



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Cristiano Gomes de Araújo

Rio de Janeiro
2017

CRISTIANO GOMES DE ARAÚJO

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil. Professor Orientador: Ubirajara da Fonseca Neto.

Rio de Janeiro
2017

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

Cristiano Gomes de Araújo

Graduado pela Universidade Católica Santa Úrsula. Advogado. Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi inicialmente cunhado no direito material, em diversos dispositivos, constituindo um microsistema de norma positivadas no sistema jurídico brasileiro. Com o advento do novo Código de Processo Civil, o legislador capitulou nos artigos 134 a 137, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a suprir a lacuna até então existente, com inovações importantes. Além disso, estabeleceu expressamente pela observância dos princípios constitucionais como, por exemplo, o contraditório pleno, gerando, algumas tensões quanto ao momento de sua correta aplicação, em sintonia com a Constituição Federal. A razão de ser do presente trabalho é fazer um contraponto do princípio do contraditório dentro da atmosfera do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, considerando que os critérios de aferição para aplicação de tal instituto são subjetivos como, por exemplo, o abuso de personalidade jurídica, desvio de finalidade, má-fé, confusão patrimonial. Assim, recai sobre os ombros do magistrado a espinhosa missão de analisar o caso concreto e aplicar ou não o instituto. Cumpre salientar, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de mitigar princípio constitucional do contraditório, ao argumento de que não configurava ofensa estabelecer limitação temporal no exercício do contraditório, mesmo em situações de perdimento de bens. Por outro lado, tal medida não se coaduna com o novo modelo constitucional de processo, que garante às partes a plenitude do exercício do contraditório, por ostentar a condição de razão de ser da relação processual.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Desconsideração da personalidade jurídica. Intervenção de Terceiros. Princípio do contraditório

Sumário – Introdução. 1. Considerações acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em contraponto com os sistemas jurídicos *commom law* e *civil law* 2. O novo Código de Processo Civil em face da desconsideração da personalidade jurídica. 3. A aplicação princípio do contraditório ao instituto da personalidade jurídica. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no sistema processual civil brasileiro.

Nesse rumo, aborda-se à luz da doutrina o surgimento do instituto, sua gênese e desenvolvimento, bem como sua evolução ao longo do tempo.

Em contrapartida, busca-se explicar algumas características essenciais e sua correta aplicação em face do princípio do contraditório que, diga-se em tempo, tem recebido críticas da doutrina. Logo, aplicação do princípio do contraditório objetiva fixar balizas no novo modelo constitucional de processo, de modo que deve ser pleno e garantido às partes o direito de trazer à lume a verdade ora perseguida no processo.

Inicia-se o primeiro capítulo, objetivando fixar parâmetros relacionados à gênese do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no *common law*, com forte tradição nos precedentes (casos repetidos) e a sua influência no sistema jurídico do *civil law*, nos países de tradição romanística, como por exemplo o Brasil. Destaca-se também o primeiro paradigma ou *leading case* referente ao tema ora discutido e a sua influência, buscando identificar o surgimento da teoria na Alemanha.

Em seguida, no segundo capítulo, investiga-se, em primeiro plano, os princípios constitucionais e sua importância no novo modelo constitucional de processo. Além disso, evidencia-se também que a desconsideração da personalidade jurídica é modalidade de intervenção de terceiro positivada nos arts. 132 a 137 do Código de Processo Civil. Uma inovação sem precedentes que buscou estabelecer o momento certo para aplicação do instituto da desconsideração, possibilitando o requerimento tanto na petição inicial, integrando o conjunto da postulação quanto de forma incidental, além de quaisquer fases do processo, inclusive em sede de recurso.

Por fim, no terceiro capítulo, demonstra-se que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça entendia pela aplicação do contraditório diferido, isto é, oferecer às partes oportunidade de defesa, após a constrição do bem, gerando decisões surpresas no processo.

Nesse sentido, será analisado, em linhas gerais, o contraditório dentro de uma visão mais contemporânea, a fim de saber se o contraditório prévio deve prevalecer em detrimento do contraditório diferido na desconsideração da personalidade jurídica. Se a permanência do entendimento jurisprudência está conforme os valores expressos na nova ordem processual e suas consequências.

A pesquisa desenvolvida segue a metodologia bibliográfica qualitativa, com fundamento na jurisprudência e na doutrina especializadas acerca tema abordado.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, EM CONTRAPONTO COM OS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

A desconsideração da personalidade jurídica ocupa, no atual sistema processual brasileiro, lugar de relevo e grande importância, apesar de já conhecido pelos tribunais brasileiros.

Trata-se de um instituto jurídico aplicável aos mais variados campos do saber jurídico, como por exemplo, relações de consumo, trabalho, família, societária, tributária, no tocante a situações de fraude, desvio de patrimônio, confusão patrimonial e abuso de direito, em consonância com o avanço da jurisprudência, mas não foi suficiente.

Além disso, o atual Código de Processo Civil trouxe como novidades parâmetros importantes, conforme adiante.

Assim, é de curial importância para o presente trabalho, em primeiro plano, compreender aonde se encontra inserida, por meio da abordagem da gênese histórica do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a sua evolução nesse contexto.

Tais premissas são fundamentais para compressão de como foi possível o desenvolvimento de um instituto talhado originariamente no num sistema jurídico totalmente diferente do nosso, repercutindo em outro sistema jurídico como também diferente do nosso.

Dentro desse contexto, destaca-se a principal diferença de sistemas jurídicos, nas palavras de Reale¹:

[...] distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*common law*). A primeira caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral.

Corroborando o exposto acima, verifica-se que os países de tradição romanística põem em relevo o primado da lei, em detrimento do das demais fontes do direito, como a jurisprudência e a formação dos precedentes judiciais.

Por outro lado, os países do *common law* possuem forte tradição no sentido da valorização do caso concreto e da jurisprudência e, em função disso, já é possível afirmar que o direito não é uma ciência estática.

Tendo em vista que o sistema jurídico observado é o *common law*, isto é, sistema processual fundado na valorização do precedente judicial, têm-se que a teoria da

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.141.

desconsideração da personalidade jurídica surgiu na Alemanha, de acordo com as precisas palavras de Gusmão²:

[...] Há quem sustente que a teoria foi sistematizada de forma pioneira por Rolf Serick, Professor de Direito da Universidade de Heidelberg, na Alemanha, em sua monografia *A aparência e realidade nas sociedades comerciais: o abuso de direito por meio da pessoa jurídica*. Foi no âmbito do *common law*, principalmente a norte americana que se desenvolveu, inicialmente na jurisprudência, a desconsideração da personalidade jurídica.

Do exposto acima, verifica-se que a teoria foi sistematizada originariamente para coibir os desmandos cometidos pelos sócios, com abuso de direito da personalidade jurídica, a fim de violar a lei, no âmbito do sistema jurídico *common law*.

O caso “Salomon x Salomon & Co.” ficou conhecido no mundo inteiro, nos termos do relato de Sampaio³:

[...] o caso, “Salomon x Salomon & Co.” envolveu disputa judicial entre a sociedade Salomon & Co., representada pelo seu então liquidante, contra sócio majoritário Aaron Salomon.(...) O liquidante nomeado para gerir o processo de liquidação imediatamente tentou em juízo desqualificar o crédito de Aaron contra a sociedade, fundamentando sua pretensão na confusão existente entre a pessoa do sócio Aaron(credor) e a sociedade Salomon & Co.(devedora), na medida em que, segundo o mesmo liquidante, a atividade de um se confundia com a atividade do outro.(...) Tratou-se da primeira decisão que se tem notícia, reconhecendo a desconsideração da personalidade jurídica de um (sócio) em face de outro(pessoa jurídica).

Como se verifica no acima destacado, referente ao primeiro caso noticiado com expressão sobre a desconsideração da personalidade jurídica, restou claro que o patrimônio da pessoa jurídica não confunde com o patrimônio de sócios.

E seguida, com o surgimento de novos casos, o instituto foi ganhando fundamento, como por exemplo, confundir o patrimônio da sociedade para alcançar bens supostamente oculto do sócio, conforme entendimento de Dinamarco⁴:

[...] medida judicial consistente em confundir duas personalidades teoricamente distintas, como a da sociedade e a de seus sócios. Visa neutralizar os efeitos da fraude do devedor cometida com o objetivo de frustrar a execução forçada. Tem caráter excepcional no sistema de direitos, não devendo ser prodigalizada além dos casos indicados em lei e dos objetivos para os quais foi concebida.

² GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*. 8 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p.105.

³ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. In: Arruda Alvim Wambier, Teresa; Wambier, Luiz Rodrigues (coord.). *Temas Essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 141.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.235.

Nota-se, em primeiro lugar que há separação entre os bens da personalidade jurídica dos sócios e da pessoa jurídica e que a lei é o seu pressuposto objetivo.

Em seguida, no sistema jurídico brasileiro, tal dispositivo foi positivado no art. 50 do Código Civil/2002, abarcando outros dispositivos legais (microssistema), conforme enuncia Luiz Felipe Salomão⁵:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Disregard Doctrine-, difundida na doutrina brasileira após a década de 60, pelo verbo do saudoso Rubens Requião, encontra hoje amplo suporte no ordenamento positivo (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.608/98, art. 50, CC/02), mas que deve, porém ser aplicada com cautela diante da previsão de autonomia de existência de patrimônios distintos entre as pessoas física e jurídica.

Como se pode observar, a finalidade principal do instituto é confundir patrimônios para atribuir responsabilidade, independente do âmbito de aplicação do direito material, ou seja, pode ser numa relação de consumo, empresarial ou trabalhista. Nesse sentido, o juiz tem o poder-dever de levantar o véu da pessoa jurídica, constringindo o patrimônio dos sócios em casos de fraude à lei, abuso de personalidade jurídica, má-fé, confusão patrimonial, desde que oferecido o contraditório às partes.

Isto porque o instituto da desconsideração da personalidade jurídica deve ser visto com cautela, em virtude do caráter sancionatório e excepcional no exercício da atividade empresarial, com reflexos patrimoniais, como por exemplo a constrição de bens, penhora de contas, entre outras.

O objetivo não é violar a distinção entre a massa patrimonial da pessoa jurídica com a da pessoa física, com base em meras alegações genéricas e sem comprovação, exigindo-se portanto moderação e cautela a fim de não banalizar o instituto.

Por outro lado, não havia no direito processual brasileiro uma estrutura de processual autônoma apropriada, um rito processual específico, inserto no Código de Processo Civil, para aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ratificando, assim, a vocação e a tendência para o primado da lei como centro do sistema jurídico, em detrimento de casos concretos e precedentes judiciais consignados na jurisprudência.

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM FACE DO INSTITUTO DA

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. Especial n. 1.096.604 – DF(2008/0218648-4), Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802186484&dt_publicacao=16/10/2012>. Acesso em: 13 jun. 2017.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Por ocasião da recente vigência do novo Código de Processo Civil, os princípios constitucionais assumem posição de relevo diante do contexto de harmonização entre o texto constitucional e a lei ordinária.

De acordo com art. 1º do Código de Processo Civil⁶: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores estabelecidos na Constituição” Embora não seja a principal temática abordada, é de bom aviso partirmos dessa premissa, para melhor compreensão de que o processo está intimamente ligado os valores da Carta Magna, que consagra o princípio do contraditório.

Destaque-se, em tempo, a exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil⁷:

[...] 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 prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”. Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório.

De acordo com o entendimento acima, verifica-se o valor dos princípios expressos, como exemplo o princípio do contraditório que, no caso da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz não fica dispensado de obedecer o contraditório, em virtude de sua envergadura constitucional.

Vislumbra-se, inicialmente, uma visão topográfica do novo Código de Processo Civil de 2015, permitindo a verificação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, no CPC/2015, localizando-se no Livro II – Dos Sujeitos do Processo, no Título III – Intervenção de Terceiros, Capítulo IV – Do Incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos arts. 133 a 137 do NCPC.

Cumpre salientar ainda, que o novo Código de Processo Civil, fixou balizas próprias, objetivas e diferenciadas, em nada alterando o direito material, mas

⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁷ BRASIL. Senado Federal. Código de Processo Civil e normas correlatas. 7 ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, p. 28, 2015. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

estabelecendo, de modo particular um rito processual até então inexistente.

Não obstante, para desconsiderar a personalidade jurídica se faz mister instaurar o incidente, salvo se requerido no conjunto da postulação da petição inicial. Além disso, somente as partes e o Ministério Público, nos casos em que atuar, isto é, quando em voga interesse público, poderão requerer a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

O magistrado não poderá mais instaurar, de ofício, a desconsideração da personalidade jurídica, pois será suficiente a árdua tarefa de subsumir o fato à norma, por sinal, subjetiva. Reiteramos ser subjetiva porque não há como definir com inobjetável clareza o real significado de abuso de personalidade jurídica, desvio patrimonial, ocultação de patrimônio, fraude à execução, de modo que muito valerá sua experiência prática para um juízo equidistante das partes e sem meras suposições a fim de que a desconsideração da personalidade jurídica não seja banalizada.

O instituto não se aplica às pessoas jurídicas de forma indiscriminada como, por exemplo, em sociedade civil de natureza sociedade simples, conforme se extrai do informativo 602/STJ, julgado pela Ministra Nancy Andrighi⁸: “(...) nas primeiras [sociedades civis], há o fito de lucro, enquanto, nas segundas [associações], inexistente finalidade lucrativa. O objetivo das associações é puramente cultural, beneficente, altruísta, religioso, esportivo ou moral”.

Retomando a questão processual, constará da distribuição o incidente, ocasião em que o processo ficará suspenso, enquanto não de levar a bom termo a decisão ora perseguida. Além disso, a defesa do réu terá prazo de 15 dias, após citação válida para manifestação, sendo-lhe dada oportunidade de exercer o contraditório de forma plena.

Se na instrução probatória não restar caracterizado o preenchimento dos pressupostos previstos em lei, o pedido será indeferido; melhor dizendo, o pedido da desconsideração da personalidade jurídica que não atende os requisitos será negado por ausência de provas ou incabíveis.

É sabido que a desconsideração pode ocorrer em qualquer fase do processo, inclusive no tribunal.

Em sede recursal, da decisão interlocutória de primeiro grau que indefere o pedido da desconsideração, caberá agravo de instrumento (art.1015, inciso IV do CPC).

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. Especial n. 1.398.438 – SC, Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802186484&dt_publicacao=16/10/2012>. Acesso em: 13 jun. 2017.

No segundo grau, o relator possui atribuição para decidir o incidente da desconsideração (CPC, Art.932, VI) incidentalmente. Sendo negado pelo relator, caberá recurso de agravo interno.

Ademais, a instauração da desconsideração da personalidade jurídica em sede de juizados especiais (CPC, Art.1.062) é outra novidade que, para além da inovação, visa o aperfeiçoamento do sistema processual, de modo particular o procedimento sumaríssimo.

De acordo com o entendimento acima, impende ressaltar que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é modalidade de intervenção de terceiros, conforme sustenta Câmara⁹:

o Código de Processo Civil inclui, entre as modalidades de intervenção de terceiros, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se, na verdade, de um incidente processual que provoca uma intervenção forçada de terceiro (já que alguém estranho ao processo – o sócio ou a sociedade, conforme o caso) será citado e passará a ser parte do processo, ao menos até que seja resolvido o incidente.

Dentro dessa linha de raciocínio, depreende-se que a desconsideração da personalidade jurídica ocorre em caráter incidental, isto é, através de um processo já em curso, por meio de intervenção de terceiros, ou seja, o ingresso de alguém alheio ao processo, que passa a fazer parte da relação jurídica de direito material.

Ocorre que tal intento é, deveras redundante, pois como seria possível o sócio e a pessoa jurídica também citados, sem de fato mesurar a extensão da responsabilidade de cada qual.

Dinamarco¹⁰, a propósito do incidente da desconsideração, enuncia que:

[...] incidente destinado a apreciar pedido de desconsideração da personalidade jurídica e formulado no de correr de qualquer das fases do processo. De sua realização e de sua decisão final no sentido de desconsiderar a personalidade jurídica depende a extensão da responsabilidade de um devedor a terceiro.

Com efeito, o incidente pode ocorrer após a distribuição da petição inicial, ou seja, o autor da ação deixa de requerer como causa de pedir na inicial para qualquer outra fase do processo.

No que diz respeito ao pedido da desconsideração na petição inicial faz se mister apresentar os elementos probatórios, conforme entendimento de Theodoro

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.94.

¹⁰ DINAMARCO, op. cit., p.241.

Junior¹¹:

[...] pode o autor, ao ajuizar a ação, apresentar provas da utilização indevida da personalidade jurídica da empresa e requer a sua desconsideração para atingir os bens particulares dos sócios ou administradores responsáveis pelos atos fraudulentos. Nesse caso, o requerente promoverá a citação do sócio ou da pessoa jurídica para integrar a lide e contestar o pedido da desconsideração.

Cumprido observar, neste caso, a responsabilidade do administrador. Além disso a função do administrador não se confunde com a figura do sócio, embora responda solidariamente nos atos que praticar.

De acordo com o art. 1012 do Código Civil¹²: “O administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade”.

Neste caso, não poderia integrar a relação processual, pois caso assim aconteça, a citação é passível de nulidade.

Em sentido contrário, Câmara¹³, menciona apenas o sócio ou a pessoa jurídica, vejamos:

[...] impõe-se, pois, citação daquele cujo patrimônio se pretende, com a desconsideração, alcançar, de forma a viabilizar sua efetiva participação, em contraditório, no procedimento de produção da decisão acerca da desconsideração da personalidade jurídica. É que sem esse pleno contraditório a decisão que se venha a produzir será ilegítima se examinada à luz do modelo constitucional de processo civil, o que implica dizer que a mesma será absolutamente nula.

Nota-se que a citação é o instrumento por meio do qual se dá oportunidade do exercício do contraditório, na pessoa do seu representante legal.

É o que dispõe o art. 135 do Código de Processo Civil¹⁴: “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” ou seja, sem mencionar a figura do administrador.

Tal regramento não esvazia o sentido do instituto da desconsideração da

¹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de conhecimento e procedimento comum* – v. I 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 405.

¹² BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

¹³ CÂMARA, op. cit., p.101.

¹⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

personalidade jurídica, mas confere tônica e sentido ao princípio do contraditório, possibilitando ao magistrado analisar o caso concreto, evitando o erro de consequências desastrosas e equivocadas na aplicação do instituto.

3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Uma das críticas recorrentes no instituto da desconsideração da personalidade jurídica recai sobre a aplicação do princípio do contraditório.

A pergunta que se faz é a seguinte: o princípio do contraditório faz parte da natureza do processo em todas as suas fases? O magistrado pode constringir o bem supostamente ocultado, objeto de execução e somente após, oferecer a parte o contraditório? A desconsideração da personalidade jurídica, entendida como medida excepcional e de caráter sancionatório não se coaduna o princípio do contraditório?

Situações como apreensão de bens dos sócios, decisões surpresas, bloqueios de patrimônio antes do novo Código de Processo Civil eram tidas como justas.

Em outras palavras, atira-se primeiro para perguntar depois ou primeiro verifica as condições para desferir o tiro certo, em nome da segurança jurídica diante de situações imprevistas.

A aplicação da desconsideração na sociedade controlada tem recebido críticas acerbas, por de acordo com Lobo¹⁵:

[...] a desconsideração inversa é um veneno que causa à sociedade controlada danos de ordem política, administrativa, financeira, econômica, operacional e de marketing e prejuízos a minoritários e credores, e por isso, deve ser encarada com suspeita, até mesmo com temor. Daí a nossa crítica acerba, mas construtiva, ao art. 133, § 2º, do novo Código de Processo Civil, que o positivou, transformando-a em suposto “remédio” contra os males e lentidão da Justiça.

Nesse sentido, aponta males de ordem financeira, econômica, política, que causam males na atmosfera empresarial, na geração de conflitos e disputas entre acionistas minoritários e controladores.

Outro ponto que destaca, com certo pessimismo, é a positivação do instituto da desconsideração no Código de Processo Civil. E, assim, conclui Lobo¹⁶:

¹⁵ LOBO, Jorge. *A ‘Desconsideração Inversa’ e o Novo CPC*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v.19, n.73, p.182-184, abr. – jun 2016.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 182.

no Brasil, a “desconsideração inversa” vem sendo adotada nos casos de confusão patrimonial e/ou transferência de bens dos controladores para controlada em fraude a credores e fraude à execução, e, agora, infelizmente, terá respaldo no CPC[...]

Aduz que a positivação da desconsideração inversa no novo CPC gera problemas na sociedade controlada, inferindo-se que o modelo inicialmente formatado para aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica não mais reflete às características originariamente criada, como por exemplo a positivação do instituto em legislação processual.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica é espécie do gênero desconsideração da personalidade jurídica. Neste caso, o objetivo principal é atingir o patrimônio da pessoa jurídica, com a finalidade de restringir a massa patrimonial dos sócios, ou seja, nos casos de abuso da pessoa jurídica com o desiderato de se proteger de medidas judiciais, ocultando seu patrimônio particular. Tal situação é muito presente nas relações matrimoniais, com o fito de fraudar um dos cônjuges na partilha dos bens. Assim, o juiz desconsidera o patrimônio da sociedade, cujos ativos (carros, apartamentos, contas bancárias, propriedades) estão ocultos na massa patrimonial da sociedade empresária onde, na verdade, são tais ativos pertencentes ao sócio, que se utiliza da ficção da pessoa jurídica para fraudar a partilha de bens do casal.

É pertinente também uma abordagem do princípio do contraditório, por meio de uma visão tradicional e contemporânea, a fim de melhor verificação no atual sistema processual, em função importância da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse percurso, o processualista italiano (1879-1965) Carnelutti¹⁷ explica que:

[...] a função do juiz é tão difícil que ele não consegue cumpri-la sozinho, motivo pelo qual a experiência elaborou um dispositivo para ajudá-lo. Esse dispositivo tende a procurar a colaboração das partes. (...) No processo, pois, as partes combatem uma contra a outra e à medida que batem as pedras, aproxima-se o instante em que saltará a fâsca da verdade.

Numa visão contemporânea de processo, Dinamarco¹⁸ sustenta que:

[...] contraditório é participação, e a sua garantia, imposta pela Constituição em relação a todo e qualquer processo – civil, penal, trabalhista ou mesmo não jurisdicional (art.5º, inc.LV) – significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para participação dos litigantes no processo e o juiz deve

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo* [tradução Roger Vinícius da Silva Costa]. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p.123.

¹⁸ DINAMARCO, op. cit., p.61.

franquear-lhe esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em direito das partes e em deveres do juiz.

No mesmo diapasão, acerca do contraditório, Câmara¹⁹ define que:

[...] o contraditório deve ser compreendido como garantia que têm as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo.

Infere-se que a natureza do processo está diretamente relacionado ao contraditório como instrumento à disposição do juiz para busca da verdade entre as partes, desde as primeiras linhas fixadas por consagrados processualistas civis. Além disso, possibilita uma visão mais contemporânea do processo, pois, resta claro, que o contraditório é direito dos litigantes e dever do magistrado oportunizá-lo.

Nesse rumo, o magistrado não pode decidir ao seu por si próprio, sobre desconsideração da personalidade jurídica, sem antes de oferecer às partes o contraditório, seja na fase cognitiva ou em sede de recurso. Isto porque, tal disposição se coaduna com o novo modelo constitucional de processo. Por mais respeitável que seja não se pode manter uma jurisprudência que vai de encontro ao que está posto no novo Código de Processo Civil, que não mitigou ou diferiu princípios constitucionais, como, por exemplo, o princípio do contraditório.

Antes de vigorar o novo Código de Processo Civil, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era remansosa no sentido de que o exercício do contraditório poderia ser diferido.

Nesse sentido, destaca-se julgado da 3ª Turma do STJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze²⁰:

Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa.

¹⁹ CÂMARA, op. cit., p.11.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp. Especial n. 1.459.784 – MS(2014/0140167-7), Rel. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802186484&dt_publicacao=16/10/2012>. Acesso em: 13 jun. 2017.

Corroborando o exposto acima, têm-se que o contraditório diferido gera consequências muito negativas à atividade empresarial e se faz mister que tal entendimento jurisprudencial se alterará, por força do novo Código de Processo Civil, garantindo às partes o prévio contraditório.

Nesse sentido de mudança de paradigmas opiniões se dividem, conforme explica Sampaio²¹:

[...] até a entrada em vigor do NCPC se permitia, por força de criação jurisprudencial, é que a personalidade jurídica fosse desconsiderada independente do prévio contraditório. (...) pelo sistema do CPC de 1973, o terceiro era incluído no processo, responsabilizado juntamente com a parte e, somente após, tomava conhecimento da própria existência do processo. (...) Na tentativa – a nosso ver frustrada – de não ferir grosseiramente princípios insuperáveis, inclusive constitucionais, a exemplo do princípio do contraditório e da ampla defesa, parte da jurisprudência admitia a desconsideração da personalidade jurídica do terceiro, independentemente de tal citação, diferindo-se o contraditório para o momento posterior.

De acordo com o entendimento acima, o contraditório, sob a ótica do Código de Processo Civil/1973 ofendia princípios constitucionais, como por exemplo, inserir tanto o sócio quando a pessoa jurídica na mesma relação jurídica de direito material, gerando ambiguidades.

No mesmo sentido, se faz mister o exercício do contraditório em sentido pleno, a fim de evitar decisões surpresas, conforme assevera Câmara²²:

[...] importante, ainda, é registrar que este incidente vem assegurar o pleno respeito ao contraditório e ao devido processo legal no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica. É que sem a realização desse incidente o que se via era a **apreensão de bens de sócios** (grifamos) (ou da sociedade, no caso de desconsideração inversa) sem que fossem eles chamados a participar, em contraditório, do processo de formação da decisão que define sua responsabilidade patrimonial, o que contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro[...]

Cumprir destacar, a princípio, que o contraditório é imanente a toda e qualquer relação jurídica de direito material, independente se a relação jurídica é de consumo, trabalhista, civil, empresarial, tributária, administrativo etc...

No tocante a sua aplicação na desconsideração da personalidade jurídica, é inequívoco que o contraditório diferido é mais efetivo em detrimento do contraditório prévio.

²¹ SAMPAIO, op. cit., p. 144.

²² CÂMARA, op. cit., p.95.

Por outro lado, no contraditório prévio, evita-se a decisão surpresa, busca-se maior economia processual e segurança jurídica, com maior sintonia com o modelo constitucional de processo. Em decorrência disso, o magistrado exerce com mais imparcialidade do seu mister, observando o dever das partes em litígio.

CONCLUSÃO

A tese do professor da Universidade de Heidelberg, na Alemanha, Rolf Serick ficou conhecida no mundo inteiro, através do caso Salomon x Salomon & Co., repercutiu no sistema jurídico de diferentes países, independente da tradição.

Demais disso, a autonomia patrimonial é nota característica do ente pessoa jurídica e, via de regra, não pode ser confundida com a figura da pessoa física.

Confundir a personalidade para imputar e atingir o patrimônio dos sócios ou, em sentido contrário, atingir a massa matrimonial da pessoa jurídica para, supostamente, buscar patrimônio escondido pelo sócios na pessoa jurídica, certamente, é tarefa tormentosa.

O modelo brasileiro, apesar da inspiração do instituto, abre uma bifurcação, deixando de desaguar no oceano do berço do *commom law*, em virtude de possuir vida autônoma.

Em outras palavras, o ventre originário da desconsideração da personalidade jurídica é o *commom law*, porém, sendo o Brasil um país de tradição romanística, ou seja, concebido em “outro ventre”, isto é, proveniente outro sistema jurídico denominado *civil law* deve possuir vida própria.

A razão para não raciocinar desta maneira é muito simples: países de sistemas jurídicos diferentes; um valoriza o caso concreto e outro, o direito positivo, sendo imprescindível para validade e eficácia a existência de uma norma geral e abstrata, inculpada e pré-moldada para subsumir o fato à norma, ocasionando uma série de dificuldades ao intérprete.

Seria ilusão achar que o modelo inicialmente concebido do instituto da desconsideração é o mais do mesmo do originariamente concebido, porém a insistência em copiar e manter o padrão é lugar comum entre nós.

Entre as dificuldades reside em saber estabelecer, com clareza, a correta aplicação do que está positivado no art. 50 do Código Civil como, por exemplo, o estrito conceito de desvio de finalidade, abuso de poder e confusão patrimonial, bem como os demais instrumentos normativos, ainda em vigor.

Em virtude dos critérios subjetivos, recairá sobre os ombros do magistrado a correta interpretação do conceito para aplicação ao caso concreto, razão pela qual parece acertada a impossibilidade do juiz, de ofício, instaurar o instituto. Referimo-nos instituto e não incidente devido a possibilidade do requerimento na petição inicial. Na

prática, a expertise do magistrado contará muito na correta aplicação do instituto da desconsideração.

Nesse sentido, o atual Código de Processo Civil disse menos do que deveria no tocante ao instituto da desconsideração, ao deixar de qualificar os requisitos objetivos para aplicação ao caso concreto, preocupando-se apenas com as questões procedimentais.

Um dos avanços da atual sistemática processual foi estabelecer sintonia com os princípios constitucionais consagrados na Carta Magna. Não significando dizer que a norma constitucional deixava de ser aplicada, mas a explicitação se faz necessária, pois a Constituição como norma fundamental de um país deve ser o centro de gravitação de todo sistema, não podendo a lei ordinária possuir caráter autônomo.

Com isso, o princípio do contraditório, adquiriu um significado todo especial na desconsideração da personalidade jurídica, impondo mudança de entendimento jurisprudencial. Isto porque, até então, o princípio do contraditório era mitigado, diferido. Ora, a exigência o contraditório prévio não foi para facilitar a vida de nenhuma das partes litigantes, mas para atender um imperativo legal de ordem constitucional.

Em função dos critérios subjetivos, era lugar comum nas relações jurídicas de direito processual decisões surpresas, apreensões indevidas de bens, bloqueios de contas, ausência de responsabilidade patrimonial, ausência provas para real caracterização de desvio de finalidade, confusão patrimonial e abuso de direito. Em outras, palavras, atirara-se primeiro para perguntar depois, sem considerar as consequências da decisão.

O contraditório é imanente ao ser do processo, desde as concepções mais primitivas em que as partes sustentam suas razões e o juiz decide.

Desse atrito, isto é o dizer e do contradizer, saltará aos olhos do juiz a verdade que se busca.

No modelo contemporâneo não muda muito, restando claro que é direito das partes e dever do juiz, portanto não pode ser mitigado ou diferido, em nome da detenção de quaisquer bens, visto que a legislação dispôs de outros meios de garantia dos bens, como por exemplo, medidas cautelares.

Nesse sentido, a permanência desse modo de ser fazer processo não se coaduna com o modelo constitucional de processo. Não obstante às inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, referente ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ora positivada no Código de Processo Civil, recairá sempre sobre os ombros do magistrado que terá sempre o ofício de interpretar sentir o caso concreto para aplicar e os fundamentos delineados vem a contribuir sobremaneira para o aperfeiçoamento da ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei113105.html>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Senado Federal. Código de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. Especial n. 1.096.604 – DF(2008/0218648-4), Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802186484&dt_publicacao=16/10/2012>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. Especial n. 1.433.636 – SP(2008/0218648-4), Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802186484&dt_publicacao=16/10/2012>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp. Especial n. 1.459.784 – MS(2014/0140167-7), Rel. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802186484&dt_publicacao=16/10/2012>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. Especial n. 1.398.438 – SC, Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802186484&dt_publicacao=16/10/2012>. Acesso em: 13 jun. 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo* [tradução Roger Vinícius da Silva Costa]. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*. 8 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

LOBO, Jorge. *A 'Desconsideração Inversa' e o Novo CPC*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v.19, n.73, p.182-184, abr. – jun 2016.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. In: Arruda Alvim Wambier, Teresa; Wambier, Luiz Rodrigues (coord.). Temas

Essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – *Teoria Geral do Processo de conhecimento e procedimento comum* – v. I 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.