

Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a Lei de Execução Fiscal

Legal personality disregard incident and the implementation of tax law

Fernanda Duarte¹
Rafael Mario Iorio Filho²
Haroldo Lourenço³

RESUMO

O presente artigo visa abordar as implicações do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, introduzida pelo art. 133 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), sobre a Lei de Execução Fiscal, principalmente sobre a sua compatibilidade, buscando diferenciar desconsideração da personalidade jurídica de redirecionamento da execução, prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN), demonstrando as razões da incompatibilidade de tal instituto com o procedimento especial de execução fiscal.

PALAVRAS-CHAVE

Novo CPC; execução fiscal; desconsideração da pessoa jurídica.

ABSTRACT

This article aims to address the implications of the incident disregard of corporate personality, introduced by article 133 of the New Civil Procedure Code (Law 13.105/15), on the Executive Tax Act, especially as to their compatibility, seeking to differentiate piercing the corporate veil redirection of execution, provided for in article 135 of the National Tax Code, demonstrating the reasons for the incompatibility of such an institute with the special procedure of tax foreclosure.

¹ Doutora PUC/RJ. Professora Permanente do PPGD/UNESA. Professora Adjunta da FD/UFF. Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso/PPGD-UNESA e do LAFEP/INCT-InEAC/UFF. Membro do IBDP.

² Pós-Doutor em Ciência Política pelo Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (CEDEC). Doutor em Direito pela UGF. Professor Permanente do PPGD/UNESA. Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso/PPGD-UNESA e do INCT-InEAC - Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos. Membro do IBDP.

³ Doutorando e Mestre PPGD/UNESA. Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso/PPGD-UNESA. Advogado. Membro do ICPC e ABDPC.

KEYWORDS

New CPC; fiscal execution; disregard of legal entities.

INTRODUÇÃO

Atendendo aos anseios da doutrina processual⁴, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº 13.105/15, regulamenta, de forma inédita no ordenamento jurídico nacional, um procedimento específico, obrigatório (art. 795 §4º NCPC), para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, como uma nova modalidade de intervenção de terceiros forçada.

Cumprido de início consignar que não se trata de um incidente processual, como previsto na nova legislação, mas de um processo incidente. Incidente processual e processo incidente não se confundem, tendo como único ponto em comum surgirem de um processo já em curso. O núcleo distintivo está no surgimento, ou não, de uma nova relação jurídica processual. O incidente processual não gera nova relação processual, ao contrário do processo incidente⁵, de natureza constitutiva, por criar uma nova situação jurídica.⁶

Tal distinção se mostra essencial, eis que deverão ser observados os requisitos básicos para a formulação de uma demanda em juízo, podendo ser indeferido, produzindo coisa julgada, sendo apto a ser rescindido.⁷

Como se observa do art. 135 NCPC, o sócio ou a pessoa jurídica serão citados, tendo prazo de quinze dias para se manifestar podendo, inclusive, produzir provas, deixando bem claro se tratar de um processo incidente, não de um incidente processual.

Tal previsão consagra o devido processo legal e, principalmente, o contraditório, atendendo ao estabelecido no art. 1º NCPC⁸ em sintonia com o art. 5º, LIV e LV e, os parâmetros delimitados pelo neoprocessualismo (ou formalismo valorativo).⁹

Nitidamente a proposta não foi alterar as características da desconsideração, tampouco, regulamentar os requisitos para a sua realização, seja no Código Civil (art. 50), seja no CDC (art. 28, *caput* e §5º), art. 34 da Lei nº 12.529/11, art. 4º da Lei nº 9.605/98, ou em quaisquer outros dispositivos, como se observa do art. 133 §1º NCPC, onde muito se discute sobre a aplicação da teoria maior ou menor.

Pelo contrário, a proposta foi dar a solução processual para o instituto, efetivando-o.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 54-56. SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade – aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167 e segs.

⁵ Nesse sentido da distinção entre processo incidente e incidente processual: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 50.

⁶ Afirmando se tratar de incidente processual de natureza constitutiva: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015, p. 141-142.

⁷ Não afirmando se tratar de um processo incidente, mas sustentando que se trata de uma demanda contra alguém, devendo observar os pressupostos dos instrumentos da demanda: DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 520.

⁸ “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

⁹ Sobre o Neoprocessualismo e o formalismo valorativo: LOURENÇO, Haroldo. *O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC*. Revista Forense, Volume 415, Ano 108, 2012, p. 139-168.

Duas premissas devem ser fincadas: (i) a necessidade de preservação da garantia do contraditório (que não era observada pela jurisprudência, como se demonstrará adiante); (ii) a de que a desconsideração é uma sanção e, como tal, somente poderia ser aplicada se respeitado o devido processo legal.¹⁰

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por fundamento a função social da propriedade, pois a exploração da atividade econômica, pela via empresarial, é manifestação do direito de propriedade (art. 5º, XXIII da CRFB).¹¹

A personalidade jurídica das sociedades é instrumento fundamental para a iniciativa privada, bem como na propulsão da atividade econômica, da livre iniciativa que se relaciona com a função social da propriedade (art. 170 e o seu inciso III da CRFB), gerando uma função social da pessoa jurídica empresária.

A partir da função social da sociedade empresarial surgiu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard theory* ou *disregard of legal entity*), como forma de evitar os abusos com as manipulações do instituto da pessoa jurídica.

DA DIFERENÇA ENTRE DESCONSIDERAÇÃO, DESPERSONALIZAÇÃO E REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO

De igual modo, a função social da sociedade empresária fez surgir a técnica da despersonalização, mais radical, que implica na própria dissolução da entidade ou cassação da sua autorização para funcionamento, as quais não podem ser confundidas.

Na despersonalização a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade.

Na desconsideração subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, de maneira episódica e provisória, somente para o caso concreto.¹²

No aspecto processual, realizada a desconsideração, será formado um litisconsórcio passivo, posterior (ou ulterior) e facultativo¹³ entre o ente coletivo e o(s) sócio(s). Na despersonalização haverá a sucessão processual, pois o ente coletivo será dissolvido, passando a ser ocupado o polo passivo pelo(s) sócio(s) da sociedade empresária dissolvida.

¹⁰ Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. Fonte: <http://www.frediedidier.com.br>, acessado em 08.04.15 às 13:45h, p. 1.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 139, nota 25, citando, inclusive, a jurisprudência alemã sobre o tema. GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 24. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 745: realizando um entrelaçamento ainda maior, ao discorrer sobre a função social, o mencionado autor afirma que se aplica a todas as espécies de propriedade, correlacionando-a com o princípio da valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF/88), a defesa do consumidor (art. 170, V, CF/88), a defesa do meio-ambiente (art. 170, VI, CF/88), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF/88), tem configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na sociedade anônima*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 283.

¹³ Enunciado 125 do IV FPPC: Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no processo em curso.

Cumpra registrar que o NCPC (art. 133§2º) afirma ser aplicável tal instituto à desconsideração inversa ou às avessas¹⁴, nessa hipótese será formado o litisconsórcio passivo posterior com o ingresso do(os) sócio(os). Tal desconsideração é muito utilizada nas ações familiares, onde um dos cônjuges esconde seus bens em uma pessoa jurídica.

Assim, como os bens particulares dos sócios não podem responder pelas dívidas da sociedade (art. 795 NCPC), a desconsideração da personalidade jurídica deve ser compreendida como uma sanção aplicada ao ato ilícito praticado (a utilização abusiva da personalidade jurídica), portanto, se o NCPC (art. 9º) afirma que “*não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*”, muito menos poderia ser aplicada penalidade a um *terceiro* (o sócio, na desconsideração tradicional, ou a própria pessoa jurídica, na desconsideração às avessas), sem ser assegurado o contraditório prévio.

Observe-se que o Enunciado 268 da Súmula do STJ já afirma há anos que: “*O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado*”, ou seja, mesmo o fiador, que é um responsável contratual, precisa participar do processo de conhecimento, quanto mais o sócio, que não responde ordinariamente pelas dívidas da sociedade.¹⁵ Contudo, curiosamente, o sócio sempre foi tratado de maneira diferente, não lhe permitindo, sequer, contraditório prévio antes da desconsideração, não se instaurando um processo incidente, mas um mero incidente processual, deferido nos próprios autos, dispensando-se a sua citação, bastando a defesa apresentada a posteriori mediante embargos do executado, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.¹⁶

Cumpra registrar que realizada a desconsideração, a execução dos bens dos sócios não estará limitada as suas respectivas cotas sociais, sob pena de se desestabilizar o instituto da desconsideração.¹⁷

Por outro lado, não se deve falar em desconsideração quando o sócio já for responsável pela dívida societária.¹⁸ Somente há que se falar em desconsideração quando não se puder, a priori, imputar responsabilidade diretamente ao sócio. Nessa linha, o art. 790, II do NCPC atribui responsabilidade patrimonial ao sócio, aplicando-se justamente para essas hipóteses. Exatamente em razão do exposto que não há que se falar em benefício de ordem (art. 795 §§1º e 2º NCPC) nas hipóteses de desconsideração.

¹⁴ Nesse sentido: Enunciado 283 da IV Jornada do CJF (Conselho da Justiça Federal): “Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros. Admitindo a desconsideração inversa: STJ, 3ª T., REsp 1.236.916, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22.10.2013.

¹⁵ Cumpra registrar que a observância do devido processo legal, do contraditório, do limite subjetivo da coisa julgada sempre se mostrou tão importante que a Lei nº 8.245/91, que regulamenta a ação de despejo, foi alterada pela Lei nº 12.112/09, passando o art. 62, II a exigir o litisconsórcio entre o locatário e o fiador.

¹⁶ Nesse sentido é uníssona a jurisprudência: STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1.182.385/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.11.2014. STJ, 4ª T., REsp 1.096.604/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012.

¹⁷ STJ, REsp 1.169.175-DF, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 17/2/2011. REsp 140.564-SP, DJ 17/12/2004; REsp 401.081-TO, DJ 15/5/2006, e EDcl no REsp 750.335-PR, DJ 10/4/2006. REsp 1.169.175-DF, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 17/2/2011.

¹⁸ Alguns exemplos de tais hipóteses: o administrador das sociedades anônimas (art. 158, Lei nº 6.404/76); o membro dos Conselhos Fiscais das sociedades anônimas (art. 39, Lei nº 6.404/76); o gerente ou fiscal da sociedade seguradora (artigo 109, DL nº 73/66); o controlador de instituições submetidas a intervenção ou liquidação extrajudicial (Lei nº 9.447/97); o auditor independente (Lei nº 9.447/97); o art. 135, CTN; o art. 66, parágrafo único, Lei nº 4.591/64; na sociedade cooperativa (art. 1.095, §§ 1º e 2º, CC-2002); sociedade simples (art. 1.023 do CC-2002); sociedade em nome coletivo (art. 1.039 do CC-2002); os comanditados, na sociedade em comandita simples (art. 1.045, CC-2002); sociedade de advogados (art. 17 da Lei nº 8.906/94) etc.

De igual modo, o legislador deixa bem claro que, depois de realizada a desconsideração, são sujeitos à execução os bens do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica (art. 790, VII NCPC).

Por fim, não se pode confundir os institutos acima abordados, com o tão propalado redirecionamento da execução fiscal, que tem fundamento no art. 135, III do Código Tributário Nacional (CTN).

O mencionado dispositivo da legislação tributária afirma que são pessoalmente responsáveis os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privados, não se tratando de responsabilidade solidária, tampouco subsidiária, mas de responsabilidade pessoal.

A doutrina¹⁹ especializada afirma que o dispositivo exclui do polo passivo da obrigação a figura do contribuinte que, em princípio, seria a pessoa em cujo nome e por cuja contra agiria o terceiro, ao mandar que o executor do ato responda *pessoalmente*. A responsabilidade pessoal deve ter aí o sentido de que ela não é compartilhada com o devedor “original” ou “natural”.

Assim, a responsabilidade nos termos do artigo 135, inciso III do CTN, portanto, importa na exclusão da pessoa jurídica (responsável “originário”) do polo passivo de uma eventual execução fiscal, uma vez que verificada hipótese legal de ilegitimidade passiva da obrigação tributária, exatamente ao contrário do que se observa na desconsideração, o que pode ser observado do art. 50 do CC, ao se afirmar que os efeitos “se estendem” aos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Há, portanto, uma diferença notória entre o pedido de reconhecimento da responsabilidade pessoal de terceiros (artigo 135, III do CTN) e o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, principalmente em seus efeitos práticos, como a delimitação do tipo de responsabilidade, se solidária ou pessoal e a caracterização da legitimidade passiva material da obrigação tributária com efeitos diretos na legitimidade passiva adjetiva, verificada no bojo de uma execução fiscal.

ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS: LEGITIMIDADE ATIVA, MOMENTO PARA REALIZAÇÃO, PROCEDIMENTO, DISPENSABILIDADE

A legitimidade ativa para requerer a instauração de tal processo incidente é, nos termos do art. 133 NCPC, da parte, bem como do Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Creemos que tal requerimento (art. 134 §4º NCPC) deve ser feito por uma petição simples, desde que exponha os requisitos básicos para a formulação de uma demanda em juízo (partes, causa de pedir e pedido), demonstrando a presença dos pressupostos

¹⁹ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. Ed. Saraiva, 12ª Ed., pág. 327. AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Aspectos processuais da responsabilidade patrimonial dos sócios e da desconsideração da personalidade jurídica*. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.) *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007. v. 2, p. 549-576; BERALDO, Leonardo de Faria. *O Interesse de recorrer da decisão que determina a desconsideração da personalidade jurídica*. Revista síntese de direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 7, n. 42, p. 77-91, ago. 2006, p. 84; CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. *Desconsideração da personalidade jurídica*. 2006. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 181; SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999, p. 119. SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139.

previstos em lei para desconsideração (art. 133 §1º NCPC), sob pena de ser liminarmente indeferido, por inépcia consistente na ausência de causa de pedir (art. 330 §1º, I NCPC). Em tal hipótese será prolatada decisão interlocutória (art. 203 §2º NCPC), sendo admissível agravo de instrumento (art. 1015, IV NCPC).

Cumpra registrar que já pode ser postulado, de imediato, a penhora sobre os bens do sócio se for o momento adequado, de igual modo, em rápida leitura do art. 134§4º pode-se concluir que seria necessária prova pré-constituída do cabimento da desconsideração, o que não é verdade, eis que poderá haver instrução probatória, com a realização de todos os meios de prova.

Ao Ministério Público, nos termos do art. 133, *caput*, é atribuída legitimidade para requerer a formação de tal processo incidente nos casos em que lhe couber intervir, se referindo, por evidente, às hipóteses em que atua como fiscal da ordem jurídica (art. 176 NCPC), o que não afasta a sua legitimidade quando atuar como parte (art. 177 NCPC), eis que já previsto explicitamente na primeira parte do art. 133, quando afirma que a parte terá legitimidade.

Ainda sobre a participação do Ministério Público, cumpre registrar o Enunciado 123 do IV Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que afirma: “*É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178*”.

Ponto interessante é se cogitar na instauração de tal processo incidente de ofício. Já há autores se manifestando no sentido da impossibilidade de sua determinação de ofício.²⁰ Divergimos, em parte de tal entendimento. Em regra, não será possível a instauração *ex officio* por força da inércia da jurisdição (art. 2º NCPC), contudo, estando o magistrado diante de hipóteses onde são aplicáveis normas de ordem pública como, por exemplo, em relações de consumo, não vemos problema na instauração oficiosa. Nessa hipótese, contudo, deverá ser observado o art. 10 NCPC, respeitando-se o contraditório prévio, para se impedir decisões surpresas.

Outro questionamento é sobre a possibilidade da própria pessoa jurídica requerer a desconsideração em seu favor, com objetivo de obter a responsabilização pessoal de um dos seus sócios que, eventualmente, tenha abusado da sua condição causando prejuízo a própria empresa. Observe-se que o art. 133 não veda tal possibilidade, eis que não se pode negar que o réu é parte do processo e da demanda. Esse posicionamento está, inclusive, positivado no Enunciado 285 do CJF.²¹

A formação de tal processo incidente pode ser requerida em qualquer fase do processo de conhecimento, do cumprimento de sentença, bem como na execução fundada em título executivo extrajudicial, devendo ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas (art. 134 e §1º NCPC), não havendo em que se falar em decadência de um direito potestativo.²²

Trata-se, em qualquer caso, de incidente predestinado à criação (ou à ampliação) do título executivo (judicial ou extrajudicial) para permitir a prática de atos executivos

²⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 519.

²¹ Art. 50. A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor.

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015, p. 141-143.

em face de quem, até então, não consta, como devedor, do título que embasa o cumprimento de sentença ou a execução.²³

Tal processo incidente será admissível, não obstante a omissão do art. 134, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, ou seja, por exemplo, em sede recursal, nas ações de procedimentos especiais, nas ações de competência originária dos tribunais, sendo da competência do relator decidi-lo (art. 932, VI NCPC).

Sendo deferida a instauração do processo incidente, haverá suspensão do processo (art. 134 §3º NCPC), em nítida hipótese de suspensão imprópria, pois somente paralisa-se o processo principal, tramitando o processo incidente de desconconsideração.

Instaurado o processo incidente contra o sócio, na desconconsideração tradicional, ou contra a pessoa jurídica, na desconconsideração às avessas, será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias (art. 135 NCPC).

Esse é o ponto central da inovação: a adoção do contraditório prévio. A preocupação do legislador com o contraditório é tamanha que admite, inclusive, que seja manejado embargos de terceiros por aquele que sofreu a constrição judicial de seus bens por força de desconconsideração da personalidade jurídica, quando não participou do processo incidente de desconconsideração (art. 674 §2º, III NCPC).

Evidentemente que a instrução probatória ficará a encargo do livre convencimento motivado, sendo o processo incidente resolvido por decisão interlocutória (art. 136 NCPC), admitindo agravo de instrumento (art. 1015, IV) ou agravo interno, quando proferida por relator (art. 136, parágrafo único do NCPC) ou, sendo decidido na sentença, caberá apelação (art. 1.009 §3º NCPC).

Há precedente no STJ que reconhece à pessoa jurídica legitimidade recursal para impugnar a decisão que desconSIDERA a sua personalidade, devendo defender a sua regular administração e a sua autonomia, sem adentrar na esfera jurídica dos sócios.²⁴

Observe-se que tal processo incidente possui uma cognição limitada, ou seja, somente será analisado se estão ou não presentes os requisitos para a desconSIDERAÇÃO, não se realizando, de imediato, a efetivação de atos de constrição no patrimônio do sócio, ou da pessoa jurídica, que não estava inicialmente no processo.

Note-se que se o sócio ou a pessoa jurídica já forem citados desde a apresentação da inicial deverão, na contestação, por força do princípio da concentração ou eventualidade (art. 336), impugnar não somente a própria desconSIDERAÇÃO, mas também os demais pontos da causa.²⁵

Novamente voltamos ao ponto da cautelaridade. Cumpre ao requerente observar que se estão presentes ou não os requisitos para o deferimento de uma tutela urgência (art. 300 NCPC), eis que o contraditório prévio pode frustrar o resultado útil do processo, devendo ser aplicado o art. 9º, parágrafo único, I, do NCPC e se adotar a técnica do contraditório postergado ou posticipado.

Destarte, não vemos problema que se requeira, por exemplo, em uma única petição, a instauração do processo incidente de desconSIDERAÇÃO da pessoa jurídica e o deferimento liminar e incidental de tutela de urgência para ser efetivada, por exemplo, por arresto (na hipótese de obrigações de pagar quantia), na forma do art. 9º, parágrafo único, I c/c art. 294, parágrafo único c/c 300 §2º c/c art. 301 do NCPC), devendo, nessa

²³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 133.

²⁴ STJ, REsp 1.421.464/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24.04.2015.

²⁵ Enunciado 248 do IV FPPC: "Quando a desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconSIDERAÇÃO, mas também os demais pontos da causa".

hipótese, o magistrado convencido da probabilidade do direito e o perigo ao resultado útil do processo, deferir primeiramente a tutela de urgência para, posteriormente, citar o terceiro (que se tornará parte) para responder ao pedido de desconsideração, eis que é seu dever velar pela razoável duração do processo (art. 139, II NCPC).²⁶

Como afirmado, o deferimento do pedido de desconsideração não importa em imediata prática de atos de constrição no patrimônio daquele incluído posteriormente ao processo, contudo, a partir de tal decisão, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude à execução, será ineficaz em relação ao requerente (art. 137 NCPC).

No que se refere à alienação ou a oneração de bens, havida em fraude à execução, ser ineficaz em relação do requerente o artigo está em sintonia com o art. 792 §1º NCPC, com o entendimento doutrinário²⁷ e jurisprudencial²⁸ sobre o tema.

De igual modo, é afirmado que sendo acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens havida em fraude de execução não produzirá efeitos perante o credor, devendo o dispositivo em comento ser conjugado com os arts. 240 e 792 §3º, os quais estabelecem que a citação válida é o principal referencial para se considerar a alienação ou oneração realizada em fraude à execução.

Creemos que o art. 240 deve ser aplicado, em virtude da sua redação ser mais clara, pois a citação irá gerar litigiosidade, ainda que ordenada por juízo incompetente, o que não consta no art. 792 §3º.

De igual modo, esse último artigo esclarece que haverá fraude à execução desde a citação do réu no processo principal, não somente a partir da citação no processo incidente de desconsideração, prevista no art. 135 NCPC.

Deve ser observado o Enunciado 375 da Súmula do STJ, exigindo-se, ainda, a prova da má-fé do adquirente ou o registro de penhora, na dicção do previsto no art. 792 NCPC. Cabendo ressaltar que a instauração do processo incidente em comento será imediatamente comunicado ao distribuidor (art. 134 §1º NCPC), o que pode dar ensejo a discussões sobre o momento em que cessará a boa-fé do adquirente.²⁹

O art. 137 regulamenta a hipótese de acolhimento do pedido de desconsideração, cabendo registrar que, sendo rejeitado o pedido, o mesmo somente poderá ser repetido contra as mesmas partes, se for apresentada nova causa de pedir, ou seja, outro motivo para a desconsideração, do contrário haverá coisa julgada material, nos termos do art. 337 §2º NCPC, justamente por se tratar de um processo incidente.³⁰

Tal incidente somente será dispensado se o contraditório já for instaurado desde o início da relação jurídica processual, criando-se um litisconsórcio (inicial) entre a pessoa jurídica e o sócio (art. 134 §2º NCPC), onde ambos já serão citados. Trata-se de

²⁶ Admitindo que a própria desconsideração seja deferida de forma antecipada, preenchidos os pressupostos do art. 300 do NCPC: DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 521.

²⁷ LOURENÇO, Haroldo. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 754. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. reform. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 588.

²⁸ STJ, 4ª T., REsp 1.252.353/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado 21.05.2013.

²⁹ Também atendo ao ponto: BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134.

³⁰ Reconhecendo a produção da coisa julgada, admitindo inclusive rescisória: DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 521.

interessante hipótese de litisconsórcio eventual ou subsidiário³¹, nesse caso não tendo natureza de intervenção de terceiros, tampouco ocasionará suspensão do processo principal.

Cumpra registrar que não é comum o requerimento de desconsideração no processo de conhecimento pois, nessa hipótese, o autor ainda não está realizando nenhuma atividade executiva. No mais das vezes tal requerimento é formulado quando credor não consegue solver seu crédito diante da pessoa jurídica, descobrindo atos fraudulentos praticados pelo sócio, buscando direcionar para esse a pretensão executiva, ou quando nem consegue citar a pessoa jurídica na fase de conhecimento, vindo a descobrir a dissolução irregular ou os atos fraudulentos.

Há que se notar que a desconsideração requerida na fase de conhecimento há um mínimo cautelaridade, eis que o autor já desconfia, ou até mesmo tem provas, dos atos fraudulentos. Evidentemente que, em tais situações, o autor já deveria ter formado o litisconsórcio eventual desde a propositura da demanda, entre a pessoa jurídica e o sócio, bem como ter se utilizado de alguma tutela provisória de urgência (art. 300 NCPC).

Enfim, o legislador deixou claro que o litisconsórcio eventual pode ser inicial ou posterior, contudo, quando posterior será obrigatória a instauração do incidente de desconsideração, o que se extrai da interpretação conjunta dos arts. 134 §2º c/c 795 §4º do NCPC.

APLICABILIDADE À EXECUÇÃO FISCAL

Talvez uma das questões mais intrincadas é a aplicabilidade do novo procedimento criado à Lei nº 6.830/80 (LEF), que regulamenta a execução fiscal. Como cediço, trata-se de lei especial que, em tese, não pode ser alterada por uma lei geral como o NCPC.

Por outro lado, o art. 1º da LEF determina aplicação subsidiária do CPC, contudo o art. 1.046 §2º NCPC afirma que “*permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código*”, bem como o art. 134 do NCPC afirma ser aplicável tal incidente à execução extrajudicial, portanto, poder-se-ia considerar aplicável à execução fiscal.

Sobre a desconsideração bem como sobre o redirecionamento, a LEF é omissa, contudo, o art. 16 §3º veda a apresentação de reconvenção, bem como a criação de incidentes processuais, devendo tais matérias serem analisadas quando do julgamento dos embargos.

De igual modo, o art. 38 da LEF somente permite a discussão da dívida ativa da Fazenda Pública na própria execução, salvo a utilização do mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito.

Há, ainda, o Enunciado 435 da Súmula do STJ afirmando que “*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*”.

³¹ Já defendíamos a aplicação de tal litisconsórcio para se evitar a desconsideração de maneira incidental, eis que a jurisprudência não respeitava o contraditório: LOURENÇO, Haroldo. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 190. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 390-391.

Nesse sentido, cremos que tal processo incidente deve ser aplicado à execução fiscal, para a hipótese de se buscar a desconsideração da pessoa jurídica, por consagrar o devido processo legal e com fundamento no art. 1º da LEF c/c 134 do NCPC.

Contudo, para a hipótese de se buscar o redirecionamento, cremos que não será necessária a formação do processo incidente, devendo, somente, ser observado o devido processo legal, previsto no art. 1º c/c 9º NCPC, observando-se o contraditório.

Já há entendimentos firmados sobre o tema, como se observa do FOREXEC (Fórum de Execuções fiscais), onde foram analisados os impactos do novo Código de Processo Civil na execução fiscal, como se observa do Enunciado nº 6: “A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015”.

De igual modo, o Enunciado 53 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados) caminha no mesmo sentido, afirmando que: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.

CONCLUSÃO

Por fim, como demonstrado, redirecionamento da execução fiscal e desconsideração são institutos que não se confundem, bem como o NCPC somente exigiu a formação do processo incidente para a desconsideração, contudo, obviamente, para nenhum dos dois mecanismos será prescindível a observância do contraditório.

O processo incidente somente é prescindível para o redirecionamento, jamais para a desconsideração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. Ed. Saraiva, 12ª Ed.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Aspectos processuais da responsabilidade patrimonial dos sócios e da desconsideração da personalidade jurídica*. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.) *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007. v. 2,
- BERALDO, Leonardo de Faria. *O Interesse de recorrer da decisão que determina a desconsideração da personalidade jurídica*. Revista síntese de direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 7, n. 42, p. 77-91, ago 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, 3. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. *Desconsideração da personalidade jurídica*. 2006. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 54-56.
- SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade – aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (Org.). São Paulo: RT, 2000.

_____. *O Poder de Controle na sociedade anônima*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIDIER JR., Fredie. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

_____. *Intervenção de terceiros*. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

LOURENÇO, Haroldo. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC*. Revista Forense, Volume 415, Ano 108, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. reform. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Recebido em: 12 de novembro de 2015.

Aprovado em: 23 de novembro de 2015.