencedora, sob fundamento de desconsideração³⁷⁴.

problema prático em torno da dicotomia tutela satisfativa – tutela cautelar. (...). Pois não é que a técnica da estabilização cria novo problema prático em torno dessa dicotomia e reaviva as discussões em torno dela? Ao limitarem o cabimento dessa técnica à tutela provisória satisfativa, os arts. 303 e 304 trarão à tona discussões teóricas que há mais de dez anos se tornaram despiciendas”. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”, cit., p. 359-360).

³⁷²RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 359.

³⁷³Id. Ibid., p. 360.

³⁷⁴Id. Ibid., p. 361-362.

Carece de plausibilidade, no entanto, a argumentação desenvolvida pelo autor. Isso porque a possibilidade ou não de utilização da tutela antecipada de acordo com a eficácia da decisão (declaratória, constitutiva ou condenatória) se mostra destituída de sentido. Haverá casos em que a desconsideração deverá ser determinada, inclusive se houver pretensão condenatória ou para fins de extensão de responsabilidade. Imagine-se o caso em que determinado idoso necessita que seu plano de saúde arque com os custos de tratamento para específica doença. Em tais casos, ocorrendo hipótese autorizativa de desconsideração e estando presentes os requisitos autorizativos para a concessão da tutela provisória de urgência, mostra-se plenamente possível que medidas patrimoniais atinjam o terceiro, anteriormente à sua citação, para satisfação do direito à saúde.

Quanto às tutelas cautelares, entende o autor que diversas são as providências possíveis. Nesse ponto, admite que a utilização de tutelas cautelares na desconsideração é bem mais ampla do que em relação à utilização de tutelas antecipatórias. Firme da redação do art. 301 do Código de Processo Civil³⁷⁵, o autor elenca como exemplos o arrolamento de bens, o arresto cautelar, a indisponibilidade e o sequestro³⁷⁶.

A bem da verdade, no entanto, o Código de Processo Civil de 2015 incorre em mais uma impropriedade nesse tocante. Isso porque o Código não deveria ter indicado qualquer exemplo de cautelares típicas. Indica o dispositivo do art. 301 que a tutela de urgência de natureza cautelar poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem etc. Sucede que o diploma processual não prevê qualquer procedimento e nem mesmo as hipóteses em que essas cautelares típicas poderiam ser utilizadas. Se o propósito era promover a atipicidade das tutelas provisórias de urgência, novamente agiu mal o legislador ao elencar tutelas cautelares típicas que não contam sequer com previsão no diploma processual atual.

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Pedro Henrique Torres Bianqui acentuava que, no processo cautelar, era plenamente cabível a desconsideração, uma vez que não haveria qualquer elemento que desautorizasse a tomada de medidas urgentes para a satisfação de um direito que será buscado posteriormente contra o sócio, como ocorria no arresto, sequestro, protesto contra alienação de bens etc. Evidentemente, sempre haveria a

³⁷⁵Lei nº 13.105/2015, art. 301: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito”.

³⁷⁶RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 364.

necessidade de preenchimento dos requisitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora*, consubstanciados na grande probabilidade de cometimento de ato autorizativo de desconsideração e no risco de fuga ou dilapidação patrimonial do terceiro, respectivamente³⁷⁷.

De igual modo, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, André Pagani de Souza assinalava que a prática de aceitar as tutelas cautelares no âmbito da desconsideração era frequente, como forma de permitir que a medida liminar fosse proferida sem que se ouvisse a parte contrária. Para tanto, citava não só fundamentos infraconstitucionais (arts. 273, 797 e 798, do CPC 73), mas também constitucionais (art. 5º, XXXV). Defendia, dessarte, que o Estado-juiz tinha poder para adotar todas as medidas que entendesse necessárias para evitar que um abuso de personalidade jurídica, por exemplo, encobertasse uma fraude que fosse capaz de frustrar a efetividade da tutela jurisdicional. Com efeito, se fosse necessário o arresto, a penhora, o sequestro ou qualquer outra medida urgente em relação ao patrimônio daquele que está por trás do véu da pessoa jurídica praticando ato ou atividade fraudulenta, para que seja responsabilizado patrimonialmente, deveria o juiz determinar a prática do ato cautelar e depois mandar intimar e citar o responsável³⁷⁸.

As lições de ambos ainda se mostram atuais, à luz do Código de Processo Civil de 2015, sendo certo que as tutelas provisórias não se mostram de nenhum modo incompatíveis com as demandas de desconsideração, seja autônoma ou incidental. Todavia, o diploma processual deveria ter caminhado mais na direção da atipicidade, sobretudo à luz da diferença procedimental existente entre tutelas antecipadas (satisfativas) e cautelares. Concorde-se, nesse sentido, com Heitor Vitor Mendonça Sica. Agiu mal o Código nesse aspecto.

³⁷⁷BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, cit., p. 90.

³⁷⁸SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, cit., p. 143-144.

19. CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi exposto, é momento de concluir o trabalho a partir das considerações empreendidas anteriormente.

A existência da pessoa jurídica decorre da complexidade da vida em sociedade, que, diante da necessidade de envidar esforços para consecução de objetivos comuns ou de interesse social, sugere ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais, atribuindo-lhes personalidade e capacidade para agir. Com isso, estabelece-se um centro de interesses autônomo e distinto dos membros que a compõem, considerados individualmente em seus interesses, chegando, em alguns casos, à limitação de responsabilidade patrimonial.

Se por um lado a separação de patrimônios e a limitação de responsabilidade incentivaram a captação de capitais, externalizando grande parte dos custos dos empreendimentos decorrentes dos riscos da atividade empresarial, a fraude, enquanto elemento intrínseco à convivência humana, passou a ser observada na utilização desses institutos. Modernamente, diante da complexidade das relações sociais (v.g., sociedade de consumo, coligação de sociedades mercantis, controle individual de grupos econômicos etc.), tem-se percebido que a distinção patrimonial entre sociedade e integrantes, em vez de consagrar regras de justiça social, tem servido de escudo para a prática de atos ilícitos e comportamentos fraudulentos.

Daí porque se fala em crise do sistema e da função da pessoa jurídica. O tema da desconsideração da personalidade jurídica se insere nesse contexto. Primariamente, coube aos Tribunais oferecer o embrião da teoria da desconsideração, sendo certo que as tentativas de sistematização doutrinária de uma teoria logicamente orientada a essa finalidade surgiram apenas num segundo momento e, ainda assim, de forma confusa e desordenada.

Em última análise, a desconsideração da personalidade jurídica resulta da necessidade de elaborar uma teoria que seja capaz de combater o abuso da personalidade, a fraude e o mau uso da pessoa jurídica enquanto ente autônomo de interesses em relação a seus sócios. É preciso registrar, todavia, que a teoria não visa a extinguir a pessoa jurídica e nem mesmo a anular seus atos constitutivos. Visa apenas a declarar a ineficácia episódica da separação patrimonial, como forma de alcançar aqueles que abusaram do direito da

personalidade da pessoa jurídica (mormente o princípio da separação patrimonial daí decorrente), ou dele fizeram mau uso.

Nesse contexto, diversas teorias tentaram oferecer uma delimitação adequada à desconconsideração sob a óptica do direito material. A existência de uma panaceia doutrinária contribuiu para produzir resultados deficitários em termos processuais. É certo, no entanto, que o elemento característico do método de desconconsideração da personalidade jurídica está em buscar o fundamento na atividade societária e não em um determinado ato.

Diante da necessidade de análise dos pressupostos da desconconsideração em cada caso - mormente se considerarmos os diversos tipos de teorias que tentam delinear as hipóteses de desconconsideração, bem como as diversas leis esparsas que regulamentam os pressupostos de aplicação do instituto -, decorre a obrigatoriedade de que exista um procedimento específico, com garantia de contraditório e ampla defesa, a fim de que a desconconsideração seja realizada sem maiores ofensas à personalidade jurídica e à autonomia patrimonial.

Em regra, a desconconsideração sob a óptica do direito processual se insere como tema a ser tratado no âmbito da responsabilidade patrimonial. Daí porque se realizou estudo dogmático da responsabilidade patrimonial, que se insere no contexto da aplicação da vontade sancionatória estatal sobre o patrimônio do sujeito, dependendo, para tanto, da observância de determinados pressupostos, mormente a necessidade de observância do primado do devido processo legal. Nesse diapasão, faz-se imperiosa a existência de processo executivo, embasado em título executivo. Apenas a partir de então as medidas executórias poderão ser impostas, fazendo com que haja devida atuação do direito substancial.

Para fins classificatórios, também se dividiu a responsabilidade patrimonial em responsabilidade primária e secundária, a partir da divisão existente ou não entre as figuras do devedor/obrigado e do responsável, devendo-se sempre olhar a questão sob o prisma dos sujeitos passivos que figuram no título executivo. Na responsabilidade primária, as figuras do devedor/obrigado e responsável se mostram coincidentes. De outra parte, na responsabilidade secundária, as figuras se mostram divorciadas.

Foi visto que essa discussão é importante, porque a depender do modo como a desconconsideração é conceituada, alguns autores defendem que haverá alteração quanto ao regime jurídico aplicável, notadamente no que atine à aplicação do regime da subsidiariedade por ocasião da responsabilização. Todavia, discordou-se desse entendimento.

Conclui-se que a responsabilidade do terceiro na desconsideração será subsidiária, independentemente de figurar no título executivo (responsabilidade primária) ou de ser demandado apenas no cumprimento de sentença ou processo de execução via incidente (responsabilidade secundária). A diferença de regime jurídico aplicável num caso ou noutro diz respeito tão só e unicamente à necessidade de instauração de incidente durante o cumprimento de sentença ou processo executivo, não havendo qualquer influência quanto às discussões que envolvem benefício de ordem, uma vez que este sempre se encontrará presente, vez que inexistente norma expressa autorizativa de solidariedade passiva na hipótese.

De todo modo, convém ressaltar que a técnica processual adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 para decretação da desconsideração da personalidade jurídica não só logrou por conferir maior previsibilidade e segurança jurídica por ocasião da aplicação do instituto - uma vez que estipulou uma série de regras procedimentais -, mas também estabeleceu a necessidade de observância dos primados do contraditório e da ampla defesa (corolários do *due process of law*).

Anteriormente à vigência do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina processual tinha dificuldade em definir o modo como a desconsideração poderia ser decretada. Para uma primeira vertente, haveria necessidade de processo autônomo de conhecimento para promover a desconsideração da personalidade jurídica. De outra parte, para uma segunda vertente, a desconsideração poderia ser decretada incidentalmente, no bojo do processo executivo. Por fim, para uma terceira vertente, a desconsideração poderia ser decretada incidentalmente na execução ou mediante demanda autônoma, a depender do caso concreto trazido a juízo. Também havia discussão acerca da necessidade ou não de citação prévia do terceiro desconsiderando, anteriormente à decretação da desconsideração.

Nesse ponto, em boa hora vieram as inovações trazidas pelo diploma processual civil de 2015, que passou a disciplinar em seus arts. 133 a 137 o intitulado “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, inserindo-o como uma das modalidades de intervenção de terceiros, sendo certo que este poderá ser instaurado não apenas nos processos em que se deduz tutela condenatória-executiva, mas também nos quais se buscam tutelas constitutivas (constituição, modificação ou extinção de relação jurídica) ou mesmo nas situações em que se busca tutela de mera certeza jurídica, como nas tutelas declaratórias.

Nesse mister, o objetivo do Código de Processo Civil de 2015 é hialino: estabelecer balizas procedimentais para que a personalidade jurídica possa ser afastada mediante adoção

de previsibilidade normativa e segurança jurídica. E, principalmente, garantir a observância dos primados do contraditório e da ampla defesa, a fim de que não haja violação do *due process of law*, por ocasião da decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

Todavia, não se pode deixar de olvidar que, em que pese à instituição do Código de Processo Civil de 2015 de um incidente específico para decretação da desconsideração da personalidade jurídica, em algumas hipóteses, ainda remanesce a possibilidade de decretação em processo de conhecimento autônomo, independentemente da instauração do incidente de desconsideração. Nesse sentido, dispõe o §2º do art. 134 do Código de Processo Civil de 2015 que o incidente poderá ser dispensado quando a desconsideração for requerida na inicial do processo de conhecimento. No mesmo sentido, o ordenamento jurídico também prevê determinadas hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica encontra a via do processo autônomo como meio adequado, ou mais viável, diante das particularidades inerentes ao direito material envolvido.

O incidente de desconsideração é estruturalmente autônomo em relação ao procedimento principal originário, constituindo-se em plexo concatenado de atos que se desenvolve independentemente do procedimento originário, ainda que produza consequências jurídicas sobre este. Outrossim, o incidente se encontra vinculado funcionalmente ao processo originário, sendo dele pendente.

Por todo o exposto, reconhece-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica como processo incidental, vez que provoca alteração do objeto litigioso (*meritum causae*), mediante inserção de nova pretensão processual (seja fundada em dívida ou responsabilidade), imanado por nova causa de pedir (fundamentos para decretação da *disregard*).

Diante dessa natureza jurídica, as consequências processuais serão distintas se a desconsideração for pleiteada em processo autônomo ou em processo incidental, podendo haver distinções quanto a competência, hipóteses de intervenção de terceiros, recursos cabíveis, necessidade ou não de fixação do valor da causa, recolhimento de custas, honorários advocatícios etc.

Certo é que o Código de Processo Civil de 2015 passa uma mensagem: para haver a ineficácia episódica da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial dela decorrente, será necessária a instauração de um processo devidamente orientado a consolidar os valores constitucionais de ampla defesa e contraditório. Apenas dessa forma restará superado o

cenário anterior da promulgação do diploma processual civil de 2015, que contemplava a possibilidade de extensão de responsabilidade patrimonial sem prévia manifestação, com inversão ou, até mesmo, negação dos primados do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *A relevância do elemento subjetivo na fraude de execução*. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1974.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília-DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARNACINI, Tito. *Contributo alla teoria del pignoramento*. Padova: Cedam, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. In: CASTELLARI, Antonio; CALAMANDREI, Piero; CARNELUTTI, Francesco; REDENTI, Enrico; SEGNI, Antonio (A cura di). *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: CEDAM, 1927.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DELLORE, Luiz. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

_____; _____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. v. 1.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 1 e v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução forçada e cumprimento de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 4.

_____. *Litisconsórcio*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*. 1989. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR, Zulmar. Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BRASIL, Deilton Ribeiro. Análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. *In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica: visão crítica da jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIERKE, Otto Friedrich von. *Schuld und Haftung im altern deutschen Recht – insbesondere die Form der Schuld und Haftungs geschafte*. Breslau, 1910.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos material e processual. *De Jure*: revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 6, p. 53-68, fev./ago. 2006.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. *In: GUIMARÃES, Luiz Machado. Estudos de direito processual*. Rio de Janeiro; São Paulo: Jurídica; Universitária, 1969.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *A execução civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2010.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade jurídica societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. 2 v.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. brasileira de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, trad. dos estudos posteriores à ed. de 1945, com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Manual de direito processual civil*. Trad. brasileira de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1.

_____. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMBORÇO, Lauro. Disregard of the legal entity. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 73, n. 579, p. 25-29, jan. 1984.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 2.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo Saraiva, 2015.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária: a execução em face do sócio, do cônjuge, do fiador e afins*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. (Jurimetria/Empirical Legal Studies).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1 e v. 2.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.
- _____. *Curso de direito comercial*. 32. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Malheiros Ed., 2016.
- ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Método, 2015.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2014.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2015.
- SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo no processo civil brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS, Silas Silva. *Modificações subjetivas na execução e o objeto litigioso*. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Trad. de Marco Vitale. Milano: Giuffrè, 1966.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição civil do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coords.). *Tutela provisória*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 6 – coord. geral: Fredie Didier Jr.).

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

SILVA, Leonardo Toledo da. *Análise crítica do art. 50 do Código Civil: desconsideração da personalidade jurídica e responsabilidade do administrador*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

_____. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1978.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1970.

VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Milano: Giuffrè, 1964.

VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *In*: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

_____. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. *In*: PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; YARSHELL, Flavio Luiz (Coords.). *Processo societário II: adaptado ao novo CPC – Lei nº 13.105/2015*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.