

"A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras editoras seguiram seu modelo."

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: vendas@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

FLÁVIO LUIZ YARSHELL
GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA

Coordenadores

PROCESSO SOCIETÁRIO

VOLUME II

Alberto Barbosa Jr.	Luciano B. Timm
Alexandre Pinheiro dos Santos	Luís André N. De Moura Azevedo
Ana Beatriz Martucci Nogueira	Luis Vasco Elias
André Antunes Soares de Camargo	Luiz Guilherme Marinoni
André Fernando Reusing Namorato	Manoel de Queiroz Pereira Calças
André Grünspun Pitta	Marcelo Fernandez Trindade
Arnoldo Wald	Mariana Martins-Costa Ferreira
Cristiano Rodrigo Del Debbio	Miguel Tornovsky
Daniel de Andrade Levy	Modesto Carvalhosa
Elias Marques de Medeiros Neto	Nancy Andrighi
Erik Frederico Oioli	Nelson Eizirik
Fábio Ulhoa Coelho	Otavio Yazbek
Felipe dos Santos Ronco	Paulo Henrique dos Santos Lucon
Fernanda Dias de Almeida	Rafael Helou Bresciani
Fernanda Marques Dal Mas	Renato Vilela
Flávio Luiz Yarshell	Ricardo Dalmaso Marques
Gabriel Nogueira Dias	Ricardo Alexandre da Silva
Gabriel Saad Kik Buschinelli	Rodrigo Nacarato Stênico
Giovanni Bonato	Rodrigo Tellechea
Guilherme Setoguti J. Pereira	Rui Pereira Dias
Heitor Vitor Mendonça Sica	Sergio Zahr Filho
Igor Bimkowski Rossoni	Sheila C. Neder Cerezetti
Ivo Waisberg	Tasso Duarte de Melo
João Paulo Hecker da Silva	Thiago Saddi Tannous
José Afonso Leirião Filho	Tiago Asfor Rocha Lima
José Marcelo Martins Proença	Viviane Muller Prado
José Romeu Garcia do Amaral	Walfrido Jorge Warde Jr.
Julya Sotto Mayor Wellisch	

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2015
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: editora@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Produção editorial: José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação: Victor Guimarães Sylvio

Revisão gramatical: Ronaldo Santos Soares

Capa: Eduardo Nallis Villanova

YARSELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coords.).
Processo Societário - Volume II - São Paulo: Quartier Latin,
2015.

ISBN 85-7674-802-9

1. Direito Societário. 2. Processo Civil. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Societário
2. Brasil: Processo Civil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Breves currículos dos professores colaboradores desta coletânea.....	11
Prefácio (Ricardo Villas Bôas Cueva).....	21
Apresentação	23
ALEXANDRE PINHEIRO DOS SANTOS	
JULYA SOTTO MAYOR WELLISCH	
Os Limites do Sigilo Bancário Diante do Processo Sancionador da CVM	29
ANDRÉ ANTUNES SOARES DE CAMARGO	
A assembleia geral: melhor forma de solução de conflitos societários?	47
ANDRÉ GRÜNSPUN PITTA	
Processo Administrativo Sancionador no Mercado de Valores Mobiliários: o uso da prova indiciária	67
ARNOLDO WALD	
A Arbitrabilidade dos Conflitos Societários: Contexto e Prática.....	91
DANIEL DE ANDRADE LEVY	
Acionista Controlador - Abuso do Poder de Controle - Diminuição do Valor das Ações - Exercício de <i>Call</i> pelo Controlador - Alegação da Própria Torpeza - Incorporação de Contingências	117
ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO	
Breves notas sobre a execução por quantia certa contra devedor solvente: conceito, princípios, efetividade e proporcionalidade....	137
ERIK FREDERICO OIOLI	
JOSÉ AFONSO LEIRIÃO FILHO	
Os Empecilhos à Tutela Judicial dos Investidores do Mercado de Capitais e a <i>Class Action</i> no Brasil.....	167

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC 2015: Aplicação a Outras Formas de Extensão da Responsabilidade Patrimonial¹

Flávio Luiz Yarsell

1. OBJETO E PREMISSAS

Na interação entre Direito Material e processo, especialmente na esfera empresarial, poucos temas são tão relevantes quanto o da extensão da *responsabilidade patrimonial* a quem não figura, segundo regras de Direito Material, como *devedor*. Isso fica tanto mais evidente quando se tem consciência de que essa extensão – sob diferentes fundamentos e roupagens – é frequentemente empregada como forma de dar efetividade ao processo de execução (ou ao cumprimento de sentença): quanto mais amplo o acervo de bens sujeitos à regra de responsabilidade patrimonial, tanto mais fácil se torna a tarefa de satisfazer o credor².

Mas, é preciso cuidado: a vinculação entre *débito* e *responsabilidade* continua a ser a regra. Sendo excepcional o descasamento entre uma coisa e outra, as regras que disciplinam a matéria – seja no plano contratual, seja no plano legal – devem ser interpretadas de forma estrita. O processo não é fonte autônoma de direitos substanciais. A satisfação do credor, que o processo há de proporcionar, deve respeitar os limites estabelecidos naquele plano do ordenamento. Não compete ao Judiciário alargar as hipóteses legais de desvinculação entre débito e responsabilidade. Essa ruptura, se e quando desprovida de fundamento legal, é nociva e traz sério risco à segurança que deve presidir as relações jurídicas. Não se há de ter um processo civil melhor às custas de um responsável patrimonial a qualquer preço. Uma coisa é trabalhar para que a atuação dos

¹ O presente artigo – em alguns casos de forma literal, mas com acréscimos e alterações – reproduz parcialmente texto encaminhado para compor obra coletiva de comentários ao Código de Processo Civil de 2015, coordenado pelo Professor Antonio do Passo Cabral, ainda no prelo. Parte do mesmo texto serviu de base para outro trabalho, destinado ao exame do instituto no processo do trabalho, encaminhado para publicação na Revista do Tribunal Superior do Trabalho e igualmente no aguardo de publicação.

² Cf. nosso “Aplicação da Responsabilidade Patrimonial: Caminho para Solução da Falta de Efetividade da Execução Civil Brasileira?”, in *Revista Mestrado em Direito, Direitos Humanos Fundamentais*, ano 13, nº 1, 2013, p. 221/245.

meios executivos seja mais racional e eficaz; outra é, a pretexto de satisfação do credor, negar o devido processo legal³.

Nesse contexto, a introdução do assim denominado *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* no CPC de 2015, para além dos relevantes aspectos que certamente apresenta, deve ter desdobramentos sobre as demais eventuais formas de extensão da responsabilidade patrimonial. É, em síntese, o que se quer demonstrar neste despretensioso trabalho. Para tanto, o método escolhido é o de examinar, conquanto sumariamente, aspectos do referido “incidente”, a partir dos quais se possa confirmar que os fundamentos que justificam sua inserção no ordenamento efetivamente se aplicam a hipóteses análogas.

Nesse mister, convém também fazer outras ressalvas, que servem como premissas.

Primeiro, se o demandante entende que determinada pessoa está obrigada (plano do *débito*) a determinada prestação, ele tem o ônus de inserir o suposto devedor no polo passivo da relação processual em sua fase cognitiva: uma coisa é desconsiderar personalidade para estender responsabilidade patrimonial; outra – juridicamente inviável – é instaurar execução ou cumprimento de sentença à míngua de título executivo. Tal é o que se extrai do § 5º do art. 513 e do art. 783 do CPC 2015.

A senso contrário, se o terceiro está apenas (e excepcionalmente) sujeito à responsabilidade patrimonial (sem titularidade no plano do débito), a inserção daquele na fase cognitiva não é ônus do autor. Por outras palavras: se não houver tal inclusão, não há preclusão decorrente da estabilização da demanda. Nessa hipótese, a vinda do terceiro para o processo poderá ocorrer até mesmo na fase de cumprimento, ainda que em relação a ele não tenha havido formação de título (imposição de sentença condenatória ou com eficácia correspondente). É que ao devedor (portanto, plano do débito) haverá a imposição do *dever de prestar* (art. 515, inciso I) – o que na concepção clássica corresponde ao provimento condenatório; enquanto para o responsável não será necessário nem adequado falar-se em condenação (ou imposição do dever de prestar).

Em segundo lugar, não devem ser confundidos institutos que, embora de alguma forma relacionados ao conceito de *fraude*, são distintos entre si – ainda que, como exposto na hipótese a ser demonstrada, a conclusão final seja a da aplicação do incidente à parte desses fenômenos.

3 Idem.

Com efeito, há diferentes formas de um devedor fraudar seus credores. Para cada figura prevista pelo ordenamento jurídico, há efeitos substanciais diversos e um caminho processual adequado. Conforme verte da doutrina, *fraudes do devedor* são as “condutas com as quais alguém, na pendência de uma obrigação insatisfeita, procura livrar um bem da responsabilidade patrimonial que pesa sobre ele; são condutas do próprio obrigado (devedor) ou, às vezes, também do mero responsável”⁴. E, como ponderado acima, “(a) ordem processual oferece meios destinados a neutralizar a eficácia de cada uma das espécies de fraudes do devedor, variando a energia desse combate segundo a gravidade do ato”⁵.

Embora apenas no contexto da desconsideração da personalidade jurídica, já se lembrou corretamente que “o ordinário se presume e o extraordinário se prova”. Daí porque, “a eventual fraude cometida pelo devedor (ou por sócios da sociedade devedora) é *fato constitutivo*: fato constitutivo do direito da credora a satisfazer-se, excepcionalmente, à custa do patrimônio do sócio. Reside nos eventuais atos fraudulentos a causa que em tese pode conduzir a essa solução extraordinária. Sem fraude, não se desconsidera; sem prova, a fraude não pode ser reconhecida”⁶ (grifei).

Daí porque “(s)e a fraude é alegada pela credora e seu reconhecimento beneficiará a ela, é a ela que cabe o ônus de demonstrar a efetiva ocorrência do alegado fato fraudulento. O contrário violaria frontalmente a regra de distribuição do ônus da prova, contida no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil”⁷. A conclusão diversa só se poderia chegar “se a lei ditasse alguma *presunção de fraude*”. Assim, “(s)endo a má-fé considerada excepcional na vida das pessoas, aquele a quem o seu reconhecimento pelo juiz possa aproveitar tem o ônus de prová-la”⁸.

De outra parte, a desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a *fraude contra credores*, nem mesmo com a *fraude de execução*. Para a primeira hipótese, a lei civil – que qualifica o vício como gerador de anulabilidade (matéria controvertida em doutrina) – exige a propositura de demanda

4 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., vol. IV, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 422.

5 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., vol. IV, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 423.

6 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Malheiros, 4ª ed., 2001, p. 1.186-1.187.

7 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Malheiros, 4ª ed., 2001, p. 1.187.

8 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Malheiros, 4ª ed., 2001, p. 1.187.

autônoma (CC, art. 158), que será sempre de competência da Justiça comum estadual, ainda que a persecução do crédito se desenrole perante alguma Justiça especializada. No caso da segunda, o reconhecimento é incidental no processo de execução ou na fase de cumprimento (no exercício de competência ditada por critério funcional, privativa do juízo da execução). Outra coisa, ainda, é a *sucessão* de empresas e respectivos patrimônios.

2. SEGUE: NATUREZA JURÍDICA DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO E DA POSIÇÃO PROCESSUAL DO TERCEIRO (SUPOSTO RESPONSÁVEL PATRIMONIAL)

A lei inseriu o novo instituto como espécie do gênero *intervenção de terceiros*, ao mesmo tempo em que o qualificou como *incidente*. De fato, o conceito de *terceiro* encaixa-se na situação, conquanto isso não tenha sido usual perante a ordem precedente: o responsável patrimonial de que aqui se cogita (e que não seja devedor) não está presente na relação jurídica processual. Se e quando for trazido para o processo, ele perderá a qualidade de terceiro e tecnicamente passará a ser qualificado como *parte* (sujeito em contraditório perante o juiz). Além disso, esse terceiro é titular de relação jurídica que não é exatamente o objeto do processo em que originado seu ingresso. Ele (terceiro) é titular de relação conexa àquela posta em juízo, relação essa passível de ser atingida pela eficácia da sentença ou decisão proferida entre outras pessoas. Neste caso, a relação jurídica de que é titular o terceiro implica (potencial) sujeição de seu patrimônio aos meios executivos, por força de débito ostentando por outra pessoa (devedor).

Por outro lado, não há dúvida de que o pleito de desconconsideração – tal como disciplinado pelo CPC – é deduzido e resolvido de forma *incidental*. A desconconsideração não é o objeto do processo em que a medida é pretendida. O objeto do processo em que se pretende a desconconsideração consiste em pedido que redunde na edição de provimento condenatório; ou, caso não se queira usar essa terminologia (inclusive porque a desconconsideração pode ser requerida em processo de execução), na edição de provimento que imponha a determinada pessoa um *dever de prestar* (plano do débito) – terminologia empregada na doutrina alemã e que melhor descreve o fenômeno (sem a necessidade de se recorrer ao termo *condenação*).

O caráter incidental reconhecido pela lei, contudo, não limita o tema da desconconsideração a simples *questão* (ponto de fato e, no caso, de direito controvertido) acerca da extensão da responsabilidade patrimonial, ainda que, realmente, esse tema esteja atrelado ao julgamento do objeto do processo em que a desconconsideração é requerida.

A pretensão de desconconsideração dirigida ao terceiro, com efeito, envolve exercício do *direito de ação*. Não se trata da ação executiva na tradicional dimensão em que, com base em título, imputa-se ao demandado a qualidade de *devedor* e, portanto, de *responsável patrimonial*. Todavia, ainda que a responsabilidade patrimonial esteja excepcionalmente dissociada do débito, o que pretende o demandante é que os meios executivos recaiam sobre o patrimônio de determinada pessoa. Justamente por isso é que se dá a essa última oportunidade de defesa.

Trata-se, portanto, de demanda (incidental) resultante do exercício do direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo (cujo objeto, como se viu, é outro). Não se trata de demanda que imponha dever de prestar; ou, por outras palavras, não se cuida de demanda condenatória. Ao acolher o pedido, o que o juiz faz é reconhecer a responsabilidade patrimonial e, dessa forma, liberar os meios executivos sobre o patrimônio de pessoa que não figura como devedor.

De outra parte, está a posição da pessoa cujo patrimônio se quer submeter à execução. Sobre isso, até o advento do CPC 2015, prevaleceu na jurisprudência civil o entendimento segundo o qual não se exigia prévia oitiva do terceiro nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica. A opção era de atribuir ao terceiro o ônus de se defender após a determinação de constrição de seu patrimônio, o que se dava mediante a propositura de *embargos de terceiro*.

É importante ter isso em mente para entender a natureza jurídica da posição do terceiro: não houve mudança de essência, mas *inversão do encargo*: na nova ordem, à constrição (salvo casos excepcionais de medidas cautelares) só se chega mediante prévia e incidental oitiva da pessoa a cujo patrimônio se quer chegar, pela via da desconconsideração.

Mas, ainda que genericamente se possa falar em “defesa” do terceiro, o que ele efetivamente exercita é – também ele – o *direito de ação*. O que ele está a buscar – analogamente ao que buscava em embargos de terceiro – é a certeza jurídica de que seu patrimônio não está sujeito à regra de responsabilidade patrimonial (à qual, nesta situação específica, chega-se mediante desconconsideração).

Não deve causar estranheza o fato de que tanto o pedido de desconsideração quanto a “defesa” apresentada pelo suposto responsável patrimonial tenham natureza de *ação*: ninguém duvida da natureza de ação que têm os embargos de terceiro – medida situada particularmente no campo da responsabilidade patrimonial, e não exatamente no plano do débito (embora, em termos pragmáticos, isso tudo seja um tanto confundido). Aliás, no caso de fraude de execução, o terceiro deve ser intimado justamente para ter a oportunidade de “opor embargos de terceiro” (art. 792, § 4º). Portanto, quando o terceiro se “defende”, em essência o que ele exerce é o direito de ação. Trata-se de ação declaratória negativa, cujo objeto é obter provimento que certifique a inexistência de relação jurídica pela qual seu patrimônio estaria sujeito à execução.

Em termos pragmáticos, não é preciso dizer que o juiz julga “procedente” o pedido do terceiro (que perdeu tal qualidade, como foi dito). Mas, a bem da verdade, tal é o que ocorre – como ocorreria no caso de embargos de terceiro (o que, aliás, ocorre na hipótese de fraude de execução, conforme art. 792, § 4º). Rótulos à parte, aqui há uma consequência relevante: acolhida a “defesa” daquele a cujo patrimônio se pretendia chegar, a decisão – ainda que seja interlocutória, justamente porque não há um novo processo – é apta à formação de coisa julgada material e, como tal, apta a desafiar eventual ação rescisória. Trata-se de inegável julgamento do mérito, a projetar relevantes efeitos para fora do processo e que, nos casos excepcionais da rescisória, pode vir a ser desconstituído.

De todo o exposto, é possível extrair que a ideia central do novo instituto é a de que *só se chega à desconsideração após prévio contraditório do terceiro cujo patrimônio se pretende invadir*. Visto o tema sob ângulo sistemático, o instituto não deixa de ser desdobramento lógico das normas dos artigos 9º e 10 do novo Diploma (que foram erigidas à condição de “normas fundamentais”): se o que se deseja é alcançar o patrimônio de alguém que não foi parte – ainda que sob o relevante fundamento de conduta fraudulenta –, é coerente com o devido processo legal que, ao menos por regra, seja dada oportunidade de prévia manifestação a tal pessoa.

3. CONFIRMAÇÃO DA HIPÓTESE: APLICAÇÃO DO INCIDENTE A OUTROS CASOS DE EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Na esteira do que se propôs, convém começar pelo instituto da *fraude contra credores*, tomada a locução em sentido estrito. Ela é arrolada pelo Direito

Positivo brasileiro dentre as causas de anulabilidade do negócio jurídico (CC, art. 171, II). Discute-se em doutrina se o problema é mesmo de invalidade ou de ineficácia do negócio pelo qual o devedor alienou patrimônio. Contudo, seja como for, é unânime o entendimento de que é ônus do credor alegar e provar a fraude em processo de conhecimento autônomo – que se instaura pela assim denominada ação pauliana. Fora desse âmbito, não há como reconhecer a invalidade ou ineficácia do ato de alienação feito pelo devedor. Esse dado é amplamente reconhecido pela doutrina⁹.

Portanto, no caso de fraude contra credores, não há porque se cogitar da aplicação da técnica do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, porque tal tema já é objeto de demanda própria.

No caso de *fraude de execução*, o reconhecimento é incidental no processo de execução ou na fase de cumprimento (no exercício de competência ditada por critério funcional, privativa do juízo da execução). Contudo, de forma coerente com a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, a lei exige que, antes de reconhecer eventual fraude de execução, o juiz proceda à intimação do adquirente do bem para, querendo isto, opor embargos de terceiro (art. 792, § 4º). Portanto, por expressa disposição de lei, a mesma técnica aplicável no caso de desconsideração é aplicável para a fraude de execução.

De qualquer modo, no caso da *fraude de execução*, a lei – diante da pendência de um processo e de uma alienação capaz de conduzir o devedor à insolvência – considera ineficaz o ato de alienação, de tal sorte que “o adquirente continuará ‘terceiro’ quanto à demanda condenatória”¹⁰. Isso significa dizer que adquirente não se confunde em momento algum com a figura do devedor.

Mais ainda: conquanto a cognição nesse caso seja sumária e passível de realização no próprio processo de execução, já era reconhecido pela doutrina

9 Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual*, 24ª ed., vol. III, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 281; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 44ª ed., vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 184; Yussef Said Cahali, *Fraudes Contra Credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 96; Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 33; Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 1043; Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, *Curso Avançado de Processo Civil*, 3ª ed., vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 112 a 113; Marcelo Abelha, *Manual de Execução Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 84; Gilberto Gomes Bruschi, *Fraude de Execução (Polêmicas)*, in *Processo de Execução: Temas Polêmicos e Atuais*, Coord.: Gilberto Gomes Bruschi, São Paulo, RCS, 2005, p. 149; Antônio Carlos Costa e Silva, *Tratado do Processo de Execução*, 2ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Aide, 1986, p. 498, dentre outros.

10 Cf. Araken de Assis, *Manual do Processo de Execução*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 404.

que, a par dos embargos de terceiro, o devido processo legal impunha prévia oportunidade de alegação e de prova pelo terceiro. Assim, consoante ponderado na literatura processual, “(i)mpendendo entre nós interpretação de alcance análogo quanto ao art. 5º, LIV, da CF/88, o adquirente ou o beneficiário do ato reputado fraudulento merecerá a oportunidade de arrazoar acerca da existência da fraude e da pretendida sujeição de seus bens ao processo. Só depois disto o juiz poderá determinar a penhora”¹¹.

Ainda na fraude de execução, é judicioso e persiste o entendimento de que, salvo nas hipóteses de averbação da citação em registro público (ou de registro da penhora, se for o caso), a prova de que o adquirente tinha conhecimento da litispendência é encargo do credor. Assim, correta e ainda válida a assertiva segundo a qual “*in executivis*, compete *semper* a quem alega a fraude de execução o ônus da prova da ciência dos adquirentes da pendência de processo capaz de conduzir o alienante à insolvência”¹²; e isso sob pena de não se configurar a fraude à execução¹³. Ademais, “(o) adquirente do bem não tem o ônus de comprovar a *inexistência* do desequilíbrio patrimonial causado ou agravado pelo ato do qual participou, porque essa exigência seria contrária ao sistema probatório em geral (...)”¹⁴.

Finalmente, fenômeno diverso é o da sucessão no plano material; e repercussão no processo – em particular no de execução.

No processo, *suceder* é assumir a posição de outrem na relação jurídica processual. É fenômeno que está atrelado a outro no plano material, por força de ato *inter vivos* ou *causa mortis*; seja a título gratuito, seja oneroso. Assim, como já se disse em doutrina, a sucessão “ocorre quando outra pessoa assume o lugar do litigante, tornando-se parte na relação jurídica processual. Defende, em nome próprio, direito próprio decorrente de mudança da titularidade do direito material discutido em juízo”¹⁵.

Para determinar a forma pela qual o tema da *sucessão* deve ser enfrentado no processo de execução, convém desde logo distinguir duas hipóteses: uma situação é aquela da *alienação da coisa litigiosa*, isto é, quando se trata de obrigação de entrega de coisa que é deliberadamente alienada pelo réu, já quando pendente o processo. Essa situação é regulada pelo art. 109 do CPC; outra coisa é a alienação pelo devedor de bens em tese sujeitos à regra de responsabilidade patrimonial e, portanto, à execução por quantia certa (em que a penhora pode recair sobre qualquer bem do patrimônio do devedor). Quem aliena patrimônio supostamente sujeito aos meios executivos em execução por quantia não está sujeito à regra do art. 109 do CPC, mas quando muito se pode cogitar de fraude de execução (CPC, art. 792) – ou, se a alienação for anterior ao processo, de eventual fraude contra credores. Já no caso de execução por quantia, as coisas se passam de forma diversa: eventual alienação em fraude de execução não abre espaço para que o adquirente suceda o alienante¹⁶; e, em qualquer caso, o alegado débito continua a ser do alienante e o adquirente está apenas sujeito à regra de responsabilidade patrimonial, se e quando reconhecida a ineficácia decorrente da fraude.

Relativamente à sucessão no plano material, ela “tem como causa determinante a extinção do sujeito ao qual convergiam os direitos e obrigações integrantes de um patrimônio (...). Tratando-se de pessoa física, esse desaparecimento se dá quando morre. As jurídicas extinguem-se pela *dissolução*, que não opera sucessão universal, ou pelos fenômenos da *incorporação*, *fusão*, ou *cisão* de sociedades, quando então ocorre a sucessão universal por ato *inter vivos*. Em todos esses casos, a transferência integral da universalidade de direitos e obrigações é natural desdobramento da superveniente inexistência da personalidade jurídica do primitivo titular (CC, arts. 1.116–1.119) – salvo casos, até corriqueiros nos negócios entre companhias, nos quais o ato de incorporação, fusão ou cisão especifica parcelas do patrimônio a serem transferidas a duas ou mais pessoas jurídicas”¹⁷(grifei).

Assim, se a sucessão no plano material importa na extinção da empresa sucedida, a continuidade dessa última é logicamente incompatível com a ideia de sucessão – no plano material e, conseqüentemente, processual¹⁸. Mais ainda:

11 Cf. Araken de Assis, *Manual do Processo de Execução*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 463.

12 Cf. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Fraude à execução, responsabilidade processual civil e registro da penhora, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, vol. 1, nº 5, maio-junho de 2000, p. 57, apud Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, Fraude de Execução, in *Coleção Atlas de Processo Civil*, Coord.: Carlos Alberto Carmona, São Paulo, Atlas, 2012, p. 57.

13 Cf. José Eli Salamanha, *Fraude à Execução: Direitos do Credor e do Adquirente de Boa-fé*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 151; e José Eli Salamanha, *Fraude à Execução: Direitos do Credor e do Adquirente de Boa-fé*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 155, com amplas referências doutrinárias e também à jurisprudência.

14 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., vol. IV, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 435.

15 Cf. William Santos Ferreira, Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros e sucessores no caso de falecimento da parte, diante do novo Código Civil, in *Aspectos Polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*, Coord.: Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 1056/1057.

16 Assim leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em obra clássica sobre o tema: “Note-se que precisamente por ser ineficaz, no confronto do exequente, a alienação do bem em fraude de execução, no direito brasileiro, sequer permite a sucessão processual na posição do alienante que o art. 42, § 1º, prevê” (cf. *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 145/146).

17 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., vol. IV, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 143.

18 Cf. TJPSP, Agravo Regimental nº 1.175.773-2/01, rel. CARLOS ALBERTO LOPES, 8ª Câmara do extinto 1º TAC, j. 7/5/03.

a sucessão no plano material – da qual decorrerá a processual – pode decorrer de ato *inter vivos* – como ocorre nas acima destacadas hipóteses de incorporação, cisão e fusão de sociedades, “tendo legitimidade passiva ordinária superveniente para a execução a sociedade sucessora da que originalmente figurava como devedora”¹⁹. As empresas sucessoras “podem ser executadas pelas dívidas constantes de títulos executivos de responsabilidade das empresas extintas ou sucedidas”. Contudo, mesmo nesse caso haverá, naturalmente, de observar-se o limite do patrimônio absorvido pela empresa sucessora²⁰.

Então, resta determinar – a exemplo do que foi feito nos casos anteriores – em que ambiente processual deve ser enfrentado o tema de eventual sucessão no plano material, a ensejar extensão de responsabilidade patrimonial do suposto sucessor (descartada a sucessão que pode se operar por força do art. 42, restrita que está aos casos de alienação de coisa litigiosa).

Sobre isso, não há dúvida de que esse alargamento subjetivo, fundado em alegada sucessão no plano material, não pode ocorrer sem que se dê ao terceiro a prévia oportunidade – portanto, antes de qualquer constrição – de se manifestar e de produzir prova. Qualquer outra interpretação feriria as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e, no plano processual, não se ajustaria ao tratamento que a lei dá aos casos de fraude contra credores, de fraude de execução e de desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme se procurou demonstrar, em todas essas figuras – que podem levar a sujeitar bens de terceiros à satisfação de débito de outrem – o sistema abre oportunidade para prévia e adequada cognição, com oportunidade de alegação e prova pelo sujeito cujo patrimônio se pretende impactar. Ora, se assim ocorre nas três figuras em que se cogita de alguma forma de fraude, com maior razão deve se passar no caso em que o credor de alguém pretende estender a responsabilidade patrimonial a outrem, a pretexto de sucessão no plano material.

Isso ocorre, desde logo, pelo objeto da cognição que se coloca ao juiz: não se trata de fraude de execução, cuja constatação pode, em tese, resultar de dados providos de (talvez) menor complexidade (data da litispendência e

estado de insolvência gerado pela alienação). A configuração do fenômeno da sucessão no plano material – de que decorrerão as consequências processuais antes indicadas – envolve temas que mais se aproximam da *fraude contra credores*, para a qual o ordenamento não dispensa uma ação de conhecimento autônoma. Para argumentar, o fenômeno da sucessão no plano substancial, quando menos, envolve (potencialmente) pontos de fato e de direito que o aproximam da *desconsideração da personalidade jurídica*, para o que, consoante reiterado acima, o correto é se instaurar prévio incidente, com oportunidade de contraditório adequado.

Com efeito, na sucessão – conquanto também deva ser observado o limite do patrimônio absorvido pela empresa sucessora²¹ – é preciso considerar pontos como: (i) a continuidade ou não da pessoa sucedida (sem o que, como se demonstrou, não há sucessão); (ii) as relações jurídicas e de fato mantidas entre as pessoas supostamente sucedida e sucessora; (iii) a repercussão que a alienação de patrimônio tem sobre o patrimônio de cada qual; e (iv) eventualmente, o elemento objetivo de cada uma das pessoas envolvidas. Aliás, sobre esses temas, não será demasiado lembrar o judicioso entendimento doutrinário segundo o qual “(a) simples transferência de ativos e passivos determinados não se confunde com a sucessão universal de empresas. Pode, desde que presentes os requisitos legais, configurar fraude à execução (...)”²². É lição encampada pela jurisprudência²³.

21 Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 44ª ed., vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 156.

22 Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Sucessão de empresas e desconsideração da personalidade jurídica*, in *Processo Societário*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 447-451. Vale a pena conferir o que escreveu o processualista: “Tratava-se de empresas, cujo patrimônio fora parcialmente transferido a terceiros, todavia, sem extinção das alienantes. Por essa razão, ou seja, a subsistência das pessoas jurídicas cujos bens foram em parte alienados, inexistiu sucessão entre elas. Houve, sim, sucessão particular na titularidade do direito real sobre determinados bens. Nada mais do que isso. As sociedades alienantes não foram extintas. Limitaram-se a vender parte de seu patrimônio a terceiros, conservando, todavia, parcela substancial dele. Ora, a figura da sucessão pressupõe, como é elementar, a extinção de uma sociedade e a criação de uma nova. Esse fenômeno não ocorreu, pois as executadas continuaram existindo, mesmo porque a alienação não atingiu a parte principal do patrimônio. Houve simples transferência onerosa de parte dos ativos a terceiros, o que, em tese, poderia caracterizar outra hipótese de responsabilidade patrimonial secundária, tal como prevista no art. 592, inciso V, do Código de Processo Civil” (grifei).

23 Confira-se: “Já ficou assentado na jurisprudência que a transferência de ativos e passivos do Bamerindus ao réu é restrita, ou seja, não envolve todo o patrimônio do alienante. O negócio realizado entre eles não configura sucessão a título universal nem cisão, mas mera aquisição de certos ativos e passivos, sendo necessário verificar a extensão das obrigações assumidas” (cf. TJSP, Agravo de Instrumento nº 1.004.606-9, SP, Rel. Des. Campos Mello; ainda, Apelação nº 9139666-48.2009.8.26.0000, decisão monocrática, Des. Roberto Bedaque).

19 Cf. Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, 22ª ed., vol. II, São Paulo, Atlas, 2013, p. 181. Da mesma forma: Araken de Assis, *Manual do Processo de Execução*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 277; e Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, *Curso Avançado de Processo Civil*, 3ª ed., vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

20 Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 44ª ed., vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 156.

Tudo isso, em suma, autoriza dizer que a hipótese inicialmente se confirma: a técnica do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que é desdobramento do princípio do contraditório, aplica-se a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial, tal como aqui exposto.

Apenas uma ressalva final e importante: em casos excepcionais e devidamente justificados, será possível postergar o contraditório do terceiro, mediante a edição de *tutela provisória cautelar*. Isso porque evidentemente a oitiva prévia que se dá ao terceiro não pode servir de oportunidade para que ele frustre a medida executiva, se e quando deferida. Portanto, excepcionalmente, mediante os requisitos próprios da tutela de urgência (art. 300), poderá ser determinada a apreensão de patrimônio penhorável do terceiro supostamente responsável, antes que decidida a pretensão de desconsideração. Será típico caso de arresto (art. 301).

A medida cautelar não pode ser decretada de ofício. Assim ocorre porque, conforme já foi examinado, o pedido de desconsideração encerra exercício do *direito de ação*. Não se trata da ação executiva na tradicional dimensão em que, com base em título, imputa-se ao demandado a qualidade de *devedor* e, portanto, de *responsável patrimonial*. Contudo, ainda que a responsabilidade patrimonial esteja excepcionalmente dissociada do débito, o que pretende o demandante é que os meios executivos recaiam sobre o patrimônio de determinada pessoa. Trata-se, portanto, de demanda (incidental) resultante do exercício do direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo. Portanto, prevalece o princípio da demanda.

Decisões do CADE e Controle Judicial

Gabriel Nogueira Dias

Cristiano Rodrigo Del Debbio

1. INTRODUÇÃO

Após quase vinte anos da promulgação da Lei nº 8.884/94, que, impulsionada pelos ventos político-econômicos de um novo tempo e uma atuação contínua do CADE, desencadeou uma verdadeira *revolução antitruste*¹ no Brasil, chegou a hora do Poder Judiciário². Na mesma velocidade, talvez, do grau de severidade e miditiciade das decisões administrativas³, os sancionados

¹ A despeito de todos os inegáveis méritos e esforços institucionais daqueles que fizeram parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ao longo dos últimos 20 anos, seria incorreto olvidar os elementos econômicos e sociais que, igualmente em notável medida, impulsionaram tal avanço. Do ponto de vista puramente normativo, a lei concorrencial brasileira da década de 60 (Lei 4.137/62) já recepcionava os ditames mais centrais à persecução concorrencial. A norma chegou, porém, antes da liberdade e do mercado. Seguindo os passos do clássico de Karl Popper em *"The Open Society and its Enemies"* (1945), não é, portanto, uma coincidência que a defesa da concorrência no Brasil tenha seu compasso marcado diretamente pelo reencontro do País com os caminhos da democracia e estabilização econômica. Nesse sentido, interessante e acertada a análise da economista e ex-presidente do CADE, Elizabeth Farina sobre a evolução da defesa da concorrência no Brasil: *"Mas porque o nome de Revolução? Um estudo retrospectivo da defesa da concorrência no Brasil mostra que ela faz parte de um longo processo de mudanças institucionais que se estendeu por mais de quarenta anos, sem que houvesse uma alteração brusca e significativa, como o nome 'revolução' em geral sugere. O que mudou nos anos 1990 e levou à alteração da Lei 4.137/62, que criou o CADE, foi uma redefinição do papel do Estado na economia brasileira e o fortalecimento dos mecanismos de mercado na orientação do uso dos recursos econômicos. (...) É dentro desse novo contexto que a Lei 8884/94 veio inaugurar a fase 'moderna' de defesa da concorrência no Brasil, conferindo independência ao CADE e introduzindo o controle de atos de concentração"* (*Revolução Antitruste no Brasil – a teoria econômica aplicada a casos concretos* 2, coord. C. Matos, Ed. Singular, 2008, p. 9).

² De acordo com o relatório anual do CADE, o número de ações, recursos e incidentes envolvendo o Conselho, entre os anos de 1994 a 2010, cresceu exponencialmente. De sete ações, em 1994, saltou-se para 480 – um número recorde – em 2007. Houve uma queda na distribuição de ações em 2009 e 2010, atribuída ao baixo número de condenações impostas pelo Conselho nesses anos. Com a ênfase do CADE no combate aos cartéis e demais infrações, é possível que essa taxa volte a aumentar nos próximos anos (Relatório de Gestão 2010, disponível no site do Conselho).

³ Não são raras as notícias comentando o rigor das condenações do CADE, cujo valor experimentou sensível escalada ao longo dos últimos anos. Verdadeiro divisor de águas – conforme apontado pelo próprio CADE – o julgamento do chamado "Cartel das Britas" ensejou a aplicação de multa às representadas da ordem de 60 milhões de reais, com repercussão não apenas por ocasião do julgamento, mas também quando de sua discussão no Judiciário (cf. CADE Notícias. *Cartel das Britas: Justiça confirma condenação do CADE em relação à Basalto*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?fo44d226ff15eb37c371c39ca9>>. Acesso em 04.09.2014). O julgamento do chamado "Cartel dos Gases Hospitalares" foi também alvo de ampla divulgação, nacional e internacionalmente, com sanções que, em conjunto, atingiram mais de 3 bilhões de reais (cf. O Globo. *CADE impõe multa recorde em cartel de gases industriais*. 04.11.2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/correcao-cade-impoe-multa-recorde-em-cartel-de-gases-industriais-2957671>>. Acesso em 04.09.2014). Mais recentemente, o julgamento