

CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO INCIDENTE
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015

David Araújo da Silva*

Resumo: O presente artigo tem por objetivo examinar, sob a perspectiva processual, a desconsideração da personalidade jurídica à luz do Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16/03/2015). Para tanto, será feita pesquisa bibliográfica e documental. A análise da doutrina e da jurisprudência revela que até o momento a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, no Brasil, ainda encontra dificuldades não suplantadas quanto ao procedimento que permita sua concretização. Em resposta a antigo clamor por segurança jurídica, num cenário em que se afirmou existir uma crise do contraditório, o novo Código de Processo Civil, traz normas instrumentais específicas para a desconsideração da personalidade jurídica. Se tais normas vêm em resposta a uma série de polêmicas, certamente, provoca outras tantas que exigem minucioso exame.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Processo civil.

Sumário: Introdução. 1. A desconsideração da personalidade jurídica anteriormente ao CPC/15. 2. A desconsideração da personalidade jurídica à luz do CPC/15. 3. Natureza jurídica do “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”. 4. Cabimento. 5. Impossibilidade da desconsideração de ofício. 6. Elementos da demanda. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Embora o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica seja originário do direito material, é tarefa do direito processual estabelecer o procedimento para que se possa definir a ocorrência de tal fenômeno.

Antes do advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) não havia no ordenamento jurídico brasileiro disciplina processual específica para a

* Aluno do Curso de Direito do Centro Universitário 7 de Setembro. E-mail: david.a.sa@hotmail.com

desconsideração da personalidade jurídica. Assim, observava-se sobre o assunto uma variedade de entendimentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entre as questões controversas sempre estiverem: i) o momento processual e forma de apuração dos atos ensejadores da desconsideração; ii) a possibilidade da sua aplicação de ofício pelo magistrado; iii) a necessidade de instauração de prévio contraditório; e iv) o meio adequado para a defesa daquele que tem contra si formulada a pretensão de desconsideração ou vem a ser atingido pela aplicação da desconsideração.

Com o regramento trazido pelo CPC/15, torna-se oportuno o reexame do tema.

1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ANTERIORMENTE AO CPC/15

O aspecto sobre o qual se concentrava maior parte do debate era a forma de aplicação da *disregard doctrine*. Em síntese, a pluralidade de entendimentos existentes à época pode ser organizada em dois grupos. De um lado, podem ser colocados os que, a exemplo de Coelho (2013), defendiam a necessidade de processo autônomo. De outro, os que, como Bianqui (2010), assinalavam que a desconsideração poderia ser decretada incidentalmente, inclusive no curso da execução.

As posições defendidas eram orientadas pela aparente colisão entre os princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, de um lado, e os princípios da eficiência e celeridade processual, de outro. Havendo quem pendesse para um ou outro lado, o que acarretava um cenário de insegurança jurídica.

Flagrante gravidade é percebida quando se chegou a decidir que a ciência do sócio, por meio de citação, e a concessão de oportunidade para a manifestação dele seriam desnecessárias para que seu patrimônio fosse excutido. É o que se constata, por exemplo, no voto do relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do REsp 86.502/SP, em 21/05/1996, ratificando os termos do acórdão recorrido na ocasião: “condicionar a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica a prévio pronunciamento judicial importa torná-la inteiramente inoperante pelo retardamento de medidas cuja eficiência e utilidade depende de sua rápida efetivação”. É situação que beira a inconstitucionalidade.

Câmara descreve o panorama observado ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73):

[...] o que se via era a apreensão de bens de sócios (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, já que admite a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial. (2017, p. 97).

Em decisões recentes, retrato dessa divergência pode ser percebido, por exemplo, pelo cotejo das seguintes decisões do STJ.

No REsp 476.452/GO, julgado em 05/12/2013, a Quarta Turma do STJ firmou entendimento que a desnecessidade de processo autônomo não incorreria em desrespeito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, sendo também dispensável a citação. Já no REsp 991.218/MS, julgado em 16/04/2015, a mesma Quarta Turma do STJ se pronunciou em sentido completamente oposto.

Fato notório, a crise sempre se mostrou mais aguda no âmbito da Justiça do Trabalho, conforme aduz Bianqui (2010, p. 53): “sem qualquer princípio ou norma que os autorizasse, os juízes trabalhistas transformaram a responsabilidade limitada em responsabilidade subsidiária e ilimitada”.

Parentoni expõe a face negativa do abuso da aplicação da *disregard doctrine* e a insegurança dele decorrente:

[...] dificulta e desestimula o ingresso de novos agentes econômicos no mercado, sobretudo os de menor porte econômico, dada sua impossibilidade de arcar com o custo desses seguros ou pela perda de competitividade que sofreriam caso o embutissem no preço de seus produtos ou serviços. Em situações extremas, pode ocorrer até o êxodo empresarial, já que o incremento de sua responsabilidade, – e, conseqüentemente, do risco do negócio – faz com que o empresariado busque alternativas, podendo migrar suas atividades para outros países, haja critérios mais precisos para adquirir conservar a limitação de responsabilidade patrimonial. (2014, p. 179-180).

É inserido num movimento de reação ao uso desenfreado da teoria da desconsideração e, muitas vezes, com nítido desrespeito às garantias constitucionais, que o CPC/15 passa a regular o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

A edição do CPC/15 parece, pois, intentar uma mudança de paradigmas.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO CPC/15

O CPC/15 introduz no direito positivo brasileiro o que, à primeira vista, parece ser um incidente cognitivo que deverá ser observado nas hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Haja vista tratar-se de normas gerais de direito processual, em princípio, o regramento do CPC/15 referente à desconsideração deve ser observado também pelas justiças especializadas, só podendo ser derogado por norma especial expressa (YARSHELL, 2015).

O legislador, atento ao modelo constitucional de processo, optou por fazer referências expressas às garantias fundamentais. No Livro I da Parte Geral, o CPC/15 enumera, exemplificativamente, normas fundamentais que devem guiar o processo civil em sua totalidade.

3. NATUREZA JURÍDICA DO “INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA”

Como bem observam Amadeo, Bruschi e Nolasco (2016, p. 159) e Yarshell (2015, p. 53), o CPC/15, ao fazer referência a um incidente de desconsideração da personalidade, provoca algumas dúvidas, sobretudo após uma análise sistemática do referido diploma legislativo. Primeiramente, quanto à natureza jurídica do direito exercido nesse incidente: seria manifestação de direito de ação ou de mero requerimento?

A análise dos incidentes disciplinados pelo CPC/15 leva à conclusão que o legislador utiliza tal nomenclatura para abranger institutos de naturezas jurídicas diversas, pois nem todos se revestem da natureza de mero incidente processual.

Observa Vieira (2016) que, diferentemente do que se verifica em outros países, não há na doutrina brasileira grande atenção ao estudo e análise dos incidentes processuais.

A etimologia da palavra incidente lança luz à compreensão da sua função no campo processual. Traduz a ideia de algo que sobrevém, que surge durante o desenvolvimento de um fato.

Conforme leciona Dinamarco:

Incidentes do processo, ou do procedimento, são procedimentos menores, anexos e paralelos ao principal e dele dependentes. Eles são compostos por uma série de atos coordenados como dispuser a

lei, todos endereçados à pronúncia de uma decisão judicial sobre algum pedido ou requerimento das partes, referente ao processo pendente. São verdadeiros desvios acidentais do procedimento principal, que se situam à margem de sua caminhada linear em direção ao provimento final pedido na demanda inicial.

[...]

Um incidente do procedimento é mais que mera *questão incidente* e menos que um *processo incidente*. O adjetivo *incidente*, que aparece nessas expressões, indica que também eles recaem sobre o processo, mas os modos de incidência são diferentes.

[...]

Processo incidente é um processo novo, nova relação processual, que se instaura em razão de um outro já pendente e destinado a exercer alguma influência sobre ele. Como todo processo, principia por iniciativa de parte (demanda) e é regido pelo procedimento que a lei indicar, apontando sempre a um provimento a ser dado pelo juiz. O provimento preparado nos processos incidentes será sempre *sentença*, pois contém uma decisão sobre seu mérito (art. 162, § 1º, c/c art. 269) – e eles não se confundem com o processo *principal* e dele não fazem parte. (2009, v. 2, p. 476-480, grifo do autor).

Tem-se, pois, que o principal traço distintivo é a dependência, identificada no incidente processual e ausente no processo incidente.

É possível, pois, destacar três aspectos marcantes que diferenciam o incidente no processo do processo incidente: dependência; limitação das matérias passíveis de discussão; restrição às alterações subjetivas (VIEIRA, 2016).

Primeiramente, o incidente tem caráter acessório e secundário ao objeto principal do processo. Surge durante o desenvolvimento do processo e a ele fica vinculado, ainda que ocasione resolução em autos apartados.

Um segundo aspecto diz respeito à limitação das matérias que podem ser objeto de exame no incidente. Considerada a característica de procedimento menor e sua interdependência em relação ao objeto da demanda, entende-se o incidente como uma questão a ser superada antes do desfecho do processo principal, pois nele repercutirá (VIEIRA, 2016).

Assim, há uma limitação das matérias que podem ser debatidas no âmbito do incidente. Em geral, dizem respeito a ponto controvertido, de fato ou de direito.

Um terceiro aspecto a se destacar é que com a instauração do incidente, em princípio, a relação processual concretizada na demanda permanece, subjetiva e objetivamente, inalterada (VIEIRA, 2016). Não originando, portanto, nova relação jurídica processual.

Adotando-se tais premissas, é possível as seguintes conclusões.

Quando formulado pedido de desconconsideração, surge uma nova causa de pedir e novo pedido de tutela jurisdicional que importarão na inclusão de novas partes. Nasce uma nova relação jurídica processual. Revela-se não existir, nesse caso, a interdependência verificada nos incidentes processuais.

Da análise do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica trazido pelo CPC/15 percebe-se espaço para uma amplitude probatória incomum, segundo as noções tradicionais, no âmbito do cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial. Além disso, conforme leciona Câmara (2017), o magistrado deverá decidir acerca da desconconsideração após amplo contraditório e mediante cognição exauriente.

Por fim, o escopo da aplicação da teoria da desconconsideração é justamente alterar o rol de responsáveis patrimoniais, o que só se torna possível a partir da formação de uma nova relação jurídica processual.

Nessa ordem de ideias, conclui-se que, ao pedir a desconconsideração, a parte ajuíza verdadeira demanda em face de alguém.

Yarshell (2015, p. 53) infere que “o pleito de desconconsideração e a ‘defesa’ ofertada pelo terceiro envolvem o exercício do direito de ação”.

Entendimento que também é compartilhado por Amadeo, Bruschi e Nolasco:

[...] a formação de processo autônomo não é requisito para o exercício de direito de ação. Há casos frequentes no processo civil brasileiro da formação de incidentes processuais que veiculem direito de ação, como a reconvenção, a ação declaratória incidental, a denúncia da lide e o incidente de arguição de falsidade de documento. (2016, p. 159).

Autores como Didier Júnior (2015) e Rodrigues Filho (2016), embora entendam o procedimento para a desconconsideração como mero incidente processual, e não como processo incidental, também identificam que tal pedido é veiculado por demanda.

O exame das regras do CPC/15 evidencia, portanto, a natureza de demanda do ato que tem como conteúdo o pleito de desconconsideração da personalidade jurídica, pois, conforme verificado, faz surgir uma nova relação jurídica processual, com sujeitos e objeto próprios.

4. CABIMENTO

O *caput* do art. 134 prevê o cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em “todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

Conforme se depreende do art. 134, § 2º, CPC/15, o pedido de desconconsideração pode ser formulado na petição inicial, de forma isolada ou conjuntamente com outro(s) pedido(s).

Na primeira hipótese, a demanda é proposta originariamente em face do sócio a quem se imputa a prática de atos autorizadores da desconconsideração.

Na segunda hipótese, o autor pode valer-se da técnica do litisconsórcio eventual, formulando pedido em face da pessoa jurídica e, eventualmente, em face do(s) sócio(s) (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Certamente, as maiores dificuldades são verificadas quando a demanda de desconconsideração é proposta no curso de um processo, notadamente no cumprimento de sentença ou na execução de título executivo extrajudicial, haja vista as consequências decorrentes da relação entre demandas. Por isso, mostra-se pertinente o estudo acerca dos elementos da demanda.

Destaque-se, por fim, que o art. 1.062 do CPC/15 expressamente determina a aplicação do “incidente de desconconsideração da personalidade jurídica” também no âmbito dos juizados especiais, excetuando, portanto, a regra da vedação à intervenção de terceiros prevista no art. 10 da Lei 9.099/95.

5. IMPOSSIBILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DE OFÍCIO

Outro ponto que sempre foi alvo de discussão diz respeito à possibilidade ou não da desconconsideração de ofício (*ex officio*) pelo magistrado.

Considerada a sua natureza de demanda, não é possível admitir a instauração de ofício do “incidente”.

A pretensão de desconconsideração da personalidade implica ampliação subjetiva e objetiva da causa e poderá importar a ocorrência de efeitos jurídicos sobre a esfera daqueles que se pretendem ver atingidos; e, nesse sentido, deve ser iniciada por meio da apresentação de demanda, com a afirmação de fatos que justifiquem a tutela pretendida, já que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo exceções previstas em lei. (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 255).

No entanto, mesmo após a vigência do CPC/15, não é incomum a defesa da possibilidade da desconsideração de ofício. Nesse sentido, Gama sustenta que:

[...] quando a lei material não exigir que a desconsideração da personalidade jurídica seja aplicada somente a requerimento do interessado ou Ministério Público, o juiz pode determinar a instauração do IDPJ de ofício através de portaria na qual constará a descrição dos fatos que, em tese, podem ensejar a desconsideração. É exatamente a hipótese contemplada no art. 28, caput, do CDC. (2016, p. 74).

Tem-se, pois, como principal argumento para a desconsideração *ex officio* o silêncio das normas de direito material quanto à necessidade de pedido pela parte interessada. Quando se trata de casos, por exemplo, que envolvem relações de consumo, outro argumento utilizado é a natureza cogente das normas do CDC.

Ocorre que, ainda que se admita existir exceções ao princípio da demanda, afinal o próprio art. 2º faz essa ressalva, tais exceções dependem sempre de norma expressa. Logo, para que seja possível a desconsideração de ofício, deve haver previsão expressa na lei e não simples silêncio da norma quanto à imprescindibilidade de provocação pela parte interessada.

Fato notório, é comum a aplicação de ofício da *disregard doctrine* na Justiça do Trabalho tendo por base a previsão do art. 878 da CLT, a qual permite que a execução seja promovida de ofício pelo juiz.

Contudo, a permissão para promover a execução não pode ser confundida com o ato de demandar, o que é vedado ao magistrado (VIEIRA, 2016). A interpretação que deve ser feita do art. 878 da CLT, assim como o art. 536 do CPC/15, é que as permissões contidas nesses dispositivos são para o magistrado dar início à execução tão-somente contra aqueles que figuram no título executivo, jamais podendo interferir na esfera patrimonial de terceiros, que não participaram da formação do título, sem o devido processo legal. Interpretação em sentido contrário desafia as garantias constitucionais.

Admitir a possibilidade da desconsideração de ofício, ainda que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, representa nítida violação aos princípios dispositivo e da demanda.

A afirmação dos fatos que dão ensejo à aplicação da *disregard doctrine* antes que se tenha por julgada a pretensão pressupõe o compromisso com aqueles a quem a medida eventualmente beneficiar, e é justamente a impessoalidade do magistrado, a ausência de qualquer liame com as partes, que o torna imparcial, comprometido unicamente com a solução do litígio. (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 255, grifo do autor).

Por fim, o princípio dispositivo não permite que se considere o pedido de descon sideração como abrangido pela demanda originária, ou seja, como uma espécie de pedido implícito. Ainda que o CPC/15 não contenha a determinação de que pedido deve ser interpretado restritivamente (art. 293 do CPC/73), tal possibilidade é obstada pela boa-fé que deve guiar a interpretação do pedido (art. 322, § 2º, do CPC/15) e, ainda, implicará em decisão surpresa, vedada pelo art. 10 do CPC/15.

6. ELEMENTOS DA DEMANDA

Segundo Dinamarco (2009, v. 2), demanda é o ato de comparecer a juízo pleiteando tutela jurisdicional, cujo conteúdo é uma pretensão.

Nessa linha de raciocínio, o termo ação será utilizado, neste estudo, para designar o direito ou poder de provocar o exercício da jurisdição para obtenção de um provimento jurisdicional (YARSHELL, 2006, p. 56).

Toma-se a ação como direito genérico e abstrato, haja vista a sua independência do direito material afirmado em juízo (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Assim, demanda é o ato que se pratica ao exercer o direito de ação, rompendo a inércia da jurisdição. Em outras palavras, é a efetiva estimulação da atividade jurisdicional.

A partir da fixação dos dois conceitos acima, é importante mais algumas distinções. Demanda, igualmente, não se confunde com processo, devendo este ser entendido como encadeamento de atos jurídico-processuais que conduzem à prestação jurisdicional ou, ainda, como o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Demanda, também, não equivale a pedido. A primeira refere-se ao ato de pedir, ao passo que a segunda ao conteúdo desse ato.

Por fim, o termo demanda não deve ser empregado como sinônimo de petição inicial. Esta nada mais é senão o instrumento, a ferramenta, da qual se utiliza ao demandar, ou, no dizer de Dinamarco (2009, v. 2, p. 108-109), a “representação física” do ato. Isso fica evidente quando a legislação, excepcionalmente, autoriza que a demanda seja feita de forma oral e reduzida a termo a seguir, como prevê o art. 14 da Lei 9.099/95 e art. 840 da CLT.

Convém registrar que a demanda não está restrita ao ato inaugural do processo. Dinamarco (2009, v. 2) refere-se, inclusive, a possibilidade de cumulação ulterior de demandas.

O que define um ato como demanda é, portanto, o seu conteúdo. Se um determinado ato tem como substância a pretensão de ampliar o objeto litigioso, ele terá natureza de demanda. Portanto, é possível a propositura de demanda na petição inicial, na defesa ou em outros momentos (VIEIRA, 2016).

Toda demanda tem sua individualidade definida no instante em que é concretizada, o que torna possível o exame dos seus elementos. Além disso, é ela que delimita o âmbito da atividade de cognição judicial (princípio dispositivo) (LIMA, 2013).

Em que pese não ser indene a críticas, a análise a seguir acerca dos elementos da demanda de descon sideração terá por base o critério da tríplice identidade (*tria eadem*), haja vista a sua ampla aceitação tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Ademais, a leitura do § 2º do art. 337 CPC/15 (que segue a linha do art. 301, § 2º do CPC/73), revela a adoção desse critério também pelo legislador.

Assim, pela óptica da tríplice identidade passa-se à análise das partes (elemento subjetivo), da causa de pedir e do pedido (elementos objetivos).

6.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS

Segundo o conceito clássico de Chiovenda (2009, p. 768): “parte é aquele que demanda em próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”.

É o que se pode chamar de sujeitos parciais do processo (LIMA, 2013). Ademais, o conceito de parte no processo (conceito puro de parte) não se confunde com o de parte material (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Por raciocínio de exclusão, tem-se que terceiros são todos aqueles que não são parte da demanda (DINAMARCO, 2009, v. 2). Trata-se do conceito puro de terceiro.

Para os fins a que se propõe este trabalho, o conceito puro de parte é satisfatório, o que justifica sua adoção.

O art. 133 estabelece que “o incidente de descon sideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”.

De plano, conclui-se pela legitimidade ativa do autor nos processos em fase de conhecimento e do exequente nos processos em fase de cumprimento de sentença ou de execução de título extrajudicial.

O réu da demanda principal também tem legitimidade ativa, pois, é possível vislumbrar situações em que ele poderá ter interesse em pleitear a desconsideração. A título ilustrativo, é possível imaginar, por exemplo, casos de condenação ao pagamento de verba de sucumbência decorrente da improcedência do pedido formulado pelo autor, ou da procedência de pedido reconvenicional (VIEIRA, 2016, p. 116).

Outro exemplo apontado por Amadeo, Bruschi e Nolasco (2016, p. 16), diz respeito a situação do adquirente de um bem de uma sociedade, sobre o qual recai constrição judicial, em razão de suposta ocorrência de fraude à execução. Ao propor embargos, o adquirente poderia valer-se de pedido de desconsideração para demonstrar ocorrência de confusão patrimonial, de forma que, uma vez considerado o “patrimônio comum”, não haveria insolvência a justificar o reconhecimento da fraude à execução.

Daí Vieira (2016, p. 116) sustentar que: “por pedido da parte deve-se entender o pedido tanto do autor como o do réu da demanda principal, na maioria das vezes, desde que detentor de crédito (obrigação de prestar) cuja satisfação se pretenda”.

Conforme explica Vieira (2016), a redação do art. 133, tendo utilizado um critério aberto de parte, possibilita a acomodação de várias situações práticas que possam surgir, como por exemplo, a propositura de demanda de desconsideração pelo administrador judicial da massa falida, como já entendia o STJ, ainda sob a vigência do CPC/73. Nesse sentido são as decisões proferidas no julgamento dos REsp 228.357/SP e REsp 1.034.536/MG.

Além de referir-se à parte, o art. 133 do CPC/15 menciona a legitimidade do Ministério Público.

Não há dúvida quanto à legitimidade ativa do Ministério Público para formular pedido de desconsideração quando atua como autor ou exequente.

Convém, todavia, destacar que o *Parquet* só será chamado a intervir na demanda de desconsideração se verificada uma das hipóteses previstas no art. 178 do CPC/15.

Apesar de autores como Dellore, Duarte, Gajardoni e Roque (2015, p. 434), Gama (2016, p. 68) e Pagani (2011, p. 187) admitirem expressamente a legitimidade ativa do Ministério Público também quando atua como fiscal da ordem jurídica, tal interpretação não se mostra plausível.

Quando sua intervenção se der na função de fiscal ordem jurídica (*custus legis*), não se pode admitir a possibilidade de propositura da demanda incidental de desconconsideração da personalidade jurídica pelo Ministério Público. Tal conclusão é alcançada por força do princípio da disponibilidade.

A teoria da desconconsideração, em regra, é aplicada para fins de responsabilização patrimonial, versando, portanto, sobre direitos disponíveis. Assim sendo, cabe unicamente ao seu titular a iniciativa de defendê-lo, não há imposição da lei para fazê-lo (LIMA, 2013). Trata-se de faculdade conferida ao titular do direito.

No âmbito da execução civil, o princípio da disponibilidade encontra-se contemplado no art. 775 do CPC/15, que trata da execução de título extrajudicial, mas que também é aplicável ao cumprimento de sentença, por determinação do art. 513.

De tal compreensão decorre a conclusão de que o *Parquet* só terá legitimidade para propor pedido de desconconsideração nos casos em que for detentor do direito de ação (como na ação civil pública e na ação de improbidade administrativa), porém, não naqueles em que atuar como fiscal da ordem jurídica.

Pela redação do art. 135 do CPC/15, terá legitimidade passiva o sócio (pessoa física ou jurídica) ou a sociedade (na desconconsideração em sentido inverso, prevista no art. 133, § 2º) cujo patrimônio o demandante pretenda atingir com a desconconsideração.

A demonstrar, mais uma vez, o caráter de demanda, o CPC/15 determina que o demandado (sócio ou sociedade) deverá ser citado, observando-se as regras dos arts. 238 a 259, oportunidade em que lhe será facultado manifestar-se e requerer provas.

Ressaltando a importância do ato citatório, Câmara (2015, p. 433) leciona que sem 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”.

Portanto, aquele que é citado deixa de ser terceiro e se torna parte da demanda.

A previsão do art. 135 é bastante importante para sanar antiga discussão quanto à condição processual daquele que vem a ser alcançado pela desconsideração e, por conseguinte, do meio processual adequado para exercício de sua defesa, como, por exemplo, se embargos do devedor ou de terceiro.

Tendo em vista que o direito material é quem determina os responsáveis pelos atos da pessoa jurídica, Vieira (2016, p. 121) destaca que é que com base nele que se poderá identificar, na análise do caso concreto, os legitimados passivos da demanda de desconsideração. Sendo possível, assim, concluir pela legitimidade passiva de outros sujeitos além dos expressamente previstos no art. 135 do CPC/15, tais como diretores, controladores, membros do conselho, ou outros.

Importante, ainda, examinar o momento de ingresso do réu da demanda incidental na demanda principal. Identifica-se dois momentos distintos. Um em que o terceiro ingressa na demanda incidental. Outro, em que o réu dessa demanda é inserido na demanda principal, em decorrência da procedência do pedido de desconsideração.

Vieira, referindo-se ao réu da demanda incidental, destaca que:

[...] é apenas com o reconhecimento judicial da desconsideração que ele deve ser incluído como parte no processo principal. Também é apenas depois disso que o patrimônio do sócio poderá ser alcançado. É correto dizer, ainda, que a ampliação do polo passivo da execução ou demanda em fase de cumprimento de sentença somente ocorrerá quando começarem a ser sentidos os efeitos da decisão que afastar a personalidade jurídica. Não antes. (2016, p. 125).

O momento exato da inclusão na demanda principal é, pois, a publicação da decisão que julga procedente o pedido de desconsideração, via demanda incidental.

Assim, caso acolhido o pedido de desconsideração, haverá a ampliação subjetiva da demanda principal. Do contrário, se julgado improcedente tal pedido, o réu da demanda incidental não poderá figurar no polo passivo da demanda principal. Percebe-se, assim, a aptidão apenas potencial de interferência sobre a causa principal.

Decretada a desconsideração, somente a interposição de recurso em que seja atribuído efeito suspensivo, poderá impedir a sua influência na demanda principal.

A identificação desses momentos é importantíssima, já que, admitida a inclusão simultânea do terceiro nas demandas incidental e principal, a improcedência

do pedido de desconsideração ensejaria a sua exclusão do polo passivo do processo principal, o que, a rigor, poderia ocasionar ao demandante a condenação nos ônus da sucumbência, em ambas as demandas. Na incidental, por ter sido vencido; na principal, em razão do reconhecimento da ilegitimidade passiva daquele a quem imputou ato abusivo (VIEIRA, 2016).

Mostra-se plausível a interpretação de que a citação referida no art. 135 é concernente tão-somente à integração do réu à demanda incidental.

6.2 ELEMENTOS OBJETIVOS

Feita a análise do elemento subjetivo, passa-se ao exame dos elementos objetivos.

Conforme leciona Didier Júnior (2015, p. 551): “a causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) da vida juridicizado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido”.

Pela redação do art. 319, III, do CPC/15, que reproduz o que dispunha o art. 282, II, do CPC/73, conclui-se que a legislação processual civil adotou a teoria da substanciação, o que significa que o demandante deve expor os fatos que dão sustentação a pretensão deduzida em juízo, bem como sua fundamentação jurídica.

Consoante o que foi analisado até o momento, notadamente os termos do art. 134, § 4º, chega-se à conclusão de que a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido deverá basear-se no direito material.

Portanto, a depender da norma invocada pelo como demandante fundamento do pleito de desconsideração, se o art. 50 do CC/2002 ou outros dispositivos legais, pressupostos distintos deverão ser preenchidos.

Grande discussão foi travada, ainda sob a égide do CPC/73, a fim de justificar a compatibilidade da ampliação subjetiva com a estabilização da demanda. Isso para os casos em que a desconsideração não fosse requerida na petição inicial, haja vista o óbice encontrado nos art. 264 e 294 do CPC/73

Pelo regramento do CPC/73, a inclusão dos sócios da pessoa jurídica desconsiderada só seria possível antes da citação, mediante aditamento, ou após a citação, sendo imprescindível para tanto a anuência do demandado. Após o saneamento, o art. 264, em seu parágrafo único, vedava qualquer alteração subjetiva ou objetiva, ainda que anuente réu, momento em ocorreria a estabilização da

demanda. Tais regras também eram aplicáveis ao processo de execução e ao cumprimento de sentença, por força da subsidiariedade imposta pelo art. 598 do CPC/73.

Foi então que alguns juristas, utilizando-se da parte final da redação do art. 264 do CPC/73, que trazia ressalva à impossibilidade de alteração das partes (salvo as substituições permitidas por lei), sustentaram a possibilidade de “autorizações previstas na lei material e não só na lei processual” (BUENO *apud* PAGANI, 2011, p. 137).

Trazida a análise para a ótica do CPC/15, caso se admita a natureza de mero incidente no processo do “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, seria necessário concluir que o CPC/15 permitiria a alteração na causa de pedir, ampliação subjetiva e cumulação de tutela jurisdicional diversa. Além disso, tendo em vista que o § 4º do art. 134 estabelece que “será citado o sócio **ou** [destacouse] a pessoa jurídica”, dispensando, assim, a citação do demandado no processo principal, leva a crer que as referidas modificações dos elementos da demanda seriam levadas a efeito sem contraditório, inclusive, após a fase de saneamento ou em processo já julgado (VIEIRA, 2016).

Não obstante seja plausível admitir, como fazem Dellore, Duarte, Gajardoni e Roque (2015), que se trata de exceção à regra da estabilização da demanda, prevista no art. 329, já que o próprio CPC/15 prevê a exceção à regra que ele próprio determina, compreender que a desconsideração da personalidade jurídica consubstancia verdadeiro exercício do direito de ação dá maior coerência ao sistema processual, bem como melhor acomoda a técnica da *disregard doctrine* à estabilização da demanda.

Juntamente com a causa de pedir, a demanda veicula um pleito ao Estado.

Conforme ensina Dinamarco (2009, v. 2, p. 122), a demanda tem uma “estrutura bifronte”, de forma que ela deve indicar o provimento jurisdicional pretendido e o bem da vida que se espera obter por meio desse provimento. Em outras palavras, é o que se entende por pedido imediato e por pedido mediato, respectivamente.

O pedido (ou objeto) imediato refere-se ao conteúdo processual, consubstanciado em um declaração, (des)constituição ou condenação. Já o pedido (ou objeto) mediato diz respeito ao conteúdo material, ou seja, o bem da vida pretendido (VIEIRA, 2016).

Como regra, o pedido deve ser certo e determinado. No entanto, o CPC/15, em seu art. 322, § 2º, dispõe que o pedido deve ser interpretado a partir do contexto da postulação e tendo por guia o princípio da boa-fé. Isso porque ele delimita o objeto litigioso do processo e, por conseguinte, a extensão e o conteúdo do provimento jurisdicional, conforme se depreende dos arts. 141 e 492 do CPC/15. Ultrapassando esses limites, o provimento jurisdicional será nulo.

Assim, na demanda de descon sideração o pedido mediato consistirá no reconhecimento da presença, em concreto, dos pressupostos autorizadores da descon sideração e o pedido imediato na inoponibilidade da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para que o demandado seja chamado a responder.

Se, em regra, é vedada às partes a propositura de novas demanda durante o curso do processo ou a alteração daquela inicialmente proposta, nada impede que a legislação estabeleça exceções a essa regra. Parece ser esse o caso da demanda incidental de descon sideração, assim como o da reconvenção e da declaratória incidental. Há nesses casos permissão à cumulação ulterior de demandas (DINAMARCO, v. 2, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na vigência do CPC/73, verificou-se um cenário de instabilidade jurisprudencial, notadamente no tocante à forma de aplicação da descon sideração, observando-se, por vezes, supressão de garantias processuais asseguradas pela Constituição Federal. Foram encontradas decisões judiciais que consignaram ser dispensável a citação daquele que é atingido em sua esfera patrimonial, em especial, ao argumento de se objetivar com isso prevenir danos e possível esvaziamento da tutela satisfativa

Em contraponto, o CPC/15 passou a prevê um “incidente” a ser observado na descon sideração.

Embora a lei referira-se textualmente a um incidente de descon sideração da personalidade, quando alguém formula em juízo a pretensão de descon sideração, está ele, a rigor, a exercer direito de ação, portanto, a demandar. Isso fica evidente quando se constata que, com o pedido de descon sideração, vem nova causa de pedir, novo pedido de tutela jurisdicional, bem como intenta trazer novas partes ao processo. Logo, acarreta uma nova relação jurídica processual. Tal conclusão foi confirmada pela análise e identificação dos elementos da demanda de descon sideração.

Ao adotar um conceito aberto de parte quando trata da legitimidade ativa para a demanda de desconsideração, o CPC/15 possibilita a acomodação de situações práticas que possam surgir, dentre as quais encontra-se a do réu da demanda principal e a do administrador da massa falida.

O CPC/15 determina a necessidade de citação daquele que poderá ser atingido pela desconsideração, o que representa nítido contraste com o que se observou sob a égide do CPC/73.

Da compreensão da ideia de demanda de desconsideração, se extrai algumas consequências dela decorrentes, como: a impossibilidade da desconsideração de ofício; a relação entre demandas, notadamente, a possibilidade da cumulação ulterior de demandas; bem como que o momento de ingresso do demandado no feito principal deve ser após a publicação da decisão que julga procedente o pedido de desconsideração, via demanda incidental.

Em relação aos elementos objetivos da demanda, a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido deve basear-se no direito material. Sendo assim, a depender da norma invocada pelo demandante como fundamento do pleito de desconsideração, pressupostos distintos deverão ser preenchidos.

A compreensão da natureza jurídica de demanda do ato que vindica a desconsideração da personalidade jurídica possibilita afastar qualquer esforço, que anteriormente se fazia necessário, a fim de compatibilizá-lo com o princípio da estabilização da demanda.

A presente pesquisa revelou que o regramento trazido a lume pelo Código de Processo Civil de 2015 representa avanço no tratamento normativo da teoria da desconsideração, notadamente como meio de concretizar o respeito às garantias constitucionais do processo.

Todavia, ao mesmo tempo em que vem em solução a antigos problemas, a legislação traz consigo incertezas, as quais desafiam a atuação da doutrina e da jurisprudência a fim de que sejam consolidadas as balizas interpretativas das novas regras.

REFERÊNCIAS

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias. **Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração judicial da personalidade jurídica pela óptica processual**. 2010. 198 f. Orientador: Antônio Carlos Marcato. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Comentários aos arts. 133 a 137. In: Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2009.

_____. **O Novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 262, p. 61-85, dez. 2016.

DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar; GAJARDONI, Fernando; ROQUE, Andre. **Teoria Geral do Processo comentários ao CPC de 2015: parte geral**. São Paulo: Método, 2015.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria geral do processo judicial**. São Paulo: Atlas, 2013.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Christian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015. **Revista da CAASP**, n. 16, abr. 2015.