

O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM ESCAPISMO ANTE UMA REALIDADE KAFKANIANA¹

Ana Manuela Borges²

Sumário: 1.Introdução; 2. Personalidade Jurídica: breve análise do instituto; 3. A desconsideração da personalidade jurídica; 4. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Novo CPC; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Os integrantes do quadro societário de uma sociedade empresária são alvos da insegurança jurídica de terem seu patrimônio pessoal atingido em detrimento das questões jurídicas concernentes a sociedade empresarial. Buscando minimizar os efeitos dessa realidade caótica, o Novo Código de Processo Civil traz o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazida pelo Novo Código de Processo Civil*. Para tanto, cumpre-se analisar o instituto da personalidade jurídica, bem como o da desconsideração da personalidade jurídica para que se possa concluir se o instituo trazido pelo Novo CPC reverterá o nefasto quadro atual.

ABSTRACT: The members of the corporate structure of a business company are targets of legal uncertainty when they have their personal patrimony achieved at the expense of legal issues concerning to corporate company. Seeking to minimize the effects of this chaotic reality, the New Code of Civil Procedure brings the disregard incident of legal personality. To do so, an analysis of the legal personality of the Institute is made as well as one of the disregard of legal personality in order to conclude if the institute brought by the New CPC will reverse the nefarious current frame.

PALAVRAS- CHAVE:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; PERSONALIDADE JURÍDICA; NOVO CPC; DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA; ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL; ART. 28 DO CÓDIGO CIVIL;

1. INTRODUÇÃO

¹ Artigo produzido pela autora em decorrência da participação no grupo de pesquisa “Estudos avançados em processo civil” do Curso de Direito da Universidade Salvador (UNIFACS), sob a orientação da Prof^a Aline Maria da Rocha Lemos no ano de 2014.

² Graduanda do curso de Direito da Universidade Salvador (UNIFACS). Estagiária da Procuradoria do Meio Ambiente, Patrimônio, Urbanismo e Obras do Município de Salvador (PROAPO). Monitoria da disciplina de Direito Empresarial II (Societário) na Universidade Salvador (UNIFACS).

Devido processo legal. Da leitura de “O processo” de Franz Kafka, conclui-se que tal alicerce é fundamental num Estado Democrático de Direito, tendo em vista que ele consolida, de uma forma ou de outra, a segurança jurídica, podendo inclusive evitar, em certo grau, injustiças.

Josef K., protagonista da obra de Kafka, é funcionário de um grande banco. Ao acordar num dia qualquer, depara-se com dois guardas que afirmam que ele está detido. Entretanto, há um detalhe: eles não lhe informam o motivo. A trama se desenrola exatamente assim: Josef K tentado se defender de uma acusação desconhecida.

Muito embora a situação trazida por Kafka date o início do século passado, pode-se vislumbrá-la hoje ante o exercício da atividade empresarial no Brasil. Explica-se: não raras vezes, os integrantes do quadro societário de uma sociedade empresária são alvos da insegurança jurídica de terem seu patrimônio pessoal atingindo em detrimento das questões jurídicas concernentes a sociedade. Assim como Josef K, protagonista de “O processo” , os sócios não sabem, muitas vezes, do que foram acusados, tendo em vista que a pena, qual seja, a desconsideração da personalidade jurídica, lhe foi imputada sem a observância do devido processo legal.

Tal situação, que coloca a atividade empresarial em vulnerabilidade ante a desconsideração da personalidade jurídica sem um devido processo legal, tem como causa, segundo a doutrina, a ausência de regulamentação no Código de Processo Civil que trace parâmetros e fixe o procedimento de forma a dar maior segurança jurídica à atividade empresária.

Ante a tal panorama, o Novo Código de Processo Civil inova, ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Entretanto, tal incidente será suficiente para trazer um devido processo legal ao polo passivo desta demanda? Para responder tais questões, cumpre-se analisar o instituto da personalidade jurídica, bem como o da desconsideração e, sobretudo a forma como o incidente da desconsideração da personalidade jurídica será trazida no Novo CPC.

2. PERSONALIDADE JURÍDICA: BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO

Ao pensar em personalidade jurídica, é indiscutível a associação do instituto com uma única palavra: segurança. Talvez, os sujeitos mais afastados da atividade empresarial não possam entender o silogismo que o instituto guarda com este polissílabo. Para chegar a tal raciocínio é imprescindível a compreensão do que de fato é o instituto da personalidade jurídica.

A sólida noção contemporânea de personalidade jurídica esconde a vasta discussão que foi a sua concepção, pois, afinal de contas, uma questão foi alvo da seguinte controvérsia: a personalidade jurídica da pessoa jurídica é própria ou daqueles que titularizam a sociedade? Diante de tal controvérsia, diversas teorias tentaram esclarecer de fato o que seria a pessoa jurídica e a natureza da sua personalização. Francisco Amaral³ identifica pelo menos quatro tipos de teorias, quais sejam teoria da ficção; teoria orgânica ou da realidade objetiva; teoria da realidade técnica e; teoria institucional. Aqui basta dizer que a última teoria, que considera a pessoa jurídica uma organização social para atingir determinados fins foi a adotada pelo Código Civil.

Diante da teoria adotada pelo atual Código Civil, a personalidade jurídica pode ser definida como sendo a *aptidão genérica para a que a pessoa jurídica contraia direitos e obrigações*. Muito embora o art. 44 do Código Civil pátrio enumere os entes privados dotados de personalidade jurídica, cuida-se aqui da personalidade jurídica vinculada a atividade empresarial, quais sejam, as sociedades e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI⁴).

³ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7 ed. Ver., atual e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P.318/322

⁴ Por oportuno, cumpre esclarecer que em se tratando de sociedade irregular, sociedade de fato e em nome coletivo não há o que se falar em personalidade jurídica, pois se tratam de sociedades despersonalizadas. Logo, o sócio responderá pelas dívidas sociais da sociedade com seu patrimônio pessoal. Tal regra aplica-se também às sociedades simples. Neste ínterim, faz-se imperiosa a transcrição da ementa do julgamento do REsp: 895792 RJ 2006/0042941-3 de relatoria do Ministro Paulo de Tarso:

“ RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL E EMPRESARIAL. EXTINTA RIO 2004 S/C.CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MARKETING. AÇÃO DE COBRANÇA E DERESSARCIMENTO AJUIZADA EM FACE DAS SUAS ANTIGAS SÓCIAS. I - Contratação de serviços de marketing pela extinta RIO 2004 S/C, sociedade cujo objetivo social consistia na organização e promoção da candidatura da Cidade do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2004. II - Condenação das suas antigas sócias ao pagamento dos valores devidos em razão da confecção, pela prestadora dos serviços, da parte relativa ao marketing do texto entregue ao Comitê Olímpico e, ainda, ao ressarcimento de quantias adiantadas. III - Inexistência de violação aos arts. 128, 165, 458 e 535 do CPC. IV - Nas sociedades em que a responsabilidade dos sócios perante as obrigações sociais é ilimitada, como ocorre nas sociedades simples (art. 1023 do CC/02), não se faz necessária, para que os bens pessoais de seus sócios respondam pelas suas obrigações, a desconsideração da sua personalidade. Doutrina. V - Consequente legitimidade passiva 'ad causam' das antigas sócias da RIO 2004 S/C para responderem pelas obrigações contratuais assumidas pela sociedade. VI - Admissível a utilização de prova exclusivamente testemunhal para a comprovação de

A aquisição da personalidade jurídica por sociedade, seja de pessoas ou empresária, e pela Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) se dá com o registro do ato constitutivo pelos sócios (no caso da EIRELI, empresário), caso se verifique que todos os requisitos para sua formação tenham sido atendidos. De logo, cumpre traçar a principal distinção entre tais pessoas jurídicas e o exercício da atividade empresária pro empresário individual: muito embora este pratique atividade empresária nos termos do art. 966 do CC, ele se utiliza da personalidade própria, de pessoa natural, para exercício da atividade empresarial. Logo, todos os direitos e obrigações da empresa se confunde com o patrimônio pessoal. Aqui o empresário não tem personalidade jurídica própria.

A aquisição da personalidade jurídica para o exercício da atividade empresarial traz diversas consequências úteis. Pode-se catalogar as mais expressivas, como bem destaca Ricardo Negrão⁵: a) titularidade negocial e processual; b) individualidade própria, não se confundindo os sócios com a sociedade; c) responsabilidade patrimonial. Ademais, a saudosa doutrina de Rubens Requião aponta ainda como efeito a possibilidade de a sociedade modificar a sua estrutura interna de forma jurídica (ante a modificação do capital social), econômica (modificação do quadro societário) ou simples (cessão do capital social).⁶ Por oportuno, é importante elucidar que há quem sustente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo em vista a personalização de tais entes⁷.

Diante de tais efeitos, é indiscutível o quanto o instituto da personalidade jurídica beneficia as relações empresariais tendo em vista que amortiza expressivamente os riscos inerentes à atividade empresarial. Ante tal amenização, inexorável é a segurança que tal instituto traz a tais relações, tão inseguras por natureza, ao passo que evidencia no ordenamento jurídico pátrio brasileiro a

serviços prestados. Precedentes específicos, inclusive da Segunda Seção. VII - Reconhecido o cumprimento da prestação a cargo da contratada, incabível a arguição, pelas sócias da contratante, da exceção de contrato não cumprido, recaindo sobre elas o ônus da comprovação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Inteligência dos arts. 1092 do CC/16 e 333, I e II, do CPC. VIII - RECURSOS ESPECIAIS DESPROVIDOS.”(STJ - REsp: 895792 RJ 2006/0042941-3, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 07/04/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2011)

⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. Vol.1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 270-271

⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1º volume. 30 ed. rev. E atual. Por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 454

⁷ Embora ainda a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja alvo de diversas discussões doutrinárias, o STF reconhece tal possibilidade em se tratando de crimes ambientais. Tal possibilidade advém do artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal, bem como da Lei 9.605/98, denominada Lei dos Crimes Ambientais

autonomia patrimonial, negocial e processual que os adquirentes de tal personalidade possuem.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como demonstrado acima, a personalidade jurídica é utilizada como instrumento para que os sócios possam contrair direitos e obrigações pela sociedade. Entretanto, as relações jurídicas no Brasil são orientadas pelo princípio da boa-fé. Diante disso, nenhum instituto oferecido pelo ordenamento jurídico pode servir como instrumento de atividade abusiva ou ilícita.

Entretanto, como elucida os preciosos dizeres de Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, todo instituto jurídico corre o risco de ter sua função desviada ou seja, utilizada contrariamente às suas finalidades⁸. Exatamente por esse motivo, a autonomia que a pessoa jurídica possui não é absoluta. É nesse panorama que nasce a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Como forma de proteção à pessoa jurídica, nasce o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Com a maestria que lhe é inerente, esclarece tal paradoxo Fabio Ulhoa Coelho⁹ sustentando que:

(...) A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam.

O *leading case* que aflora o instituto da desconsideração aparece na Inglaterra em 1897 denominado de Salomon x Salomon Company.¹⁰ Em *terrae brasiliis*, Rubens Requião importou o instituto em 1969, dando legitimidade ao mesmo independentemente de precisão legal.

⁸ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. – Rio de Janeiro: Forense: 1993. P.67

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2 : direito de empresa*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 61.

¹⁰ O caso Salomon v. Salomon Co. Ltd., aconteceu na Inglaterra, por volta. Trata-se de um comerciante de couros e calçados, Aaron Salomon, que fundou, em 1897. A companhia Salomon & Co Ltd, foi fundada por Aaron Salomon em conjunto com outros seis membros de sua família. Na companhia, Aaron Salomon possuía 20 mil ações e os outros sócios, frações irrisórias das cotas sociais. Algum tempo depois, a sociedade mostrou-se insolvente, deixando os credores com prejuízos. Diante da possível fraude contra credores realizada por Aaron Salomon, foi solicitada a responsabilização do comerciante à justiça inglesa ao argumento de que Aaron Salomon utilizou-se da companhia para limitar sua responsabilidade. Muito embora tal tese tenha sido acolhida na primeira instância, tal decisão foi reformada pela instância superior, ao argumento de que a separação patrimonial dos bens da sociedade deveria prevalecer.

Tal teoria adentra no direito brasileiro, inicialmente, em 1990 pelo art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor¹¹ que ficou conhecida como *teoria menor* da desconsideração da personalidade jurídica. Ante a aplicação de tal teoria, há discussão doutrinária ante ao preceituado no § 5º do mesmo artigo¹². Preceitua tal dispositivo legal que a mera insuficiência de pagamento da pessoa jurídica. Teorias jurisprudenciais e doutrinárias se firmaram nesse sentido: a) precisa dar motivo e o parágrafo quinto apenas confirma isso (o consumidor deixou de receber quantia ou vício no contrato; o empresário está, portanto, inadimplente com o consumidor). ; b) alguns doutrinadores entendem que o parágrafo quinto pode ser aplicado separadamente do *caput*.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, uma outra teoria da desconsideração da personalidade jurídica veio à tona e ficou conhecida como a teoria maior. Preceitua em seu art. 50 que a personalidade jurídica será desconsiderada para atingir o patrimônio pessoal dos sócios apenas quando se verificar, ante ao caso concreto, abuso de direito por parte dos mesmos, ante a comprovação de fraude ou confusão patrimonial.¹³

Ademais, por inovação jurisprudencial ante o julgamento do Recurso Especial nº 948.117-MS de relatoria da Ministra Nancy Andrigh, tem-se no ordenamento jurídico pátrio a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa. No precedente, o terceiro credor de alimentos adquiria veículos de alto valor em nome da pessoa jurídica. Neste caso, ficou evidenciado que o objetivo do sujeito era esvaziar seu patrimônio pessoal e assim ocultar do alimentante bens passíveis de penhora. Utilizando os pressupostos do art. 50, CC-02 do desvio de finalidade, a pessoa jurídica respondeu por dívida contraída exclusivamente pelo seu sócio.¹⁴

¹¹ 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.

¹² Art. 28 (...)§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

¹³ 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.

¹⁴ PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. (...)– A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV – Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é

Por oportuno, cumpre esclarecer distinção entre despersonalização da personalidade jurídica com a sua desconsideração. Como bem elucida Fábio Konder Comparato¹⁵, nesta, a personalidade jurídica é afastada provisoriamente e tão só para o caso concreto; aquela acarreta a dissolução da pessoa jurídica ou cassação da autorização para seu funcionamento.

4. O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NOVO CPC: INOVAÇÃO OU MAIS DO MESMO?

Um quadro desalentador acompanha a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no cotidiano jurídico. Ante a ausência de regulamentação da matéria no Código de Processo Civil de 73, sua aplicação vem se dando a guisa de princípios processuais basilares ao estado Democrático de Direito.

Devido a omissão de regramento processual, o *modus operandi* sobre como desconsiderar a personalidade jurídica se dá de forma diferente por este ou aquele Magistrado. Não raras vezes, se nota na jurisprudência a reputação da desconsideração da personalidade jurídica sem sequer ouvir as pessoas que serão responsabilizadas por tal obrigação. Nesse caso, ocorre o contraditório diferido, pois aqui o juiz primeiro decide determinada a desconsideração da personalidade jurídica, determinado a penhora dos bens dos sócios e apenas posteriormente dá ciência ao sócios, via intimação, de tal *decisum*. Diante de uma possível constrição patrimonial injusta, o único meio de defesa pelos sócios é o manejo de embargos de terceiros para livrar o bem da penhora.

combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular. VII – Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido.(STJ , Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15661975/recurso-especial-resp-948117-ms-2007-0045262-5/inteiro-teor-15661976>>

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. E. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. P. 283

Desse quadro, verifica-se que, casuisticamente, não há atendimento da cláusula geral do devido processo legal em sua dupla acepção¹⁶. Pode-se chegar a tal conclusão pois:

a) há expressa agressão ao princípio do contraditório, preceituado no inciso LV do 5º art. 5º, pois há por parte de grande parte dos Magistrados o tolhimento do poder de participação da parte no processo, pois a impossibilidade da sua manifestação retira-lhe o poder de influenciar a *decisum* de descon sideração da personalidade jurídica. Afinal de contas, como bem sintetiza Fredie Didier Jr. não se pode confundir o poder agir de ofício com o agir sem provocar as partes¹⁷;

b) o não uso da proporcionalidade e razoabilidade para proferir tal decisão sem a observância dos princípios constitucionais gera uma decisão substancialmente indevida;

Ante ao obscuro e desalentador quadro que ronda o trâmite de aplicação da descon sideração da personalidade jurídica, o Novo CPC pretende sanar tal omissão, trazendo em um de seus capítulos o chamado *incidente de descon sideração da personalidade jurídica*.

Consoante se depreende da leitura da nova codificação, nota-se que tal incidente está bem sintetizado na nova codificação e percebe-se a preocupação do legislador em pacificar questões antes problemáticas que variam desde o momento da propositura do incidente, até quem de fato detém legitimidade ativa para sua proposição.

Quanto aos legitimados, prevê o Novo CPC que o incidente será instaurado a pedido da parte. Ademais, o Ministério Público também terá legitimidade caso haja quando agir como parte ou como *custos legis*;

A nova legislação esclarece ainda que tal incidente será cabível em todas as fases do processo de conhecimento bem como da execução, seja esta judicial ou extrajudicial e terá formato de incidente processual, correndo em autos apartados e recebendo novo número de processo. A instauração do mesmo terá o condão de

¹⁶ Fredie Didier Jr. Aponta o princípio do devido processo legal nessas duas acepções. Para o Autor, o devido processo legal em sentido formal seria composto pelas garantias processuais do contraditório, juiz natural, a um processo com duração razoável, dentre outras garantias. Já em sua acepção material, o processo devido *não é apenas aquele em que se observam as exigências formais: devido é a processo que geral decisões jurídicas substancialmente devidas.* (DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol 1. 15ª Edição. 2013. Editora Juspodivm. P. 53/55).

¹⁷ DIDIER JR. Fredie, p. 59.

suspender o processo principal. Vale a ressalva que se tal incidente for ventilado em peça procedimental inaugural, não há o que se falar em instauração de incidente, procedendo-se tão somente a citação do sócio ou da pessoa jurídica.

Em clara homenagem ao princípio do contraditório, o Novo CPC dá ao sócio/pessoa jurídica o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar acerca do incidente, bem como requerer produção probatória.

Para instauração do incidente é necessária a observância do que o código denomina de *pressupostos previstos em lei*. Faz-se aqui uma alusão ao direito material, seja pela aplicação da teoria maior ou da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Vale a ressalva que é reconhecida pela nova legislação processualista a aplicação do incidente para desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Por fim, mas não menos importante, o novo CPC define a natureza jurídica da decisão que desconsidera a personalidade jurídica, qual seja, interlocutória. Diante disso, caberá agravo de instrumento, caso tenha sido proferida em primeiro grau, ou agravo interno, caso tenha sido deferida monocraticamente em segundo grau. Ao atribuir tal natureza jurídica à decisão, há o obstáculo da decisão por juiz por mero despacho em processo de execução e que dispensa a dilação probatória.

Ante a sucinta análise do que traz o novo CPC acerca do incidente cabe uma indagação: o procedimento resolverá os problemas que permeiam a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica?

É indiscutível que é imperiosa a necessidade de um procedimento para aplicação do instituto. Afinal de contas, o procedimento dará concretude ao direito material, via a sua instrumentalização. Além de dar proteção ao direito material e/ ou prestar a tutela jurisdicional adequada, trazer o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao novo CPC, antes de tudo, alude os direitos fundamentais processuais do contraditório e ampla defesa que vêm sendo rechaçados ante uma desconsideração da personalidade jurídica sem procedimento expresso.

Desta forma, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, sob a ótica de processo seguida por Luiz Guilherme Marinoni, além de outorgar à jurisdição a possibilidade de proteger os direitos, é legítimo posto que confere ao exercício do poder julgador, natureza democrática. Tal conteúdo democrático é

evidenciado ante a abertura de processo com contraditório/participação dos particulares que são afetados em sua esfera jurídica pela decisão ¹⁸.

Entretanto, verifica-se que não é apenas a ausência de um procedimento específico que faz com que a desconsideração da personalidade jurídica venha sendo aplicada de forma equivocada por alguns juízes. Explica-se: muito embora haja dispositivos legais que tragam requisitos para aplicação da teoria maior ou menor da desconsideração da personalidade jurídica, vislumbra-se vários julgados que fazem uso do desconsideração baseado apenas tão somente na situação de insolvência, de mera insatisfação do crédito pela pessoa jurídica.

Ainda que o Novo CPC tenha tentado impedir a necessidade do Requerente demonstrar os *pressupostos previstos em lei*, para que a personalidade jurídica seja afastada, a imprecisão na aplicação das teorias fazem com que o procedimento não afaste por completo a insegurança jurídica que norteia tal aplicação. Tal situação de insegurança é amplamente vislumbrada na Justiça do Trabalho ante a um entendimento esdrúxulo de que o parágrafo quinto do art. 28 do CDC seria uma hipótese autônoma da desconsideração da personalidade jurídica, desvinculando-o totalmente do *caput* do dispositivo¹⁹.

Por oportuno, é importante lembrar que não raras vezes a Fazenda Pública aplica a desconsideração administrativamente, tomando por base a responsabilidade tributária de terceiros prevista no Código Tributário Nacional. Entretanto, a responsabilização de terceiros e desconsideração da personalidade jurídica são institutos que não podem ser confundidos. Neste íterim, indica-se a leitura do capítulo 3 do trabalho de final de graduação de Bruno Nou Sampaio²⁰.

5. CONCLUSÃO

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Vol.1. 8ª edição, revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, 2014. P.412

¹⁹ “AGRAVO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA. SÓCIO. RESPONSABILIDADE. A desconsideração da personalidade jurídica do empregador, no âmbito do processo do trabalho, independe de requisito outro que não seja a mera incapacidade empresarial de saldar a dívida trabalhista (art. 28, § 5º, da Lei nº 8.078/90). Agravo da Exequente não conhecido. Agravo do Executado conhecido e não provido. (TRT-10 - RO: 2404201210210006 DF 00844-2004-010-10-00-5 AP, Relator: Desembargador Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 02/10/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: 11/10/2013 no DEJT)”.

²⁰ SAMPAIO, Bruno Nou. **A Possibilidade de responsabilização dos sócios pelos débitos tributários da pessoa jurídica**. 2007. 89 f. Monografia (Graduação). Curso de Direito. Universidade Salvador - UNIFACS

O instituto da personalidade jurídica beneficia as relações empresariais tendo em vista que amortiza significativamente os riscos inerentes a atividade empresarial. Como forma de proteção a pessoa jurídica, nasce o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Ante ausência de regulamentação da matéria no Código de Processo Civil de 73, a sua aplicação vem se dando a guisa de princípios processuais basilares ao estado Democrático de Direito. Verifica-se casuisticamente que, regramento processual, o *modus operandi* sobre como desconsiderar a personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, se dá de forma diferente por este ou aquele Magistrado.

Com a finalidade de sanar tal quadro de insegurança jurídica, o projeto do Novo Código de Processo Civil, traz um rito processual que prevê a instauração de um incidente processual para que se desconsidere a personalidade jurídica. Tal incidente observará o devido processo legal, tendo em vista que o incidente traz para a desconsideração da personalidade jurídica, o contraditório e a ampla defesa, afinal de contas, o Novo Código de Processo Civil traz o pouco que hoje não se tem (a exemplo de abertura de prazo para que os réus apresentem defesa).

Entretanto, vislumbra-se um quadro desalentador: muito embora incidente a ser trazido pelo Novo CPC tenha grande relevância no que concerne a segurança jurídica, vislumbra-se um cenário de insegurança amplo devido a linhas interpretativas da teoria da *disregard doctrine* principalmente na Justiça do Trabalho e em sede de responsabilização tributária. Indiscutivelmente, o procedimento é necessário, mas, talvez ele apenas atenuar questões problemáticas e não resolvam o problema.

Josef K., em “O processo” tem um final trágico: desacreditado de tudo, prefere a morte por dois desconhecidos. Entretanto, tal opção não pode estar disponível num Estado Democrático de Direito, pois é teratológico imaginar o assassinato velado da personalidade jurídica da sociedade empresária num Estado Democrático de Direito. Entretanto, tem-se que tal homicídio prevaleça mesmo com o Novo Código de Processo Civil. Que seja apenas um mal presságio.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7 ed. Ver., atual e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Vol.1. 8ª edição, revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, 2014

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2 : direito de empresa*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. E. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol 1. 15ª Edição. 2013. Editora Juspodivm.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. – Rio de Janeiro: Forense: 1993.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. Vol.1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1º volume. 30 ed. rev. E atual. Por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAMPAIO, Bruno Nou. **A Possibilidade de responsabilização dos sócios pelos débitos tributários da pessoa jurídica**. 2007. 89 f. Monografia (Graduação). Curso de Direito. Universidade Salvador - UNIFACS