

CAPÍTULO IV

DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

CPC/1973

CPC/2015

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1.º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2.º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Comentários de

FLÁVIO LUIZ YARSELL

1. Premissas necessárias. O exame da desconsideração da personalidade jurídica – e, em particular, do ambiente processual em que esse tema será debatido pelos interessados e decidido pelo juiz – deve partir de algumas premissas. Considerá-las é essencial para a boa aplicação das regras estabelecidas pelo CPC.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar a distinção entre *débito* e *responsabilidade*; e que, por regra, esses dois conceitos andam juntos, de tal modo que sua eventual desvinculação – tal como ocorre nos casos de desconsideração da personalidade jurídica – é excepcional.

Em segundo lugar, 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. Isso porque uma coisa é desconsiderar personalidade para estender responsabilidade patrimonial; outra – juridicamente inviável – é instaurar execução ou cumprimento de sentença à míngua de título executivo. Isso, aliás, está expresso de forma taxativa no § 5.º do art. 513 e no art. 783 do CPC.

Então, 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, I) – o que na concepção clássica corresponde ao provimento condenatório; enquanto para o responsável não será necessário e nem adequado falar-se em condenação (ou imposição do *dever de prestar*).

Em terceiro lugar, não devem ser confundidos institutos que, embora de alguma forma relacionados ao conceito de *fraude*, são distintos entre si. 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 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). 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, opor embargos de terceiro (art. 792, § 4.º).

Em quarto lugar, é preciso ter em conta que o CPC disciplina apenas o modo pelo qual se debate e se decide eventual desconsideração da personalidade jurídica. As hipóteses e os requisitos de cabimento da medida continuam a ser regulados pelo Código Civil e pela legislação especial. Em contrapartida, por ser norma geral, a regra do CPC se aplica não apenas ao processo perante a justiça comum (federal e estadual), mas em todo e qualquer caso de desconsideração de personalidade jurídica perante justiças especializadas. Salvo se vier a ser editada regra especial que expressamente derogue o sistema do CPC, a norma por ele estabelecida – que, aliás, está em consonância com os cânones do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV) – deve prevalecer. Da mesma forma, é aplicável aos processos de todas essas justiças a regra expressa no art. 9.º do CPC, inspiração geral do incidente ora examinado.

Em quinto lugar, convém ter em mente que a regra geral aplicável às relações civis é a de que a desconsideração da personalidade jurídica só ocorre quando verificado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros, mediante abuso; ou quando caracterizada a confusão patrimonial (CC, art. 50). A isso se convencionou chamar (não sem controvérsia) de “teoria maior” da desconsideração. Mas, por força de normas especiais – bem ilustradas pelo direito do consumidor e ambiental –, a desconsideração pode eventualmente ser autorizada diante de mero obstáculo para satisfação do credor – aí, fala-se em “teoria menor”.

2. Natureza jurídica do pleito de desconsideração (sob a ótica processual). 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* se encaixa 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 desconsideração – tal como disciplinado pelo CPC – é deduzido e resolvido de forma *incidental*. A desconsideração não é o objeto do processo em que a medida é pretendida. O objeto do processo em que se pretende a desconsideração consiste em pedido que redunde na edição de provimento condenatório; ou, caso não se queira usar essa terminologia (inclusive porque a desconsideração 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*).

Por regra, o objeto do processo (no qual se cogita a desconsideração para se chegar ao terceiro) deve corresponder à imposição de um dever de *pagamento de quantia*. A partir daí se chega à responsabilidade patrimonial, via desconsideração. Portanto, o contexto próprio da desconsideração – forma de estender os meios executivos ao patrimônio de outrem, que não o devedor – é a obrigação de pagar dinheiro, porque então os meios executivos atuam sobre o conjunto do patrimônio penhorável, mediante *expropriação*.

Ao menos como regra, o conceito de desconsideração não faz sentido nas obrigações de *entrega de coisa*: nestas os meios executivos atuam sobre coisa específica (não sobre o patrimônio penhorável), sob a forma do que, em doutrina clássica, convencionou-se chamar de *desapossamento*. O que pode ocorrer, nesses casos, é que a coisa seja buscada – via imissão na posse ou busca e apreensão – em poder de terceiro, mediante o reconhecimento de ineficácia da alienação (via fraude de execução ou de alienação da coisa litigiosa). Por isso, aqui não é pertinente a disciplina legal dedicada à *alienação da coisa litigiosa* (art. 109) – em particular a sua ineficácia (§ 3.º).

No caso das obrigações de fazer e não fazer ocorre o mesmo: os meios executivos não recaem sobre a inteireza do patrimônio penhorável, mas, diversamente, atuam por *transformação*.

Contudo, não se deve descartar que o objeto do processo (no qual se requeira e se deva decidir a desconsideração) consista em pedido de imposição de entrega de coisa, de fazer ou de não fazer. Isso poderá ocorrer na medida em que, de alguma forma, tais objetos possam conduzir – ainda que por eventual conversão (se no mesmo processo) – à imposição de prestação de pagamento de quantia. Disso se cogita nos casos de perda ou deterioração da coisa certa; ou de constatação de impossibilidade da execução específica de obrigação de fazer ou não fazer.

Na linha do que foi dito anteriormente, mesmo que o objeto do processo (em que se cogita da desconsideração) envolva pedido (e correspondente provimento jurisdicional) declaratório ou constitutivo, a desconsideração poderá ser requerida se e quando houver, no plano do débito, o dever de pagar quantia por parte do vencido (integrante do objeto do processo, ou que dele possa decorrer).

O caráter incidental reconhecido pela lei, contudo, não limita o tema da desconsideração 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 desconsideração é requerida.

De forma análoga ao que se passa na denunciação da lide, a pretensão de desconsideração dirigida ao terceiro 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*. 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. 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.

A demanda veiculada não é apenas *incidental* (porque deduzida e julgada em processo já instaurado), mas, no contexto regulado pelo CPC, pode ser tida também como *accessória*. O tema da responsabilidade patrimonial do terceiro – via desconsideração – surge em função do objeto do processo originário e do julgamento aí proferido (ou que se projete). Esse dado é fundamental para que sejam aferidos a legitimidade e o interesse processual para o deferimento da medida.

A constatação *supra* não é suficiente, contudo, para descartar a eventual possibilidade de demanda autônoma (isto é, não incidental) cujo objeto seria, então, o de declarar que o patrimônio de determinada pessoa (que não o devedor) fica sujeito à responsabilidade patrimonial e, portanto, aos meios executivos. Se o sistema permite que o credor busque apenas a declaração do débito (a partir do que pode se constituir título executivo), então em tese é possível imaginar que se busque o reconhecimento de relação jurídica a partir da qual se certifique a sujeição de certo patrimônio à satisfação de certa dívida. Ao menos do ponto de vista lógico isso faz sentido: o caráter incidental não dita o conteúdo e a essência das coisas. Ou seja: se determinada providência é possível em caráter incidental a um dado processo, então ela é possível de forma autônoma – exceto se o ordenamento estabelecer expressamente que a omissão do interessado em fazer o pleito incidental redunde em extinção do direito no plano substancial.

Isso é relevante porque, respeitados prazos extintivos prescricionais, ainda que o processo de execução aparelhado no confronto do devedor venha a ser extinto, sempre será possível pretender-se a retomada da atividade executiva mediante a incidência dos respectivos meios sobre o patrimônio de terceiro responsável, via desconsideração.

3. Natureza jurídica da posição processual do terceiro (suposto responsável patrimonial). Até o advento do CPC/2015, prevaleceu o entendimento segundo o qual não se exigia prévia oitiva do terceiro – cujo patrimônio se quer submeter aos meios executivos – nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. A opção era a 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 mente para entender a natureza jurídica da posição do terceiro – que, aliás, perde essa condição tanto que passe a integrar o contraditório, quando então passa a figurar como *parte* (na concepção mais ampla do termo). 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 desconsideração.

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 desconsideração).

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*. Isso é o padrão quando se trata de execução e de defesa do executado. No caso do título extrajudicial, não há dúvida sobre a natureza de ação dos embargos do devedor. No caso de cumprimento de sentença, pesem eventuais divergências, a impugnação também tem essa natureza. E mais: 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, § 4.º). 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, § 4.º). 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.

Outro desdobramento relevante está em que – em razão da natureza da “defesa” apresentada – eventual inércia do terceiro gerará apenas preclusão, isto é, gerará fenômeno interno ao processo. A omissão impedirá que, de forma incidental e com suspensão do feito, possa aquele terceiro obter a certeza jurídica de que não é responsável patrimonial. Mas o direito de ação remanesce e ele pode ser exercido de forma autônoma. Haverá relação de prejudicialidade entre o objeto dessa demanda do terceiro e a atuação dos meios executivos sobre o patrimônio resultante da desconsideração. Poder-se-á eventualmente determinar a suspensão, mas agora com fundamento na regra geral do art. 313, V, “a”, a critério do magistrado (não mais por força de lei).

4. Legitimidade ativa para o pedido de desconsideração. As premissas fixadas nos tópicos anteriores permitem delimitar, com maior clareza e coerência, as condições para o pleito de desconsideração.

Suposto que o pedido esteja fundado em uma das hipóteses legais que autorizam a desconsideração, legitimado ativo é o *credor*; que processualmente ocupa a posição de *autor* da demanda originária (aquela cujo objeto é impor dever de prestar). Ele é o titular do direito material afirmado em juízo e, portanto, ele é titular do direito de ação, que abrange tanto a declaração do direito, quanto a respectiva atuação prática, para entrega do bem da vida.

Isso quer dizer que o Ministério Público só está legitimado a pedir a desconsideração nos casos em que seja titular do direito de ação; não nos casos em que atue como fiscal da lei. Conquanto o texto legal sugira algo diverso, ao usar a expressão “quando lhe couber intervir nos autos”, a única interpretação que se pode extrair do sistema é a de que essa legitimidade é restrita às hipóteses em que referida Instituição figura como autora da demanda. Isso ocorre nos casos de ação civil pública, de improbidade administrativa e em outros para os quais o Ministério Público tenha legitimidade ativa, de forma coerente com os limites estabelecidos pelo art. 129 da Constituição Federal.

Tanto mais num sistema em que o processo é sincrético e, portanto, no qual o exercício do direito de ação envolve desde logo a pretensão declaratória e a executiva (ou de satisfação da obrigação reconhecida), as posições jurídicas resultantes do processo instaurado pelo autor são de sua titularidade. Mais do que isso, é dele o crédito cuja satisfação é reclamada, inclusive e eventualmente mediante o recurso à extensão da responsabilidade patrimonial de terceiro. O cumprimento de sentença depende de requerimento do exequente (art. 513, § 1.º). O exequente “tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva” (art. 775, *caput*).

Ademais, remanesce a regra de que ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado pelo ordenamento (art. 18). Imaginar que o Ministério Público – fora de suas atribuições constitucionais – pudesse atuar em nome próprio e em favor de credor privado seria assumir desvirtuamento da regra constitucional.

É preciso lembrar, dentre outros, que o pedido de desconconsideração – resultado do exercício do direito de ação – pode gerar encargos, tais como a condenação do requerente a indenizar prejuízos, inclusive por força de responsabilidade objetiva.

Dessa forma, estabelecido ser ônus do titular do crédito e das correspondentes posições processuais fazer o pedido, não pode o juiz determinar a providência de ofício. Aqui, prevalece o princípio da demanda, a ditar a regra de que o juiz age por provocação (art. 2.º), não excepcionado no âmbito executivo pelas regras constantes dos arts. 772 e 773. Pelo contrário, o art. 133 é taxativo ao falar em “pedido da parte”. A opção é correta: assim, preserva-se a imparcialidade do juiz (exigível mesmo quando preside a prática de atos de execução) e o escopo jurídico da jurisdição é temperado pela busca do escopo social (eliminação, e não geração, de conflitos).

Embora seja presumível que o pedido seja feito pelo autor (porque ostenta a posição de alegado credor), não se deve descartar que o pleito seja feito pelo demandado. Apenas, isso exige que haja perspectiva de que ao autor venha a ser imposto dever de prestar – isto é, de pagar quantia – porque é isso que justifica desencadear os meios executivos com o objetivo de expropriar patrimônio penhorável; e, dessa forma, chegar-se ao acervo de terceiro, via desconconsideração. Isso poderá ocorrer nos casos de reconvenção, de ações dúplices e, pensando apenas na improcedência da demanda, nos casos em que houver condenação do autor ao pagamento de quantia por causas processuais (honorários, custas, multas e eventualmente outras).

Se houver litisconsortes, o pleito poderá ser feito por qualquer deles, observada a regra de autonomia entre eles (art. 117), até pelos encargos que podem decorrer da iniciativa. O destino que possa ter a expropriação decorrente da desconconsideração, contudo, dependerá da natureza do litisconsórcio, considerada a relação interna entre os litisconsortes.

CPC/1973

CPC/2015

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1.º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

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

§ 3.º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2.º

§ 4.º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

1. Interesse processual para o requerimento de desconsideração. De sorte a superar qualquer controvérsia, a lei estabeleceu a possibilidade de a desconsideração ser requerida em qualquer fase do processo, inclusive eventualmente na petição inicial. Isso quer dizer que a lei reconhece interesse processual (= utilidade) no pleito mesmo antes que se cogite de atos de invasão patrimonial.

Mais uma vez, é preciso lembrar que os conceitos de *débito* e de *responsabilidade* são inconfundíveis. Se o autor – que tem o ônus, mas ao mesmo tempo, a faculdade de alegação – entende que determinada pessoa está obrigada a certa prestação (no caso, pagamento de quantia) e que, portanto, ela é *devedora*, sua inclusão no processo deve estar em consonância com o respectivo objeto. Em relação a eventuais devedores o autor tem o ônus de pedir a condenação ou, em outras palavras, a imposição do dever de prestar (CPC, art. 515, I). Já se o autor entende que se trata de *responsabilidade patrimonial*, então não há que se falar em condenação. A responsabilidade – neste caso resultante de desconsideração da personalidade jurídica – pode ser desde logo aventada na inicial, mas também poderá vir apenas no momento do cumprimento ou execução.

Naturalmente, ao incluir pessoas no polo passivo da demanda, o autor atrai para si potenciais encargos correspondentes: o demandante responderá não apenas pelo reembolso de custas, mas pelos honorários de advogado dos demandados; isso sem falar em eventuais multas e até indenização por prejuízos. Portanto, não sirva a prerrogativa trazida pela lei para confusão indevida entre débito e responsabilidade; nem inchaços insensatos do polo passivo da relação processual. O autor deve agir de forma séria e apresentar demanda fundada – quer no tocante ao débito, quer no tocante à responsabilidade.

De todo modo, ao trazer devedores e potenciais responsáveis para o polo passivo, o autor dá a esses últimos a possibilidade de impugnação não apenas da responsabilidade (via desconsideração), mas eventualmente do débito.

2. Comunicação ao distribuidor: efeitos. A partir do momento em que deduzido o pleito de desconsideração da personalidade jurídica, que levará à extensão da responsabilidade patrimonial a um terceiro, é correto e coerente com o sistema do Código que o fato – aí incluído o nome do terceiro – passe a constar do distribuidor. Ainda que não seja na qualidade de devedor, o suposto responsável passou a ser demandado. Por isso, aliás, foi dito que é ônus do autor ser criterioso na inclusão porque ele responderá pelos prejuízos causados por eventual indevida inserção.

A lei condicionou tal comunicação à “instauração” do incidente. Como tal – a exemplo do que vigora no caso de ajuizamento de uma demanda – entende-se o simples requerimento. Se ele for indeferido, e tanto que não haja recurso, o juiz deverá determinar o cancelamento do que antes se comunicara. Mas, enquanto a decisão não se tornar preclusa, é correto – embora reconhecidamente oneroso – que o incidente continue a constar do distribuidor. Tal anotação cumpre importante função de dar publicidade aos processos. Novamente, e por conta dessa circunstância, eventuais prejuízos decorrentes de indevida inserção do terceiro ensejarão a responsabilidade civil do autor.

Contudo, a simples comunicação, ao distribuidor, da instauração não configura o termo a partir do qual se considerará em fraude de execução alienação de patrimônio na forma do inciso IV do art. 792.

3. **Suspensão do processo.** O dispositivo precisa ser interpretado como um grão de sal. O sobrestamento deve guardar coerência com os limites do pedido de desconconsideração e com a "defesa" ofertada pelo terceiro; isto é, com os termos da controvérsia estabelecida. Portanto, pode não haver necessidade de paralisação de todo processo. O que se deve entender é que o incidente não enseja constrição de bens com base na desconconsideração até que ela seja decidida pelo juízo. Esse o efeito suspensivo de que fala a lei.

Dada a já referida analogia entre a demanda (declaratória) a cargo do terceiro a quem se imputa a responsabilidade fruto da desconconsideração, de um lado, e os embargos de terceiro, de outro, é possível invocar a *ratio* da regra do art. 1.052 do Diploma de 1973 – não reproduzido no CPC/2015: a suspensão se dá no limite das alegações do terceiro. Se no processo houver outras constrições a fazer que não estejam relacionadas com a desconconsideração, não há razão para que a suspensão extravase o objeto da controvérsia. Até porque, desde o regime anterior, nem os embargos do devedor tampouco a impugnação ao cumprimento de sentença eram capazes de impedir de forma absoluta a prática de atos de constrição; assim, muito menos um incidente, de iniciativa do credor, visando à extensão da responsabilidade a terceiros, pode ter o condão de suspender atos executivos sobre o patrimônio do devedor.

Quando a instauração do incidente ocorrer ainda em fase de conhecimento do processo, se a cognição aí exigida puder seguir o ritmo da instrução do processo (conforme objeto originalmente posto pelo autor), não há razão para que perca a suspensão fora do necessário para citação do terceiro e apresentação de sua "defesa". Ainda que a opção legislativa tenha sido a de resolver a desconconsideração da personalidade jurídica de forma incidental, não há obstáculo para que a pretensão de desconconsideração seja decidida na sentença, juntamente com objeto do processo. Isso não equiparará os conceitos de *débito* e *responsabilidade*.

4. **Arguição do incidente e tutela de urgência cautelar.** Como regra, suscitado o "incidente", abre-se a oportunidade para que o terceiro intervenha, com posterior decisão sobre se deve ou não haver a desconconsideração; com a consequente constrição de bens. Aliás, a depender do momento em que a desconconsideração foi postulada, pode nem ser oportuno requerer a prática de atos de invasão patrimonial. Aliás, a criação do incidente teve exatamente esse objetivo: impedir que o patrimônio de terceiro seja agredido sem que ele tivesse prévia oportunidade de exercitar o contraditório.

Mas a oportunidade que se dá ao terceiro não pode servir de oportunidade para que ele frustrate a medida, 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 desconconsideração. 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 desconconsideração 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 (art. 2.º).

CPC/1973

CPC/2015

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

1. Legitimidade passiva para o pedido de desconsideração

Legitimado passivo é o sócio ou a sociedade, nos casos de desconsideração “inversa” (isto é, da qual se parte da pessoa do sócio para se chegar ao patrimônio da sociedade, com a qual há confusão patrimonial).

O réu não é litisconsorte passivo, menos ainda necessário. A pretensão é para extensão da responsabilidade patrimonial a terceiro, mediante desconsideração. Portanto, destinatário direto do provimento é aquele terceiro, suposto responsável.

Contudo, é inegável o interesse jurídico do demandado para ser ouvido no incidente. Isso ocorre por mais de um ângulo. De um lado, se o pedido for acolhido, o patrimônio do devedor pode acabar preservado, justamente porque os meios executivos e a expropriação se voltarão para o patrimônio de terceiro. O interesse aí não é meramente econômico (embora também o seja), porque a extinção eventual da obrigação perante o credor originário é efeito produzido na órbita jurídica. De outro lado, ainda se o pedido for acolhido, poderá o terceiro voltar-se regressivamente contra o devedor e, portanto, a decisão tende a afetar a relação do devedor com aquele terceiro. Finalmente, se o pedido for rejeitado, remanesce o débito e a correspondente responsabilidade – o que, mais uma vez, vai além da mera repercussão econômica. No limite, a rejeição do pedido poderá levar ao reconhecimento da insolvência do devedor (a produzir efeitos em sede própria).

Por tudo isso, conquanto o devedor não seja legitimado passivo, ele pode pleitear ser ouvido na qualidade de assistente, dado seu interesse jurídico no desfecho do “incidente”. Considerando que a resolução do incidente pode, ainda que indiretamente, influir na relação entre o devedor e o credor, a assistência deve ser qualificada, com as consequências processuais daí decorrentes.

No caso de desconsideração que leve ao patrimônio de pessoa jurídica (por desconsideração inversa ou, eventualmente, pela invocação de responsabilidade decorrente de grupo econômico), não há ressalva quanto à legitimidade passiva, que é da entidade. Poderá, contudo, haver problema em relação à representação da pessoa jurídica: se a ela se chega por desconsideração da personalidade do sócio, é preciso considerar se a representação legal está na pessoa daquele sócio ou se em pessoa diversa.

2. Possibilidade de o potencial responsável patrimonial intervir como assistente do devedor. As considerações feitas no tópico precedente autorizam dizer que o terceiro, de cuja responsabilidade patrimonial se venha a cogitar, pode ingressar no processo, na qualidade de assistente do devedor. Seu interesse não é meramente econômico e, embora sejam distintos os conceitos de débito e de responsabilidade, este tem naquele um antecedente lógico: se, por qualquer razão, não houver devedor, então não há que se cogitar de responsabilidade patrimonial; nem do devedor, nem de potencial responsável.

Ou seja, o terceiro é titular de relação jurídica passível de afetação pela eficácia da decisão a ser proferida em processo envolvendo outras pessoas. Mais uma vez, a decisão pode influir na relação entre esse potencial assistente e o adversário do assistido. Por essa razão,

se houver – e não obstante a distinção entre débito e responsabilidade – essa intervenção, ela se dará na forma de assistência qualificada (art. 124).

Nesse caso, se o terceiro se antecipar e, antes de ser requerida a desconsideração, ele ingressar no processo, em contrapartida ficará vinculado pela decisão proferida entre assistido e respectivo adversário (art. 123, *caput*). Em especial, não poderá rediscutir a existência do débito, salvo se presentes alguma das exceções dos incisos do art. 123.

3. Limite de cognição na “defesa” (*rectius*, demanda) apresentada pelo terceiro (afirmadamente responsável). A natureza jurídica da intervenção do suposto responsável é de ação: o que ele busca é a declaração que extirpe incerteza acerca de relação jurídica da qual poderia resultar responsabilidade patrimonial. A analogia desse remédio e dos embargos de terceiro é palpável – e, a rigor, ela é reforçada pela lei, quando previu, por exemplo, que no caso de se cogitar de fraude de execução, o terceiro deve ser intimado para eventual oposição justamente de embargos de terceiro (art. 792, § 4.º). Embora não se confundam os conceitos de desconsideração da personalidade jurídica e de fraude de execução, nesse aspecto há importante ponto comum entre os institutos.

Isso leva ao tema da extensão dos fundamentos possíveis nessa demanda, intentada pelo terceiro, de quem se cogita ser responsável patrimonial. Em matéria de embargos de terceiro, o entendimento prevaiente é o de que tal medida não seria adequada para veiculação de matéria própria de embargos do devedor. Por outras palavras, não seria admissível ao terceiro discutir temas relativos ao débito, mas apenas à responsabilidade.

Mas não é correto confundir débito e responsabilidade. Mesmo para o mero responsável (ao qual se chegaria mediante desconsideração da personalidade jurídica), a eventual inexistência ou inexigibilidade do débito leva à exclusão da responsabilidade. Não há sentido em falar em responsabilidade patrimonial se não existe concretamente um débito, seja de quem for. Portanto, sob o ângulo do conteúdo das alegações (não exatamente da via processual em que dedutíveis), o terceiro tem legitimidade e interesse para atacar a existência, a validade e a eficácia da dívida.

Tanto isso é correto que o terceiro tem interesse jurídico para ingressar no processo instaurado em desfavor do suposto devedor. Tal intervenção poderá reforçar as alegações tendentes a demonstrar a inexistência do débito e, assim, cortar pela raiz o inconveniente da responsabilidade patrimonial. O problema, portanto, não é de falta de legitimidade do suposto responsável para atacar o débito, mas do momento adequado para fazê-lo. Realmente, se o terceiro não ingressar no processo a tempo de contribuir para decisão que negue a existência ou exigibilidade do débito, então só lhe restaria bater-se pela ausência de responsabilidade patrimonial (dentre outros, impugnando a própria desconsideração). Não se poderia, então, permitir que o terceiro pretendesse rediscutir temas já decididos sobre o débito.

Contudo, conclusão dessa ordem esbarra no argumento de que o terceiro, sem ter participado da discussão que levou à formação do título executivo, não está vinculado pela imutabilidade própria da coisa julgada, dados os respectivos limites subjetivos (CF, art. 5.º, LV e CPC, art. 506). Embora haja respeitável entendimento na doutrina de que as exceções antes previstas pelo art. 55 do CPC/1973 – e agora referidas pelo art. 123 – somente se aplicariam à assistência simples, fato é que, explícita ou implicitamente, haveria aí o reconhecimento de que, no caso da assistência litisconsorcial, o terceiro teria sido substituído processualmente e, portanto, estaria em qualquer caso vinculado pela decisão. Mas não há qualquer regra a dizer que o devedor é ou que atua como substituto processual do responsável.

O risco de tornar eterno o debate – ao se permitir que o terceiro rediscuta temas ligados ao débito – não convence. Se o autor vislumbra fundamentos para a desconsideração, pode desde logo requerer a medida na petição inicial. Se o fizer, os potenciais responsáveis – não exatamente devedores – terão a oportunidade, desde logo, de não apenas negar a responsabilidade patrimonial, mas de atacar a existência e a exigibilidade da dívida. Se, contudo, o autor da demanda só vier a cogitar da responsabilidade mais adiante, então parece não só jurídico, mas justo, que se disponha a rediscutir o débito perante o terceiro que ele alega ser responsável patrimonial. Pensar diversamente seria, inclusive, abrir ensejo a eventual má-fé do autor que, embora podendo trazer o terceiro para o processo, aguardaria a consolidação da decisão sobre o débito para, só então, cogitar da desconsideração. De todo modo, isso é um imperativo constitucional e legal, diante dos limites subjetivos da coisa julgada.

É certo que o art. 792, § 3.º, previu expressamente que, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude tem como termo inicial a “citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”, e não a citação do terceiro responsável pela desconsideração. Disso se poderia extrair que o terceiro ficaria limitado pela eficácia preclusiva da decisão proferida contra a pessoa jurídica, na medida em que – reconhecida a fraude – ambos seriam um só, ou que teria havido algo equivalente à substituição processual.

Mas isso não é suficiente para impedir que o responsável eventualmente impugne o débito (e não apenas a responsabilidade). Primeiro, é preciso lembrar que a desconsideração nem sempre será decretada com base na ocorrência de fraude ou de confusão patrimonial. Segundo, deve-se considerar que a lei facultou ao autor demandar o sócio, na qualidade de responsável patrimonial, desde a fase cognitiva. Parece lícito, então, interpretar que essa abertura não foi em vão, mas que considerou o potencial problema dos limites subjetivos do que foi decidido sobre o débito.

De todo modo, o terceiro responsável que pretenda rediscutir o débito terá sua conduta processual avaliada pelo juiz. Se for reconhecido que ele atuou de forma fraudulenta (no plano substancial), sua insistência em rediscutir o débito poderá configurar litigância temerária e atentatória à dignidade da Justiça, a ensejar as sanções pecuniárias previstas pela lei. Mas uma coisa é dizer que a parte não pode fazer tal ou qual alegação, porque preclusão; outra é avaliar se a alegação é ou não fundada.

CPC/1973

CPC/2015

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.
Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

1. Objeto da controvérsia e da correspondente instrução. A delimitação da controvérsia – e, portanto, da atividade probatória – é feita pela consideração do objeto do processo, isto é, do pedido e da correspondente causa de pedir, no confronto com as alegações deduzidas pelo demandado. No contexto aqui examinado – embora se possa divisar o exercício do direito de ação tanto na posição do autor que busca a desconsideração, quanto do terceiro que recusa a extensão da responsabilidade patrimonial – o raciocínio deve ser o mesmo: a pretensão do autor – seja em via cognitiva (condenatória), seja em via executiva – é fundada

na assertiva de que ele é credor de prestação consistente em pagamento de quantia; e que o patrimônio de terceiro (que não o devedor) está sujeito aos meios executivos e, portanto, a proporcionar a satisfação de seu afirmado crédito.

Portanto, a controvérsia pode girar em torno da obrigação – sua existência, validade e eficácia – ou da existência de responsabilidade patrimonial, via desconconsideração da personalidade jurídica. Essa última, por seu turno, está ordinariamente ligada ao desvio de finalidade, a envolver a prática de atos dos sócios para fraudar terceiros, mediante uso abusivo da personalidade jurídica; ou a demonstração de confusão patrimonial (tema ligado à separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, de diferentes pessoas jurídicas). Além disso, eventualmente a desconconsideração pode ser invocada com base na mera incapacidade de o patrimônio do devedor satisfazer o credor.

A delimitação do objeto da instrução dependerá de tudo isso e, ainda, da forma e do momento processual em que for requerida a desconconsideração. A combinação de todas essas circunstâncias pode gerar situações complexas, de difícil sistematização. Sem embargo dessa dificuldade (a remeter para o exame de situações concretas), parece possível formular alguns critérios, como segue.

Assim, quando a desconconsideração for efetivamente requerida de forma “incidental”, a instrução respectiva deverá ser conduzida de forma autônoma – por isso, aliás, a lei estabeleceu a suspensão do processo. Isso não afeta o objeto da pretensão do terceiro que, consoante já foi afirmado, poderá não apenas impugnar sua responsabilidade (portanto, centrar-se no tema do abuso ou da confusão patrimonial), como controverter a exigibilidade da obrigação (débito).

Contudo, apesar dessa aventada autonomia, quando a instauração do incidente ocorrer ainda em fase de conhecimento, a identidade de objeto poderá autorizar que se realize instrução única acerca de débito e de responsabilidade. Reitere-se: ainda que a opção legislativa tenha sido a de resolver a desconconsideração da personalidade jurídica de forma incidental, não há obstáculo para que a pretensão de desconconsideração seja decidida na sentença, juntamente com objeto do processo originariamente posto. Aliás, isso é o que deverá ocorrer na hipótese vista a seguir.

Nos casos em que a desconconsideração for requerida desde logo na inicial (art. 134, § 2.º), como a própria lei registrou, não há propriamente um incidente. Nesse caso, estar-se-á diante de típico cúmulo subjetivo e objetivo de demandas. Haverá cúmulo subjetivo porque a demanda será dirigida ao devedor e ao responsável (que não o devedor). Haverá cúmulo objetivo porque o objeto do processo abrangerá a pretensão de impor o dever de prestar consistente em pagamento de quantia (ao devedor) e a pretensão de extensão dos meios executivos (ao responsável). O cúmulo objetivo fica claro ainda pela diversidade das respectivas causas de pedir, porque são diferentes os fundamentos situados no plano do débito (“sou credor e o réu é devedor”) e da responsabilidade (“sou credor e o terceiro é responsável patrimonial”).

Nesse caso, o objeto da controvérsia e a correspondente instrução poderão apresentar a mesma complexidade – sempre a depender das alegações feitas pelo devedor e pelo suposto responsável. Isso tudo poderá tornar a instrução mais difícil e quiçá morosa, na medida em que ela deverá permitir discussão sobre débito e sobre a responsabilidade decorrente da desconconsideração. Contudo, essa ampliação é inevitável. Ao final, o ganho decorrente da resolução dos temas relativos ao débito e à responsabilidade tenderá a compensar o tempo despendido na instrução com tal amplitude.

2. Pedido de desconconsideração feito perante o tribunal. Ao falar em decisão “pelo relator”, a lei poderia indicar – em leitura mais apressada – que seria viável instaurar o incidente diretamente no tribunal em qualquer caso. Contudo, interpretação fundada em método teleológico

e sistemático indica que a alusão da lei (parágrafo único do art. 136) considera apenas os casos de competência originária dos tribunais; isto é, não abrange os casos de competência recursal.

O pleito de desconconsideração e a “defesa” ofertada pelo terceiro envolvem o exercício do direito de ação. Portanto, tais demandas devem ser apresentadas ao juízo originariamente competente, ainda que a causa esteja em fase recursal e, portanto, a tramitar perante tribunal. Os casos de ações de competência originária dos tribunais estão taxativamente previstos pelo ordenamento; fora daí sua competência é apenas recursal.

Eventuais dificuldades operacionais decorrentes do fato de os autos terem sido remetidos ao tribunal não devem alterar a disciplina jurídica – aqui muito relevante porque ligada ao tema do juiz natural.

3. Recurso contra o pronunciamento que aprecia o pedido de desconconsideração. Quando deduzido de forma incidental, o pedido deverá ser resolvido por decisão interlocutória (embora aí não exista apenas uma *questão* a ser dirimida). Apesar do silêncio da lei, que falou apenas em recurso contra decisão do relator, não há dúvida de que o pronunciamento desafia recurso de *agravo de instrumento*. Não haveria como o terceiro recorrer de forma diversa e seria despropositado reputar que ele precisaria se valer de ação autônoma de impugnação para atingir tal objetivo.

Contudo, é preciso considerar a possibilidade de apreciação do pleito por sentença, não apenas no caso mais óbvio em que a desconconsideração não for requerida sob a forma de incidente. Nesse caso, o recurso cabível será apenas o de apelação. Não se deve cogitar do cabimento de agravo e de apelação, nem mesmo a pretexto de que o efeito suspensivo é regulado de forma diversa para cada um deles – até porque ao agravo poderá eventualmente ser deferido efeito suspensivo. Havendo apenas uma decisão, deverá haver apenas um recurso.

CPC/1973

CPC/2015

Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

1. Termo inicial da fraude de execução. Conforme já observado, a simples comunicação ao distribuidor da instauração do “incidente” não estabelece o termo inicial para possível fraude de execução, na forma prevista pelo inciso IV do art. 792. Nem a resposta está no art. 137 que apenas registrou o óbvio: estendida a responsabilidade pela desconconsideração, atos de alienação ou oneração serão tidos por ineficazes. Mas a pergunta permanece: qual é o termo inicial para tanto?

Neste particular, a lei poderia ter sido mais direta ao estabelecer que, para o responsável nos casos de desconconsideração (art. 790, VII), a fraude verificar-se-ia a partir da respectiva citação – providência, aliás, que a lei exigiu de forma expressa (art. 135). Isso seria coerente com o que tradicionalmente se reconhece: a fraude pressupõe a litispendência e essa é efeito da citação. De outra parte, ficaria claro que não se pode confundir a pessoa cuja personalidade se quer desconSIDERAR, de um lado, com o terceiro responsável que se quer atingir mediante a desconSIDERação, de outro lado. A citação daquela primeira pessoa não pode ser considerada parâmetro para atos fraudulentos que a outra teria cometido.

Mas a regra positivada foi a seguinte: o art. 792, § 3.º, previu expressamente que, nos casos de desconSIDERação da personalidade jurídica, a fraude tem como termo inicial a “citação da parte cuja personalidade se pretende desconSIDERAR”, e não a citação do terceiro responsável pela desconSIDERação.

O raciocínio parece ter sido o seguinte: se realmente se concluir que houve desconsideração, é porque se reconheceu fraude. Portanto, a citação da pessoa jurídica equivaleria à citação de seu sócio. Essa é, salvo melhor juízo, a única forma de explicar a opção legislativa, que trata as duas pessoas como se fossem uma só; ou, por outro modo de ver, que considera uma citada na pessoa da outra.

A solução adotada pode até ser coerente quando considera o fenômeno interno da desconsideração. Contudo, ela foi infeliz porque não considerou a repercussão que isso pode ter perante terceiros e, portanto, para a segurança das relações negociais. É que, tendo em vista que a desconsideração pode ser requerida em diferentes momentos do processo, parece ser temerário dizer que desde a citação da sociedade as alienações de bens pelos sócios estariam sujeitas à fraude de execução.

Se a desconsideração for requerida apenas na fase de cumprimento, é bem possível que, entre a data da citação do réu (devedor) e a data da citação do terceiro (responsável) tenham decorrido anos. Se, durante esse tempo, sócios tiverem alienado patrimônio, não se afigura razoável que a eficácia da desconsideração ocorra de forma retroativa. Além disso, é preciso levar em conta que nem sempre a desconsideração será determinada com base na premissa de ter havido fraude ou confusão patrimonial.

Nem se diga que a fraude só se configuraria quando averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução (arts. 792, I, e 828). É preciso não confundir: quando houver o registro, a fraude é presumida, independentemente de a alienação levar o devedor à insolvência, que é hipótese tratada em outro dispositivo (art. 792, IV). Ademais, a fraude de execução é tradicionalmente aferida a partir da pendência de simples processo de conhecimento (a partir da citação).

Para preservação da segurança, a solução será, então, a de sempre considerar a boa-fé do adquirente (entenda-se: daquele que adquiriu bens alienados pelo responsável, ao qual se chegou pela desconsideração), conforme § 2.º do art. 792.

CAPÍTULO V DO AMICUS CURIAE

CPC/1973

CPC/2015

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

§ 1.º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3.º.

§ 2.º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3.º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.