

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

LEONARDO MÁXIMO BARBOSA

**O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICABILIDADE AO PROCESSO
DE EXECUÇÃO FISCAL**

**Maceió
2019**

LEONARDO MÁXIMO BARBOSA

**O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICABILIDADE AO PROCESSO
DE EXECUÇÃO FISCAL**

Dissertação de Mestrado
apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito Público da
Universidade Federal de Alagoas,
como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em
Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. José Barros
Correia Junior.

**Maceió
2019**

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale – CRB4 - 661

B238i Barbosa, Leonardo Máximo.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil e sua aplicabilidade ao processo de execução fiscal / Leonardo Máximo Barbosa. – 2019.

157 f.

Orientador: José Barros Correia Júnior.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2019.

Bibliografia: f. 142-157.

1. Desconsideração da personalidade jurídica. 2. Contraditório (Direito).
3. Incidente processual. 4. Execução fiscal. I. Título.

CDU: 347.952:336.2(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO - CMD



LEONARDO MÁXIMO BARBOSA

“O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICABILIDADE AO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL”

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador (a): Prof. Dr. JOSÉ BARROS CORREIA JÚNIOR

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Marcos Augusto Albuquerque Ehrhardt Júnior (UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Bruno Emanuel Tavares de Moura (convidado externo/UNIT)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Maceió, 7 de junho de 2019.

AGRADECIMENTOS

Agradecer primeiramente a Deus, por dar força e saúde para concluir mais uma jornada relevante e difícil, como um curso de mestrado em uma grande Universidade.

Ao meu pai, por ser um grande exemplo de superação e profissionalismo, sempre me guiando nas linhas tortuosas da vida. E a minha mãe, que onde quer que esteja, tenho certeza está muito feliz por mais essa conquista. Amo vocês!

A Cláudia, minha esposa, pela paciência e compreensão com a minha ausência nos últimos dois anos. Esse período não foi nada fácil.

Aos meus filhos Natália e Marcelo, que são a verdadeira força e motivação para superar as adversidades da vida. Papai agora estará mais presente nos fins de semana. Podem ter certeza.

Aos professores do curso de mestrado da Universidade Federal de Alagoas, em especial ao meu orientador José Barros. As lições de vocês foram decisivas para o presente trabalho.

Aos colegas do curso pela parceria, e pelos momentos de angústia e felicidade nessa jornada.

Por fim, ao meu grande amigo e colega da Procuradoria Geral do Estado Luís Vale. Nossos constantes debates, e os livros da sua biblioteca particular, foram decisivos para a presente obra. Tenha certeza disso.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise da aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, ao processo de execução fiscal, disciplinado pela Lei 6.830/1980. A novidade legislativa supriu omissão até então existente no direito brasileiro quanto ao procedimento a ser observado para aplicação da *disregard doctrine*. A pesquisa tem início com a análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no aspecto relativo ao direito material, especialmente quanto ao seu impacto para o direito tributário. Posteriormente foi analisado os tradicionais modelos de estruturação de processo e a sua insuficiência para descrever o atual modelo de processo previsto pela Constituição Federal de 1988. O texto constitucional abriu espaço para o modelo cooperativo de processo, que valoriza o diálogo paritário entre o juiz e as partes. Nessa linha, o incidente de desconsideração cumpre o importante papel de concretizar o debate efetivo. Deste ponto em diante o estudo foca no procedimento estabelecido pelos arts. 133/137 do Código de Processo Civil, demonstrando a sua plena compatibilidade com o processo de execução fiscal. Outrossim, faz a ressalva de que o procedimento não é aplicável a qualquer pedido de redirecionamento em sede de execução fiscal, mas somente nos casos em que a pretensão seja fundada em verdadeira aplicação de desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: desconsideração da personalidade jurídica; contraditório; incidente; execução fiscal.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the applicability of the incident of disregard of legal personality, established by the Civil Procedure Code of 2015, to the tax enforcement process, disciplined by Law 6.830/1980. The legislative novelty has removed the omission previously existing in Brazilian law regarding the procedure to be observed for the application of disregard doctrine. The research began with the analysis of the theory of disregard of legal personality, in the aspect related to material law, especially regarding its impact on tax law. Subsequently, it was analyzed the traditional models of process structure and its insufficiency to describe the process model established by the Federal Constitution of 1988. The constitutional text opened space for a cooperative process model that values the joint dialogue between the judge and the parties. In this line the incident of disregard fulfills the important role of concretizing the effective debate. From this point on the study focuses on the procedure established by arts. 133/137 of the Code of Civil Procedure, demonstrating its full compatibility with the tax enforcement process. Furthermore, it makes the reservation that the procedure is not applicable to any request for redirection in the execution of tax proceedings, but only in cases in which the request is based on a real request for disregard of legal personality.

Key-words: disregard of legal personality; contradictory; incident; tax execution.

LISTA DE ABREVIATURAS

- CDA – Certidão de Dívida Ativa
- CDC – Código de Defesa do Consumidor
- CF – Constituição Federal
- CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
- CPC – Código de Processo Civil
- CF – Constituição Federal
- CTN – Código Tributário Nacional
- EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
- IDPJ – Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica
- LEF – Lei de Execução Fiscal
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	13
2.1. A Constituição Federal de 1988 e a consagração da livre iniciativa	13
2.2. Autonomia patrimonial como ferramenta indispensável para o fomento da atividade econômica	17
2.3. Autonomia patrimonial que deve observar a função social da sociedade empresária	21
2.4. Desvirtuamento da autonomia patrimonial: a origem da <i>disregard doctrine</i>	30
2.5. Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica	37
2.6. Desconsideração da personalidade jurídica na seara tributária	42
2.6.1 Casos de responsabilidade tributária de terceiro são hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica?	47
2.7 Código de Processo Civil de 2015 e a superação da lacuna legislativa	51
3. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E A SUA INFLUÊNCIA PARA A INSTITUIÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	55
3.1. Os tradicionais modelos de estruturação do processo	55
3.1.1. Modelo Adversarial	57
3.1.2. Modelo inquisitorial	60
3.2. A incompatibilidade dos modelos tradicionais com a Constituição Federal de 1988	62
3.3. O fenômeno da constitucionalização do direito processual e o relevante papel do legislador infraconstitucional	63
3.4. Modelo cooperativo de processo: a expressa opção do legislador brasileiro pela valorização do caráter democrático do debate	71
4. ASPECTOS PROCESSUAIS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	80
4.1. A criação do incidente como adequação da legislação ao modelo constitucional de processo	80
4.2 Natureza jurídica	83
4.3 As partes do incidente	86
4.4. A possibilidade da desconsideração inversa	89
4.5. A previsão de suspensão do processo	90
4.6. Procedimento	93
4.7. Coisa julgada	97
4.8. Fraude à execução como possível consequência da desconsideração da personalidade jurídica	100
5. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL	104
5.1. O processo de execução fiscal do crédito tributário como prerrogativa da Fazenda Pública	104

5.2. O Código de Processo Civil e sua aplicação subsidiária ao processo de execução fiscal	106
5.3. Sujeito Passivo da Execução Fiscal	110
5.4. Dos argumentos contrários à aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal	114
5.5. Incidente que não viola o princípio constitucional da duração razoável do processo	118
5.6. Suspensão do processo causada pelo IDPJ não ofende o art. 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal	124
5.7. Da compatibilidade do incidente com o processo de execução fiscal	126
5.8. Aplicação do incidente restrita às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica	129
5.9. Hipóteses que exigem a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica	132
5.10. A posição do Superior Tribunal de Justiça	137
6. CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS	141

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, como é natural em uma nova legislação, trouxe uma série de novidades em relação ao diploma anterior. É possível destacar, a título de exemplo, a previsão de normas fundamentais do processo civil, a maior exigência quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais, a criação de um sistema de precedentes, entre tantas outras.

Não se pode olvidar que o aspecto de maior influência nas modificações introduzidas em relação ao Código de Processo Civil de 1973 foi a Constituição Federal de 1988. A comissão de juristas responsável pela elaboração do novo código deixou clara essa preocupação, destacando a necessidade de estabelecer uma perfeita harmonia da nova codificação com os paradigmas do texto constitucional. Enquanto a antiga legislação foi elaborada sob o manto de um estado ditatorial, o CPC de 2015 foi construído sob uma base constitucional diametralmente oposta, que valoriza fortemente a democracia, exigindo a manifestação do popular em todas as manifestações dos poderes estatais.

Nessa linha, uma das grandes novidades estabelecidas pelo novo diploma processual foi seguramente a previsão de um procedimento específico para o processamento dos pedidos de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Malgrado o direito material e a jurisprudência nacional já contemplassem há muito tempo a possibilidade, desde que preenchidos certos requisitos, da suspensão episódica da personalidade jurídica, com vistas a permitir que os efeitos de determinadas relações jurídicas fossem estendidas para os sócios da pessoa jurídica, a legislação processual, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, nunca disciplinou o procedimento para aplicação da teoria. A omissão legal impactava diretamente na segurança jurídica daqueles que estavam envolvidos em processos judiciais onde existisse a discussão da questão.

Diante da omissão legislativa, não era rara a adoção de procedimentos diversos a depender do juízo processante. Existiam entendimentos que defendiam a necessidade de processo judicial autônomo para se discutir a presença, ou não, dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica. Já a posição majoritária, chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça, entendia pela possibilidade de apreciação da questão de forma incidental ao processo onde requerida a desconsideração.

Ainda quanto ao procedimento, a prática demonstrou que era comum o deferimento, *inaudita altera pars*, da desconsideração da personalidade jurídica, para só então ser oportunizado ao atingido o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Tornou-se

usual a prévia constrição do patrimônio de terceiro, não integrante da relação processual original, para só então ser oportunizado o direito de se manifestar quanto ao pedido. Essa posição jurisprudencial despertava severas críticas doutrinárias, que via na situação uma clara inobservância da exigência constitucional do contraditório e da ampla defesa, além de vilipendiar a regra da responsabilidade limitada por dívidas da sociedade

O Código de Processo Civil de 2015 procurou romper com esse paradigma. Além de superar a omissão da legislação brasileira, instituindo pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional o procedimento para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a nova legislação externou a preocupação da doutrina quanto à imperiosa necessidade de respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, exigindo como regra a prévia defesa do demandado, para só depois ser possível o deferimento da desconsideração. A legislação processual procurou se adequar ao modelo constitucional de processo traçado pela Constituição Federal de 1988.

Apesar dos elogios da doutrina quanto ao pioneirismo da legislação ao prever o procedimento, especificamente quanto às lides tributárias, a questão é dotada de maior complexidade.

Com efeito, a cobrança judicial dos créditos inscritos em dívida ativa pelos entes estatais é disciplinada pela Lei nº 6.830/80. Por opção do legislador, diante do interesse público envolvido, o crédito fazendário se submete a um rito específico de cobrança, diverso do conferido aos particulares. Desse modo, as disposições do Código de Processo Civil somente são aplicáveis ao processo de cobrança do crédito fazendário de forma subsidiária, e desde que a disposição que se pretenda aplicar guarde compatibilidade com a lei especial.

No que diz respeito à possibilidade de aplicação do incidente de desconsideração no processo de execução fiscal, é preciso ter em mente que o título executivo que lastreia o processo de cobrança do crédito fazendário é a certidão de dívida ativa, na qual são indicadas as pessoas legitimadas para figurarem no polo passivo da execução fiscal. Apesar de ser o próprio ente público o responsável pela elaboração do título executivo, o que permite a inclusão, desde que respeitadas as garantias do processo administrativo, das pessoas que julgar legitimadas a responderem pelo crédito tributário, a jurisprudência nacional chancela há muito tempo a possibilidade de a Fazenda Pública, no curso da execução fiscal, se voltar contra pessoa não constante do título executivo, independentemente de prévio processo administrativo de apuração de responsabilidade.

Essa possibilidade recebe o nome de redirecionamento da execução fiscal, pelo qual o ente público, indicando algum fundamento legal de responsabilidade patrimonial, passa a

indicar terceiro não constante da relação processual originária como novo legitimado passivo para a cobrança executiva. Vale destacar que o redirecionamento do processo executivo não tem o seu procedimento definido pela Lei 6.830/80.

E aqui reside justamente a controvérsia objeto do presente trabalho: analisar, à luz do modelo constitucional de processo, a aplicabilidade, ou não, do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no processo de execução fiscal, nos casos que envolvam o pedido de redirecionamento em face de pessoa não constante do título executivo.

A questão desperta grandes controvérsias no seio da doutrina e da jurisprudência, inclusive com base em argumentos constitucionais, tanto no sentido da aplicabilidade quanto pela sua possível incompatibilidade com o rito estabelecido pela Lei 6.830/80. Destarte, os argumentos das duas posições serão detalhadamente analisados, a fim de subsidiar a comunidade jurídica quanto à melhor interpretação da questão.

Em que pese a Lei 6.830/80 servir de base tanto para a execução de débitos inscritos em dívida ativa de natureza tributária como não tributária, por opção metodológica, a pesquisa será centrada na análise da execução fiscal do crédito tributário, sendo importante essa ressalva diante das suas especificidades constitucionais e legais em relação ao crédito não tributário. A escolha foi baseada na maior relevância econômica do fenômeno da tributação, tanto para a Fazenda Pública como para os particulares.

A análise da matéria é baseada em quatro eixos principais, estando cada um deles em um capítulo específico do trabalho.

O ponto de partida da pesquisa é a análise da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, mormente quanto ao seu influxo para o direito tributário. Trata-se de ponto fundamental, sem o qual não seria possível responder ao problema objeto do trabalho.

O segundo eixo da pesquisa envolve a análise dos tradicionais modelos de estruturação do processo e as mudanças propiciadas pelo texto constitucional, que culminaram na expressa adoção pelo Código de Processo Civil de um modelo cooperativo de processo. O modelo cooperativo, ao conferir alta relevância para o princípio constitucional do contraditório, bem como por implicar na mudança do polo metodológico da ciência processual, contribuiu significativamente para a instituição do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

O terceiro eixo é centrado na análise do procedimento estabelecido pelo Código de Processo Civil para o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, definido pelo legislador como nova modalidade de intervenção de terceiro. São enfrentados os principais pontos do procedimento, com especial ênfase em aspectos que possam impactar no processo de

execução fiscal, a exemplo da obrigatoriedade, ou não, de suspensão do processo enquanto pendente o incidente, a possibilidade de utilização da coisa julgada formada no incidente em outros processos judiciais que envolvam as mesmas partes, os efeitos decorrentes da responsabilidade patrimonial advindos da procedência do pedido de desconsideração, entre outros.

No último capítulo são apresentados os argumentos favoráveis e contrários à aplicação do incidente na esfera da execução fiscal, apontando a posição que melhor se adequa ao direito positivo pátrio.

É importante ressaltar que apesar de já existirem trabalhos com a mesma temática, o presente estudo procurou se diferenciar pela abordagem multidisciplinar da questão, o que permite uma análise mais abrangente. Nessa linha, o trabalho se baseia no caráter constitucional da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e no modelo constitucional de processo, conferindo especial ênfase ao aspecto processual da controvérsia, com a análise das peculiaridades da *disregard doctrine* para o direito tributário.

2. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1. A Constituição Federal de 1988 e a consagração da livre iniciativa

A Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pelo modelo econômico capitalista, estabelecendo a adoção pelo Estado brasileiro de uma economia de mercado¹, caracterizada pela liberdade de competição entre os agentes econômicos.

Com efeito, a Lei Fundamental, já em seu art. 1º, inciso IV, designa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a livre iniciativa. Ademais, em seu art. 170, prevê a livre iniciativa como um dos princípios da ordem econômica, o que permite afirmar o seu status de alicerce² do sistema constitucional brasileiro.

É bem verdade que a livre iniciativa está presente na história do constitucionalismo nacional desde a sua origem³, ainda que implicitamente, a exemplo da Constituição do Império de 1824, que, no seu art. 179, inciso XXIV, já resguardava a liberdade de trabalho, além de constar expressamente na Constituição de 1946, que, em seu art. 145, a fixava como um dos princípios da ordem econômica. Ocorre que, com a Carta Cidadã de 1988, ela adquire outro patamar, já que passa a figurar como um dos fundamentos da República, o que está longe de ser um mero detalhe.

Trata-se de aspecto que além de deixar clara a superação do regime ditatorial anterior, fortemente marcado por sérias restrições ao arbítrio dos cidadãos, significou um forte compromisso do Estado brasileiro com a liberdade dos indivíduos, condicionando o exercício de todos os poderes estatais. Não se pode olvidar que a livre iniciativa tem como premissa básica a liberdade de agir das pessoas, funcionando tanto como mecanismo de resistência ao poder estatal como também para permitir a reivindicação por melhores condições de vida aos membros da sociedade⁴.

É preciso ter em mente que a previsão do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, não se restringe a uma mera liberdade econômica⁵, sendo bem mais ampla, por garantir a

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 800.

² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 32.

³ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 233/234.

⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 199.

⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.200

liberdade, como regra geral, em todos os domínios da vida dos cidadãos. Cabe aos membros da sociedade realizarem suas escolhas existenciais, profissionais, de lazer, entre tantas outras, sendo excluída, como regra, a possibilidade de intervenção do Estado no exercício dessas opções⁶.

Especificamente quanto ao aspecto econômico do fenômeno, a previsão do art. 170, *caput*, da Constituição Federal, corroborando o fundamento da República, deixou clara a opção do constituinte por conferir a proeminência dos particulares para o desempenho direto das atividades econômicas no país, o que em larga medida é desempenhado por pessoas jurídicas destinadas à realização de atividades empresariais.

José Barros Correia Junior destaca que:

[...] a empresa como atividade organizada dos meios de produção é o centro polarizador da atividade econômica moderna. Através dela age o poder econômico e através dela se realizam as relações econômicas, convergindo sobre ela inúmeros interesses, como o interesse do próprio empresário, o dos trabalhadores, o dos consumidores e o da própria comunidade, presente e futura⁷.

Nessa linha é que o atual texto constitucional, como instrumento indispensável para o funcionamento do modelo capitalista, consagra no seu art. 5º, inciso XXII, combinado com o art. 170, inciso II, o direito de propriedade como garantia fundamental dos cidadãos, só legitimando eventuais restrições ao seu livre exercício desde que observado o devido processo legal. Trata-se de aspecto de grande relevância ao escopo do presente trabalho, já que a execução fiscal dos créditos tributários, regida pela Lei 6.830/80, ao mesmo tempo que regulamenta procedimento que tem aptidão para resultar na expropriação do patrimônio particular, só será legitimamente exercida caso observe fielmente os ditames constitucionais do processo.

Além de conferir liberdade aos agentes econômicos para agirem de acordo com a sua consciência, a livre iniciativa também tem um viés negativo, uma vez que impede a intervenção estatal nas opções adotadas pelos particulares, salvo hipóteses previstas em lei, e desde que a restrição legal respeite o texto constitucional, não podendo resultar em anulação do seu núcleo central⁸. Assim, cabe aos empresários a definição do seu modelo de negócio, inclusive quanto

⁶ ROBERTO, Barroso Luís. Estado e livre-iniciativa na experiência constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 9-19, abr./jun. 2014. p. 16.

⁷ CORREIA JUNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 99.

⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 33/34.

à configuração jurídica da possível pessoa jurídica instituída para realização da atividade econômica.

Ao mesmo tempo que a Lei Fundamental destaca a essencialidade da atuação direta da iniciativa privada no desempenho da atividade econômica, ela rompe com a tendência intervencionista constante do art. 163 da Constituição de 1967, e com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, ao enfatizar, em seu art. 173, o caráter excepcional da atuação direta do Estado, somente sendo possível nos casos expressamente previstos pelo próprio texto constitucional, e por imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definidos em lei⁹.

Ocorre que o papel do poder público na atividade econômica não se restringe a sua atuação direta, através de empresas estatais. Muito pelo contrário. A sua intervenção é muito mais ampla e complexa, cabendo destacar o seu importante papel normativo e regulador, que envolve diversos aspectos, a exemplo da proteção ao consumidor, a garantia da livre concorrência do mercado, o estabelecimento de condicionantes para o cumprimento da função social da propriedade, entre outros. Ademais, o poder público possui o relevante papel, conforme estabelecido pelo art. 174 da Constituição Federal, de fomentar a iniciativa privada através das mais variadas formas.

Não se pode perder de vista que no Estado Constitucional de Direito o poder público deve agir de modo a alcançar a plena concretização dos direitos fundamentais, o que exige uma atuação estatal voltada a estimular o desenvolvimento integrado da sociedade, propiciando que os indivíduos possam expandir e aperfeiçoar suas potencialidades, permitindo, assim, um maior desenvolvimento da comunidade.

Hoje prevalece o entendimento de que no constitucionalismo pós-moderno o Estado não deve agir como mero garantidor dos direitos fundamentais; ele vai além. Deve atuar com o objetivo de criar as condições ideais, muitas vezes através de incentivos das mais variadas ordens, para que os cidadãos possam alcançar seus objetivos. Políticas públicas são de fundamental importância para atender a tal desiderato¹⁰.

Robert Alexy destaca que a liberdade jurídica, que consiste no direito de fazer ou deixar de fazer algo, só existe efetivamente se os indivíduos também forem dotados de liberdade fática, consistente no direito de escolher entre as alternativas possíveis. E essa possibilidade de escolha só existirá verdadeiramente entre aqueles dotados de bens materiais e intelectuais capazes de permitir a sua autodeterminação. Ocorre que essas condições não se encontram em

⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 164.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

um “espaço vital controlado por eles”, sendo exigida a intervenção estatal como mecanismo para criá-las¹¹.

Por conseguinte, um dos importantes instrumentos à disposição do poder público com vistas a criar as condições adequadas ao desenvolvimento da sociedade é a atividade de fomento.

Como destacado por Luis Jordana de Pozas¹², um dos precursores do estudo da atividade de fomento pelo poder público, ela consiste numa ação intermediária entre a inibição e a intervenção estatal, visando conciliar a liberdade dos indivíduos com o bem comum através de incentivos indiretos, para que os particulares realizem atividades que satisfaçam a necessidade coletiva. Diferentemente da prestação do serviço público pela Administração Pública, na qual ela executa diretamente a atividade, no fomento existe um estímulo para que o particular, por ato próprio, realize atividades de interesse público.

Se considerarmos que o Estado brasileiro adota uma economia de mercado, somente admitindo sua atuação direta na atividade econômica de forma excepcional, sendo que o texto constitucional valoriza a livre iniciativa como meio de criação de novas riquezas, nada mais natural que o poder público incentive, fomente a postura empreendedora de seus membros; do contrário, o desenvolvimento econômico da nação restaria seriamente comprometido.

Assim, embora caiba precipuamente aos particulares agirem por espontânea vontade na seara econômica, faz-se imprescindível que o poder público crie os meios necessários para que os cidadãos se sintam confortáveis a se lançarem na execução de atividades econômicas indispensáveis ao desenvolvimento da sociedade, sob pena de a livre iniciativa se tornar uma mera ilusão.

O empreendedorismo é uma postura que deve ser incentivada pelo poder estatal porque só assim será possível o desenvolvimento econômico do país, com a geração de emprego e renda para a população, motivo pelo qual não pode subsistir qualquer preconceito e desconfiança contra aqueles que realmente se dedicam à atividade empresarial¹³.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 503/504.

¹² JORDANA DE POZAS, Luis. **Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo**. *Revista de Estudios Políticos*, nº 48, 1949. p. 46. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127752> >. Acesso em: 20.09.2018.

¹³ ROBERTO, Barroso Luís. Estado e livre-iniciativa na experiência constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 9-19, abr./jun. 2014. p. 13.

2.2. Autonomia patrimonial como ferramenta indispensável para o fomento da atividade econômica

Para o cumprimento da sua missão constitucional de fomentar o setor privado, existem variadas formas de incentivos que podem ser adotadas pelo poder público, como mecanismo a persuadir os indivíduos a se lançarem em atividades econômicas, a exemplo de financiamentos com taxas mais favoráveis, tratamento tributário favorecido, entre outros.

Seguramente, um dos elementos de maior encorajamento é a possibilidade de constituição de pessoas jurídicas, com personalidade jurídica e patrimônio distintos dos de seus membros instituidores.

Fábio Konder Comparato destaca que a personalização é técnica jurídica destinada à obtenção de objetivos práticos, concernentes à autonomia patrimonial, à limitação ou à supressão de responsabilidades individuais¹⁴. Dessa maneira, ela funciona como importante mecanismo incentivador para a atividade econômica, já que propicia a proteção daqueles que pretendem se lançar na vida empresarial.

A possibilidade de constituição de pessoas jurídicas assume especial relevância na vida econômica de um país. Não há dúvida de que, apesar de não existir qualquer elemento impeditivo para que os indivíduos, isoladamente e em nome próprio, desempenhem funções empresariais, a reunião de pessoas, trabalho e capital, instituindo pessoa jurídica destinada a tal mister, auxilia no atingimento de objetivos que, a depender do negócio, seriam muito mais difíceis caso perseguidos isoladamente.

Se é verdade que atividades econômicas de pequeno porte podem ser realizadas sem maiores dificuldades por uma pessoa natural, isoladamente, a questão muda de feição quando o porte do negócio assume maiores proporções, se tornando mais complexo, a exigir uma maior capacidade gerencial e de investimentos. Nesses casos, a comunhão de esforços faz-se imprescindível para o sucesso da operação¹⁵.

Diante dessa constatação, as pessoas jurídicas surgem justamente para suprir a limitação decorrente da atuação isolada das pessoas naturais na realização de determinados objetivos que exigem a comunhão de esforços¹⁶. O ordenamento jurídico, por perceber a

¹⁴ COMPARATO, Konder, F., FILHO, S., Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª edição. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5131-3/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. Vol. II. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil**. 8ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311.

relevância do instituto, consagra a possibilidade de criação desses entes, com personalidade distinta da dos seus membros, para realização de fins determinados. Trata-se de elaboração fundamental para o desenvolvimento das economias capitalistas, como a consagrada pela Constituição Federal de 1988.

José Reinaldo Lima Lopes pontua que:

Ao lado do desenvolvimento do contrato, sob o signo da autonomia da vontade, e da propriedade, sob o signo exclusivo individualista e da transferibilidade plena, o direito privado moderno desenvolve outro instrumento capaz de pôr em movimento a máquina de produção capitalista. Trata-se da sociedade mercantil com personalidade jurídica.¹⁷

Faz-se mister perceber que a possibilidade de instituição de pessoas jurídicas para o desenvolvimento de atividades econômicas, especialmente com limitação de responsabilidade dos sócios, tão natural nos dias de hoje, é fenômeno histórico relativamente recente, especialmente no Brasil.

Somente no século 17, através das empresas coloniais, em especial as inglesas, as holandesas e as francesas, é que começa a surgir a ideia inicial de pessoa jurídica em sua concepção moderna. Duas características fundamentais para as pessoas jurídicas contemporâneas se destacam nessa fase: a limitação de responsabilidade dos seus sócios e a divisão do seu capital social em quotas ou partes determinadas. A limitação de responsabilidade das empresas coloniais era considerada um privilégio, já que os outros comerciantes não possuíam a mesma prerrogativa. Nesse momento histórico, o Estado passou a ter interesse direto no fomento da atividade econômica dos membros do seu reino, o que motivou a concessão do benefício. Pode-se dizer, inclusive, que foi no âmbito do direito comercial que a personalidade jurídica, com limitação de responsabilidade, se impôs pela primeira vez¹⁸.

Visualizando o fenômeno histórico no Brasil, o Código Comercial de 1850 estabeleceu como regra a inexistência de separação patrimonial entre os bens da sociedade e de seus sócios, sendo imprescindível autorização governamental para sua fruição¹⁹. Naquele momento histórico, o Estado brasileiro ainda não vislumbrava as inegáveis vantagens decorrentes da limitação de responsabilidade dos sócios por dívidas da pessoa jurídica. O ordenamento jurídico

¹⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 384.

¹⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 386.

¹⁹ MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 265.

nacional só passou a reconhecer a existência autônoma e independente das pessoas jurídicas com o Código Civil de 1916, em sua concepção liberal²⁰.

Há que se perceber que no Brasil, diferentemente do que ocorre em outros países, a exemplo do Reino Unido, a personalização das sociedades, passando a ter existência autônoma em relação aos seus sócios, não resulta necessariamente no reconhecimento da limitação de responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade. A limitação é destinada a alguns tipos de sociedade, já que existem formas em que a responsabilidade dos sócios é ilimitada, a exemplo da sociedade empresária em nome coletivo²¹.

Diante desse aspecto, não há como negar que, apesar da grande relevância da criação das pessoas jurídicas, o grande mecanismo incentivador para os particulares é a existência de tipos societários que limitam a responsabilidade dos sócios por dívidas das sociedades. Tanto é verdade que os tipos societários que não contam com essa limitação se encontram em situação de desuso²², representando minúscula parcela dos tipos societários objeto de registro.

A limitação da responsabilidade exerce função social fundamental para o fomento da atividade empresarial, já que sem ela, diante dos riscos que naturalmente envolvem as atividades empresariais, existiria a fuga de investimentos, impactando negativamente no crescimento econômico do país, nos níveis de emprego, na arrecadação tributária, entre outros benefícios²³. Consiste em elemento incentivador do empreendedorismo, já que reduz os riscos pessoais do sócio.

O aspecto incentivador fica ainda mais evidente diante da nova figura societária surgida no Brasil, a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), instituída pela Lei Federal nº 12.441/2011, que passou a permitir a limitação de responsabilidade mesmo para aqueles que pretendam exercer a atividade empresarial individualmente, sem se reunir com outras pessoas.

Há que se ter em mente que a possibilidade de ser responsabilizado pessoalmente, e ilimitadamente, por dívidas da sociedade é elemento desencorajador para aqueles que pretendem investir recursos financeiros para constituição de pessoa jurídica destinada ao desempenho de atividades produtivas. Nessa linha, a criação dessa nova pessoa jurídica pode

²⁰ SILVA, Alexandre Teodoro da Silva. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 37.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 2: direito de empresa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.

²² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário**. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 368.

²³ CORREIA JUNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 53/54.

ser considerada uma atividade de fomento por parte do poder público, já que estimula um fazer por parte dos particulares²⁴, cumprindo o Estado o seu papel de potencializar a individualidade dos seus cidadãos.

Muitos investidores, diante dos riscos que envolvem qualquer atividade econômica, tenderiam a destinar os seus recursos para investimentos financeiros, muitas vezes com rendimentos pré-fixados, em detrimento da alocação para uma atividade produtiva, com chances de lucros maiores, mas sujeito a riscos imprevisíveis da economia²⁵. Por essa razão é que a legislação, atendendo ao dever constitucional de incentivo constante do art. 174 da Constituição Federal, prevê a possibilidade de instituição de tipos societários com a separação patrimonial entre os bens da sociedade e os bens dos seus sócios e com limitação de responsabilidade.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade, em sede de Recurso Extraordinário, do art. 13 da Lei 8.620/93, produziu julgado paradigmático de proteção aos tipos societários que consagram a limitação de responsabilidade dos sócios. O Tribunal reconheceu a existência de diversos dispositivos constitucionais que garantem a proteção desses tipos societários contra condutas abusivas do legislador infraconstitucional, afirmando que “[...] não é dado ao legislador estabelecer simples confusão entre os patrimônios de pessoa física e jurídica”²⁶.

O dispositivo legal objeto de apreciação previa que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos da sociedade empresária junto à seguridade social. Ou seja, o simples inadimplemento da obrigação tributária, por si só, gerava responsabilidade de pagamento do débito para todos os sócios, independentemente de exercerem ou não a gerência da sociedade.

A Corte, ao apreciar a questão, além de reconhecer a inconstitucionalidade por vício formal do dispositivo, por ofensa à reserva de lei complementar para matérias gerais de direito tributário, também reconheceu, ao que interessa ao presente trabalho, a inconstitucionalidade material do dispositivo. O vício material foi reconhecido por violação aos arts. 5, inciso XIII e 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁵ CAMPOS, Aline França. A análise econômica do direito e a responsabilidade dos sócios de sociedade limitada. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 10, n. 2, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96853>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 562.276**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Dje: 10/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618883>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

Na fundamentação do acórdão, restou assentado que a atitude do legislador em estabelecer confusão patrimonial entre os bens da pessoa jurídica com o dos seus sócios, em tipos societários marcados pela limitação de responsabilidade, viola diretamente a garantia constitucional da livre iniciativa, já que subverte o regime de comprometimento patrimonial previamente estabelecido pela lei.

Ademais, o dispositivo tornaria o exercício da livre iniciativa arriscado para todos, menos para a seguridade social. Isso implicaria na sobreposição do interesse arrecadatório do fisco sobre a própria livre iniciativa, funcionando como desestímulo para os particulares, em contrariedade ao art. 174 do texto constitucional

Destarte, não pode subsistir qualquer dúvida quanto ao fato de que a autonomia patrimonial da sociedade empresária em relação aos seus sócios, com a consequente limitação de responsabilidade por dívidas societárias, significa importante medida de fomento adotada pelo poder público, com a finalidade de promover o desenvolvimento de atividades empresariais por particulares, com a consequente produção e circulação de riquezas para a economia nacional.

2.3. Autonomia patrimonial que deve observar a função social da sociedade empresária

Historicamente a propriedade sempre foi objeto de tensões sociais e econômicas, gerando disputas entre os indivíduos da sociedade, ou até mesmo disputas entre estes e o Estado. Por essa razão é que o direito, como importante mecanismo de adaptação social, sempre procurou fornecer instrumentos com a finalidade de protegê-la, bem como de pacificá-la²⁷.

É fundamental perceber que o direito de propriedade passou por um longo processo de maturação histórica. Hodiernamente, a sua concepção possui feição nitidamente distinta da que se apresentou, por exemplo, quando das Revoluções Americana e Francesa ao final do século XVIII.

Entre os escopos do presente trabalho não consta uma análise minuciosa sobre esse processo histórico. Outrossim, faz-se relevante apresentar em linhas gerais a nítida modificação do alcance do direito de propriedade desde o movimento constitucionalista surgido no final do século XVIII até os dias atuais.

²⁷ FRANÇA, Vladimir Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 9. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/446/r141-02.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 set. 2018.

É cediço que diante do Estado absolutista, no qual os monarcas não eram limitados pelas leis, o poder público se sentia confortável para interferir na esfera individual dos súditos, resultando em uma série de abusos por parte do poder estatal.

Os direitos fundamentais consagrados pelas Revoluções Americana e Francesa, conhecidos como de 1ª geração, surgem justamente como reação da sociedade, especialmente da burguesia, contra o excesso de intervencionismo do Estado na esfera particular do indivíduo. São direitos que se caracterizam por imporem abstenções ao Estado, obrigações de não fazer, em hipóteses que até então o poder público se sentia confortável para intervir. Eles não ostentam preocupação com desigualdades sociais, sendo voltados exclusivamente para o homem individualmente considerado²⁸.

Especificamente quanto ao direito de propriedade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, em seu art. 17, destaca que: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

O dispositivo consagrava a visão de uma época, a de que a propriedade assumia uma feição sagrada, só permitindo a sua limitação em caso de necessidade pública e desde que previamente indenizada. Não existia qualquer preocupação quanto ao possível exercício abusivo do direito pelos proprietários.

Essa visão é perfeitamente verificável no emblemático caso *Dred Scott v. Sandford*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1857, no qual é possível perceber o alto status conferido ao direito de propriedade, inclusive em detrimento do ser humano.

Dred Scott era um escravo pertencente ao major do exército norte-americano John Emerson. Ao longo de sua carreira militar, Emerson trabalhou em vários Estados americanos, sendo que em alguns deles vigoravam leis que aboliam a escravidão. Quando do falecimento do major, *Dred Scott* postulou a sua liberdade, o que foi negado pela viúva de Emerson, resultando na judicialização da questão. Ele defendeu em juízo a tese de que uma vez livre, sempre livre (*once free, always free*), ou seja, a partir do momento em que ele residiu em um Estado que não permitia a escravidão, ele adquiriu, de forma automática e definitiva, o status de cidadão livre. Apreciando o caso, a Corte Suprema dos Estados Unidos, em voto da lavra do *Chief Justice* Roger Taney, além de negar a legitimidade processual de *Dred Scott* para postular em juízo a sua liberdade, sob o fundamento de que ele era negro, raça inferior quando da promulgação do texto constitucional, também declarou a inconstitucionalidade das leis que

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 223.

aboliam a escravidão nos Estados. O fundamento da inconstitucionalidade seria a violação do direito constitucional de propriedade, que não poderia ser contrariado pela legislação infraconstitucional, resultando, assim, na derrota judicial de Dred Scott²⁹.

Atualmente não há qualquer dúvida do caráter nefasto da decisão, tanto pela extensão conferida ao direito de propriedade, considerando inconstitucionais leis que aboliam a escravidão, como pela atribuição de um caráter inferior aos negros, representando intromissão indevida do Poder Judiciário no papel do Poder Legislativo. É considerada por muitos a decisão mais desprezível da história da Suprema Corte dos Estados Unidos³⁰.

Como é fácil perceber, a mera imposição de abstenções ao poder estatal não se mostrou suficiente para o desenvolvimento da sociedade. A tirania do Estado absolutista, combatida pelos direitos fundamentais de 1ª geração, acabou sendo substituída pelo abuso dos detentores do capital. Era comum, por exemplo, que trabalhadores durante a Revolução Industrial fossem submetidos a condições desumanas de trabalho. Cresceu com isso a percepção de que o Estado não deveria se limitar a garantir os direitos de 1ª geração, era indispensável que a positivação de direitos fosse além, que também atuasse com o fim de realizar justiça social:

Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.³¹

Destarte, nos direitos fundamentais de 2ª geração o aspecto social ganhou força, exigindo não só uma atuação positiva do Estado, através de direitos prestacionais, como também impôs a releitura de vários direitos já consagrados, a exemplo do direito de propriedade.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves pontuam que:

O grave quadro de exclusão social acelerado por 100 anos de exercício do mais puro liberalismo apenas pôs a lume a ideia de que o Estado garantia a liberdade de uns poucos, em detrimento da opressão de muitos. PROUDHON questionava “où est la liberté du non propriétaire?” (onde está a liberdade do não proprietário?). A passagem do Estado Liberal para o Estado Social – com a consagração da segunda geração de direitos fundamentais – impõe efetiva atuação do poder público, voltada ao

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 54.

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 54.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 223.

cumprimento de prestações positivas capazes de promover real igualdade entre todos. Isso requer uma relativização das liberdades individuais, pois a propriedade passa a sofrer condicionamentos de interesses coletivos e de não proprietários.³²

Diante desse novo quadro, o direito de propriedade também passou por importante reformulação, para exigir que seu exercício seja realizado não somente no interesse exclusivo do proprietário, mas também com vistas a levar em consideração a coletividade.

A Constituição de Weimar de 1919 deixou clara a releitura do direito de propriedade, quando estabeleceu, em seu art. 153, que seu uso também deve ser a serviço do bem comum. Quer dizer, o direito de propriedade também passou a impor um dever positivo ao seu titular, de realizar o bem comum no exercício do seu direito.

Nessa linha, é que a Constituição Federal de 1988 estabelece em vários dos seus dispositivos a necessidade de a propriedade cumprir com a sua função social, o que deixa claro o abandono das visões individualistas do fenômeno. O art. 5º, inciso XXIII, do texto constitucional estabelece, dentro dos direitos e garantias fundamentais, o dever de a propriedade cumprir com a sua função social. Dentro dos princípios da ordem econômica também consta, no art. 170, inciso III, o dever de observância da função social, o que deixa clara a opção do constituinte por uma visão mais comunitária e menos individual do fenômeno.

Nascido na filosofia, o conceito de função social logo se espalhou pela ciência jurídica, sendo o direito da propriedade o primeiro sujeito a sua influência. Atualmente o fenômeno da funcionalização é verificado nos mais variados institutos jurídicos, condicionando o exercício do direito não só ao interesse exclusivo do seu titular, mas também ao da coletividade³³.

Com efeito, o termo função se origina da palavra em latim *functio*, derivado do verbo *fungor* (*functus sum, fungi*), significando cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma tarefa. Em sentido abstrato, função jurídica é uma atividade voltada para uma finalidade específica, com vistas a proteger interesse alheio, e não do próprio titular do poder. Consiste num poder-dever, impondo uma ação e não um mero não fazer por parte do titular³⁴.

³² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. V. – 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 260.

³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <[https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001679352b8ea958728aa&docguid=I529df2c0f25111dfab6f01000000000&hitguid=I529df2c0f25111dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=130&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001679352b8ea958728aa&docguid=I529df2c0f25111dfab6f01000000000&hitguid=I529df2c0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=130&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 9 ago. 2018.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016793570ed9a832fc90&docguid=I76ba4ab0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I76ba4ab0f25011dfab6f01000000000>>

José Barros Correia Junior ressalta que:

[...] a função social é o princípio pelo qual se repudia a concepção da propriedade como mera fonte de um poder individual, passando a impor ao proprietário o dever de exercer seu direito, objetivando o benefício de outrem, e não apenas de exercê-lo sem prejuízo de outrem, como antigamente se encarava a propriedade³⁵.

Como destacado, o fenômeno da funcionalização não ficou restrito ao clássico conceito de direito de propriedade. Nos dias de hoje não existem maiores dúvidas de que ele também é aplicável ao exercício da atividade empresarial.

Fábio Konder Comparato defende que o conceito constitucional de propriedade é bem mais amplo do que o tradicionalmente utilizado pelo direito civil, não sendo imprescindível a existência de um direito real. Por conseguinte, o poder de controle empresarial também está incluído no conceito de propriedade, logo estando sujeito à exigência de cumprimento da função social³⁶.

Apesar de não existirem maiores dúvidas quanto à necessidade de a atividade empresarial estar sujeita ao dever de cumprir com a função social, existe divergência quanto aos critérios que devem ser utilizados para a sua devida aferição.

Fábio Konder Comparato apresenta fortes ressalvas quanto ao reconhecimento da existência de obrigações do empresário, decorrentes do dever de observância da função social da empresa. O autor não nega a existência de deveres negativos no exercício da atividade empresarial, afinal não se pode admitir a prática de atos prejudiciais em relação aos trabalhadores e à comunidade. Outrossim, as obrigações de não fazer seriam decorrência do princípio geral do *neminem laedere*. Já quanto à suposta existência de deveres positivos, defende que, por ser a finalidade da atividade empresarial o lucro, eventual conflito entre a finalidade lucrativa e o bem comum da coletividade não pode resultar no sacrifício do interesse empresarial. Assim, o alcance do princípio da função social seria restrito, ou até mesmo nulo.

00&spos=2&epos=2&td=2&context=158&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 14 set. 2018.

³⁵ CORREIA JUNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 83.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <[https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a0000016793570ed9a832fc90&docguid=I76ba4ab0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I76ba4ab0f25011dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=158&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a0000016793570ed9a832fc90&docguid=I76ba4ab0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I76ba4ab0f25011dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=158&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 14 set. 2018.

Destaca, por exemplo, que o empresário não tem qualquer obrigação com programas de assistência social do empregado³⁷.

Nessa linha, Comparato afirma:

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social³⁸.

Ocorre que, em sentido oposto ao defendido pelo autor, setores da doutrina³⁹ realizam uma diferenciação entre responsabilidade social e função social, o que conduz, com acerto, a uma conclusão diversa da apresentada por Fábio Konder Comparato quanto à utilidade prática da função social para a atividade empresarial.

Com efeito, responsabilidade social, também identificada como cidadania empresarial, consiste em ato voluntário do empresário, com a finalidade de suprir determinada necessidade social da coletividade, diante das limitações, ou até mesmo incapacidade, do poder público em resolver isoladamente e satisfatoriamente a questão. Vale destacar, inclusive, que essa situação muitas vezes é em áreas totalmente desconectadas com o objeto social da entidade empresarial⁴⁰.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016793570ed9a832fc90&docguid=I76ba4ab0f25011dfab6f01000000000&hitguid=I76ba4ab0f25011dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=158&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 set. 2018.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016793570ed9a832fc90&docguid=I76ba4ab0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I76ba4ab0f25011dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=158&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 set. 2018.

³⁹ CORREIA JUNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 92; FILHO, Eduardo Tomasevicius. Empreendedorismo e função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. Vol. 946/2014. Ago/2014. <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000167935bad8e4557fb59&docguid=I2758d5400d7711e4a04c010000000000&hitguid=I2758d5400d7711e4a04c010000000000&spos=4&epos=4&td=5&context=178&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001679352>>

Hodiernamente é comum que empresários das mais variadas áreas procurem atender a demandas sociais, a exemplo do fornecimento de alimentação e vestuário para comunidades carentes, sendo típico caso de medida adotada face à responsabilidade social que o agente econômico julga ter.

Já a função social é uma imposição estabelecida pelo art. 170, inciso III, do texto constitucional, o que afasta o caráter voluntário, tendo relação direta com o objeto social do ente empresarial. Ela condiciona o exercício da empresa⁴¹, não implicando em renúncia do empresário à finalidade lucrativa do seu negócio. Visa tão somente impedir o lucro a qualquer custo, em detrimento da coletividade.

Especificamente quanto à aferição do cumprimento, ou não, da função social no exercício da atividade empresarial, não existe dispositivo no ordenamento nacional que trace parâmetros objetivos, que permitam quantificação da exigência constitucional. Há que se destacar, inclusive, a impossibilidade de sua definição apriorística constar da legislação⁴², uma vez que a função social da empresa deve ter em vista o exercício justo da atividade empresarial, o que depende imprescindivelmente da análise do caso concreto.

Nesse sentido, coube à doutrina traçar as balizas necessárias para a análise da questão, o que perpassa necessariamente pela observância da ordem econômica prevista constitucionalmente.

Com efeito, o art. 170 da Carta Cidadã de 1988, ao traçar o regramento jurídico da ordem econômica, estabelece, além da livre iniciativa, uma série de outros parâmetros que devem servir de baliza para os agentes econômicos, de forma a concretizar o cumprimento da função social.

Eduardo Tomasevicius Filho afirma que:

b8ea958728aa&docguid=I529df2c0f25111dfab6f01000000000&hitguid=I529df2c0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=130&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 9 ago. 2018.

⁴¹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001679352b8ea958728aa&docguid=I529df2c0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I529df2c0f25111dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=130&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

⁴²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001679352b8ea958728aa&docguid=I529df2c0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I529df2c0f25111dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=130&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

A ordem econômica brasileira está assentada sob dois pilares: o trabalho e o capital. Através deste é possível o exercício da livre iniciativa, que consiste na liberdade de exercício de atividade econômica.

Essa liberdade de empresa não é absoluta. Sua razão de ser é assegurar a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e o exercício desta liberdade deve necessariamente atender a uma função social.

O empresário ou a sociedade empresária só devem auferir os benefícios dessa liberdade na medida em que essa atividade empresarial possa proporcionar a todos um aumento das condições de vida da sociedade ou mantê-las, caso essa sociedade já tenha atingido um bom grau de desenvolvimento econômico. Não se admite, segundo o art. 170, que a liberdade de empresa seja considerada uma função individual do empresário, que só a ele traga benefícios.

A existência digna, nos termos da Constituição, está condicionada a uma justiça social. Nessa perspectiva, é inadmissível o exercício de uma liberdade econômica que permita apenas o crescimento das riquezas, sem permitir a sua distribuição entre os indivíduos que contribuíram com o mesmo, através do trabalho.⁴³

Fica claro que liberdade de iniciativa, além de permitir e valorizar o lucro, está inseparavelmente condicionada à função social, devendo valorizar o trabalho humano, a livre concorrência, a defesa do consumidor, o meio ambiente, entre outros, auxiliando na existência digna dos membros da sociedade.

Respeitar a função social no exercício da atividade empresarial implica na observância dos princípios contidos no art. 170 da Constituição Federal⁴⁴. Fábio Ulhoa Coelho ressalta que a função social estará atendida quando houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores⁴⁵.

Especificamente quanto ao pagamento de tributos, o que assume especial relevância para o presente trabalho, não há maiores dúvidas que a tributação tem o papel fundamental de carrear para os cofres públicos os recursos financeiros indispensáveis para a consecução das finalidades públicas definidas pelo texto constitucional.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 é dotada de uma série de dispositivos que impõem aos poderes constituídos o dever de efetivar uma ampla gama de direitos prestacionais,

⁴³ FILHO, Eduardo Tomasevicius. A função social da empresa. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000167935bad8e4557fb59&docguid=Ied3eba50f25411dfab6f01000000000&hitguid=Ied3eba50f25411dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=5&context=189&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁴⁴ CORREIA JUNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 96.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

através da realização de serviços públicos, que naturalmente exigem a efetivação de gastos públicos para a sua concretização.

Sem as receitas financeiras obtidas através das espécies tributárias, o Estado brasileiro não teria mecanismos para efetivar os direitos prestacionais fixados pelo texto constitucional, tornando a Carta Cidadã de 1988 um mero reduto de promessas vazias, sem possibilidade de cumprimento.

Por essa razão é que o pagamento dos tributos assume caráter essencial para a própria existência do Estado, o que leva a doutrina⁴⁶ a defender, em posição já externada pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁷, o seu caráter de dever fundamental dos contribuintes. Ao mesmo tempo que os cidadãos possuem o direito de exigir a prestação das atividades fixadas pelo texto constitucional, também existe o dever fundamental de pagar os tributos, permitindo assim o cumprimento, por parte do poder público, das suas obrigações constitucionais.

Destarte, quando o empresário deixa de recolher tributos, inegavelmente ele descumpre um dos aspectos da função social da empresa.

É muito comum, por exemplo, que empresários se tornem inadimplentes perante o fisco por reais dificuldades financeiras do negócio, seja por incompetência na gestão da atividade, ou mesmo diante de uma crise econômica do país. O inadimplemento nesses casos não decorre de um ato voluntário ou mesmo de um ilícito realizado pelo empresário, com o fim de se evadir do dever de pagamento. Nessas hipóteses, diante da autonomia patrimonial dos tipos societários que reconhecem a limitação da responsabilidade, só o patrimônio da pessoa jurídica ficará responsável pelo pagamento do débito tributário.

Ocorre que nem todo inadimplemento tributário decorre desses casos. Também é possível que a ausência de pagamento decorra de um ilícito na gestão do negócio. O Código Tributário Nacional, atento a essa possibilidade, previu casos em que terceiros podem ser responsabilizados por dívidas tributárias. Um dos exemplos de maior ocorrência nas lides tributárias é a hipótese prevista no art. 135, inciso III, do CTN, que estabelece a responsabilidade tributária de diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

⁴⁶ IVO, Gabriel. O Princípio da Tipologia Tributária e o Dever Fundamental de pagar tributos. IN: ALENCAR, Anttoni Rodrigues Cavalcanti (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 51/52.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 601314**. Marcio Holcman e União. Relator: Ministro Edson Fachin. Dje: 16 set. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>. Acesso em: 28 set. 2018.

Como destacado pela doutrina⁴⁸, em entendimento chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça, o dispositivo não permite por si só a responsabilização tributária de alguém pela simples condição de sócio. O sócio da pessoa jurídica, para poder se enquadrar na previsão do Código Tributário Nacional, deve estar necessariamente exercendo a administração da pessoa jurídica. É importante perceber que os sócios que não estejam na gerência da sociedade não estão sujeitos ao alcance do dispositivo.

Além da previsão do Código Tributário Nacional, também é possível cogitar a responsabilização dos sócios de uma pessoa jurídica, e aqui não somente do que exerça a gerência, por dívidas tributárias, quando a pessoa jurídica estiver descumprindo a sua função social, especialmente em hipóteses nas quais a separação patrimonial esteja sendo utilizada como escudo para a não quitação de tributos.

José Barros Correia Junior destaca que:

No caso dos empresários coletivos personificados, a inobservância da função social possibilitaria a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como já verificado nos efeitos do descumprimento da função social da atividade. É justamente através dessa teoria que se busca coibir as ilegalidades da empresa, as fraudes e os abusos perpetrados pelos sócios e administradores de pessoas jurídicas de direito privado, responsabilizando-os financeiramente através de seu patrimônio particular.

Prova da plena aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como sanção para aqueles que não cumprirem com sua função social está no fato de que cada um dos princípios ali protegidos já tem uma norma jurídica que possibilite a aplicação da *disregard doctrine*⁴⁹.

Nesse sentido, quando a prerrogativa da autonomia patrimonial estiver sendo desvirtuada para a prática de ilícitos, é possível o seu afastamento episódico, com a consequente responsabilização daqueles que originalmente não eram sujeitos da relação obrigacional.

2.4. Desvirtuamento da autonomia patrimonial: a origem da *disregard doctrine*

A partir da consolidação da pessoa jurídica como ente distinto dos seus integrantes, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica foi prestigiada e considerada fundamental, sendo que por longo tempo não foi admitida a sua superação. Somente a partir do século 19 é que

⁴⁸ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 217/218.

⁴⁹ CORREIA JUNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 95/96.

começaram a surgir preocupações quanto ao desvirtuamento de sua utilização, razão pela qual foram desenvolvidos meios para reprimir o seu mau uso⁵⁰.

Se é verdade que de um lado o reconhecimento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, aliada à limitação de responsabilidade dos seus sócios, consiste em importante ferramenta de fomento disponibilizada pelo poder público para despertar o empreendedorismo dos indivíduos da sociedade, facilitando a captação de recursos para o desenvolvimento econômico, ela também, se utilizada de forma abusiva, pode configurar instrumento eficiente para o cometimento de ilícitos pelos sócios, em prejuízo aos credores da pessoa jurídica.

Não são raras as oportunidades nas quais entes personalizados são demandados judicialmente por credores, sendo que na fase da satisfação do crédito, os demandantes se deparam com a ausência de patrimônio da sociedade para o cumprimento do direito certificado judicialmente, o que compromete significativamente a efetividade das decisões judiciais⁵¹.

Muitas vezes a ausência de patrimônio é uma consequência natural do insucesso empresarial, não se configurando como um ilícito por si só. E a autonomia patrimonial, com limitação de responsabilidade, visa justamente resguardar essas hipóteses, evitando que qualquer insucesso da pessoa jurídica permita a cobrança dos seus sócios. Esses casos, que resultam em prejuízos para os credores, são tolerados por opção do legislador, que diante da ponderação entre as vantagens e desvantagens da separação patrimonial, reconhece como mais benéfico para a sociedade a sua manutenção.

Ocorre que com o tempo percebeu-se que a separação patrimonial não pode ser vista como um dogma absoluto. A prática demonstrou que não raras vezes credores restavam inadimplidos por ausência de bens da pessoa jurídica, em hipóteses que não decorriam de um mero insucesso da atividade econômica desempenhada pelo ente, mas sim pela conduta deliberada e abusiva dos sócios, com a finalidade de prejudicar o credor. Trata-se de situação que transborda a finalidade da personalização das sociedades empresariais instituída pelos ordenamentos jurídicos.

⁵⁰ TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. **Revista dos Tribunais**. Vol. 794/2001. Dez/2001. Disponível em: <[https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000167936c681cdb58b6f8&docguid=Ief146180f25011dfab6f010000000000&hitguid=Ief146180f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=228&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000167936c681cdb58b6f8&docguid=Ief146180f25011dfab6f01000000000&hitguid=Ief146180f25011dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=228&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em 19 out. 2018.

⁵¹ CORREIA JUNIOR, José Barros. A desconsideração da personalidade jurídica, os princípios constitucionais e o novo código de processo civil brasileiro. In: EHRHADT JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo (coord.) **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Vol. 14. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 359.

Diante dessas situações que fugiam da normalidade, é que os tribunais ingleses e norte-americanos⁵² começaram a vislumbrar a possibilidade, de forma excepcional, de desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades, para assim atingir o patrimônio dos seus sócios. Aí nasceu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, chamada nos Estados Unidos e na Inglaterra de *disregard of legal entity*; de *teoría de la penetración de la personalidad*, na Espanha; de *Durchgriff durch die Rechtspersönlichkeit*, na Alemanha; e *superamento della personalità giuridica*, na Itália⁵³.

É fundamental perceber que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não surge de elaboração do Poder Legislativo ou da doutrina. Ela nasce da aplicação, em casos concretos, pelos tribunais ingleses e norte-americanos diante das distorções verificadas na forma de utilização de determinadas pessoas jurídicas⁵⁴.

Tradicionalmente a doutrina identifica como o primeiro caso de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica o caso *Salomon vs Salomon & Co.*, julgado em 1897, na Inglaterra⁵⁵.

Aaron Salomon era um comerciante de couro que decidiu constituir uma sociedade por ações para continuar desenvolvendo o seu negócio. A sociedade passou a ser constituída por ele, a esposa e seus cinco filhos. Enquanto Salomon se tornou proprietário de 20.000 ações da sociedade, os demais membros eram titulares de apenas uma ação cada. Ao constituir a nova pessoa jurídica, Salomon transferiu para ela todos os seus negócios, juntamente com os seus estoques e carteiras de clientes. Posteriormente, ele realizou empréstimo para a sociedade, obtendo debêntures como garantia⁵⁶.

⁵² BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

⁵³ SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da Silva. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 69.

⁵⁴ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 45.

⁵⁵ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**. Vol. 803/2002. Set / 2002. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000167936e057fce3ef950&docguid=I9fc282406dad1e1bee400008517971a&hitguid=I9fc282406dad1e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=244&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

⁵⁶ SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol 2/1992. Abr - Jun/1992. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016793703bb670d062b9&docguid=Idcf02550f25211dfab6f01000000000&hitguid=Idcf02550f25211dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=262&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 out. 2018.

Não demorou muito tempo para a companhia entrar em dificuldades financeiras, passando a atrasar pagamentos, o que logo resultou no seu processo de liquidação. Durante sua liquidação constatou-se que o patrimônio da sociedade não seria suficiente para arcar com as dívidas dos credores detentores de garantia, situação de Aaron Salomon com suas debêntures obtidas em garantia ao empréstimo concedido, e ao mesmo tempo saldar os débitos perante os credores quirografários. Diante do quadro, o liquidante de Salomon & Co., agindo no interesse dos credores quirografários, sustentou que a atividade da sociedade era na verdade a atividade individual de Aaron Salomon, que ao instituir a pessoa jurídica para exercer atividade que já desempenhava visou unicamente limitar sua própria responsabilidade⁵⁷.

Os julgadores de primeira e segunda instância, ao analisarem o caso, entenderam que a pessoa jurídica se confundia com Aaron Salomon, razão pela qual o seu crédito privilegiado decorrente da emissão das debêntures não poderia ser mantido. Ocorre que a Casa de Lordes, instância superior, entendendo que as formalidades legais para a constituição da pessoa jurídica foram observadas, reformou as decisões anteriores, para reconhecer que Aaron Salomon e Salomon & Co. eram pessoas distintas, razão pela qual o privilégio creditício de Aaron Salomon deveria ser mantido⁵⁸.

Como é fácil perceber, as decisões iniciais do caso foram aplicações concretas da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a autonomia patrimonial foi afastada, para fins de permitir a satisfação dos outros credores. Em que pese este não tenha sido o entendimento que tenha prevalecido ao final do caso, é inegável que as sementes para a construção da teoria da *disregard doctrine* foram lançadas, resultando em sua aplicação a casos futuros.

Com a crescente discussão na esfera judicial de casos nos quais se almejava a responsabilização dos sócios por dívida da sociedade, coube à doutrina se debruçar sobre a questão. O alemão Rolf Serick foi o responsável por sistematizar a teoria da desconsideração

⁵⁷ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**. Vol. 803/2002. Set / 2002. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000167936e057fce3ef950&docguid=I9fc282406dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9fc282406dad11e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=244&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁵⁸ SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol 2/1992. Abr - Jun/1992. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016793703bb670d062b9&docguid=Idcf02550f25211dfab6f01000000000&hitguid=Idcf02550f25211dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=262&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 out. 2018.

da personalidade jurídica⁵⁹, traçando, para isso, quatro princípios fundamentais para sua aplicação.

O primeiro deles é que o abuso ocorre com utilização da pessoa jurídica com finalidade de furtar-se de uma obrigação. Nessa hipótese, a separação patrimonial não pode beneficiar o infrator. O segundo princípio estabelece que não é possível desconhecer a autonomia subjetiva da pessoa jurídica somente porque de outra forma não se alcançaria o objetivo de uma norma ou a causa objetiva de um negócio jurídico. Esse princípio admite exceções para o alcance de normas fundamentais de direito societário. Pelo terceiro princípio, as normas destinadas precipuamente às pessoas humanas podem ser aplicadas às pessoas morais desde que não contrariem as finalidades destas. O quarto princípio diz respeito à possibilidade de se desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica quando se verificar que há identidade entre os sujeitos, ou seja, quando a forma da pessoa moral ocultar o fato de que as duas partes em um negócio jurídico são um mesmo sujeito⁶⁰. A teoria de Rolf Serick tem feição subjetiva, por considerar relevante a intenção dos sócios em prejudicar os credores da sociedade.

É fundamental perceber que a *disregard doctrine* não se confunde com a despersonalização da sociedade. Enquanto nesta existe o próprio desaparecimento da pessoa jurídica, com a sua dissolução, na desconsideração a pessoa jurídica continua a existir normalmente, somente ocorrendo o afastamento da autonomia patrimonial de forma episódica, diante do caso concreto⁶¹. Destarte, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica surge como reação contra o desvirtuamento decorrente da autonomia patrimonial.

Ao contrário do que uma leitura mais apressada poderia sugerir, a teoria não depõe contra a autonomia patrimonial da pessoa jurídica; é justamente o contrário. A correta utilização da teoria atua a favor do instituto, isso porque, ao coibir práticas abusivas ou fraudulentas no uso da pessoa jurídica, ela afasta possíveis questionamentos quanto às vantagens da separação patrimonial⁶². Ou seja, a autonomia patrimonial continua a ser preservada só que não como um

⁵⁹ BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. Função social e preservação da empresa: a teoria da desconsideração da personalidade positiva como instrumento efetivador. **Revista de Direito Privado**. Vol. 63/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun-set/2015. Disponível em: <[https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001679307ad75a832f951&docguid=I5d1886f06cbf11e5ad1d010000000000&hitguid=I5d1886f06cbf11e5ad1d01000000000000&spos=2&epos=2&td=7&context=36&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>](https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001679307ad75a832f951&docguid=I5d1886f06cbf11e5ad1d010000000000&hitguid=I5d1886f06cbf11e5ad1d010000000000&spos=2&epos=2&td=7&context=36&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 10.12.2018.

⁶⁰ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 57.

⁶¹ COMPARATO, Konder, F., FILHO, S., Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª edição. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5131-3/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. Vol. II. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60/61.

dogma absoluto, uma vez que o ordenamento jurídico permite, em determinadas situações, como válvula de escape, que ela seja superada para fins de satisfação do credor.

Fábio Comparato afirma que:

Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomos, relativamente às vicissitudes que afetam a existência de pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica, e ainda, dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão dos seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais.

A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí porque não se deve cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa.⁶³

Especialmente diante da ordem constitucional vigente, que exige em seus arts. 5º, inciso XXXIII, e 170, inciso III, o cumprimento da função social da propriedade, é que eventuais desvirtuamentos da atividade empresarial, a exemplo do uso abusivo da personalidade jurídica, devem ser repelidos.

Faz-se mister ressaltar que o princípio da função social da empresa é uma decorrência lógica do princípio constitucional da função social da propriedade, funcionando como norte interpretativo contra o uso abusivo da personalidade jurídica. Por conseguinte, é possível afirmar que o princípio da função social da empresa é a base constitucional para aplicação da *disregard doctrine* no direito brasileiro, estando implicitamente prevista nos dispositivos constitucionais que exigem a observância da função social da propriedade⁶⁴.

Hodiernamente, com o fenômeno da repersonalização do direito civil, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, quando a feição patrimonialista do direito civil é mitigada em favor do reconhecimento da humanização das relações privadas, cabe ao ordenamento jurídico prever os instrumentos necessários a garantir que as relações interpessoais sejam pautadas pela juridicidade, e não pela mera legalidade.

José Barros Correia Junior esclarece que:

⁶³COMPARATO, Konder, F., FILHO, S., Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª edição. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5131-3/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

⁶⁴SILVA, Alexandre Teodoro da Silva. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 146.

O que se verifica é que a repersonalização não tira a importância do patrimônio para o Direito, pelo contrário, continua sendo importante objeto de estudo e proteção do Direito, bem como verdadeiro instrumento de realização da pessoa, mas de nada adianta a sua proteção sem que se tenha em mente que antes dele virão os seres humanos, as atuais e futuras gerações. Disso se aprofundam ideias como a função social da propriedade, dos contratos e da empresa, sem perder de vista outros princípios, como a boa-fé objetiva e o solidarismo jurídico.⁶⁵

Nesse sentido, sem ignorar que sua aplicação deve ser marcada pela excepcionalidade⁶⁶, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica consiste em importante freio para a liberdade negocial, uma vez que a forma muitas vezes cede lugar à substância real da operação⁶⁷, permitindo assim a satisfação do direito do credor, nas hipóteses em que a finalidade da autonomia patrimonial seja desvirtuada.

Inicialmente a aplicação da teoria encontrou forte resistência no Brasil, sob o fundamento de que o art. 20 do Código Civil de 1916 estabelecia a separação entre a sociedade e os sócios. O dispositivo era considerado um verdadeiro axioma, resultando na compreensão de que a personalidade jurídica era intransponível⁶⁸.

Com o passar do tempo, essa compreensão foi sendo modificada. A doutrina identifica como marco relevante para o desenvolvimento da *disregard doctrine* no direito brasileiro o artigo publicado em 1969 por Rubens Requião⁶⁹, que, influenciado por Rolf Serick, apresentou as balizas gerais da teoria, abrindo campo para sua aplicação pela jurisprudência nacional⁷⁰.

⁶⁵ CORREIA JUNIOR, José Barros. (Re)personalização do Direito Empresarial pela função e atividade social. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80404>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 189

⁶⁷ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 81.

⁶⁸ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 123.

⁶⁹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**. Vol. 803/2002. Set / 2002. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000167936e057fce3ef950&docguid=I9fc282406dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9fc282406dad11e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=244&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

⁷⁰ CERVASIO, Daniel Bucar. Desconsideração da personalidade jurídica: panorama e aplicação do instituto no Brasil e nos Estados Unidos da América. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 8/2016. Jul - Set/2016. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016793742e05a6111dad&docguid=Ie2685140814611e68b7901000000000&hitguid=Ie2685140814611e68b7901000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=282&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 out. 2018.

No campo legislativo, só com o advento da Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, é que a legislação pátria fez menção expressa à teoria⁷¹. Outrossim, já existiam dispositivos constitucionais e legais que consagravam a possibilidade da desconsideração, como os arts. 171, inciso II, art. 176, § 1º, em suas redações originais, e art. 222, § 1º, todos da Constituição Federal; art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho; e art. 117, § 1º, alínea f, da Lei 6.404/1976⁷².

Como é fácil perceber, os referidos dispositivos tratam da aplicação da teoria em campos específicos do direito, a exemplo das relações consumeristas e trabalhistas. Somente com o Código Civil de 2002, em seu art. 50, é que o direito brasileiro passou a contemplar dispositivo legal destinado às relações jurídicas em geral, sem restringir sua aplicação a áreas específicas do direito.

Com efeito, o art. 50 do Código Civil estabelece que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, será possível a desconsideração da personalidade jurídica, desde que requerido pela parte ou pelo Ministério Público, nos casos em que couber a sua intervenção.

2.5. Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica

Prevalece o entendimento que a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica prescinde de dispositivo legal específico⁷³. O dever de observância da função social da propriedade previsto constitucionalmente corrobora essa viabilidade⁷⁴. Assim, verificado o uso fraudulento da pessoa jurídica, com vistas a causar prejuízos ao credor, pode o julgador ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica⁷⁵.

Malgrado a possibilidade, existem vários dispositivos legais que regulam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, a exemplo do art. 50 do Código Civil, do art. 2º, § 2º, da CLT, do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, do art. 18 da Lei 8.884/1994, do art. 4º da Lei 9.605/1998, entre outros.

⁷¹ CORREIA JUNIOR, José Barros. A desconsideração da personalidade jurídica, os princípios constitucionais e o novo código de processo civil brasileiro. In: EHRHADT JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Vol. 14.. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 364/366.

⁷² KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 125.

⁷³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. Vol. I. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 271.

⁷⁴ SILVA, Alexandre Teodoro da Silva. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 146.

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol II. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

Não obstante todos eles permitam a suspensão episódica da personalidade jurídica, é fundamental perceber que eles não se submetem ao mesmo regime jurídico. Isso significa dizer que, a depender do diploma legal aplicável ao caso, os requisitos para a desconsideração são bastante diversos. Para ilustrar a assertiva, vale dizer que enquanto o Código Civil segue a concepção tradicional da *disregard doctrine*, exigindo requisitos específicos para aplicação da teoria, sendo insuficiente a mera insolvência do devedor, outros diplomas legislativos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.605/1998, elegem como único requisito para a desconsideração a mera insolvência da pessoa jurídica.

Diante dessa diferença de regimes jurídicos, a doutrina faz uma bipartição da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em teoria maior e teoria menor, a depender da suficiência, ou não, da insolvência para fins de desconsideração⁷⁶. A divisão classificatória foi uma contribuição direta de Fábio Ulhoa Coelho, que destinava a nomenclatura teoria menor para o que ele chamava de aplicação incorreta da *disregard doctrine*, enquanto a teoria maior seria destinada para as hipóteses de aplicação correta da teoria pelos tribunais pátrios. Em que pese o autor atualmente considerar os termos ultrapassados⁷⁷, o fato é que eles são majoritariamente utilizados pela doutrina.

Com efeito, para a teoria maior, que é a concepção original da *disregard doctrine*, não basta o mero descumprimento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica para que seja permitida a sua superação. Faz-se imprescindível que o descumprimento represente o desvirtuamento da sua função. A separação patrimonial, com a consequente limitação de responsabilidade, só pode ser ultrapassada nas hipóteses em que a pessoa jurídica se afaste dos fins para os quais foi criada. Ou seja, diante do caso concreto, é necessária a presença de requisitos específicos para a sua aplicação, sendo insuficiente a mera insolvência⁷⁸.

Já a teoria menor parte de premissas diametralmente opostas. Ela se afasta da concepção tradicional, uma vez que não exige a presença de requisitos específicos para a desconsideração. A simples insolvência da pessoa jurídica já permite a superação da personalidade, com a consequente responsabilização dos sócios por dívidas da sociedade. O legislador, em seu juízo discricionário, selecionou casos em que o princípio da autonomia

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. Vol. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 261.

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol II. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

⁷⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. Vol. I. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 272.

patrimonial deveria ceder para garantir a satisfação de credores específicos, como é caso dos consumidores⁷⁹.

Marlon Tomazette, ao comentar a teoria menor, pontua que:

Essa linha de pensamento teve origem na crise da pessoa jurídica, que vem sendo usada para fraudar credores. Em relações jurídicas desiguais, como as relações de trabalho e as relações de consumo, vem sendo invocada essa aplicação extremada da desconsideração, pela simples frustração do credor. Nessa vertente, transfere-se o risco da atividade para os sócios e administradores, de modo que eles respondem pelos atos da sociedade, independentemente de qualquer intuito fraudulento.⁸⁰

Para os fins do presente trabalho, voltado especificamente para a questão processual nas lides tributárias, é dispensável a análise de todas as hipóteses legais de desconsideração previstas no ordenamento nacional.

Por conseguinte, a análise dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica terá como foco principal a concepção tradicional, a teoria maior, consagrada pelo art. 50 do Código Civil, verdadeira regra matriz para aplicação da teoria no direito brasileiro e que impõe a observância de requisitos específicos. Vale destacar que não há como se cogitar a aplicação da teoria menor nas lides tributárias, uma vez que diante da sua excepcionalidade, ela só pode ser aplicada quando existente previsão legal nesse sentido, o que não é o caso. Por ser uma regra de exceção, ela não pode ser interpretada de forma ampliativa, especialmente na área tributária, diante do princípio da legalidade cerrada.

Inicialmente, para aplicação da *disregard doctrine*, pressupõe-se a licitude formal do ato praticado pela pessoa jurídica, somente caracterizando a ilicitude com a efetiva suspensão episódica da personalidade jurídica. Fábio Ulhoa Coelho afirma:

Em outros termos, enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador. A desconsideração da personalidade jurídica é a operação prévia a essa mudança na imputação. A sociedade empresária deve ser desconsiderada exatamente se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa. Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração.⁸¹

⁷⁹ PARENTONI, Leonardo Netto. **Reconsideração da personalidade jurídica**: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da *disregard doctrine* com análise empírica da jurisprudência brasileira. 2013. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-27082013-112343. p. 153. Acesso em: 2018-11-10.

⁸⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. Vol. I. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 274.

⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol II. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

Como já enfatizado, a teoria maior exige a presença de requisitos específicos para que seja possível a suspensão episódica da personalidade jurídica. Entretanto, não há unanimidade quanto a tais requisitos, uma vez que existe a concepção objetiva e subjetiva quanto à verificação desses elementos.

Para a teoria maior subjetiva, é indispensável a prova do desvio da função da pessoa jurídica, através da fraude ou abuso de direito relativos à autonomia patrimonial.

A fraude pode ser caracterizada como o artifício para prejudicar terceiros, através da distorção premeditada da verdade. O ato praticado tem a aparência lícita, sendo que sua ilicitude decorre do desvio na utilização da pessoa jurídica, com vistas a se beneficiar da autonomia patrimonial⁸².

Já o abuso de direito ocorre quando o ato praticado é considerado lícito pelo ordenamento, sendo que ele é praticado de forma apartada da sua finalidade social, causando prejuízos ao meio social. Não se pode perder de vista que os direitos devem ser exercidos levando consideração não somente o seu titular, mas todo o agrupamento social⁸³.

Ocorre que não é unânime o entendimento quanto à consagração da teoria subjetiva pelo art. 50 do Código Civil. Paulo Lôbo afirma que o dispositivo consagra a teoria objetiva da desconsideração, na qual o abuso da personalidade jurídica é analisado sob o prisma do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, sem analisar se houve intenção de fraudar, abusar ou prejudicar por parte do sócio ou controlador⁸⁴.

Não há como negar que a teoria objetiva facilita a tutela dos interesses de credores lesados pelo uso fraudulento da autonomia patrimonial, já que prescinde da investigação do elemento subjetivo do agente. Com a comprovação da confusão patrimonial, que pode ser feita, por exemplo, através da análise da escrituração contábil, ou das contas bancárias da pessoa jurídica, verificando se a sociedade paga dívidas do sócio, ou constatando a existência de bens de sócios registrados em nome da sociedade, é possível a desconsideração da personalidade jurídica. Outrossim, Fábio Ulhoa Coelho ressalta que a concepção objetiva não exaure todas as hipóteses em que a desconsideração é cabível, na medida em que nem todas as fraudes se traduzem em confusão patrimonial⁸⁵.

⁸² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. Vol. I. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 277.

⁸³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. Vol. I. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 279.

⁸⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 187/188.

⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol II. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

O Superior Tribunal de Justiça chancela o entendimento que o Código Civil adotou a teoria maior, tanto em sua feição objetiva como a subjetiva:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALCANCE DO SÓCIO MAJORITÁRIO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.
2. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.
3. A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 50 do CC/02, consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.
4. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.
5. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.⁸⁶

A jurisprudência do STJ estabelece como requisito para a desconsideração a insolvência da pessoa jurídica⁸⁷. Há que se destacar, inclusive, que o Código de Processo Civil prevê no art. 795, § 1º, que o sócio, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade.

Ademais, o Tribunal entende que não existe limite financeiro para a responsabilização do sócio, sendo possível, inclusive, que ele seja obrigado a arcar com valores superiores ao da sua quota parte na sociedade, uma vez que o disposto no Código Civil não impõe qualquer limitação nesse sentido⁸⁸.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1325663**. Relatora: Ministra Nancy Andrighui. Terceira turma. DJe 24/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28678293&num_registro=201200243742&data=20130624&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1141447**. Relator: Sidnei Beneti. DJe. 4 nov. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10778772&num_registro=200901770395&data=20110405&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.169.175**. Sebastião Alves Correia e Andrei Ferreira de Barros. Relator: Ministro Massami Uyeda. DJe: 04 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12454741&num_registro=200902364693&data=20110404&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 21 set. 2018.

2.6. Desconsideração da personalidade jurídica na seara tributária

Para os propósitos do presente trabalho, voltado especialmente para o processo judicial tributário, faz-se imprescindível a análise quanto à possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na seara tributária, mormente diante da grande divergência existente na doutrina quanto ao tema. Trata-se de premissa fundamental para as conclusões da presente pesquisa.

Com efeito, existe significativa posição doutrinária que sustenta a impossibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas lides tributárias.

Ives Gandra da Silva Martins defende que a possibilidade de aplicação do instituto no direito tributário está intimamente ligada à existência de dispositivo legal específico. Afirma que diante da natureza das relações tributárias, marcada pelos princípios da legalidade estrita, da tipicidade fechada e da reserva absoluta de lei, que afastam a possibilidade de elasticidade exegética por parte dos aplicadores do direito, não é admissível construção jurisprudencial que possibilite a sua utilização quando inexistente dispositivo legal próprio para tanto⁸⁹.

Nesse sentido, Alexandre Couto Silva afirma que o Código Tributário Nacional não traz hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, o que inviabiliza a sua aplicação nas relações tributárias. Defende que critérios de pouca precisão aniquilariam a segurança jurídica que deve marcar a relação entre contribuinte e o fisco, provocando o fim do instituto da pessoa jurídica⁹⁰.

Luciano Amaro também rechaça a possibilidade de aplicação do instituto nas lides tributárias. Sustenta que o Código Tributário Nacional estabelece expressamente as hipóteses em que terceiros podem ser responsabilizados por débitos tributários da pessoa jurídica. Afirma que a responsabilidade tributária depende impreterivelmente de previsão legal expressa, sem a qual fica inviável conferir a terceiro a responsabilidade pelo pagamento de tributo originalmente

⁸⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Elisão e Evasão Fiscal. Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, vol. 6, p. 299 / 320. Fevereiro de 2011. DTR\1988\226. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001695f0f12e2e82f6052&docguid=I3c4c6e50f25811dfab6f01000000000&hitguid=I3c4c6e50f25811dfab6f0100000000&spos=1&epos=1&td=2&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

⁹⁰ SILVA, Alexandre Couto. *Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação*. Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 3 | p. 731 - 746 | Out / 2010. DTR\2000\659. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016a3733a6cc9acaaef&docguid=Id9e48110f25411dfab6f01000000000&hitguid=Id9e48110f25411dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

devido pela pessoa jurídica. Destarte, como decorrência do princípio da legalidade, o juiz não poderia estender a responsabilidade pelo débito tributário para pessoa não contemplada pela lei tributária⁹¹.

José Eduardo Soares Melo, com supedâneo no art. 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal, defende que o instituto só poderia ser veiculado nas lides tributárias na hipótese de estar previsto em lei complementar, o que torna inviável a aplicação do art. 50 do Código Civil⁹².

Como é fácil perceber, os autores que sustentam a impossibilidade de aplicação da *disregard doctrine* no processo tributários são convergentes quanto ao fundamento: a ausência de disciplina legal específica da matéria para o direito tributário. De fato, a legislação tributária não contempla dispositivo que mencione expressamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e também não possui previsão similar ao estabelecido pelo art. 50 do Código Civil.

Malgrado o Código Tributário Nacional não possua dispositivos similares ao previsto em outros diplomas nacionais, como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 9.605/97, entre outros, que claramente consagram a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, é possível identificar na codificação previsões que permitem efetivamente a aplicação da teoria nas relações jurídicas tributárias.

Para a exata compreensão do que aqui se afirma, faz-se mister destacar que é comum a prática de condutas lícitas ou ilícitas pelos sujeitos passivos da relação tributária, com a finalidade de reduzir o ônus da tributação. Diante de uma carga tributária que consome parte significativa da renda das pessoas, é natural que os sujeitos passivos da obrigação tributária procurem realizar condutas que não se enquadrem como fato gerador de um tributo, ou mesmo que praticado, que seja realizado de forma menos onerosa possível. Por conseguinte, um dos instrumentos mais utilizados para tal desiderato consiste justamente na figura da pessoa jurídica.

Na maioria dos casos, as pessoas jurídicas são utilizadas licitamente, desempenhando papel fundamental para o desenvolvimento econômico da sociedade. Ocorre que, diante da consagração da separação patrimonial da pessoa jurídica em relação aos seus sócios, bem como a regra da limitação da responsabilidade por dívidas da sociedade, muitas pessoas deturpam a

⁹¹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 271.

⁹² MELO, José Eduardo Soares de. A desconsideração da personalidade jurídica no código civil e reflexo no direito tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.) **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 166.

finalidade da entidade com vistas a causar prejuízos aos seus credores, em especial a Fazenda Pública.

Especificamente quanto à utilização ilícita da pessoa jurídica com o fim de causar prejuízos ao fisco, é possível citar casos em que a entidade é criada com o objetivo de dar aparência distinta a um negócio jurídico que sob ela se camufla, configurando verdadeira simulação. Nesses casos, a pessoa jurídica é utilizada como interposta pessoa, com a finalidade de ocultar os reais sujeitos passivos da relação tributária. É possível citar como exemplo desse quadro casos em que sociedades são formadas por sócios laranjas, ocultando os seus reais proprietários. Também é comum a formação de grupo de empresas, onde um dos seus integrantes fica responsável pela concentração da maior parte dos débitos do negócio, sendo que o outro integrante fica com os créditos do grupo econômico, em claro prejuízo dos credores da primeira sociedade. Outra prática comum é a cisão de um determinado negócio em várias pessoas jurídicas, com a única finalidade de usufruir do regime tributário mais favorecido para as pequenas empresas, entre tantos outros subterfúgios⁹³.

Diante desse cenário, no qual se constata a criação artificial da pessoa jurídica com o único intuito de ludibriar o fisco quanto ao real contribuinte do fato gerador, o Código Tributário Nacional admite no seu art. 149, inciso VII, a possibilidade de a autoridade administrativa realizar o lançamento de ofício face o verdadeiro sujeito passivo, quando constatada a simulação. Aldemario Araujo Castro destaca que a situação é típico caso de descon sideração da personalidade jurídica:

A solução prevista no Código Tributário Nacional é justamente afastar (ou desconsiderar) a mera aparência da pessoa jurídica e identificar o efetivo contribuinte. É forçoso reconhecer que o regramento constante no Código Tributário Nacional não é taxativo ou minudente no sentido da adoção da figura da descon sideração. O Código não utiliza expressamente o termo, mas é exatamente o que viabiliza implicitamente.⁹⁴

Fica claro, portanto, que o Código Tributário Nacional contempla, sim, a possibilidade de as autoridades administrativas descon siderarem a personalidade jurídica quando evidenciada a ilicitude, podendo a constituição do crédito tributário se voltar contra os reais sujeitos passivos da obrigação tributária.

⁹³ PITA, Flávia Almeida. A sociedade empresária como instrumento de simulação em detrimento do crédito tributário e o parágrafo único do art.116 do CTN. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Vol. 89/2009. p. 126 – 159. Nov – Dez/2009.

⁹⁴ CASTRO, Aldemario Araujo. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Descon sideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 490/491.

Corroborando essa possibilidade, o Código Tributário Nacional também contempla no seu art. 116, parágrafo único, a possibilidade de a autoridade administrativa desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Trata-se de fundamento que reforça a consagração pelo Código Tributário Nacional da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica⁹⁵.

Não se pode olvidar que os dispositivos possuem sua atenção voltada para a esfera administrativa, já que permitem que a autoridade fazendária, desde que obedecido o contraditório e a ampla defesa, desconsidere atos ou negócios jurídicos⁹⁶. E aqui reside importante diferença em relação à previsão do Código Civil. Enquanto neste faz-se imprescindível prévia autorização judicial para a desconsideração, o CTN dispensa essa prévia exigência⁹⁷, uma vez que a relação entre o fisco e o devedor tributário não é de horizontalidade, como a que se estabelece entre os particulares⁹⁸.

Com efeito, eles constituem relevante mecanismo para que as autoridades fazendárias coíbam a prática de atos fraudulentos contra o fisco, possibilitando que o lançamento tributário seja realizado levando em consideração a substância do ato, em detrimento da sua forma. Destarte, o argumento de ausência de previsão legal quanto à aplicação do instituto na esfera tributária não se sustenta.

Além do Código Tributário Nacional legitimar a aplicação da teoria nas relações tributárias, há que se destacar que a previsão do art. 50 do Código Civil também é aplicável nas relações entre o fisco e o contribuinte, reforçando a possibilidade de desconsideração⁹⁹. O dispositivo consagra a repressão da ordem jurídica ao abuso da personalidade jurídica, espécie de abuso de direito. O abuso de direito é um instituto que integra a teoria geral do direito, devendo, portanto, ser reprimido por todas as disciplinas jurídicas¹⁰⁰.

⁹⁵ SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 193.

⁹⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CTN. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 58.

⁹⁷ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. Desconsideração da personalidade jurídica e seus efeitos tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 249.

⁹⁸ CASTRO, Aldemario Araujo. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.492.

⁹⁹ CASTRO, Aldemario Araujo. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 492.

¹⁰⁰ SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 144.

A grande relevância da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi perceber que o uso abusivo da personalidade jurídica não poderia resultar em prejuízo ao credor. Tanto que a teoria surge jurisprudencialmente, diante de casos concretos, nos quais é verificada a situação de iniquidade apresentada pela separação patrimonial dos bens da sociedade em relação aos bens dos sócios.

Na verdade, muito mais do que instituto de um ramo jurídico em específico, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é categoria integrante da teoria geral do direito, sendo aplicável às mais variadas disciplinas jurídicas. Quando o Código Civil de 2002 positivou a *disregard doctrine* em seu art. 50, ele tão somente fez traçar as balizas gerais para a sua aplicação, funcionando como norte interpretativo para as demais disciplinas jurídicas que não contam com disciplina específica para a aplicação da teoria.

Nessa linha, Alexandre Silva afirma que:

[...] a função social da empresa constitui-se como um suporte de fundo à repreensão ao abuso de direito à personalidade jurídica, que cerca os limites da autonomia privada em face da realização dos fins econômicos e sociais da pessoa jurídica no seio da coletividade.

Nesse sentido, também não há que se refutar a aplicação de certas regras previstas no Código Civil a outros ramos dogmáticos, incluindo-se aí o direito tributário, pois como diz Miguel Reale, o Código Civil é a legislação matriz que dispõe, não somente sobre regras aplicáveis às relações privadas, mas a toda órbita de relações, sejam elas de ordem pública ou privada. Na realidade, essas regras de caráter geral, previstas pela legislação civil pertencem à disciplina da Teoria Geral do Direito, tendo ampla validade ao longo do ordenamento jurídico.¹⁰¹

Destarte, o direito tributário também tem se valido do dispositivo, sendo perfeitamente lícita sua aplicação nas demandas tributárias. A sua aplicação não implica em violação do princípio da legalidade estrita que deve vigorar no direito tributário, uma vez que é excepcional, devendo ser suficientemente demonstrada pelo fisco a existência do abuso da personalidade jurídica como mecanismo a fraudar a arrecadação estatal.

Não obstante a prerrogativa de as autoridades fiscais poderem realizar a desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, o fato é que muitas vezes a desconsideração é postulada tão somente na esfera judicial, uma vez que só com o desenrolar da marcha processual são detectados indícios do uso abusivo da personalidade jurídica.

Nesses casos, os órgãos de representação judicial do ente público formulam o pedido de redirecionamento da execução fiscal em face da pessoa que tenha supostamente abusado da

¹⁰¹ SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 148.

personalidade jurídica, momento que surge o questionamento quanto à obrigatoriedade de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto pelo Código de Processo Civil ao rito disciplinado pela Lei 6.830/80.

2.6.1 Casos de responsabilidade tributária de terceiro são hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica?

Um dos pontos mais relevantes quando se discute a *disregard doctrine* no direito tributário é a análise do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, que imputa, em determinadas hipóteses, responsabilidade tributária para o sócio, por atos da sociedade empresária. O dispositivo prevê que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

O dispositivo legal gera controvérsias doutrinárias quanto à possibilidade de se considerar, ou não, como hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica albergada pela legislação tributária, já que possibilitam a realização de cobrança do sócio por dívida da pessoa jurídica.

Aldemario Araujo Castro se posiciona favoravelmente. Entende que o dispositivo é típico caso de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que visa coibir que sócios ou administradores se utilizem da existência efetiva da pessoa jurídica, com a limitação de responsabilidade, para o cometimento de ilícitos¹⁰².

Para a exata compreensão da questão, faz-se mister ressaltar que no direito tributário os sujeitos passivos da obrigação são divididos em contribuintes e responsáveis. Segundo o art. 121 do Código Tributário Nacional, contribuinte é o sujeito passivo que possui relação pessoal e direta com o fato gerador. Já o responsável tributário é aquele tem sua sujeição passiva prevista em lei, mesmo sem ter realizado o fato gerador.

Embora o Código Tributário Nacional admita a responsabilização de pessoa que não realizou o fato gerador do tributo, a interpretação conjunta dos seus arts. 121 e 128 não confere ampla liberdade para o legislador. Só pode ser atribuída responsabilidade tributária para pessoa

¹⁰² CASTRO, Aldemario Araujo. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 489/491.

que tenha algum vínculo com o fato gerador¹⁰³. Exemplo é o caso da legislação do imposto de renda, que elege o empregador como responsável tributário pelo tributo devido pelo empregado.

Não se pode perder de vista que a lei tributária, ao prever a figura do responsável tributário, imputando a terceiro a condição de sujeito passivo, tem o claro objetivo de aumentar a possibilidade de êxito do fisco na arrecadação do tributo¹⁰⁴, não sendo obrigatório o cometimento de um ilícito para atribuição da sujeição passiva. Maria Rita Ferragut, ao tecer considerações sobre o instituto, destaca:

Diferentemente da responsabilidade civil que, salvo nas exceções legais surge da prática de ato ilícito culposo ou doloso, que resulte em dano a terceiro, e que implica a obrigação de indenizar; a responsabilidade tributária, embora em alguns casos requeira a prática de atos ilícitos (artigos 134, 135 e 137 do CTN), por diversas vezes existe independentemente deles (artigos 129 a 133 do CTN). É a ocorrência de um fato qualquer, lícito ou ilícito (morte, fusão, excesso de poderes etc.) e não tipificado como fato jurídico tributário, que autoriza a constituição da relação jurídica entre o Estado-credor e o responsável, relação essa que deve pressupor a existência de fato jurídico tributário.¹⁰⁵

Especificamente quanto aos casos de responsabilidade tributária constante do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, hipótese mais comum nas lides tributárias, é importante perceber que o dispositivo não faz qualquer menção à figura dos sócios, mas sim de diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica. Por conseguinte, o simples fato de ser sócio de uma pessoa jurídica de responsabilidade limitada não é suficiente para figurar no polo passivo da relação tributária. Com efeito, o sócio somente poderá se enquadrar na figura do responsável tributário quando estiver na administração da sociedade¹⁰⁶.

Ademais, o dispositivo legal exige para essa responsabilização que o sócio, na condição de administrador, pratique ato com excesso de poderes, ou infração à lei, contrato social ou estatuto, hipótese que o tornará pessoalmente responsável pelo crédito tributário. Assim, para que seja possível a cobrança do sócio-gerente da sociedade por atos da sociedade, cabe ao fisco demonstrar que ele agiu violando as mencionadas situações. Especificamente quanto à lei objeto de violação, existe o entendimento de que “é a lei extratributária civil, societária, empresarial, regulatória etc. Jamais a lei tributária”¹⁰⁷.

¹⁰³ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 342.

¹⁰⁴ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Responsabilidade Tributária Pessoal do Sócio por Dívidas da Pessoa Jurídica. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 412.

¹⁰⁵ FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 40.

¹⁰⁶ PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 218.

¹⁰⁷ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 538.

Questão controversa quanto à exegese do dispositivo diz respeito aos efeitos do reconhecimento da responsabilidade tributária, uma vez que a redação do artigo afirma que o responsável responde pessoalmente. A questão gira em torno dessa pessoalidade excluir, ou não, o dever do contribuinte, no caso a sociedade empresária, em arcar com o encargo tributário.

Setores da doutrina entendem que o dispositivo, ao prever que o responsável responde pessoalmente pelo débito tributário, teria o condão de excluir do polo passivo da obrigação tributária o contribuinte, no caso a sociedade empresária, pelo fato gerador praticado. Assim, a responsabilidade transferiria o ônus tributário inteiramente para terceiros. Essa interpretação se funda no entendimento de que o dispositivo é destinado para aqueles casos em que os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica atuam contra aqueles que representam, toda vez que for constatada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto¹⁰⁸.

Thiago Holanda González, em posição diversa, pontua que:

A persistir esse entendimento, haverá um esvaziamento do âmbito de incidência da norma, bem como se reduzirão significativamente as formas de proteção do crédito tributário. Note-se que a interpretação empreendida atribui ao dispositivo a incidência sobre uma hipótese que pouco se observa na prática, qual seja o posicionamento do sócio-gerente contra a empresa para a obtenção de benefícios particulares. A experiência prática no acompanhamento de execuções fiscais revela que a aplicação do art. 135, III, do CTN, ocorre porque o sócio-gerente atua para eximir a sociedade de suas obrigações tributárias. Convergem, assim, os interesses do sócio e da sociedade, em prejuízo do Fisco.¹⁰⁹

Diante da divergência, o Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰, de forma acertada, firmou o entendimento de que o art. 135 do CTN não tem aptidão para excluir a responsabilidade da

¹⁰⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 539

¹⁰⁹ GONZALEZ, Thiago Holanda. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos art. 133 a 137 do novo código de processo civil (Lei 13.105/2015) e as execuções fiscais. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**. Nº 77. 2016. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/01162109-revista-77-5.pdf>. Acesso em: 06/08/2018. p. 150.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES. 1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente. 2. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76). 3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN. 4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido

pessoa jurídica, podendo o fisco se voltar tanto contra a pessoa jurídica como contra o sócio administrador. Se atos praticados pelos administradores são imputáveis à pessoa jurídica, natural que ela não seja exonerada de uma eventual dívida tributária realizada pelo seu administrador. Existe, em verdade, solidariedade entre o contribuinte e o responsável. Entender o contrário geraria uma eficácia liberatória para a pessoa jurídica, em detrimento do crédito público, abrindo margem para a realização de fraudes.

Diante desse panorama, é possível constatar que as premissas que fundamentam a responsabilidade tributária são diversas das que se aplicam na teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Na responsabilidade tributária, com base no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, o alcance do sócio por dívida da sociedade é meramente eventual, uma vez que o requisito exigido pelo dispositivo não é o fato de ser sócio, mas sim o de praticar ilícito na condição de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, ou seja, ilícito na administração da sociedade. O dispositivo não permite a responsabilização de todo e qualquer sócio, mas somente daquele que esteja no exercício administração da pessoa jurídica. Já na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, todos os sócios podem ser atingidos, não se exigindo o exercício da administração da sociedade.

Ademais, como ponto essencial, o responsável tributário é o sujeito passivo da obrigação tributária definido em lei, sendo devedor solidário, junto com a empresa. Já na desconsideração da personalidade jurídica, é alcançada pessoa que não é o sujeito passivo originário da obrigação. No caso, o verdadeiro legitimado da obrigação é a pessoa jurídica, sendo que os sócios somente serão responsabilizados pelo débito caso verificado o abuso da personalidade jurídica, causado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Suzy Koury, se posicionando pela diferença¹¹¹ dos institutos, afirma que:

É preciso notar que, em determinadas circunstâncias, sócios, administradores e gerentes podem responder por dívidas da sociedade, medida que tem caráter excepcional e visa punir aqueles que tenham agido com excesso de poderes ou de maneira contrária à lei ou aos estatutos

com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. 5. Precedentes desta Corte Superior. 6. Embargos de Divergência rejeitados. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 174.532. Relator Ministro José Delgado. 18/06/2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=192396&num_registro=200001211480&data=20010820&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹¹¹ No mesmo sentido da autora: TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. Vol 1. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017; RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 109

Não há que se falar aqui em desconsideração da personalidade jurídica, pois ela não foi manipulada, não serviu como “véu” para que tais pessoas agissem e não pudessem ser responsabilizadas. Na realidade, foram aquelas pessoas que agiram de forma ilícita, sendo, por isso, responsabilizadas por má gestão.¹¹²

No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho esclarece que a teoria da desconsideração só é aplicável quando a personalidade jurídica é utilizada como obstáculo para a satisfação do credor¹¹³. No caso da responsabilidade tributária, isso não ocorre uma vez que o sócio se torna devedor direto, solidário, com a pessoa jurídica.

Há que se lembrar, ainda, o fato de que o surgimento da responsabilidade tributária prevista no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional é concomitante com o ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Trata-se de hipótese de responsabilidade tributária por substituição, na qual a responsabilidade é contemporânea ao fato gerador. Já o ato legitimador da desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer antes, durante ou depois do fato jurídico que gerou a dívida societária, já que não se exige concomitância desta última com o abuso de personalidade jurídica.

2.7 Código de Processo Civil de 2015 e a superação da lacuna legislativa

Com a construção doutrinária da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e posterior reconhecimento pelo legislador nacional das hipóteses que legitimam a sua aplicação no direito pátrio, não resta qualquer dúvida quanto a sua relevância como instrumento apto a coibir o uso abusivo da personalidade jurídica.

Ocorre que, apesar dos diversos dispositivos da legislação material contemplarem a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, a legislação processual permaneceu por muito tempo omissa quanto ao procedimento necessário para a aplicação do instituto, contribuindo para a insegurança jurídica daquelas pessoas sujeitas aos efeitos da desconsideração. Se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada de forma excepcional, e não por um mero inadimplemento¹¹⁴, até como estímulo ao

¹¹² KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2018. p 82.

¹¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol II. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

¹¹⁴ Ressalvado os casos em que a legislação adota a teoria menor da desconsideração, na qual o mero inadimplemento admite a desconsideração da personalidade jurídica, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor.

empreendedorismo, cabe ao ordenamento jurídico balizar o procedimento necessário para a sua aplicação.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015, em seus art. 133/137, de forma inovadora no direito brasileiro, traçou o regramento necessário para a efetivação da suspensão episódica dos efeitos da personalização, resguardando especialmente o princípio do contraditório e da ampla defesa das pessoas sujeitas à responsabilização da dívida da pessoa jurídica.

O legislador, ao estabelecer as formalidades do procedimento, fixando os poderes, as faculdades e os deveres dos sujeitos processuais vulneráveis ao pedido de desconsideração, demonstra o relevante papel que o processo exerce como organizador da desordem, tornando previsível a marcha processual¹¹⁵. Não se pode olvidar que o direito, ao reduzir as possibilidades de comportamento daqueles que atuam no processo, evita problemas decorrentes de incertezas, auxiliando o processo a atingir os seus objetivos¹¹⁶.

Carlos Alberto Alvaro Oliveira, ao destacar a importância do formalismo processual, destaca:

Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz, e nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia da liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado [...] a discricção do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito.¹¹⁷

A ausência de regulação expressa do procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica produzia justamente a situação de permitir uma condução diversa para a mesma situação fática, a depender do órgão julgador.

Diante da omissão legislativa que até então imperava, coube à doutrina subsidiar os órgãos jurisdicionais quanto às possíveis soluções para a hipótese, afinal, a ausência de previsão expressa quanto ao procedimento não poderia resultar na não aplicação da *disregard doctrine*, face o princípio do *non liquet*.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo valorativo. 4ª, ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 213.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo valorativo. 4ª, ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.

Por conseguinte, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, foram formadas duas posições principais para a hipótese¹¹⁸. A primeira delas se posicionando pela necessidade da desconsideração da personalidade jurídica se efetivar mediante o ajuizamento de ação autônoma. Já uma segunda posição considerava dispensável o ajuizamento de ação autônoma, permitindo que a desconsideração fosse aplicada incidentalmente, em processo já em trâmite.

Ada Pelegrini Grinover¹¹⁹ e Fábio Ulhoa Coelho¹²⁰ se filiaram à primeira posição, defendendo a necessidade de ajuizamento de ação específica para o possível reconhecimento de hipótese a legitimar a desconsideração da personalidade jurídica.

Defendem o entendimento sob o argumento de que a desconsideração implica na atribuição de responsabilidade patrimonial para quem não é sujeito passivo da relação de direito material. Destarte, só com a instauração de ação autônoma seria possível o pleno exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa pelo sócio, cumprindo assim o devido processo legal. Fábio Ulhoa Coelho, inclusive, ressalta a necessidade da instauração de ação específica mesmo para os casos de aplicação da teoria menor da desconsideração, na qual basta a mera insolvência da pessoa jurídica para possibilitar a responsabilização do sócio, como, por exemplo, acontece nas relações trabalhistas e nas demandas envolvendo direito do consumidor.

Já a segunda corrente, adotada por autores como Araken de Assis, Cândido Rangel Dinamarco e Pedro Henrique Torres Bianqui¹²¹, entende pela dispensabilidade do ajuizamento de ação específica para tal objetivo. Para os referidos autores, era possível a decretação da desconsideração da personalidade jurídica de forma incidental, em um processo já em curso. Isso não implicaria na mitigação do devido processo legal, com violação do contraditório e da ampla defesa. Caberia ao órgão jurisdicional preservar o direito de defesa das pessoas sujeitas à responsabilização patrimonial por obrigação da sociedade.

Pedro Bianqui, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, destaca que:

Não é somente no processo ou fase de conhecimento que o due process of law deve ser assegurado, como diz Carnelluti. Essa ideia de contraditório somente na fase cognitiva advém do irracional preconceito de que na execução não haja mérito. A

¹¹⁸ Também existia posição que exigia o ajuizamento de ação específica somente para algumas hipóteses, a exemplo da apuração de responsabilidade de administradores de sociedades sujeitas à liquidação extrajudicial. In: RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 179.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da personalidade jurídica (aspectos de direito material e processual). **Revista Forense** nº 371. p. 14-15.

¹²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

¹²¹ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 121.

impugnação e os embargos são processos autônomos (CPC, arts. 475-L e 745) e nos dois casos está o executado a mover uma ação, e portanto aquele que sofreu os efeitos executivos poderá trazer questões relacionadas ao mérito da execução, julgados nos embargos ou impugnação de mérito (CPC, arts. 475-L, VI e 745, V). Ainda no curso da própria demanda executiva se percebe a existência de contraditório, como se dá na chamada objeção de não executividade ou até mesmo mediante um incidente cognitivo instaurado para esse fim específico.¹²²

O Superior Tribunal de Justiça, instado a se manifestar sobre a questão, e resolvendo divergência existente entre tribunais de instâncias inferiores, consolidou o entendimento pela dispensabilidade do ajuizamento de ação autônoma para o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica, sendo possível a sua decretação de forma incidental em processo já em curso, inclusive em sede de execução¹²³.

Ademais, a Corte Superior também se posicionou pela dispensabilidade da citação prévia, admitindo o exercício do contraditório e da ampla defesa de forma diferida, posteriormente à desconsideração¹²⁴.

Como é fácil perceber, diante da lacuna legislativa sob questão procedimental tão relevante, coube ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar minimamente as balizas necessárias para a aplicação do instituto de direito material na seara processual, o que está longe de ser o ideal, já que antes da consolidação dos pontos acima indicados, os jurisdicionados ficavam sem a devida previsibilidade quanto ao procedimento a ser observado.

Mesmo diante das orientações firmadas pela Corte Superior, permaneciam dúvidas procedimentais, afetando gravemente o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas pessoas sujeitas à responsabilização patrimonial, o que não se coaduna com o modelo constitucional de processo vigente.

Destarte, a nova legislação processual, ao estabelecer o procedimento há muito tempo reclamado pela doutrina, prevendo de forma clara os mecanismos para instauração do incidente, além de resguardar o exercício do contraditório e da ampla defesa, concretizando assim o devido processo legal, cumpre o imprescindível papel exigido constitucionalmente.

¹²² BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119/120.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1572655**. Marco Antônio Barros de Oliveira e Diagnósticos da América S/A. Relator: Ricardo Villas Boas Cuevas. DJe 26/03/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80029333&num_registro=201501066681&data=20180326&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 476452**. Sérgio Mello Vieira da Paixão, Brazilian American Merchant Bank, BB Banco de Investimentos e ENCOL S/A Engenharia Relator para o acórdão: Luis Felipe Salomão. Dje 11.02.2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33066905&num_registro=200201363277&data=20140211&tipo=64&formato=PDF. Acesso em: 16 nov. 2018.

3. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E A SUA INFLUÊNCIA PARA A INSTITUIÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1. Os tradicionais modelos de estruturação do processo

A Constituição Federal de 1988 traz uma série de dispositivos que regulam expressamente o processo, assumindo papel decisivo na moldura a ser observada pelo legislador infraconstitucional na fixação do procedimento legal.

Nesse sentido, é possível citar a garantia de livre acesso à justiça (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, LIII), o devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI), da publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LV, e 93, IX), da fundamentação obrigatória das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), da assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV), da duração razoável do processo e do emprego dos meios que garantam a celeridade a sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII), entre outros.

Por conseguinte, face à grande quantidade de dispositivos reguladores do processo constantes do texto constitucional, é possível afirmar que existe no Brasil um modelo constitucional de processo a orientar decisivamente a atuação do legislador infraconstitucional. O Código de Processo Civil de 2015 retrata bem esse aspecto¹²⁵.

Diante desse quadro constitucional, faz-se imperiosa a análise dos tradicionais modelos de estruturação de processo reconhecidos pela doutrina, para que assim seja possível identificar se estes são capazes de descrever o atual modelo vigente no direito brasileiro, ou se é possível a identificação de um novo modelo de processo que melhor se compatibilize com a Constituição Federal de 1988. Trata-se de questão relevante para as conclusões do presente trabalho.

Tradicionalmente, no mundo ocidental, é identificada a existência de dois modelos de estruturação do processo: o modelo inquisitivo e o modelo adversarial. A identificação leva em consideração a distribuição de funções entre os sujeitos processuais, no que diz respeito à instauração, ao desenvolvimento e à conclusão do processo¹²⁶. Há que se ter em mente que a

¹²⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. O Compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o Processo Justo. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. Nº 75. Jan-Fev 2012. Disponível em: [http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=default.htm$vid=BDR:SP2). Acesso em: 04.11.2018

¹²⁶ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR, Fredie; et al (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 207.

distribuição das funções entre os sujeitos processuais está intimamente ligada à configuração do Estado, um dos fatores culturais que mais influenciam o processo civil.

O modelo adversarial é comumente apontado para os países que adotam o sistema do *common law*. Já o modelo inquisitorial é tradicionalmente identificado com os países que adotam o *civil law*.

Não obstante a existência da divisão classificatória, é importante registrar desde já que não existem modelos exclusivamente puros, sendo que a análise do texto constitucional e da legislação infraconstitucional de um determinado ordenamento jurídico deve levar em consideração as características preponderantes adotadas para identificação do modelo que prevalece¹²⁷.

A ausência de pureza dos modelos leva Michele Taruffo a defender que essa classificação está superada. Afirma que mesmo em países do *common law* é possível a identificação de processos com características inquisitoriais, com participação ativa do magistrado. E nos países da tradição do *civil law*, diante das garantias e dos princípios constitucionais, que resultam em sérios limites à posição de superioridade do órgão julgador, não se pode reconhecer o seu caráter inquisitivo¹²⁸.

Destarte, Taruffo se posiciona no sentido de que muitas mudanças ocorreram em diversos ordenamentos jurídicos, não sendo mais admissível a defesa da contraposição entre o modelo inquisitorial e adversarial como originalmente concebida, estando a classificação envelhecida, não servindo para identificação dos aspectos mais relevantes dos sistemas processuais atuais¹²⁹.

Apesar da importância e da pertinência dos argumentos de Michele Taruffo, o estudo dos modelos tradicionalmente indicados pela doutrina continua sendo extremamente relevante para a compreensão da feição dos regimes adotados pelos ordenamentos jurídicos de cada comunidade, permitindo o conhecimento da ideologia inerente, se mais liberal ou se de feição mais intervencionista.

Ademais, esse conhecimento, especialmente das suas fragilidades, possibilita o desenvolvimento e a defesa de um novo modelo, mais consentâneo com a realidade verificada em um determinado ordenamento jurídico.

¹²⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 66.

¹²⁸ TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 36. 2001. p. 32.

¹²⁹ TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 36. 2001. p. 33.

3.1.1. Modelo Adversarial

O modelo adversarial, também conhecido como modelo dispositivo, é comumente relacionado aos países da tradição jurídica do *common law*. A sua principal característica é o reconhecimento da preponderância da atuação das partes na condução do processo, assumindo o papel de verdadeiros competidores. O órgão jurisdicional permanece em situação de relativa passividade, mantendo como principal função dar a palavra final sobre a disputa¹³⁰.

Michele Taruffo afirma que:

*Nel tradizionale modello adversarial del processo la figura del giudice era quella di un "arbitro passivo", di un umpire disinformato e disinteressato, oltre che neutrale, che aveva la sola ed esclusiva funzione di assistere al libero scontro delle parti garantendone la correttezza e sanzionando i comportamenti unfair o illeciti.*¹³¹

Como corolário lógico do papel do órgão jurisdicional, o modelo adversarial prima pela concessão de tratamento igualitário entre as partes do processo, que passam a ter os mesmos direitos e deveres processuais.

Nele não existe uma maior preocupação com a obtenção da verdade. Seu objetivo principal é garantir a igualdade na disputa, visando com isso assegurar uma competição equilibrada entre os litigantes. A passividade do magistrado é requisito para sua imparcialidade, com vistas a garantir a justiça da decisão¹³². Há que se destacar, inclusive, que pretendeu-se mecanizar a atividade do julgador, para limitá-lo ao papel de boca da lei, tornando a interpretação do direito um procedimento lógico-formal, através do dogma da subsunção¹³³. É

¹³⁰ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR, Fredie; et al (coord.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 208.

¹³¹ TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 36. 2001. p. 34.

¹³² CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?. **Revista de Processo**. Vol. 249/2015. Nov. 2015. Disponível em:

<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000167c992bd67b6f7d6b0&docguid=Idcaf4830a86b11e5a10d010000000000&hitguid=Idcaf4830a86b11e5a10d010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso: 12 out. 2018.

¹³³ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; Coitinho, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do estado do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo código de processo civil. **Revista de Processo**. Vol. 254/2016. p. 45 – 71. Abr/2016. DTR\2016\19684.

um modelo que se pauta essencialmente pela garantia de igualdade das partes e imparcialidade do órgão julgador¹³⁴.

Não se pode olvidar que a igualdade propugnada pelo modelo é de índole puramente formal, não se preocupando com eventuais desigualdades materiais entre os litigantes. Essas desigualdades são questões extraprocessuais, não podendo impactar na atuação do órgão julgador. É a aplicação prática das regras do *laissez-faire*, que possuem como premissa a não intervenção do Estado, valorizando a liberdade de iniciativa dos indivíduos.

Assim, para o referido modelo, não se pode admitir que o órgão julgador providencie qualquer auxílio, mesmo para uma parte hipossuficiente, uma vez que impactaria na imparcialidade do órgão jurisdicional¹³⁵.

Diante da posição de maior passividade do órgão julgador no modelo adversarial, com a valorização da autonomia privada dos litigantes, cabe as estes precipuamente a condução do processo, desde a instauração do litígio, com a definição do objeto litigioso, até mesmo a condução do procedimento, com a definição da matéria probatória que será levada ao conhecimento do juízo. Nessa linha, a doutrina identifica traços adversários no processo de execução fiscal, no que diz respeito ao exercício do contraditório pelo executado. É a hipótese dos embargos à execução fiscal, pelo qual o devedor deverá garantir a execução, para assim poder trazer todos os seus argumentos de defesa¹³⁶.

O modelo rechaça fortemente a possibilidade de o órgão jurisdicional atuar na produção de provas, por entender que essa atuação implicaria em sério comprometimento à atuação do julgador¹³⁷. Para ilustrar essa visão quanto ao tema, Eduardo José Fonseca da Costa destaca que é impossível investigar o mundo intrapsíquico do julgador para verificar se a produção de provas determinada de ofício foi realizada de maneira imparcial ou se em verdade destinada a favorecer alguma das partes. Destarte, o controle dos poderes instrutórios do juiz não pode ser realizado a partir de elementos anímicos. O juiz mais do que imparcial deve ser imparcial, razão pela qual uma prova produzida pelo magistrado que objetivamente tenha

¹³⁴ VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (Coord). **Proceso Civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 227.

¹³⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 72.

¹³⁶ SANTIAGO, Júlio Cesar. A influência do novo CPC na cobrança judicial do crédito tributário. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC**: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 28.

¹³⁷ VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (Coord). **Proceso Civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 240.

favorecido a alguma das partes é nula. Por conseguinte, conclui-se que “não existe exercício de poderes instrutórios bacteriologicamente assépticos”¹³⁸.

É fácil perceber que no modelo adversarial existe grande valorização da autonomia privada, com o processo pertencendo verdadeiramente aos litigantes, restando pouca relevância para o juiz no debate travado pelas partes no curso da marcha processual¹³⁹.

Há que se ressaltar, ainda, que o modelo adversarial constitui um dos pilares do movimento doutrinário denominado de garantismo processual¹⁴⁰, que tem sua origem relacionada a Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”¹⁴¹. A noção de garantismo processual ganha especial relevância diante de um cenário como o brasileiro, onde é tão difundida a ideia de ativismo judicial.

O garantismo processual se contrapõe fortemente a posições ativistas do Poder Judiciário, especialmente diante da compreensão de que o processo deve ser conduzido através do modelo adversarial, com enfoque no papel das partes, não restando ao órgão julgador atribuições probatórias.

Adolfo Alvarado Velloso, grande expoente do garantismo processual na América Latina, define o movimento da seguinte maneira:

El *garantismo procesal* es una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales.¹⁴²

Obviamente que nenhuma corrente jurídica minimamente séria, nos dias atuais, pode defender que a aplicação do direito possa ser realizada em contrariedade com as disposições constitucionais. Entretanto, existem variações quanto ao foco que deve ser conferido na concretização do texto constitucional.

Para o garantismo processual, as garantias constitucionais que devem ser focadas na realização do direito são essencialmente aquelas relacionadas à cláusula do devido processo

¹³⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, 2015. p. 155/156.

¹³⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 77.

¹⁴⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 157.

¹⁴¹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 85

¹⁴² VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 85.

legal, e os princípios dele decorrentes, como o contraditório, ampla defesa, imparcialidade do órgão julgador, legalidade, motivação das decisões judiciais, entre outros¹⁴³. Somente com a observância dessas garantias é que o Poder Judiciário estará concretizando a realização de justiça¹⁴⁴.

Por conseguinte, no garantismo processual, entres os três institutos fundamentais da ciência processual (ação, jurisdição e processo), o processo é que tem relevância mais acentuada, diante da preponderância conferida à atuação das partes para a construção da decisão judicial.

3.1.2. Modelo inquisitorial

O modelo inquisitorial parte de premissas diametralmente opostas às estabelecidas pelo modelo adversarial. Nele o órgão jurisdicional não tem como característica a passividade na marcha processual, aguardando a atuação das partes para a condução do feito. Muito pelo contrário. O juízo passa a ter um papel ativo na condução do processo.

É possível afirmar que a característica que desponta precipuamente no modelo inquisitivo é concernente aos poderes do órgão jurisdicional, que passa a ter amplas prerrogativas na condução do procedimento. O magistrado tem o poder de impulso oficial do feito, de conhecer de ofício questões não alegadas pelas partes, e especialmente passa a ter poderes de instrução probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício.

Enquanto no sistema adversarial o órgão julgador se contenta com a verdade formal, já que as matérias a serem apreciadas pelo juízo, bem como produção probatória, são tarefas a serem exercidas pelos litigantes, o modelo inquisitivo trabalha em base diversa. Neste, o órgão julgador busca a verdade dos fatos, requisito indispensável para uma decisão justa, o que acaba lhe conferindo poderes para produção probatória de ofício. O julgador assume uma posição de superioridade em relação às partes¹⁴⁵.

Diante do seu amplo poder instrutório, e sendo responsável pela busca da verdade com vistas a aplicar o direito objetivo, as partes ficam sujeitas ao poder estatal, inclusive quanto à necessidade do fornecimento de elementos a critério do julgador, mesmo em hipóteses que tais

¹⁴³ RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **Revista da AGU**. Ano 09, nº 24, abr./jun. 2010. p. 98.

¹⁴⁴ RAMOS, Glauco Gumerato. Expectativas em torno do Novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 213-225, abr./jun. 2015. p. 220.

¹⁴⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 134.

elementos prejudiquem a parte obrigada. As partes passam a ser vistas como fonte de informação para o órgão jurisdicional, situação que denota a preponderância do órgão julgador sobre elas¹⁴⁶. Por colocá-lo na posição de senhor do processo, o modelo inquisitorial abre espaço para decisionismos e subjetivismos do órgão julgador, conferindo uma feição autoritária ao processo¹⁴⁷.

Especificamente quanto ao processo judicial de cobrança do crédito tributário, regulado pela Lei 6.830/80, a doutrina pontua a sua feição especialmente inquisitorial, uma vez que o juiz assume grande protagonismo na condução do processo. Destaca, como exemplo, o art. 7º da LEF, que permite que o despacho inicial do juiz defira a um só tempo a ordem para citação do executado, a penhora dos seus bens, caso ele não pague ou garanta a dívida no prazo de 5 (cinco) dias, arreste os bens, se ele não for encontrado, registre-os e os avalie¹⁴⁸.

Apesar de todo o protagonismo assumido pelo órgão jurisdicional na condução do processo no modelo inquisitivo, não se pode olvidar que ele não ocorre de forma absoluta. Com efeito, os litigantes permanecem com protagonismo em relação a pontos importantes do procedimento, a exemplo de terem a prerrogativa de dar início ao processo através da propositura da demanda. Por essa razão é que a doutrina afirma que não existem modelos processuais completamente puros, uma vez que existem pontos nos quais prevalecerão aspectos inquisitivos e, em outros pontos, aspectos dispositivos¹⁴⁹.

No modelo inquisitorial, o processo ganha feição publicista diante dos amplos poderes conferidos ao órgão julgador, em posição de superioridade em relação às partes, sendo o modelo processual que se adéqua ao ativismo judicial.

O ativismo judicial pugna por um papel atuante do órgão jurisdicional na realização da justiça. Não a justiça visualizada pelo garantismo processual, focada na fiel observância do devido processo legal e seus consectários, mas sim a justiça no sentido de justo, que busca a

¹⁴⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.152.

¹⁴⁷ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COITINHO, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do estado do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo código de processo civil. **Revista de Processo**. Vol. 254/2016. p. 45 – 71. Abr/2016. DTR\2016\19684.

¹⁴⁸ SANTIAGO, Júlio Cesar. A influência do novo CPC na cobrança judicial do crédito tributário. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 27. No mesmo sentido: QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: RODRIGES, Marco Antônio; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Processo tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 505.

¹⁴⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 66.

verdade real. Como destaca Jorge W. Peyrano, o ativismo judicial confia nos magistrados, razão pela qual lhe atribui tantos poderes¹⁵⁰.

3.2. A incompatibilidade dos modelos tradicionais com a Constituição Federal de 1988

Em que pese a inegável relevância histórica dos tradicionais modelos de processo, eles já não se mostram suficientes para a descrição do modelo atual do processo civil que vigora no Brasil. Diante da riqueza de regimes de estruturação do processo existentes pelo mundo, restringir a classificação a só dois tipos se mostra conduta simplória, que não se compatibiliza com o estágio atual do desenvolvimento da ciência processual.

Por essa razão é que parcela significativa da doutrina¹⁵¹, mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, já defendia a insuficiência dos modelos adversarial e inquisitorial¹⁵² para descrever o estágio vivido pelo processo civil pátrio. Já se defendia, com base no texto constitucional, a existência de um terceiro modelo, qual seja, o modelo cooperativo, também denominado de participativo.

O modelo adversarial é marcado essencialmente pela supremacia dos litigantes na condução do processo, restando ao julgador o papel de mero espectador privilegiado diante da atuação das partes. A situação de passividade só desaparece no momento da decisão. Ocorre que a passividade do julgador durante todo o procedimento não se compatibiliza com os valores consagrados constitucionalmente. Se a passividade é uma marca própria dos Estados liberais, a Constituição Federal de 1988, bem ou mal, consagrou outros valores, a exigir uma atuação concreta do Poder Público, o que inclui o Poder Judiciário, na realização das suas obrigações constitucionais, a exemplo da redução das desigualdades sociais e tantos outros direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Destarte, um modelo puramente adversarial não se mostra compatível com os princípios fundamentais consagrados pela Lei Fundamental, que não permite uma postura passiva do órgão julgador a possibilitar uma decisão materialmente injusta¹⁵³.

¹⁵⁰ PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 6.

¹⁵¹ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Activismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 211; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual.

¹⁵² Daniel Mitidiero trabalha com a ideia de modelos de processo isonômico e assimétrico, ao invés de modelos adversarial e inquisitorial. In: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 73.

¹⁵³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**.

Da mesma forma, o modelo inquisitivo apresenta peculiaridades que impossibilitam o reconhecimento da sua perfeita compatibilidade com o texto constitucional. Embora nesse modelo o magistrado possua um papel atuante na condução do feito, que até lhe permite a busca por uma decisão justa, compatível com os valores consagrados constitucionalmente, ele ignora balizas fundamentais, de caráter procedimental, quanto à necessidade de observância do regime democrático estabelecido pela Constituição Federal de 1988. O prejuízo ao caráter democrático no modelo inquisitivo ocorre pelo fato de o órgão julgador estar em posição de superioridade em relação às partes, que se tornam meros coadjuvantes, prejudicando seriamente o diálogo processual.

Não se pode perder de vista que o Poder Judiciário é o único dos poderes da República que não é formado por representantes eleitos pelo povo. A sua forma de ingresso ocorre através de concurso público ou através de indicações políticas. Por conseguinte, assume especial relevância o estabelecimento de canais sinceros de diálogo, como forma de legitimar o próprio exercício da função jurisdicional, que não pode admitir a preponderância de nenhum dos sujeitos processuais no momento do debate processual. A figura triangular da relação processual, com o juiz estando no seu ápice, não é adequada para descrever o atual modelo de processo existente no Brasil.

Diante desse quadro é que a doutrina nacional, com base em experiências europeias, em especial da Alemanha e de Portugal¹⁵⁴, passou a defender que no direito brasileiro vigora o modelo de processo cooperativo. Trata-se de modelo que apresenta características diversas das apresentadas pelos anteriores.

3.3. O fenômeno da constitucionalização do direito processual e o relevante papel do legislador infraconstitucional

Para a exata compreensão do modelo cooperativo de processo inaugurado pela Constituição Federal de 1988, impõe-se inicialmente tecer considerações a respeito do fenômeno da constitucionalização do direito, que influi decisivamente na interpretação que deve ser feita da legislação infraconstitucional.

De início, é importante ressaltar que a expressão constitucionalização do direito é plurissignificativa, o que impõe desde já o esclarecimento do sentido em que utilizado no presente trabalho, evitando-se com isso possíveis problemas quanto à compreensão do seu uso.

¹⁵⁴ THEODORO JR, Humberto; et. al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 101.

Riccardo Guastini, por exemplo, destaca que o fenômeno pode ser entendido em pelo menos quatro sentidos diferentes¹⁵⁵.

O primeiro sentido possível é aquele em que o fenômeno se refere à introdução pela primeira vez, em um determinado ordenamento jurídico, de uma Constituição escrita. Para essa visão do fenômeno, enquanto não introduzida a primeira Constituição escrita, não se poderia falar em constitucionalização do ordenamento jurídico pelo simples fato de sequer existir tal documento¹⁵⁶.

Em um segundo sentido, a constitucionalização do direito se refere ao processo histórico-cultural que converte em vínculo jurídico a relação estabelecida entre os detentores do poder político e aqueles que estão sujeitos a esse poder. Aqui não se faz imprescindível uma Constituição escrita para a configuração do fenômeno, assim diferindo do primeiro sentido apresentado. O caso inglês é um exemplo, já que nessa sociedade não existe uma Constituição escrita¹⁵⁷.

Uma terceira hipótese de utilização é para descrever o recente movimento visto em várias Constituições pelo mundo, a exemplo da portuguesa de 1976, da espanhola de 1978 e da brasileira de 1988, de introdução de matérias próprias do direito infraconstitucional no texto das constituições¹⁵⁸.

Malgrado a importância, em maior ou menor grau, de todos eles para a descrição de movimentos específicos, o fenômeno da constitucionalização do direito ora empregado não se identifica com nenhum deles.

Riccardo Guastini, ao tratar da constitucionalização do direito no sentido que interessa ao presente trabalho, afirma que:

[...] fala-se atualmente em constitucionalização para se entender um processo de transformação de um ordenamento jurídico, ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais. Um

¹⁵⁵ GUASTINI, Ricardo. A “Constitucionalização” do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coord). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 271.

¹⁵⁶ GUASTINI, Ricardo. A “Constitucionalização” do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coord). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 271.

¹⁵⁷ GUASTINI, Ricardo. A “Constitucionalização” do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coord). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 271/272.

¹⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 21-65, out./dez. 2005. p. 34.

ordenamento jurídico constitucionalizado é caracterizado por uma Constituição extremamente invasora, expansiva.¹⁵⁹

Destarte, a característica marcante desse fenômeno é a irradiação dos efeitos das normas constitucionais sobre as demais disciplinas jurídicas, o que inclui o direito processual civil. Como bem destaca Cassio Scarpinella Bueno, o direito processual civil não pode ser tratado a partir do Código de Processo Civil ou mesmo de leis processuais extravagantes. A leitura inicial deve ser feita a partir do texto constitucional, que verdadeiramente estabelece como o processo civil deve ser. A Constituição Federal é que define o modelo constitucional do processo civil brasileiro, sendo o ponto de partida, e eixo sistemático, a respeito de qualquer reflexão do processo civil¹⁶⁰.

Cândido Dinamarco afirma que o processualista moderno percebeu que o processo deve estar a serviço da ordem constitucional, refletindo o regime democrático consagrado pelo texto constitucional, com ênfase na liberdade, na igualdade e na participação em contraditório¹⁶¹.

Há que se ter em mente que o constitucionalismo foi um movimento que surgiu como reação aos abusos do poder estatal. Através da instituição das primeiras constituições escritas, objetivou-se estabelecer um limite para a intervenção do poder público na vida, no patrimônio e na liberdade dos cidadãos.

Ocorre que no decorrer da evolução histórica, com a percepção de que o Estado não poderia ficar restrito a um papel meramente passivo na proteção de direitos, mas, ao contrário, também deveria atuar concretamente, através de uma postura ativa, os textos constitucionais passaram a ser permeados por princípios gerais e disposições programáticas que exigem concretização por parte do legislador e dos órgãos estatais, aí incluído o Poder Judiciário.

Paradoxalmente, por mais que se entendesse a importância da inclusão dos referidos elementos nos textos constitucionais, por muito tempo eles tiveram sua aplicação condicionada à superveniência de leis infraconstitucionais que permitissem a sua concretização. Ou seja, a efetividade das disposições constitucionais ficava condicionada à “boa vontade” dos poderes constituídos, em especial do Poder Legislativo, para a sua concretização.

¹⁵⁹ GUASTINI, Ricardo. A “Constitucionalização” do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coord). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 272.

¹⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111/112.

¹⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

A constitucionalização do direito rompe justamente com essa premissa, já que a aplicabilidade do texto constitucional passa a ser uma obrigação de todos, uma vez que reconhecida de forma definitiva a força normativa da Constituição.

É importante perceber que o verdadeiro reconhecimento da força normativa da Constituição no Brasil é fenômeno decorrente da Constituição de 1988, já que antes disso vivíamos momentos de verdadeira insinceridade constitucional¹⁶². A nossa história é pródiga de exemplos de disposições constitucionais que eram solenemente ignoradas, por mais claras que fossem. O texto constitucional de 1824, por exemplo, continha regra que estabelecia que a lei seria igual para todos. Ocorre que nesse mesmo período vigorava no Brasil o voto censitário e a escravidão, o que demonstra que a previsão da igualdade era desprovida de qualquer efeito real. A Constituição de 1969, época da ditadura militar, estabelecia a liberdade de pensamento para os meios de comunicação, o que a toda evidência não foi observado, diante do grande controle estatal sobre o que podia, ou não, ser divulgado.

Assim, por mais que ainda existam disposições constitucionais longe de concretização plena, a Constituição de 1988 representa marco histórico no constitucionalismo brasileiro, por propiciar, de forma efetiva, que as disposições constitucionais possam sair do papel para ganharem vida.

Se antes da Constituição Federal de 1988 o cenário era de autocontenção do Poder Judiciário em relação a temas próprios dos Poderes Legislativo e Executivo, diante do crescente reconhecimento da força normativa da Constituição, é cada vez mais comum a aplicação direta das disposições constitucionais pelo Poder Judiciário aos mais variados casos, o que demonstra a forte expansão do direito constitucional.

Virgílio Afonso da Silva, em significativa lição para o presente trabalho, faz importante esclarecimento do fenômeno, ao destacar que não é só o Poder Judiciário o responsável pela constitucionalização do direito, com a aplicação das normas jurídicas com máxima observância do texto constitucional. O Poder Legislativo também exerce papel decisivo na questão, sendo a mais efetiva e menos traumática forma de concretização do fenômeno. É fundamental perceber que através de reformas da legislação infraconstitucional, com a absorção dos valores constitucionais, o ordenamento jurídico da comunidade passa a refletir o texto constitucional¹⁶³.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Ed: FGV: São Paulo, 2017. p. 29.

¹⁶³ SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros editores, 2005. p. 39.

Nessa linha, diante do caráter impositivo de todas as disposições constitucionais, cabe ao Poder Legislativo zelar pelo seu efetivo cumprimento, com a edição de legislação infraconstitucional que efetivamente garanta o atendimento das previsões da Lei Fundamental¹⁶⁴.

Como corolário lógico dessas premissas, o Código de Processo Civil de 2015 foi elaborado com forte preocupação de guardar compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, ratificando a necessidade do processo de filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico. Na exposição de motivos pela Comissão de Juristas responsável pela apresentação do projeto da nova codificação, foi destacada como um dos objetivos da nova legislação a necessidade de “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”¹⁶⁵.

Demonstrando essa visão, a codificação, já em seu art. 1º, estabelece de forma paradigmática que “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”.

O dispositivo está inserido em capítulo pioneiro da legislação nacional, que, inspirado no código de processo civil português, estabelece as normas fundamentais do processo civil. Trata-se de norma fundamental porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro, funcionando como orientação para a compreensão das demais normas jurídicas do processo civil¹⁶⁶.

Em que pese o art. 1º do Código de Processo Civil não estabelecer uma verdadeira novidade, afinal, diante da compreensão atual do papel que os textos constitucionais exercem no ordenamento jurídico, pela qual as normas inferiores sempre devem ser ordenadas, disciplinadas e interpretadas de acordo com a Constituição, o dispositivo tem caráter paradigmático diante de uma carta constitucional com forte apelo processual.

Fredie Didier Jr., ao comentar o dispositivo, afirma que:

Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas do direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 439 e 1177.

¹⁶⁵ BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7ª. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 08/10/2018. p. 24.

¹⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

constitucionais processuais, todas orbitando em torno do devido processo legal, também de natureza constitucional.
 Ele é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição.
 E isso não é pouca coisa.¹⁶⁷

Hermes Zaneti Júnior, ao reafirmar o movimento de constitucionalização do direito processual, defende que:

Não se pode admitir que ocorra, portanto, qualquer contrariedade entre a Constituição, sua ideologia democrática e o processo civil legislado infraconstitucionalmente, muito menos o praticado no fórum e nos altos pretórios. Não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei. Esse é um falso paradoxo. Todo processo judicial ou de direito processual é constitucional.¹⁶⁸

Por conseguinte, o direito processual civil está diretamente orientado pelas disposições constitucionais processuais, razão pela qual a sua conformação pelo legislador infraconstitucional deve observar todas as condicionantes estabelecidas pela Lei Fundamental.

Eduardo Cambi ressalta que Constituição e processo se relacionam tanto de forma direta como de forma indireta. A relação direta ocorre quando a Lei Fundamental fixa direitos e garantias processuais, quando estabelece a estrutura das instituições essenciais para o funcionamento da justiça, bem como quando regula as formas de controle de constitucionalidade. Já a relação indireta ocorre quando a legislação processual estabelece regras processuais específicas para a defesa de determinados bens ou sujeitos tutelados especificamente pela Constituição, a exemplo dos direitos coletivos ou de pessoas em situação de vulnerabilidade, como é o caso de crianças e idosos¹⁶⁹.

Especificamente quanto à relação direta estabelecida entre a Constituição e o direito processual, assume especial relevância a previsão da Carta Cidadã de 1988, constante do art. 5º, inciso LV, que assegura a todos os litigantes no processo judicial o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes. Com efeito, o dispositivo constitucional impõe ao legislador o dever de garantir em todos os processos judiciais a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa, sob pena de o processo judicial estar em desconformidade com os ditames da Lei Fundamental.

¹⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 47.

¹⁶⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 162.

¹⁶⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. p. 93.

Não se pode perder de vista que a Carta Cidadã de 1988 representou uma mudança de regime. Ela veio para suplantar definitivamente o regime ditatorial anterior, inaugurando o Estado Democrático de Direito no Brasil, onde a participação popular na manifestação dos poderes estatais é requisito imprescindível para sua higidez.

O Estado Constitucional de Direito não se satisfaz com a mera submissão dos governantes e governados ao direito, isso porque ele também exige a abertura para a participação da sociedade na gestão dos poderes estatais, reforçando o caráter democrático do Estado¹⁷⁰.

É cediço que as manifestações do Poder Judiciário são realizadas através de um instrumento específico, qual seja, o processo judicial. O processo judicial, para estar de acordo com a Constituição Federal de 1988, precisa necessariamente ser desenvolvido com bases democráticas, o que só acontecerá quando o procedimento respeitar o efetivo contraditório e a ampla defesa das partes.

Fredie Didier Jr. expõe que:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.¹⁷¹

Destarte, somente através do direito de participação efetiva dos litigantes durante toda a marcha processual é que estará o Poder Judiciário resguardando o princípio democrático no exercício do seu poder de solucionar os casos concretos postos a julgamento.

Justamente com base na feição democrática estabelecida pela Lei Fundamental é que o novo Código de Processo Civil foi alicerçado, com a forte preocupação de garantir efetivamente o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Demonstrando essa preocupação, a nova codificação estabeleceu dentre as normas fundamentais do processo civil uma série de dispositivos que procuram resguardar a efetiva observância do direito de participação das partes na manifestação do poder estatal.

Com efeito, dentro das suas normas fundamentais, o atual Código de Processo Civil prevê em seu art. 7º a necessidade de paridade de tratamento das partes, cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Também estabelece em seu art. 9º, como regra, a necessidade de

¹⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 57.

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 78.

prévia oitiva da parte para que seja proferida decisão contra ela. Fixou ainda, no art. 10, a impossibilidade do proferimento de decisão, mesmo em questões conhecíveis de ofício, com base em fundamento a respeito do qual as partes nunca tenham se pronunciado. Todas essas previsões legais caminham no mesmo sentido, qual seja, a ampliação do caráter democrático do processo, com a devida valorização do princípio do contraditório.

Não se pode olvidar que o direito se manifesta através da linguagem, visando sempre regular a conduta humana, direcionando e influenciando comportamentos¹⁷². Nesse sentido, o direito pretende orientar os comportamentos dos membros da comunidade, buscando concretizar os valores que pretende implantar na sociedade¹⁷³. Essa orientação, especialmente nos países da tradição do *civil law*, como é o caso do Brasil, é feita através dos textos jurídicos insertos nos diplomas legais, que exercerão o papel de influenciar as condutas dos indivíduos de uma determinada comunidade.

Gregorio Robles destaca que o direito nasce de decisões, sendo estas as responsáveis pela criação dos textos jurídicos, ponto de partida para a obtenção da norma jurídica. As decisões que resultam na criação do direito podem ser tanto de ordem extrassistêmica como de ordem intrassistêmica. A primeira é a decisão constituinte, que gera o nascimento da nova ordem, enquanto a segunda é a decisão constituída, que pressupõe a existência da ordem jurídica. O autor espanhol destaca que o poder constituinte toma a decisão que constitui o novo ordenamento jurídico, consubstanciado através da Constituição. E mais: além de estabelecer a forma de governo, os poderes constituídos, as competências e os procedimentos para decidir, a Constituição também estabelece, com ampla margem de decisão, os critérios materiais (critérios de justiça) que irão orientar as suas decisões intrassistêmicas e que influenciarão a nova ordem¹⁷⁴.

Nesse sentido, com a opção do Poder Constituinte de conferir alta relevância aos mecanismos de participação social na formação das manifestações de poder por parte do Estado, cabe a ordem intrassistêmica, dentro do espaço de conformação que possui o legislador infraconstitucional, estabelecer os mecanismos que permitam concretamente a observância do ideário constitucional.

¹⁷² IVO, Gabriel. O Direito e a sua Linguagem. **Direito Tributário e os novos horizontes do processo** – XII Congresso Nacional de Direito Tributário. IBET, 2015, p. 537/538.

¹⁷³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34.

¹⁷⁴ ROBLES, Gregorio. **El Derecho como texto**. (Cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho). Madrid: Civitas, 1998.

Justamente sob essa orientação, especialmente no aspecto atinente à necessidade de valorizar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é que foi instituído pela nova codificação um procedimento específico para aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica, solucionando o problema antigo de falta de regramento processual para sua aplicação. Face à ausência, até o advento do CPC de 2015, de uma disciplina processual específica para a questão, era comum que pessoas sujeitas aos efeitos da desconconsideração questionassem o procedimento utilizado no caso concreto por inobservância do contraditório e da ampla defesa.

Na exposição de motivos da comissão de juristas responsável pela apresentação do projeto, foi ressaltada a necessidade de se concretizar os princípios constitucionais, através da criação de um “procedimento com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconSIDERA a pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou ‘às avessas’”¹⁷⁵. Ou seja, a legislação foi editada com nítido intuito de se aproximar da exigência constitucional, sendo típico caso de constitucionalização do direito realizado pelo legislador. Como destacado por Guilherme Calmon, a nova disciplina legal se insere claramente no movimento da constitucionalização do direito processual¹⁷⁶.

Portanto, atualmente não pode subsistir qualquer dúvida quanto à influência que o texto constitucional exerce sobre todos os ramos do direito, aspecto fortemente enfatizado com a edição do Código de Processo Civil de 2015.

3.4. Modelo cooperativo de processo: a expressa opção do legislador brasileiro pela valorização do caráter democrático do debate

O modelo cooperativo de processo surge para contrapor os modelos adversarial e inquisitorial, que não se mostram mais aptos à descrição do paradigma processual instituído pelo texto constitucional de 1988. Ele surge da releitura constitucionalizada do processo, baseado na ideia do contraditório como garantia de influência e não surpresa¹⁷⁷.

¹⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7ª. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 08/10/2018. p. 26.

¹⁷⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica**. Revista de Processo | vol. 262/2016 | p. 61 - 85 | Dez / 2016. Disponível em: <<https://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016a3733a6cc9acaaef&docguid=Id9e48110f25411dfab6f01000000000&hitguid=Id9e48110f25411dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso: 14 jan. 2019.

¹⁷⁷ THEODORO JR, Humberto; et. al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 108.

Primeiramente faz-se mister ressaltar que a cooperação deve ser entendida como indutora de relevante modificação no processo civil, com o abandono da centralidade da figura do julgador, para a instauração de uma verdadeira comunidade de trabalho, onde é ressaltado o policentrismo processual¹⁷⁸. A jurisdição deixa de ocupar o polo metodológico da ciência processual, dando lugar ao instituto do processo¹⁷⁹.

Para a exata compreensão do que aqui se afirma, é importante ter em mente que por muito tempo o julgador ocupou uma posição de superioridade em relação aos demais sujeitos processuais, deixando clara a existência de uma posição verticalizada de poder entre governantes, no caso o órgão jurisdicional, e governados, no caso as partes do processo¹⁸⁰.

Era comum a ilustração da relação processual estabelecida entre as partes e o órgão julgador através da figura geométrica do triângulo, com o Estado-juiz ocupando a posição de vértice. Ocorre que com o advento do Estado Constitucional, além da submissão dos governantes e governados ao direito, existe a abertura para a participação da sociedade na gestão dos poderes estatais, reforçando o caráter democrático do Estado¹⁸¹.

A democracia deixa de ser realizada exclusivamente através da forma representativa, na qual caberia unicamente aos representantes eleitos pelo povo manifestar a vontade da sociedade. Atualmente ela exige cada vez mais uma participação efetiva dos cidadãos, prevendo mecanismos que permitem a interferência direta da sociedade na formação da vontade estatal¹⁸².

Como corolário lógico dessa percepção a respeito da democracia, os membros da sociedade deixam de ser meros destinatários das normas jurídicas para também serem seus autores, de modo a influenciar diretamente o resultado interpretativo produzido pelo órgão jurisdicional. As decisões judiciais passam a ser construídas através de uma atividade conjunta entre os sujeitos processuais, deixando de ser o magistrado o autor único e solitário de suas decisões¹⁸³.

¹⁷⁸ THEODORO JR, Humberto; et. al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 88.

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 45/46.

¹⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 57.

¹⁸¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

¹⁸² CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades do Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 107.

¹⁸³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81257>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

Para isso, faz-se indispensável, como forma de conferir legitimidade às imposições estatais, a necessidade de instauração de instâncias discursivas participativas¹⁸⁴, o que traz consequências relevantes para o processo civil, em especial na forma de condução do processo pelo órgão julgador.

Com base nessas premissas, a condução do processo passa a ocorrer de forma isonômica, estabelecendo um constante contato entre o órgão julgador e as partes, produzindo um processo paritário no diálogo e assimétrico na decisão¹⁸⁵.

A tradicional representação da relação processual com a figura geométrica do triângulo é substituída pela percepção de que a relação estabelecida entre os sujeitos processuais deve ser vista em perspectiva paralela, estando o julgador e as partes no mesmo plano.

Eduardo Grasso pontua que:

In questo quadro, che ha soltanto un valore indicativo, è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: ala tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele. Le attività dei tre soggetti, nell'intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in unica forza operosa (unus actus) che penetra nella materia alla ricerca della verità.¹⁸⁶

A necessidade de condução do processo de forma isonômica significa que o juiz deve pautar a direção do processo através do constante diálogo com as partes, permitindo que elas possam se manifestar sobre todas as questões processuais e materiais da demanda, influenciando a sua decisão. Chega-se à conclusão, inclusive, de que o juiz é um dos sujeitos do contraditório¹⁸⁷.

A inclusão do juiz como um dos sujeitos do contraditório não é ponto pacífico na doutrina. Lúcio Delfino defende a impossibilidade de o juiz integrar o contraditório. Afirma que o juiz não se encontra em situação paritária com as partes porque ele não é destinatário dos atos decisórios. Se o julgador mantivesse diálogo paritário com as partes, a sua imparcialidade

¹⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades do Processo Moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 108.

¹⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 64/65.

¹⁸⁶ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, Pádova, v. XXI, 1966, p. 609

¹⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 65/66.

restaria prejudicada, violando o princípio do juiz natural. Na visão do autor, o contraditório é exercido pelos litigantes, cabendo ao órgão julgador zelar pela sua efetiva observância¹⁸⁸.

Em que pese as pertinentes preocupações estabelecidas por Lúcio Delfino quanto à possível perda de imparcialidade do julgador, a defesa da inclusão do órgão julgador na posição de sujeito do contraditório não tem aptidão para causar esse prejuízo. Quando se defende a inclusão do órgão jurisdicional como sujeito do contraditório, busca-se evidenciar a existência de deveres muito mais amplos do que simplesmente ouvir as partes a respeito dos argumentos levados a juízo.

Hodiernamente, tanto o texto constitucional como o Código de Processo Civil não admitem a figura de um juiz passivo, que tenha como único papel dar a palavra final sobre todo o material produzido pelas partes. Hoje, em que pese exercer seu ofício com o máximo de cautela para evitar contaminações quanto a sua imparcialidade, é dado ao juiz, inclusive, atuar na instrução probatória, determinando a realização de provas de ofício; o juiz também atua na produção do material que irá servir de base para sua futura decisão.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que se reconhece essa possibilidade de atuação ativa do julgador, o que inegavelmente corresponde a uma majoração dos seus poderes em comparação ao modelo adversarial, também são reconhecidos deveres nesse seu novo papel. Destarte, o juiz passa a integrar o contraditório, não só por seus poderes instrutórios, mas sim porque existe uma ampliação dos seus deveres perante as partes, decorrente do princípio da cooperação. A existência desses deveres do órgão jurisdicional é justamente o que diferencia o modelo cooperativo do modelo inquisitorial, e que o coloca em posição de paridade no diálogo com as partes¹⁸⁹.

Nessa linha, Fredie Didier Jr. afirma que no modelo cooperativo de processo existe uma superação do tipo de processo liberal dispositivo, no qual os trâmites eram conduzidos exclusivamente pela vontade das partes, bem como do modelo de condução inquisitorial, no qual o órgão jurisdicional assume posição assimétrica em relação aos litigantes, para atualmente vigorar um modelo sem prevalência de qualquer dos sujeitos processuais¹⁹⁰.

¹⁸⁸ DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=95619>>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁸⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 170/171.

¹⁹⁰ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 212.

De toda a construção doutrinária em torno do modelo cooperativo de processo, constata-se que a sua concretização impõe ao órgão julgador os deveres de auxílio, prevenção, esclarecimento e debate¹⁹¹.

Pelo dever de auxílio¹⁹², cabe ao magistrado auxiliar as partes na superação de possíveis dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais. Em um processo que deve buscar ao máximo a decisão de mérito, cabe ao juiz, sendo possível, auxiliar na remoção de obstáculos. O Código de Processo Civil de 2015 deixa claro esse dever em diversas passagens, a exemplo dos arts. 319, § 1º, e 321, que preveem, respectivamente, a possibilidade de o autor, desde que não possua os dados, requerer ao juiz diligências para qualificação dos demais participantes do processo, e o dever do julgador em apontar os vícios da petição inicial que impeçam o seu recebimento ou o julgamento do mérito do processo, possibilitando a sua correção.

O dever de prevenção exige que o órgão julgador previna as partes quanto ao uso inadequado do processo, que possibilite sua extinção sem julgamento do mérito. Por essa razão é que a codificação estabelece, em seu art. 317, que deve o julgador, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. Da mesma forma, a legislação estabelece, no art. 932, parágrafo único, que deve o relator do tribunal, antes de considerar inadmissível o recurso, conceder o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Quanto ao dever de esclarecimento, cabe ao órgão julgador esclarecer perante as partes eventuais dúvidas quanto às suas alegações, pedidos ou posições processuais. O art. 139, VIII, do CPC concretiza a possibilidade de pedidos de esclarecimento pelo órgão julgador.

Por fim, e o de maior repercussão e relevância para o presente trabalho, o dever de debate, pelo qual o órgão julgador deve, na condução do processo, estabelecer obrigatoriamente diálogo com as partes, conferindo assim uma maior relevância à necessidade de respeito à garantia constitucional do contraditório.

¹⁹¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 68.

¹⁹² Fredie Didier Jr. não admite a existência no direito brasileiro de um dever atípico de auxílio pelo órgão julgador, vez que essa tarefa compete aos advogados das partes. Somente pode existir auxílio nos casos expressamente autorizados em lei. In: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.p. 131/132.

Com efeito, no modelo cooperativo de processo, ganha especial destaque, consistindo no seu principal fundamento¹⁹³, o princípio do contraditório¹⁹⁴. Não mais se admite a sua observância no aspecto meramente formal. O contraditório assume uma feição dinâmica, garantindo aos litigantes o poder de verdadeiramente influenciar na decisão judicial, e isso preciso ficar claro.

A compreensão da essencialidade do direito ao contraditório no processo não foi uniforme ao longo da história. Longe disso. Antônio do Passo Cabral¹⁹⁵ afirma que:

[...] o positivismo do século XIX e da primeira metade do século XX esvaziou o contraditório, que não era considerado um princípio inerente ao direito processual, restringindo-se a alguns poucos procedimentos. Mesmo o gênio Carnelutti pregava, já no começo do século XX, contra a existência de um contraditório generalizado, e a Alemanha nazista chegou a vivenciar uma proposta de supressão do princípio, com o processo de partes absorvido pela jurisdição voluntária. Foi o período pós-2ª Guerra Mundial que fez com que o Estado de Direito fosse remodelado e permitiu a reconstrução teórica do princípio do contraditório, fulcrado no pano de fundo da dignidade humana, no acesso à justiça, nos direitos fundamentais, todos valores a serem tutelados e preservados em procedimentos dialéticos inclusivos.

Por muito tempo o contraditório esteve ligado ao binômio informação-reação¹⁹⁶. A informação seria o direito da parte de estar ciente da existência de processo judicial que envolva situações subjetivas, bem como atos processuais que lhe possam trazer prejuízos ou benefícios. Já o direito de reação é a possibilidade de contraditar todas as alegações ou decisões que lhe sejam desfavoráveis. Ocorre que essa é uma configuração superada do contraditório, que não se adequa aos Estados Democráticos de Direito, onde os cidadãos possuem o direito de efetivamente participar da formação das manifestações estatais. Destarte, hodiernamente há que se reconhecer a existência de um quadrinômio do contraditório: informação-reação-diálogo-influência¹⁹⁷.

¹⁹³ THEODORO JR, Humberto; et. al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 111.

¹⁹⁴ Em sentido diverso, entendendo que a cooperação não decorre do contraditório, mas sim da boa-fé: DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93. jan./mar. 2016. p. 155/159.

¹⁹⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades do Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 104.

¹⁹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades do Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 104.

¹⁹⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Que é cooperação processual? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. p. 286/287.

Daniel Mitidiero¹⁹⁸ destaca que no processo cooperativo prevalece um diálogo paritário entre o juiz e as partes, existindo um diálogo efetivo entre os envolvidos, com o direito de influência sobre a construção da decisão judicial. Não se pode perder de vista que os tradicionais postulados “*Da mihi factum, dabo tibi ius*” e “*Iura novit curia*”, que conferiam supremacia ao órgão julgador na solução dos casos, devem ser revistos no modelo cooperativo de processo face à necessidade de observância efetiva do contraditório¹⁹⁹.

A nova codificação caminha nessa linha, ao vedar, em seu art. 10, que o julgador profira decisão, em qualquer grau de jurisdição, sem a prévia oitiva das partes, mesmo em matérias conhecíveis de ofício. É a consagração da impossibilidade de decisões surpresas, tão própria de sistemas que conferem preponderância ao órgão julgador em detrimento dos demais participantes do procedimento em contraditório. Na hipótese de identificada matéria conhecida de ofício, indispensável que o julgador oportunize as partes o direito de se manifestarem previamente, para só assim ser possível o enfrentamento da questão pelo magistrado. Atualmente há que se ter em mente que prevalece uma verdadeira comunidade de trabalho, o que é incompatível com decisões judiciais que apresentem fundamentos nunca debatidos anteriormente. Cabe ao julgador, conforme dicção do art. 7º do CPC, zelar pelo efetivo contraditório.

Em um Estado Democrático de Direito deve se oportunizar o exercício democrático do poder pelo povo, seu verdadeiro titular. Decisões judiciais são manifestações do poder estatal, que exigem a participação popular para que só assim sejam consideradas legítimas. E no processo judicial, a concretização do princípio democrático é feita através de respeito ao efetivo contraditório²⁰⁰, quando as partes podem verdadeiramente expor, manifestar suas posições, permitindo assim um pronunciamento judicial adequado do ponto de vista democrático.

Como corolário lógico da necessidade de respeito ao contraditório substancial, com a efetiva consideração dos argumentos apresentados pelas partes, é que o Código de Processo Civil, em seu art. 489, § 1º, previu uma série de condicionantes para que uma decisão judicial possa ser considerada verdadeiramente fundamentada. Entre as exigências, o legislador se preocupou em estabelecer a imperiosidade das decisões judiciais enfrentarem todos os argumentos apresentados pelas partes no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão

¹⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

¹⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 88.

²⁰⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

adotada pelo julgador. A exigência visa garantir justamente que as partes sejam efetivamente ouvidas.

Humberto Theodoro Junior *et al.*²⁰¹ afirma que:

Há que se ler a cooperação (art. 6º) não como um dever ético da parte agir contra seus interesses, mas a partir da ideia de “comunidade de trabalho” e na leitura da cooperação a partir do “contraditório como garantia de influência e não surpresa”, porque se criamos um ambiente procedimental em que, realmente, as partes possam (já que não são obrigadas, mas facultadas a tal), ao agir na defesa dos seus interesses, contribuir para construção do pronunciamento em conjunto com o magistrado (que deve agir como facilitador desse procedimento) – e mais, se compreendermos esse provimento só é legítimo se for resultado direto daquilo que foi produzido em contraditório no processo (art. 489, § 1º, do Novo CPC), seja na reconstrução dos “fatos”, seja no levantamento de “pretensões a direito” (reconstrução do ordenamento) –, então ter-se-á uma compreensão adequada da cooperação no novo CPC.

Não se pode perder de vista que o julgador continua a ter o poder final de decidir. Essa é uma prerrogativa inafastável, própria do exercício do poder jurisdicional. Outrossim, para decidir, deve estabelecer um debate efetivo, permitindo a construção da melhor decisão possível. Ao assim agir, o julgador atua decisivamente para uma melhor aceitação das partes quanto ao resultado final do processo, com a conseqüente diminuição da litigiosidade.

Diante da mudança de paradigma produzido na ciência processual decorrente da cooperação processual, naturalmente que o processo de execução fiscal também sofre impacto direto. Nesse sentido, Pedro Gomes de Queiroz destaca que:

O princípio da cooperação, no qual se baseia o paradigma cooperativo de processo constitui princípio constitucional implícito, pois decorre dos princípios constitucionais da democracia, da solidariedade, do devido processo legal e do contraditório. Assim, o modelo cooperativo de processo se aplica integralmente à execução fiscal, pois é imposto pela própria Constituição Federal. Como a Lei 6.830/1980 entrou em vigor antes da CF/88, foi influenciada em parte pelo paradigma inquisitorial e em parte pelo adversarial. Assim, para adequar a execução ao modelo cooperativo-constitucional de processo, faz-se necessário interpretar a Lei 6.830/1980 à luz da CF/1988 e aplicar o CPC/2015 à execução fiscal, não somente na omissão da Lei 6.830/1980, mas também em tudo aquilo que for necessário para adequá-la ao referido paradigma.²⁰²

É fundamental perceber que a consagração pelo texto constitucional do modelo cooperativo de processo funciona como importante norte interpretativo para a atuação dos sujeitos processuais, uma vez que ele impacta diretamente em todas as espécies de processos

²⁰¹ THEODORO JR, Humberto; et. al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 91.

²⁰² QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: RODRIGES, Marco Antônio; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Processo tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 505.

judiciais. Por conseguinte, a positivação pelo CPC de 2015 de um procedimento cooperativo tem aptidão para influenciar diretamente o processo de execução fiscal regido pela Lei 6.830/1980²⁰³. Trata-se de premissa fundamental para o enfrentamento da questão relativa à possibilidade de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo de cobrança judicial do crédito público inscrito em dívida ativa.

²⁰³ SANTIAGO, Júlio Cesar. A influência do novo CPC na cobrança judicial do crédito tributário. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 28.

4. ASPECTOS PROCESSUAIS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1. A criação do incidente como adequação da legislação ao modelo constitucional de processo

Diante da compreensão do alto grau de influência que o texto constitucional deve exercer sobre os demais ramos do direito, nada mais natural que com o advento de um novo Código de Processo Civil, as premissas estabelecidas pela Lei Fundamental de 1988 fossem absorvidas mais intensamente pela nova legislação.

Há que se ter presente que a antiga codificação, conhecida como o Código Buzaid, foi elaborada durante o período da ditadura militar, período no qual a participação popular nos pronunciamentos estatais não encontrava a mesma ressonância da que é exigida pelo atual texto constitucional. É inegável que a ideologia que inspirou a elaboração do CPC de 1973 é diversa da que motivou a edição do CPC de 2015.

Não se pode olvidar que a exigência constitucional de participação popular nas manifestações dos poderes estatais, por si só, já teria aptidão para produzir modificações significativas no processo civil. Ocorre que, além da feição democrática assumida pelo Estado brasileiro, a Constituição Federal de 1988 traz uma série de dispositivos que regulam expressamente o processo, assumindo papel decisivo na moldura a ser observada pelo legislador infraconstitucional na fixação do procedimento legal.

De forma paradigmática, e como já destacado, a Lei 13.105/2015 deixa clara a sua intenção de observar fielmente os ditames da ordem constitucional, ao estabelecer já em seu art. 1º que: “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”.

Especificamente quanto aos objetivos do presente trabalho, e relacionado diretamente ao modelo constitucional de processo civil fixado pela Carta Cidadã de 1988, o legislador de 2015 teve o cuidado de solucionar uma patologia processual severa, violadora dos princípios constitucionais do devido processo legal, da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa até então existente na disciplina processual brasileira, qual seja: a ausência de um procedimento específico para a aplicação processual da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama enfatiza que:

Houve nítido propósito de evidenciar a harmonização da lei ordinária – a Lei 13.105/2015 – com a Constituição Federal de 1988, o que se pode verificar inclusive pela previsão expressa no texto legal dos princípios constitucionais na sua versão processual, além de regras que buscaram dar concreção a princípios constitucionais, como é exemplo o tratamento do Incidente de Desconsideração – IDPJ. A maior preocupação a respeito da previsão expressa acerca do IDPJ se baseou nas possíveis violações ao postulado do devido processo legal e às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.²⁰⁴

Mas não só isso. Face ao alto grau de relevância conferido pela Lei Fundamental à livre iniciativa, e sendo a separação patrimonial, com a conseqüente limitação de responsabilidade dos integrantes da sociedade, instrumento fundamental para o desenvolvimento econômico e social, a ausência do procedimento específico contribuía de forma significativa para o vilipêndio do princípio da autonomia patrimonial. Não é demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o legislador infraconstitucional não possui liberdade para aniquilar a autonomia patrimonial entre a sociedade e os seus sócios, sob pena de violação aos arts. 5, inciso XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal²⁰⁵.

Como já enfatizado, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não surge para enfraquecer a autonomia patrimonial, mas, sim, como instrumento para fortalecê-la, garantindo que eventuais deturpações no uso do instituto sejam coibidas, permitindo a sua manutenção para os casos de uso regular da pessoa jurídica. Trata-se de teoria que nasceu para ser aplicada excepcionalmente.

Não obstante a sua vocação seja destinada para situações excepcionais, o fato é que existiu uma clara mitigação dos tradicionais requisitos para o uso da teoria da *disregard doctrine*, inclusive por parte do legislador, o que acabou encorajando o Poder Judiciário a aplicar com mais naturalidade a teoria em vários casos. Esse quadro leva muitos a defenderem que em verdade atualmente a regra é ausência de separação patrimonial, tal é a normalidade da aplicação da teoria pela jurisprudência brasileira²⁰⁶.

Com efeito, a legislação atualmente possui vários diplomas legais que estabelecem que a mera insolvência é causa permissiva para a desconsideração da autonomia patrimonial,

²⁰⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**. Vol. 262/2016. p. 61 – 85. Dez/2016. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016a3733a6cc9acaaef&docguid=Id9e48110f25411dfab6f010000000000&hitguid=Id9e48110f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso: 14 jan. 2019.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 562.276**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Dje: 10/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618883>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

²⁰⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2014.

resultando em diversas decisões judiciais com a aplicação da teoria. É a chamada desconsideração atributiva²⁰⁷ ou teoria menor²⁰⁸. A Consolidação das Leis do Trabalho, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.605/98, que trata de sanções por violações ao meio ambiente, por exemplo, admitem a responsabilização dos sócios pelo simples fato de a pessoa jurídica estar inadimplente.

Leonardo Netto Parentoni, em pesquisa jurisprudencial nos anos de 2002, 2009 e 2010 envolvendo o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais de Justiça de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Ceará, constatou que os fundamentos mais apresentados para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foram, na seguinte ordem: o art. 50 do Código Civil, o art. 2º, § 2º da CLT, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 82 da Lei 11.101/2005, o art. 135 do Código Tributário Nacional, o art. 4º da Lei 9.605/98 e o art. 18 da Lei nº 8.884/94. Destaca também que a desconsideração foi acatada em 59% dos casos em que foi discutida, sendo indeferida nos outros 41% dos julgados. Desse total, a desconsideração atributiva correspondeu a 45% dos casos, sendo os demais resolvidos com a aplicação da teoria maior. Ademais, constatou que do total dos casos de desconsideração, 96% das hipóteses ocorreram somente na fase de execução do processo, enquanto só 4% ocorreram na fase de conhecimento²⁰⁹.

Face aos dados colhidos, e ainda sob a égide do CPC de 1973, Leonardo Netto Parentoni pôde constatar empiricamente que:

O mais comum é que numa demanda ajuizada contra sociedade, após a sentença e na fase de penhora de bens, quando os credores percebem que a sociedade não possui patrimônio suficiente para quitar a dívida, optam por penhorar diretamente os bens dos sócios, aos quais se abre, no máximo, a possibilidade de impugnar a decisão já proferida, alijando-os da coleta de provas e das fases anteriores do processo²¹⁰.

É fundamental perceber que a ausência de um regramento processual claro, especialmente com a fixação de procedimento que possibilite mecanismos efetivos para o pleno

²⁰⁷ COMPARATO, Konder, F., FILHO, S., Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª edição. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5131-3/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

²⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 35.

²⁰⁹ PARENTONI, Leonardo Netto. **Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da *disregard doctrine* com análise empírica da jurisprudência brasileira**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-27082013-112343. p. 88/99. Acesso em: 2018-11-10.

²¹⁰ PARENTONI, Leonardo Netto. **Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da *disregard doctrine* com análise empírica da jurisprudência brasileira**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-27082013-112343. p. 99/100. Acesso em: 2018-11-10.

exercício do direito de defesa da pessoa eventualmente atingida pela desconsideração, contribui fortemente para a mitigação da autonomia patrimonial concedida pelo ordenamento jurídico.

Diante desse quadro, e com o fim de atender aos reclamos da doutrina, no sentido de fortalecer tanto o direito material, que consagra como regra a autonomia patrimonial e a livre iniciativa, como também o direito processual fixado pela Carta Cidadã de 1988, que exige especialmente a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, é que o Código de Processo Civil de 2015 disciplinou nos seus arts. 133/137 o procedimento que deve ser observado obrigatoriamente para a aplicação da *disregard doctrine*. Trata-se de nova modalidade de intervenção de terceiro, denominada de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O incidente, ao mesmo tempo que procura evitar decisões discricionárias, que muitas vezes alcançam, de forma inesperada, ex-sócios, ou mesmo pessoas que não poderiam ser responsabilizadas pelo débito discutido, também auxilia na exclusão da disparidade de tratamento processual de questões equivalentes, permitindo a devida comparação de precedentes para situações análogas. Ademais, permite a previsibilidade dos aspectos procedimentais e recursais que devem nortear a questão, de forma a respeitar o devido processo constitucional, além de permitir o atendimento dos seus objetivos sem desrespeito às garantias que o sistema democrático conquistou²¹¹.

Nos próximos tópicos serão abordadas as principais questões procedimentais do novo incidente e que auxiliarão na compreensão da resposta que se apresentará ao problema apresentado na presente pesquisa.

4.2 Natureza jurídica

O Código de Processo Civil de 2015, ao disciplinar o procedimento para efetivação da desconsideração da personalidade jurídica, o enquadrado como uma nova modalidade de intervenção de terceiro, juntamente com a assistência, a denúncia da lide, o chamamento ao processo e o *amicus curiae*.

A nova modalidade foi identificada pelo legislador como um incidente a ser instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo (art. 133 do CPC). A instauração do incidente só será dispensada quando o pedido de desconsideração for formulado na própria petição inicial (art. 134, § 2º, do CPC).

²¹¹ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 57/58.

Nesse sentido, como pressuposto indispensável para a correta compreensão do novel instituto, faz-se relevante perquirir se o legislador, ao definir a nova forma de intervenção de terceiro como um incidente, o conferiu a natureza de mero incidente processual, ou se em verdade, diante da sua configuração legal, é possível defender que o instituto ostenta outra natureza jurídica.

Marcelo Abelha Rodrigues esclarece que o incidente processual é toda questão de fato ou de direito que surge sobre um processo em curso, exigindo um procedimento lateral para resolvê-lo.²¹² Por conseguinte, o incidente processual consiste em um procedimento menor, dependente do principal, e que essencialmente não importa na instauração de uma nova relação jurídica processual. Ele visa solucionar questão, sem a qual não é possível prosseguir no processo do qual ele se originou²¹³.

Em que pese a sua instauração ocorrer de forma incidental, e setor significativo da doutrina entender que ele efetivamente constitui um incidente processual²¹⁴, a disciplina legal constante dos arts. 133/137 permite a defesa que o instituto está longe de configurar um mero incidente na acepção técnica do termo, uma vez que faz surgir uma nova relação jurídica processual, com a inclusão forçada de terceiro no polo passivo de uma demanda. Possui, portanto, a natureza jurídica de demanda²¹⁵.

Para a exata compreensão do que aqui se afirma, é importante perceber que, apesar de em regra as partes do processo coincidirem com os sujeitos da relação jurídica de direito material, isso nem sempre ocorre. O ordenamento admite, em certos casos, que pessoas que não integram a relação de direito material possam vir a ser chamadas para adimplir com determinada obrigação de outrem. Essa é justamente a situação visada pela parte do processo que postula a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica²¹⁶.

No incidente de desconsideração da personalidade jurídica, um terceiro, que não integra a relação jurídica obrigacional, é chamado a responder pela dívida do devedor

²¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 133.

²¹³ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 91.

²¹⁴ Defendendo que efetivamente consiste em incidente processual por não ampliar o título executivo, mas somente a sua eficácia executiva: RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 192. No mesmo sentido: RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 133.

²¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 520.

²¹⁶ SILVA, Beclaute Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT Jr., Marcos (coord). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 21/22.

originário, por estarem presentes os requisitos do direito material para a aplicação da *disregard doctrine*. Isso somente se faz possível porque existe diferença entre débito (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*)²¹⁷.

Os juristas alemães, através da obra de Alois Brinz, perceberam que a obrigação é constituída por dois elementos distintos: o débito (*schuld*) e a responsabilidade (*haftung*). O débito consiste no dever de realizar a prestação, enquanto que a responsabilidade implica na sujeição do patrimônio do devedor, ou mesmo de terceiro, para fins de realizar a obrigação²¹⁸. Em regra, o débito e a responsabilidade andam juntos. Entretanto, é possível existir débito sem responsabilidade, como é o caso das obrigações naturais, e responsabilidade sem débito, como é o caso das hipóteses descritas pelo art. 790 do CPC²¹⁹.

Na maioria das vezes o próprio devedor responde com o seu patrimônio pela dívida, situação chamada de responsabilidade patrimonial primária²²⁰. Outrossim, é possível que a lei, um negócio jurídico, ou um ato ilícito sujeitem terceiros a responder com o seu patrimônio pelo débito contraído pelo devedor, fazendo surgir a figura do responsável sem dívida²²¹. É a chamada responsabilidade patrimonial secundária²²².

Nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, o terceiro chamado a integrar o feito, caso procedente o pedido, não se tornará devedor, mas sim responsável patrimonial pela dívida contraída pela pessoa jurídica²²³.

Como é fácil perceber diante desse quadro, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em verdade não se resume a um mero incidente processual que terá por objeto uma mera questão acessória ao mérito da causa. Em verdade, o incidente tem aptidão para instaurar uma nova relação jurídica, o que é feito através de uma demanda, com aptidão para ampliar o objeto litigioso do processo²²⁴.

²¹⁷ ROGRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 166.

²¹⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 86/87.

²¹⁹ ROGRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 167.

²²⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 20ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 278.

²²¹ SILVA, Beclate Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT Jr., Marcos (coord). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 22.

²²² ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 20ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 279.

²²³ SILVA, Beclate Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT Jr., Marcos (coord). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 23.

²²⁴ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC – Natureza, procedimentos e temas polêmicos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 99.

Flávio Luiz Yarshell destaca que a partir da sua inclusão no processo, o terceiro é convertido em parte. Apesar de incluído, ele não é titular da relação jurídica objeto do processo, mas sim de relação conexa. O terceiro é titular de relação jurídica, que fica sujeita a ser alcançada pela eficácia da sentença ou decisão proferida entre outras pessoas. Assim, a relação jurídica de que é titular possibilita a sujeição do seu patrimônio aos meios executivos, face ao débito de outrem²²⁵.

Nessa modalidade interventiva, é possível identificar os três elementos constitutivos de uma demanda: partes, causa de pedir e pedido. As partes são formadas por quem postula a desconsideração e contra quem é requerida a providência. A causa de pedir é a demonstração de alguma das hipóteses descritas pelo direito material a legitimar o direcionamento da cobrança para os integrantes da pessoa jurídica. E o pedido será o de atribuição de responsabilidade para o terceiro²²⁶.

Destarte, fica claro que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica possui natureza jurídica de demanda incidental, que, caso acolhida, implica no reconhecimento de responsabilidade patrimonial do terceiro²²⁷.

É importante perceber que o demandado no incidente é um terceiro estranho ao objeto do processo principal. Outrossim, com a procedência do incidente, ele deixa de ostentar a condição de terceiro para assumir a condição de parte do processo principal²²⁸.

4.3 As partes do incidente

O art. 133 do Código de Processo Civil define que o sujeito ativo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode ser qualquer das partes do processo, e o Ministério Público, nos casos em que couber a sua participação no feito. Nesse sentido, o dispositivo confere legitimidade tanto para o autor como para o réu da demanda principal instaurar o incidente.

²²⁵ YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 230.

²²⁶ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 101/103.

²²⁷ YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.) **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. . 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 231.

²²⁸ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 126.

É preciso ter em mente que a legitimidade ativa será sempre do credor, da parte processual que tem algo a exigir de outrem²²⁹. A prática demonstra que em regra o credor será o autor da demanda principal, com vistas a garantir o adimplemento do direito reconhecido em juízo, mas que muitas vezes resta inadimplido pelo demandado. Como destaca Leonardo Parentoni, na maioria dos casos, o pedido de redirecionamento da cobrança para o sócio ou administrador surge na fase executiva do processo, quando verificada a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica para arcar com o débito²³⁰.

Ocorre que mesmo o réu pode ter interesse em requerer a desconsideração da personalidade jurídica, no intuito até mesmo de preservar a pessoa jurídica ante os atos prejudiciais ao seu patrimônio praticados pelos seus representantes legais. Seria a hipótese de a pessoa jurídica demandada pugnar pela desconsideração da personalidade jurídica com vistas a alcançar o sócio ou o administrador que eventualmente tenha praticado atos abusivos ou fraudulentos na gestão da pessoa jurídica²³¹.

Além disso, o réu da demanda principal pode, em determinadas hipóteses, se converter em credor do autor da ação principal, basta pensar na hipótese de a ação principal ser julgada improcedente, condenando autor a pagar honorários advocatícios em favor do réu. Também é possível cogitar essa situação nos casos em que o réu apresente reconvenção ou pedido contraposto²³².

A legitimidade ativa do *Parquet* para instaurar a demanda incidental está restrita aos casos em que o órgão ministerial funcione como autor do processo, e não quando atue como *custus legis*, como o dispositivo chega a sugerir. Christian Garcia Vieira afirma que:

Não teria mesmo como permitir a atuação do Ministério Público nos casos em que não atuar como fiscal da lei. Isso porque vinga o preceito de que não é possível forçar determinada pessoa a litigar contra outra. É isso o que determina o princípio da disponibilidade processual, manifestado por eventual prática de um ato dispositivo.

²²⁹ YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 233.

²³⁰ PARENTONI, Leonardo Netto. **Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da *disregard doctrine* com análise empírica da jurisprudência brasileira**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-27082013-112343. p. 99/100. Acesso em: 2018-11-10.

²³¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo** | vol. 262/2016 | p. 61 - 85 | Dez / 2016. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016a3733a6cc9acaaef&docguid=Id9e48110f25411dfab6f01000000000&hitguid=Id9e48110f25411dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso: 14 jan. 2019.

²³² VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 116.

Esse preceito está cristalizado no art. 775 do CPC/15, onde se lê que o exequente “tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva”.²³³

Embora existam posições doutrinárias que entendam que o *Parquet* pode requerer a instauração do incidente mesmo quando atua como *custus legis*, ressalva-se a necessidade de oitiva da parte em tese favorecida com o pedido quanto ao seu interesse²³⁴.

Especificamente quanto à execução fiscal, por ser o interesse público discutido nos autos de natureza patrimonial, conforme entendimento sedimentado na Súmula 189²³⁵ do Superior Tribunal de Justiça, faz-se desnecessária a intervenção do Ministério Público no processo, razão pela qual não terá legitimidade para propor a instauração do incidente.

O art. 133 do CPC não prevê a possibilidade de instauração de ofício do IDPJ pelo órgão julgador, o que leva a doutrina a divergir quanto a sua possibilidade ou não.

Flávio Tartuce se posiciona pela possibilidade da instauração de ofício pelo magistrado em determinados casos, diante de questões de ordem pública. Afirma o autor que, nas relações de direito do consumidor, de meio ambiente, e casos de corrupção, é possível que o órgão julgador determine a desconsideração da personalidade jurídica independentemente do requerimento da parte, uma vez que esses casos envolvem a proteção de direitos fundamentais²³⁶.

Na mesma linha, Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que, apesar da redação do art. 133, *caput*, ter se inspirado na fórmula constante do art. 50 do Código Civil, que exige requerimento da parte, ou do Ministério Público, o § 1º do art. 133 estabelece que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica deve observar os pressupostos previstos pelo direito material. Assim, na visão do autor, nos casos em que o direito material não exigir o requerimento da parte ou do *Parquet*, se faz possível a sua decretação de ofício²³⁷.

²³³ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 117.

²³⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. et al. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC 2015: parte geral. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 473

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 189**: É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_13_capSumula189.pdf. Acesso: 29 dez. 2018.

²³⁶ TARTUCE, Flávio. **Novo CPC e o direito civil**: impactos, diálogos e interações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 77.

²³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo** | vol. 262/2016 | p. 61 - 85 | Dez / 2016. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a0000016a3733a6cc9acaaef&docguid=Id9e48110f25411dfab6f01000000000&hitguid=Id9e48110f25411dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso: 14 jan. 2019.

Não obstante as razões apresentadas pelos mencionados autores, o entendimento doutrinário que tem prevalecido é no sentido da impossibilidade de instauração de ofício do incidente, sendo imprescindível a provocação do órgão jurisdicional por algum dos legitimados descritos pelo art. 133, *caput*, do CPC²³⁸.

Além da literalidade do dispositivo permitir essa conclusão, o princípio da demanda, face à natureza jurídica do IDPJ, impede a atuação *ex officio* do órgão jurisdicional no sentido de ampliar os partícipes do processo judicial²³⁹. É importante perceber que a inclusão do terceiro é uma faculdade da parte interessada, não sendo hipótese de formação de litisconsórcio necessário. A inclusão do terceiro é uma opção que deve ser livremente exercida pelas partes do processo.

A instauração de ofício do incidente também encontra outro óbice relevante. O art. 134, § 4, do CPC, estabelece que o pedido de descon sideração deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a aplicação da *disregard doctrine*. Destarte, se fosse possível ao magistrado instaurar o IDPJ de ofício, ao mesmo tempo em que ele deveria demonstrar os pressupostos legais elencados pelo direito material para a descon sideração da personalidade jurídica, ele mesmo é que julgaria se seus argumentos se fazem presentes ou não²⁴⁰. Tal prática seria a clara adoção de um modelo inquisitivo de processo, com a assunção pelo magistrado tanto da figura de acusador como de julgador, o que, além de resvalar seriamente nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, vai na contramão do modelo cooperativo de processo, mais adequado ao modelo de processo almejado pelo texto constitucional.

4.4. A possibilidade da descon sideração inversa

O art. 133, § 2º, do Código de Processo Civil previu a aplicação do procedimento para os casos de descon sideração inversa da personalidade jurídica. Em que pese parte da doutrina²⁴¹

²³⁸ Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 519; SILVA, Beclate Oliveira. Descon sideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT Jr., Marcos (coord) **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 23; YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 232.

²³⁹ YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 234.

²⁴⁰ VIEIRA, Cristian Garcia. **Descon sideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 118.

²⁴¹ COMPARATO, Konder, F., FILHO, S., Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª edição. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5131-3/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁴² já admitissem a modalidade inversa de desconsideração, o CPC de 2015 foi o primeiro diploma legal a contemplar expressamente a possibilidade.

Enquanto que na desconsideração tradicional o sócio passa a responder por débitos da sociedade, na desconsideração inversa, é a pessoa jurídica quem é demandada para responder por débitos do seu sócio. É destinada para os casos nos quais o sócio utiliza a pessoa jurídica com o objetivo de ocultar o seu patrimônio pessoal dos credores, transferindo-o para a pessoa jurídica. O objetivo da conduta é o de impedir que os credores tenham acesso a seus bens²⁴³.

Destarte, a desconsideração inversa visa impedir a prática pelo devedor de atos de transferência do seu patrimônio para pessoa jurídica que detém controle, o que lhe permitirá continuar a usufruir dos bens apesar de eles formalmente não serem mais da sua propriedade, mas sim da pessoa jurídica que ele controla²⁴⁴.

Questão relevante apontada por setores da doutrina quanto à desconsideração inversa é que, nela, diferentemente da desconsideração tradicional, deve existir limite de responsabilização com vistas a impedir prejuízo para os demais sócios e credores da pessoa jurídica. Por conseguinte, a pessoa jurídica só poderá ter o seu patrimônio atingido pela medida até o exato limite do patrimônio transferido de forma fraudulenta pelo sócio. Esse limite é relevante com vistas a proteger o capital da pessoa jurídica²⁴⁵.

4.5. A previsão de suspensão do processo

O Código de Processo Civil estabelece em seu art. 134, § 3º, que a instauração do incidente de desconsideração resultará na suspensão do processo. O dispositivo só excepciona o dever de suspensão do processo quando a instauração do incidente for requerida na própria petição inicial.

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 948117**. Relator: Ministra Nancy Andrigui. 3ª Turma. DJe 03/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10814695&num_registro=200700452625&data=20100803&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2018.

²⁴³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário**. Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 290.

²⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhôa, **Curso de Direito Comercial**, Volume 2: Direito de Empresa. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70.

²⁴⁵ COMPARATO, Konder, F., FILHO, S., Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª edição. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5131-3/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

Malgrado a literalidade do dispositivo, e de vários autores²⁴⁶ não fazerem qualquer ressalva à previsão legal, a questão não é tão simples, exigindo uma análise mais detida. Como destacado por parcela significativa da doutrina, o dispositivo deve ser interpretado *cum granu salis*²⁴⁷.

A clara finalidade do texto legal foi evitar que o terceiro chamado a ingressar no feito como responsável patrimonial fosse prejudicado por atos praticados no processo principal, sem que nele pudesse influir. Ora, até a decisão final do incidente, o terceiro não ostenta a qualidade de parte no processo principal. Ele só adquire essa qualidade com a decisão que resolve a demanda incidental de desconsideração, razão pela qual a finalidade da novidade legislativa foi deixar o terceiro livre de atos executivos e potencialmente prejudiciais ao seu patrimônio até a resolução da questão²⁴⁸. O legislador quis deixar claro que a prática até então adotada pela jurisprudência, de interferir no patrimônio do terceiro, para só após lhe conferir a oportunidade de exercer o contraditório, tinha que ser modificada.

Ocorre que existe uma variedade de atos que podem ser praticados no processo principal que não importam qualquer prejuízo ao terceiro, sendo completamente irrelevantes para ele. Por essa razão, a suspensão do processo deve guardar pertinência com os limites do pedido de desconsideração e com a defesa apresentada pelo terceiro.

Como destaca Flávio Luiz Yashell:

[...] a suspensão se dá no limite das alegações do terceiro. Se no processo houver outras constrações a fazer que não estejam relacionadas com a desconsideração, 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 devedor²⁴⁹.

Entender que a suspensão deve ocorrer necessariamente sobre o processo principal, em toda e qualquer hipótese, mesmo em situações que sua continuidade não traga qualquer prejuízo ao terceiro, implicaria em violação à garantia constitucional da duração razoável do

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos no procedimento comum**. Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 113; DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 521.

²⁴⁷ YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 230.

²⁴⁸ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 166.

²⁴⁹ YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 230.

processo insculpida no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal²⁵⁰. E essa é uma situação bem perceptível no processo de execução fiscal, nos casos em que possa ser requerida a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Ajuizada a demanda executiva contra os legitimados constantes da certidão de dívida ativa, e durante o curso processual identificada a necessidade de realização de desconconsideração da personalidade jurídica em face de terceiro, não existe qualquer razão para que o processo executivo principal fique suspenso enquanto se aguarda a solução do incidente.

Com efeito, a realização de atos expropriatórios em relação aos devedores constantes do título executivo não traz prejuízo jurídico ao terceiro, que poderá se defender da imputação da responsabilidade patrimonial dentro do incidente. Muitas vezes, com a continuidade do processo executivo em face do devedor principal, e sendo obtido êxito na cobrança, a responsabilidade patrimonial do terceiro deixará de ser relevante pela satisfação total do crédito fazendário, ou, na hipótese de satisfação parcial, a responsabilidade patrimonial só persistirá em relação a saldo remanescente.

Nessa linha, Otávio Joaquim Rodrigues Filho afirma:

Há previsão para a suspensão do processo principal enquanto estiver em curso o incidente para a desconconsideração da personalidade jurídica, consoante se pode ver do disposto no § 3º do art. 134 do CPC. Contudo, deveria o processo continuar sua marcha normal em relação à pessoa jurídica caso estivesse na fase ou no processo de execução em respeito à preocupação com o decurso do tempo e a celeridade. Nesse sentido, v.g., se realizada a penhora insuficiente à cobertura do valor devido no processo de execução e evidenciado que não há outros bens da sociedade devedora para serem constritos, ajuizado o pedido de desconconsideração, enquanto pendente este, se for seguida a letra da lei, não poderia prosseguir a execução com a avaliação e venda do bem pertencente à pessoa jurídica que já havia sido penhorado²⁵¹.

Assim, é necessário que a previsão de suspensão do processo principal, face à instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, somente seja determinada nas hipóteses em que o prosseguimento do processo principal venha acarretar em prejuízo ao terceiro, o que não ocorre sempre no processo de execução fiscal.

²⁵⁰ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 266.

²⁵¹ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconconsideração da personalidade jurídica e processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 266.

4.6. Procedimento

Apesar de o incidente possuir capítulo específico no Código de Processo Civil, do art. 133 ao art. 137, a disciplina jurídica da nova modalidade de intervenção de terceiro está longe de se exaurir com os referidos dispositivos. Da análise do CPC de 2015 é possível identificar outros artigos que são destinados a regular diretamente o novel instituto e que não podem ser ignorados pelo intérprete para a sua exata compreensão. Nessa linha são as previsões do art. 674, § 2º, inciso III; do art. 790, inciso VII; do art. 792, § 3º; do art. 795, § 4º; do art. 932, inciso VI; do art. 1.015, inciso IV; e do art. 1.062.

Voltando a atenção para o procedimento definido pelo legislador, é imperioso registrar que aquele que tiver interesse em formular o pedido de desconsideração da personalidade jurídica poderá fazê-lo já com a petição inicial do processo principal, ou durante o curso processual, esteja o processo em qualquer fase. Em qualquer dos casos, deverá demonstrar o preenchimento dos requisitos exigidos de uma petição inicial, previsto no art. 319 do CPC²⁵².

Optando por já requerer a desconsideração na petição inicial, o sócio (pessoa física ou jurídica), o administrador ou a pessoa jurídica na desconsideração inversa será réu do processo desde o início, razão pela qual o código, em seu art. 134, § 2º, dispensa a instauração de um procedimento específico. É fundamental perceber que, nesse caso, a pessoa cuja responsabilidade patrimonial secundária se queira ver reconhecida judicialmente será citada em litisconsórcio inicial com o devedor principal. Aqui não existirá propriamente uma intervenção de terceiro, uma vez que o responsável participará da relação processual desde o início como parte²⁵³. Existirá, em verdade, uma cumulação objetiva e subjetiva de demandas. A cumulação objetiva por envolver tanto o pedido para o pagamento do débito como a pretensão de ver reconhecida a responsabilidade patrimonial do responsável, e a cumulação subjetiva por ser a demanda dirigida contra o devedor e o responsável²⁵⁴.

Ocorre que, usualmente, o pedido de desconsideração não é formulado com a petição inicial do processo principal. A prática tem demonstrado que o pedido é postulado na maioria das vezes em fases mais adiantadas do processo, especialmente na fase executiva, quando

²⁵² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 520.

²⁵³ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 234.

²⁵⁴ YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 239.

ocorre uma crise de solvência²⁵⁵. Nesses casos, o CPC impõe a instauração do incidente apartado do processo principal (natureza de demanda incidental), com vistas a analisar a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade patrimonial secundária do sócio. Na instauração incidental existirá típica intervenção forçada de terceiro, afinal, pessoa estranha à relação processual já instaurada é chamada a integrar o processo. É importante perceber que o terceiro só passará a ser parte do processo principal caso seja julgado procedente o incidente de desconsideração²⁵⁶.

Não se pode olvidar que o CPC de 2015, extirpando qualquer dúvida que pudesse persistir, e deixando clara a superação do regime que vigorava sob a égide do CPC de 1973, estabeleceu no seu art. 795, § 4º, a obrigatoriedade da instauração do incidente sempre que for postulado em juízo a desconsideração da personalidade jurídica para alcance do patrimônio particular dos sócios. Hodiernamente, não existe mais a possibilidade do alcance do patrimônio particular de sócios ou administradores, por dívidas da sociedade, sem que seja previamente instaurado um procedimento cognitivo, com vista a apreciar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. A instauração só será dispensada nos casos em que o pedido de desconsideração for formulado juntamente com a petição inicial (art. 134, § 2º, do CPC).

Como corolário lógico da obrigatoriedade da sua instauração, a codificação no art. 674, § 2º, inciso III, prevê que se eventualmente for realizada a constrição patrimonial de bens do sócio, administrador ou pessoa jurídica (desconsideração inversa), sem prévia instauração do incidente, será cabível a propositura de embargos de terceiro como medida processual adequada para a defesa patrimonial. Não se pode olvidar que os embargos de terceiro consistem em uma ação incidental, de procedimento especial, que tem por finalidade desfazer ou impedir constrição judicial do patrimônio do autor. A constrição é oriunda de processo judicial do qual o embargante não faz parte. Nessa linha, o código previu o cabimento da ação tanto para os casos nos quais o incidente não foi instaurado como na hipótese do atingido pela constrição não ter sido parte do incidente²⁵⁷.

²⁵⁵ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 100/101.

²⁵⁶ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC** – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 125.

²⁵⁷ ROQUE, André Vasconcelos. In: **Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral**. Fernando da Fonseca Gajardoni; Luiz Delloro; Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. 2. edª. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. 1143.

Instaurado o incidente, deverá ser imediatamente comunicado ao distribuidor para anotações devidas, permitindo que terceiros fiquem cientes da demanda. A preocupação é importante para evitar que transferências fraudulentas de bens se operem²⁵⁸.

Conforme o disposto no art. 134, § 4º, do CPC, o pedido deverá demonstrar o preenchimento dos requisitos legais para a desconsideração da personalidade jurídica. É importante perceber que os requisitos para aplicação da *disregard doctrine* são previstos exclusivamente pelo direito material, a exemplo do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, além de outros.

Nessa linha, o autor do pedido de desconsideração, diante da relação de direito material existente com a parte contrária, deverá demonstrar de forma fundamentada que incide no caso algum dispositivo de direito material a legitimar a suspensão episódica da personalidade jurídica. O direito processual se ocupa tão somente do procedimento que deve ser observado para a demonstração dos pressupostos disciplinados pelo direito material.

Seja instaurado através da petição inicial do processo principal, seja instaurado de forma incidental, o sócio ou o administrador será citado para se defender no prazo de 15 dias, momento no qual deve apresentar todos os argumentos de fato e de direito, bem como requerer produção de provas que julgar relevantes, com vistas a demonstrar a ausência dos requisitos legais para aplicação da *disregard doctrine*.

A questão relacionada à extensão da manifestação da defesa, se deve ser restrita a impugnar os fundamentos do pedido de desconsideração ou se também já deve questionar o pedido principal, encontra divergência na doutrina.

André Vasconcelos Roque entende que, na hipótese de requerida a desconsideração já na petição inicial do processo de conhecimento ou na execução de título extrajudicial, deverá o demandado apresentar a sua defesa de forma mais ampla possível, não se restringindo a afastar a presença dos requisitos para a desconsideração. Já na hipótese de o pedido de desconsideração ser formulado de forma incidental, diante da previsão legal de suspensão do processo principal decorrente da instauração do incidente (art. 134, § 3º, do CPC), a defesa deverá se restringir aos aspectos relacionados à presença ou não dos requisitos para a desconsideração. Somente na

²⁵⁸ ROQUE, André Vasconcelos. In: **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. Fernando da Fonseca Gajardoni; Luiz Dellore; Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 476.

hipótese de ser julgado procedente o incidente, com o conseqüente fim da suspensão do processo, é que estará inaugurado o prazo para contestar ou impugnar as demais questões²⁵⁹.

Não há dúvida de que a manifestação do demandado deve ser especialmente voltada para demonstrar a ausência dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. Outrossim, nada impede que em sua defesa também apresente argumentos contrários ao pleito principal²⁶⁰, já se adiantando quanto ao eventual acolhimento do pedido de desconsideração.

Thiago Ferreira Siqueira, mesmo sufragando o entendimento de que a instauração do incidente produz a suspensão do processo principal, sustenta, com base na regra da eventualidade positivada no art. 336 do CPC, que o demandado deve apresentar toda a defesa possível, inclusive questionando a própria existência do débito. Afirma que o reconhecimento da inexistência da dívida implica na exclusão de qualquer responsabilidade patrimonial por parte do demandado, razão pela qual já deve ser apresentado quando da sua defesa no incidente. Ademais, o referido entendimento, na hipótese de acolhido o pedido de desconsideração, impede o retorno a fases processuais já superadas, contribuindo para uma melhor eficiência do processo²⁶¹.

Apresentada a defesa, e após a eventual instrução probatória que se faça necessária, a questão já estará apta a ser decidida pelo órgão julgador, que deverá resolver a questão através de decisão interlocutória (art. 136 do CPC). O CPC de 2015, com fulcro no art. 1.015, inciso IV, do CPC, admitiu expressamente o cabimento de agravo de instrumento contra a referida decisão.

Não obstante a expressa previsão legal, nada impede que o incidente seja resolvido através de sentença, quando o órgão julgador apreciar tanto o processo principal como também a possível extensão da responsabilidade patrimonial. Nesses casos, a decisão deverá ser impugnada através do recurso de apelação²⁶². Nessa linha, o Fórum Permanente de

²⁵⁹ ROQUE, André Vasconcelos. In: **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015**. Fernando da Fonseca Gajardoni; Luiz Dellore; Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 482.

²⁶⁰ SILVA, Beclaute Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT Jr., Marcos (coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 26.

²⁶¹ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 205.

²⁶² YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 240.

Processualistas Civis possui o enunciado nº 390: “Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação”²⁶³.

O art. 136, parágrafo único, do CPC estabelece que, se a decisão do incidente for proferida por relator, caberá agravo interno. O dispositivo exige atenção, já que uma primeira leitura pode sugerir que o incidente poderá ser instaurado diretamente perante o Tribunal, em qualquer caso. Ocorre que sua aplicação é restrita aos casos de competência originária dos tribunais. Por ostentar o incidente natureza de demanda, deve a sua instauração observar as regras de competência. Se a questão não envolve matéria de competência originária do Tribunal, que tem um rol taxativo, em respeito ao princípio do juiz natural, o pedido deve ser instaurado perante juízo de origem, mesmo que a causa esteja em fase recursal²⁶⁴. Ademais, o art. 932, inciso VI, do CPC afasta qualquer dúvida quanto ao ponto.

4.7. Coisa julgada

O Código de Processo de 2015, ao definir o instituto da coisa julgada material, estabeleceu que ela pode recair sobre qualquer decisão de mérito (art. 502), o que inclui decisões interlocutórias, sentenças, decisões monocráticas de relatores em tribunais e acórdãos²⁶⁵. Deixou de vigorar a restrição existente no CPC de 1973, que limitava a coisa julgada material tão somente às sentenças.

Além da nova previsão legal se compatibilizar com o que já defendia a doutrina mesmo sob a égide da antiga legislação, ela mantém coerência com a opção do legislador reformador, que expressamente admitiu a possibilidade de julgamentos parciais de mérito (art. 356 do CPC) ao longo do procedimento, não limitando seu enfrentamento integral tão somente ao final do procedimento²⁶⁶.

²⁶³ ROQUE, André Vasconcelos. In: Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral. Fernando da Fonseca Gajardoni; Luiz Dellore; Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 485.

²⁶⁴ YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 240.

²⁶⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. II. 10ª ed. Salvador, 2015. p. 526.

²⁶⁶ DELLORE, Luiz. In: **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015 / Fernando da Fonseca Gajardoni; Luiz Dellore; Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2016. p. 616.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha destacam que, face à possibilidade de prolação de decisões parciais, é possível que ao longo do processo sejam proferidas diversas decisões capazes de formar coisa julgada²⁶⁷.

Especificamente quanto ao incidente, a decisão que resolve a matéria, apreciando a existência ou não dos pressupostos legais para a desconconsideração da personalidade jurídica, por possuir objeto próprio, caracteriza-se inegavelmente como de mérito, sendo apta a formar a coisa julgada material²⁶⁸. Com o esgotamento recursal, ela torna-se imutável e indiscutível, conforme estabelecido pelo art. 502 do CPC²⁶⁹.

Christian Garcia Vieira afirma:

O quadro desenhado pela decisão final da demanda de desconconsideração afasta dúvidas de que ela é um pronunciamento de mérito, pois aprecia o pedido de desconconsideração (à luz da norma de direito material correspondente) e, uma vez acolhida, atribuirá ao autor o respectivo bem da vida correspondente à inoponibilidade de determinada personalidade jurídica, cujo reconhecimento permitirá estender a responsabilidade patrimonial do título exequendo, projetando, assim, os efeitos no mundo empírico.²⁷⁰

Destarte, pouco importa se a questão foi resolvida em sede de decisão interlocutória, como previsto pelo art. 136 do CPC, ou se foi decidida através de sentença. Julgado o pedido de desconconsideração, estará configurada típica decisão de mérito. Ademais, com o seu trânsito em julgado, ela se torna impugnável através de ação rescisória²⁷¹, pouco importando o tipo de pronunciamento judicial proferido (decisão interlocutória, sentença, decisão monocrática de relator ou acórdão)²⁷².

Beclaute Oliveira Silva destaca que a decisão que acolhe o pedido de desconconsideração tem nítida eficácia declaratória, ao reconhecer o ilícito praticado pelo demandado no incidente, estabelecendo o vínculo do responsável com o débito contraído pelo devedor²⁷³.

²⁶⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. Vol. 3. Salvador: juspodivm, 2015. p. 423.

²⁶⁸ SILVA, Beclaute Oliveira. Desconconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT Jr., Marcos (coord). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 33.

²⁶⁹ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 239.

²⁷⁰ VIEIRA, Cristian Garcia. **Desconconsideração da personalidade jurídica no novo CPC – Natureza, procedimentos e temas polêmicos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 179.

²⁷¹ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 328.

²⁷² DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo **Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. Vol. 3. Salvador: juspodivm, 2015. p. 424.

²⁷³ SILVA, Beclaute Oliveira. Desconconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT Jr., Marcos (coord). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 34.

Questão de grande relevância e que encontra divergência na doutrina é quanto à possibilidade, ou não, de a coisa julgada formada no incidente ser utilizada pelo credor face ao mesmo responsável em outros processos judiciais decorrentes de outras dívidas.

Thiago Ferreira Siqueira se posiciona fortemente contra. Afirma que a decisão do incidente vale unicamente para o débito discutido, por mais que possam existir outros processos com as mesmas partes. Sustenta o argumento com base no art. 50 do Código Civil, que estabelece que a desconsideração é destinada para certas e determinadas obrigações. Isso tornaria a decisão específica para a situação em que foi discutida. Por conseguinte, a coisa julgada tornaria imutável somente aquele comando específico, não sendo possível a sua ampliação para alcançar outras relações obrigacionais²⁷⁴.

Em sentido contrário, André Vasconcelos Roque pontua que a decisão que julga o incidente pode ser, sim, aproveitada em outras demandas com as mesmas partes. Basta, para tanto, que os fatos que autorizaram a desconsideração, a exemplo da confusão patrimonial, também estejam presentes nesses outros casos. Ressalta, contudo, a impossibilidade de se aplicar indiscriminadamente a desconsideração para qualquer dívida do devedor²⁷⁵.

De fato, estando configurada circunstância idêntica entre as mesmas partes, não se mostra razoável, diante da coisa julgada já formada, possibilitar uma nova discussão com a real chance de produzir decisões conflitantes sobre a mesma situação.

Basta pensar na hipótese de uma pessoa possuir vários créditos em relação a uma mesma pessoa jurídica. No caso de ser provado no incidente de desconsideração a devida confusão patrimonial em relação a um determinado sócio, não se mostra razoável para futuras cobranças, que envolvam o mesmo período, exigir que o credor instaure nova discussão quanto à existência da confusão patrimonial já certificada judicialmente. Apesar da inegável relevância do art. 50 do Código Civil em restringir a desconsideração para certas e determinadas obrigações, isso não tem o condão de limitar o alcance da coisa julgada material, especialmente em um processo com as mesmas partes em que exista rigorosamente o mesmo argumento legitimador do pedido de superação patrimonial.

O atingido pela desconsideração deverá demonstrar a existência de diferença nas hipóteses para só assim ser afastada a coisa julgada, com a consequente necessidade de instauração do incidente.

²⁷⁴ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 239.

²⁷⁵ ROQUE, André Vasconcelos. In: **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC 2015: parte geral. Fernando da Fonseca Gajardoni; Luiz Dellore; Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 485.

4.8. Fraude à execução como possível consequência da desconsideração da personalidade jurídica

A decisão que desconsidera a personalidade jurídica, além de responsabilizar terceiro por débito de outrem, também traz consequências para as hipóteses de alienação e oneração de bens realizadas pela pessoa que tem contra si o pedido de desconsideração da personalidade jurídica julgado procedente.

Para a correta compreensão da questão, é importante perceber, conforme as lições de Araken de Assis, que o patrimônio das pessoas está sempre se modificando, seja através de acréscimos ou decréscimos patrimoniais. Diante de uma economia de mercado, que não impede o desempenho de atividades econômicas por aqueles que assumem obrigações, é possível que determinadas operações sejam realizadas não com o intuito exclusivamente negocial, mas sejam, sim, realizadas com a finalidade de impedir a satisfação de possíveis credores²⁷⁶.

Não se pode olvidar que o art. 391 do Código Civil estabelece que os bens do devedor respondem pelo inadimplemento de suas obrigações. Assim, o patrimônio do devedor tem a importante função de garantir o adimplemento de suas dívidas, motivo pelo qual ele não está plenamente livre para dele se desfazer, especialmente quando a operação traz prejuízos ao adimplemento dos seus débitos. Com efeito, a função garantidora do patrimônio se tornaria letra morta se não existissem mecanismos que possibilitassem a proteção do credor diante de tal situação²⁷⁷.

Para essas hipóteses, o ordenamento jurídico contempla duas figuras que são capazes de reprimir condutas lesivas dos responsáveis patrimoniais em face do credor: fraude contra credores e fraude à execução. O direito positivo estabelece o momento da prática do ato como um dos elementos diferenciadores dos institutos. Enquanto a fraude contra credores ocorre entre o nascimento da obrigação e o início de algum processo de cobrança relativo a ela, a fraude à execução só resta caracterizada quando a alienação ou a oneração de patrimônio pelo responsável ocorre após o início de processo judicial²⁷⁸.

No caso da desconsideração da personalidade jurídica, por envolver procedimento judicial, eventual dilapidação patrimonial por parte do responsável será apta a configurar justamente fraude à execução. Nessa linha é que o legislador fixou como marco temporal para

²⁷⁶ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 20ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 372.

²⁷⁷ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução cível**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 93.

²⁷⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 295.

o reconhecimento da fraude a citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar (art. 792, § 3º, do CPC), seja a citação realizada no processo de conhecimento, seja realizada no processo de execução²⁷⁹.

Apesar de existir interpretação que defenda a tese de que a citação mencionada no dispositivo é aquela realizada no incidente de desconsideração²⁸⁰, a redação permite concluir que a citação referida pelo legislador é aquela realizada em relação ao devedor originário, no processo principal (“citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”)²⁸¹. Existiria a extensão dos efeitos da citação do devedor original para aquele que se pretende ver responsabilizado²⁸².

Faz-se mister ressaltar que, apesar de o dispositivo fixar como marco temporal a citação, a pessoa demandada não fica proibida de realizar operações patrimoniais após a sua convocação para o processo no qual se discute a desconsideração; ela continua podendo dispor do seu patrimônio durante o curso do processo. Outrossim, na hipótese de ser julgado procedente o pedido de desconsideração, alienações e onerações realizadas poderão ser consideradas ineficazes em relação ao autor do pedido de desconsideração (art. 137, combinado com o art. 792, § 1º, todos do CPC).

Significa dizer que a operação entre o alienante e o comprador é plenamente válida. Ela só não é oponível em relação ao autor do pedido de desconsideração, que poderá continuar a perseguir o bem como se nenhuma operação de venda tivesse sido realizada. Por conseguinte, o ato fraudulento é hígido perante as partes do negócio, só não sendo oponível em relação ao credor que ostenta o título judicial²⁸³.

Ainda quanto à configuração da fraude à execução, é relevante destacar que ela não resta configurada de forma automática pela simples alienação realizada pelo demandado do pedido de desconsideração²⁸⁴. O art. 137 do CPC consigna que a alienação ou a oneração deve ser “havida em fraude de execução”, o que pressupõe o preenchimento dos seus outros requisitos.

²⁷⁹ SILVA, Beclate Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT Jr., Marcos (coord). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 30.

²⁸⁰ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução cível**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.

²⁸¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. Único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.071.

²⁸² ROQUE, André Vasconcelos. In: **Execução e recursos: comentários ao CPC 2015** / Fernando da Fonseca Gajardoni... [et.al.]; – 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

²⁸³ ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 20ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 373/374.

²⁸⁴ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 240.

Destarte, em que pese a existência de entendimentos contrários, que dispensam a aferição do elemento subjetivo, a doutrina e a jurisprudência majoritária se posicionam no sentido de que deve se preservar a boa-fé do adquirente do bem²⁸⁵. Nessa linha, a jurisprudência do STJ fixou a Súmula 375, que assim dispõe: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Diante desse cenário é que assume especial relevância a previsão do art. 134, § 1º, do CPC, que exige do distribuidor a devida anotação da instauração do incidente. Com a anotação da existência do incidente, conferindo publicidade²⁸⁶, terceiros podem se precaver de eventual problema decorrente de aquisição realizadas com pessoas que respondem a pedidos de desconsideração, além de ser importante elemento em favor do credor para tentar demonstrar a má-fé do adquirente.

No que tange à execução fiscal, o cenário para configuração da fraude é significativamente modificado face à previsão do art. 185 do Código Tributário Nacional, que elenca a inscrição em dívida ativa como o marco cronológico para configuração da fraude na alienação ou na oneração de bens.

Por conseguinte, a aferição é baseada em um elemento objetivo, a existência de débitos inscritos em dívida ativa, sendo despicienda, conforme entendimento pacífico do STJ, a análise de qualquer elemento subjetivo do adquirente. Não deixando margem para qualquer dúvida, o Tribunal afasta a aplicação da Súmula 375 da sua jurisprudência nas lides tributárias, face ao teor do art. 185 do CTN²⁸⁷. Fica claro que o direito tributário acaba impondo o dever do adquirente, antes de celebrar negócio com o alienante, verificar a sua regularidade fiscal, a fim de evitar os riscos decorrentes de eventual insucesso judicial por parte do vendedor, e que possam comprometer a propriedade sobre o bem adquirido.

Ainda quanto ao art. 185 do Código Tributário Nacional, a sua aplicação está condicionada à circunstância de o adquirente ter realizado a compra de pessoa inscrita em dívida ativa. Trata-se de aspecto essencial para afastar a sua aplicação em casos de desconsideração da personalidade jurídica que permitem o alcance de pessoa não integrante da certidão de dívida

²⁸⁵ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 323/324.

²⁸⁶ YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. . 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 235.

²⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1141990. Rel: Ministro Luiz Fux. Primeira Seção. DJe 19/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=FRAUDE+A+EXECUCO+C7%C3O+S%DAMULA+375+E+TRIBUT%C1RIO&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

ativa, conseqüentemente não inscrita em dívida ativa. Nesses casos, o adquirente, diante da ausência dessa inscrição, não tem como se acautelar quanto a um possível redirecionamento de uma execução fiscal para o alienante²⁸⁸.

²⁸⁸ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 20ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 397/398.

5. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

5.1. O processo de execução fiscal do crédito tributário como prerrogativa da Fazenda Pública

Muito se discute sobre a conveniência da existência de procedimentos processuais previstos em leis especiais, subtraindo a exclusividade de uma codificação para o tratamento de toda a matéria processual. Essa situação é conhecida como descodificação.

Para muitos, essa opção, quando ausente um motivo relevante, implica em sérios prejuízos para a sistematização do conhecimento jurídico, comprometendo a harmonia e o caráter funcional propiciado por um código. Ademais, a unificação da legislação teria o condão de facilitar o conhecimento da matéria processual tanto pelos aplicadores como para os que precisam se submeter a ela²⁸⁹.

Especificamente quanto ao procedimento de cobrança judicial dos créditos públicos inscritos em dívida ativa pela Fazenda Pública, o legislador brasileiro historicamente tem se utilizado, como regra, de diplomas especiais apartados do Código de Processo Civil para sua regulamentação.

Anteriormente à atual legislação, qual a seja, a Lei 6.830/80, a execução fiscal foi regulada pelo Decreto-Lei nº 960, de 17/12/1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa. O diploma estabelecia um regime jurídico próprio para a execução do crédito público, tendo sido editado pouco antes do Código de Processo Civil de 1939, que, por opção do legislador, não tratou da cobrança forçada do crédito fazendário²⁹⁰.

Em 1973 foi editado um novo Código de Processo Civil, conhecido como Código Buzaid, que, invertendo a lógica tradicionalmente adotada no Brasil, e visando unificar o trato da matéria, revogou as disposições processuais do Decreto-Lei nº 960/1938, passando a execução da dívida ativa a ser regulada pela nova codificação. Nesse momento, em período raro da nossa história, o crédito fazendário foi colocado no mesmo patamar dos outros títulos

²⁸⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**: comentários e jurisprudência. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28.

²⁹⁰ PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergman; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito processual tributário**: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 197

executivos extrajudiciais, sendo submetido ao mesmo regime jurídico de cobrança dos particulares. Ocorre que a tentativa não durou muito²⁹¹.

A unificação do tratamento do crédito fazendário com o crédito particular logo despertou questionamentos, diante do argumento de que o interesse da Fazenda Pública mereceria especial atenção. Por esse motivo, já em 1976, com pouco tempo de vigência do Código Buzaid, foi instituído grupo de trabalho para elaboração de um anteprojeto de lei de execuções fiscais²⁹².

A previsão de um regime jurídico diverso para o processo executivo movido pela Fazenda Pública, em relação ao conferido aos particulares, foi motivada pelo direito material posto em jogo, no caso a receita pública²⁹³. O legislador, ao prever um tratamento específico para a cobrança do crédito fazendário, reconheceu o seu caráter fundamental para a própria existência do Estado, afinal, sem a efetiva arrecadação dos recursos financeiros previstos em lei, se torna inviável a manutenção do aparato da Administração Pública, bem como o desempenho das suas atividades.

Com o crescimento do papel do Estado, algo que exige a sua atuação nas mais variadas searas, as necessidades públicas ganharam especial relevância. É o Estado, através do seu texto constitucional e das leis que o complementam, que define as necessidades que são consideradas públicas. Após essas definições, caberá à atividade financeira do Estado buscar os recursos indispensáveis para a sua concretização²⁹⁴.

Por conseguinte, o legislador ao elaborar a Lei 6.830/80 se preocupou em estabelecer um procedimento mais favorável à Fazenda Pública do que o previsto pelo Código de Processo de 1973, para conferir maior celeridade e eficiência na cobrança do crédito público²⁹⁵.

²⁹¹ NUNES, Allan Titonelli. A repercussão do Novo CPC na Lei de Execução Fiscal. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (coord.). **Novo CPC e o Processo Tributário: impactos da nova lei processual**. Campo Grande: Contemplar, 2016. p. 179.

²⁹² NUNES, Allan Titonelli. A repercussão do Novo CPC na Lei de Execução Fiscal. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (coord.). **Novo CPC e o Processo Tributário: impactos da nova lei processual**. Campo Grande: Contemplar, 2016. p. 179.

²⁹³ GOMES, Anderson Ricardo. Perspectivas para a cobrança de créditos tributários no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**. Vol. 8/2017. p. 139 – 164. Set - Out/2017. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001685842afb9e297df4d&docguid=I0eea9430938411e797df010000000000&hitguid=I0eea9430938411e797df010000000000&spos=2&epos=2&td=578&context=48&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16.01.2019.

²⁹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 77/79.

²⁹⁵ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 728.

5.2. O Código de Processo Civil e sua aplicação subsidiária ao processo de execução fiscal

Naturalmente que a Lei de Execução Fiscal, com seus 42 artigos, é incapaz de regulamentar todas as questões procedimentais que possam surgir no processo de execução fiscal²⁹⁶. É possível citar, por exemplo, a ausência de previsão quanto a um sistema recursal próprio para o processo executivo fazendário, com exceção das causas de até 50 ORTN, que possuem um regramento específico na Lei 6.830/80²⁹⁷.

Diante desse quadro é que a Lei 6.830/1980 previu em seu art. 1º a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo de cobrança judicial do crédito fazendário inscrito em dívida ativa.

Ocorre que não basta a mera omissão da LEF para que se torne possível a aplicação do CPC. Mais do que isso, existe a necessidade de compatibilidade entre a previsão da Lei 6.830/1980 com a disposição do Código de Processo Civil que se pretende aplicar²⁹⁸, o que possibilita a existência das mais variadas discussões quanto à possibilidade de utilização dos seus dispositivos.

A questão se torna ainda mais complexa diante da edição do novo Código de Processo Civil de 2015, que trouxe inovações em diversos pontos em relação à codificação anterior, em especial, no processo de execução, com vistas a conferir maior celeridade e eficiência à satisfação do credor.

Ora, se o legislador, quando editou a lei 6.830/80, teve a possibilidade de realizar o devido cotejo analítico entre as disposições que pretendia inserir com o já disciplinado pelo CPC de 1973, prevendo procedimento mais vantajoso para a cobrança do crédito público em relação ao tratamento conferido aos particulares, podendo vislumbrar, inclusive, que dispositivos do antigo código poderiam ser aplicados subsidiariamente ao processo executivo fiscal, essa prerrogativa se esvaiu com a edição do CPC de 2015. Trata-se de aspecto que torna ainda mais nebulosa a aplicação subsidiária da nova legislação processual, abrindo espaço para amplas discussões, especialmente diante dos conflitos existentes entre os dois diplomas legais em pontos específicos.

²⁹⁶ PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergman; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 209.

²⁹⁷ Lei 6.830/1980: Art. 34 — Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

²⁹⁸ PAMPLONA, Gustavo Moreira. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a execução fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 162.

Não se pode perder de vista que tanto a Lei de Execução Fiscal como o Código de Processo Civil são diplomas normativos com status de leis ordinárias, não subsistindo qualquer hierarquia entre eles. É cediço que para a solução de antinomias do sistema, além do critério hierárquico, existem os critérios cronológico e da especialidade, pelos quais, respectivamente, lei posterior revoga lei anterior e lei especial prevalece sobre a lei geral.

Como é fácil perceber, pelo critério cronológico, prevalece o novo CPC. Já pelo critério da especialidade, prevalece a Lei 6.830/80. Como enfatiza Tércio Sampaio Ferraz Junior, nessas hipóteses de antinomia entre os critérios, existem metacritérios a permitir a obtenção de uma resposta para o caso. Especificamente quanto ao conflito de critérios no caso presente, a metarregra que prevalece estabelece que *lex posterior generallis non derogat priori speciali*, predominando o critério da especialidade sobre o cronológico²⁹⁹.

James Marins defende que, diante da aplicação da referida metarregra, que confere prevalência ao critério da especialidade em detrimento do critério cronológico, as disposições do CPC de 2015 só poderão ser aplicadas subsidiariamente nas execuções fiscais quando seus dispositivos não forem colidentes³⁰⁰. Assim, o autor se posiciona pela impossibilidade de eventual regime mais favorável ao exequente previsto no CPC ser transportado para o rito da execução fiscal³⁰¹. Ocorre que essa visão está longe de ser unanimidade.

Hodiernamente, existe a defesa de que os métodos tradicionais para a solução de antinomias dentro de um sistema jurídico não são mais aptos para a solução de todas as questões decorrentes dos conflitos existentes entre diversas fontes do direito.

Diante da pluralidade de fontes, muitas com campos convergentes, faz-se necessário o estabelecimento de uma coordenação entre as variadas fontes legislativas, deixando de lado a ideia de um monólogo para ser reconhecido um verdadeiro diálogo entre elas. Percebendo o fenômeno, Erik Jayme desenvolveu a teoria do diálogo das fontes, na qual propugna a utilização

²⁹⁹ FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 170

³⁰⁰ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 731.

³⁰¹ No mesmo sentido: MCNAUGHTON, Charles William; MOREIRA, Maristela Justen. O novo código de processo civil, princípios e mediação em âmbito processual tributário. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**. Vol. 9/2017. DTR\2017\6838. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000167ed0b92b5d5adbbaa&docguid=I85cc2120c90011e7852201000000000&hitguid=I85cc2120c90011e7852201000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso: 14 nov. 2018.

simultânea, coerente e coordenada das mais variadas fontes do direito, com campo de aplicação convergente³⁰².

O diálogo surge justamente para contrapor a ideia da existência de um monólogo entre as fontes do direito, pelo qual apenas uma única fonte regularia a hipótese, em caso de eventual conflito entre leis. Em casos de conflito entre diplomas legais, tradicionalmente sempre se entendeu pela exclusão de um deles. Pela teoria do diálogo das fontes, leis com campos de aplicação diferentes, porém convergentes, interagem entre si, estabelecendo convivência harmônica num sistema plural, possibilitando o estabelecimento de diálogo como forma de alcançarem, conjuntamente, suas finalidades³⁰³.

A teoria do diálogo das fontes encontrou forte receptividade no Brasil, especialmente nas relações envolvendo direito do consumidor. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui diversos julgados que chancelam a interação das previsões do Código de Defesa do Consumidor com as disposições do Código Civil e com a Lei 9.656/1998, que regula os planos de saúde³⁰⁴.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, ao destacar a relevância da teoria do diálogo das fontes para o processo de execução fiscal, afirma que:

Com advento do novo CPC, o diálogo de fontes continua imprescindível para uma adequada compreensão do procedimento da execução fiscal, já que alguns de seus institutos fundamentais não foram alvo de disciplina específica por parte da Lei n. 6.830/80.³⁰⁵

³⁰² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 115/2018. Fev/2018. Disponível em:

<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000167ed0e ce8c5980e2d1&docguid=I69458790070711e88c62010000000000&hitguid=I69458790070711e88c6201000000 0000&spos=1&epos=1&td=1&context=44&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁰³ FARIA, Marcio Gustavo Senra. Interações entre o novo CPC e a LEF: Teoria do Diálogo das fontes no processo de execução fiscal. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1202013**. Relator: Nancy Andrighi 3ª turma. DJe 27/06/2013; **Recurso Especial nº 1.330.919**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. 4ª turma. DJe 18/08/2016. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29478986&num_registro=201001266787&data=20130627&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 14 jan, 2019.

³⁰⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre alguns reflexos do novo CPC no processo de execução fiscal. In: CIANCI, Mirna; et al (Coord.). **Novo Código de Processo Civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar**. Vol. II. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 325.

Especificamente quanto à interação entre a Lei 6.830/80 e o Código de Processo Civil, sendo esta última uma legislação mais moderna, natural que surja o interesse fazendário em fazer valer as novas possibilidades executivas com base na aplicação do diálogo das fontes.

Nessa linha, surge o entendimento de que as disposições legais sobre a execução do novo CPC, que sejam mais benéficas ao credor, devem prevalecer sobre as disposições especiais da Lei n. 6.830/80. A teoria do diálogo das fontes permite que previsões legais gerais supervenientes prevaleçam sobre as previsões da lei especial anterior, quando esta foi concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria. É justamente a hipótese da Lei 6.830/1980, concebida para conferir um tratamento favorecido à cobrança do crédito público. O diálogo garante a preservação da coerência do sistema normativo³⁰⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, instado a se manifestar sobre a questão, reconheceu em sede de recurso especial representativo de controvérsia a plena aplicabilidade da teoria do diálogo das fontes na seara tributária, entendendo que disposições do CPC de 1973, mesmo em caso de matérias reguladas pela Lei 6.830/80, poderiam ser aplicadas à Lei de Execução Fiscal. O fundamento utilizado pela Corte Superior foi no sentido de que o crédito tributário não poderia ser submetido a uma situação de desvantagem em relação ao credor particular. Se o espírito da instituição de um regramento próprio para a cobrança do crédito inscrito em dívida ativa era o de conferir prerrogativas à Fazenda Pública, especialmente visando à celeridade e à eficiência arrecadatória, a concessão de tratamento desfavorável ao ente público violaria o sistema³⁰⁷.

O entendimento do STJ não é imune a críticas. Há quem defenda que a derrogação pontual de disposições da LEF, para permitir a utilização de dispositivos do Código de Processo, seria inconstitucional por violar a função legislativa, já que cria um terceiro regime jurídico para a execução fiscal. A utilização do CPC deveria ser restrita às hipóteses de omissão da LEF³⁰⁸.

³⁰⁶ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte; NOLASCO, Rita Dias. A influência do novo Código de Processo Civil no contraditório das execuções fiscais. In: CIANCI, Mirna; et al.(Coord.). **Novo Código de Processo Civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar**. Vol. II. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 230.

³⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1184765**. Relator: Luiz Fux. Primeira Seção. DJE 03/12/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11428720&num_registro=201000422264&data=20101203&tipo=91&formato=PDF>. Acesso 8 jan. 2019.

³⁰⁸ WOLKART, Erik Navarro. A “nova” execução fiscal (os reflexos das alterações promovidas pela lei 11.382/2006 no procedimentos da ação de execução fiscal – movimento n. 1). **Revista de Processo**. Vol. 173/2009. Jul/2009. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000167ed1161129d351a5d&docguid=Ica000640f25711dfab6f01000000000&hitguid=Ica000640f25711dfab6f01000000000&spos=2&eps=2&td=7&context=61&crumb-action=append&crumb->

Todo esse cenário demonstra quão complexo e causador de insegurança jurídica é o rito da execução fiscal, especialmente quando surgem modificações no Código de Processo Civil. Cabe à doutrina fornecer os subsídios necessários para a melhor solução de todas essas questões, contribuindo decisivamente para a construção da norma jurídica.

A tese ora apresentada tem um objetivo bem específico, qual seja: enfrentar, à luz do texto constitucional, a aplicabilidade, ou não, do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 ao rito disciplinado pela Lei de Execução Fiscal na cobrança dos créditos tributários.

É importante ressaltar que a LEF não traz em seus dispositivos qualquer disciplina específica concernente à desconconsideração da personalidade jurídica, sendo omissa quanto a esse ponto, o que em tese viabiliza a sua aplicação ao processo de execução fiscal face ao disposto no art. 1º da Lei 6.830/80. Outrossim, além da omissão legislativa, faz-se imprescindível que o instituto do novo CPC guarde compatibilidade com as demais disposições da LEF, o que torna relevante a discussão.

5.3. Sujeito Passivo da Execução Fiscal

Por ser o processo de execução fiscal uma prerrogativa da Fazenda Pública, o polo ativo da demanda será sempre ocupado por um ente de direito público, tendo como pretensão a satisfação de um crédito público.

Com efeito, a execução fiscal é movida com base em um título executivo extrajudicial, no caso, a certidão de dívida ativa, que tem por característica peculiar a sua constituição unilateral pelo credor, no caso, o ente público, independentemente da anuência do sujeito passivo. Trata-se de manifestação concreta do poder de autotutela do Estado em matéria exatorial³⁰⁹. Como destaca Araken Assis, a justificativa para essa prerrogativa é o fato de que não se pode esperar a colaboração voluntária do particular para a elaboração do título executivo³¹⁰.

Não obstante a prerrogativa fazendária, esse exercício encontra limites tanto no texto constitucional como na legislação infraconstitucional, afinal o Poder Público não pode expedir certidões de dívida ativa ao seu bel-prazer.

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 03 dez. 2018.

³⁰⁹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 733.

³¹⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 20ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 1.496

Salvo os casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos quais a declaração do sujeito passivo já implica na constituição do crédito tributário independentemente de qualquer ato do ente estatal, a constituição do título executivo deve ser precedida da instauração de regular processo administrativo, com a notificação do sujeito passivo da relação tributária.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 145, inciso I, prevê expressamente a possibilidade de impugnação do lançamento pelo sujeito passivo, momento em que se abre possibilidade, em respeito ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, para o exercício do contraditório e da ampla defesa na esfera administrativa³¹¹.

Como destacado pela doutrina, sem a observância do devido processo legal, que engloba o contraditório, a ampla defesa e o dever de fundamentação das decisões, é impossível falar em eficácia da decisão administrativa, não sendo possível exigir do cidadão seu cumprimento³¹². Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que: “Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo [...]”³¹³.

Destarte, somente na hipótese de o lançamento não ser impugnado administrativamente, ou a impugnação restar indeferida, e o sujeito passivo quedar-se inerte quanto ao recolhimento do tributo, é que será possível a inscrição em dívida ativa, com a consequente confecção da certidão de dívida ativa.

A Lei 6.830/80 prevê no art. 2º, § 5º, inciso I, e § 6º, que a CDA deve trazer, entre outros elementos, a indicação expressa dos devedores e dos corresponsáveis. E o art. 4º do mesmo diploma legal estabelece como legitimados passivos para o processo executivo: o devedor; o fiador; o espólio; a massa; o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e os sucessores a qualquer título.

Paulo Cesar Conrado, ao comentar a legitimidade passiva na execução fiscal, afirma que:

Reafirmemos uma premissa: todos os legitimados “especiais” descritos pelos incisos II, III, IV e V (fiador, espólio, massa sucessores a qualquer título) mantêm vínculo

³¹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**: comentários e jurisprudência. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54.

³¹² PAMPLONA, Gustavo Moreira. **O incidente de descon sideração da personalidade jurídica e a execução fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 99.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 608.426**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 2ª turma. Dje 24.11.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629030>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

jurídico com o legitimado “comum” (o devedor; inciso I), vínculo esse que se explica pela noção de sucessão. Usando outros termos: todos os sujeitos apontados recebem do sistema o rótulo da legitimidade passiva em função de sua condição jurídica de sucessores do devedor; sua legitimidade, mais do que um capricho legal, deriva de verdadeiro imperativo; os eventos deflagradores da sucessão (morte, falência, por exemplo) implicam o desaparecimento jurídico da pessoa do devedor (salvo no caso do fiador); de duas uma, portanto: ou o ordenamento comete a legitimidade, nesses casos, a outros sujeitos (os sucessores, materialmente falando do devedor), ou o processo de execução extingui-se ia, à falta do sujeito passivo.³¹⁴

Já a legitimidade passiva do responsável se assenta em premissa diversa, uma vez que não se relaciona ao desaparecimento do devedor, não configurando hipótese de sucessão processual. O responsável tributário, como regra, figura na relação processual como litisconsórcio do devedor³¹⁵.

Ocorre que é relativamente comum em lides tributárias, diante do insucesso da execução contra as pessoas indicadas na certidão de dívida ativa, que a Fazenda Pública formule pedido de redirecionamento do processo executivo em face de pessoas não constantes originalmente do título executivo. Um exemplo consagrado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é a possibilidade do redirecionamento de execução fiscal contra o sócio-gerente, nas hipóteses em que a pessoa jurídica deixa de funcionar em seu domicílio fiscal sem prévia comunicação aos órgãos competentes, a chamada dissolução irregular³¹⁶. Os pedidos de redirecionamento são feitos usualmente em face de sócios, ex-sócios, administradores, ex-administradores da sociedade. Também é comum o pedido de redirecionamento da execução fiscal contra outras sociedades empresárias, por supostamente integrarem o mesmo grupo econômico.

São variados os fundamentos legais que lastreiam os pedidos de redirecionamento da execução fiscal, sendo a maioria deles formulada com base em alguma das hipóteses de responsabilidade tributária descrita pelo CTN. É fundamental perceber que o pedido de redirecionamento, quando acatado, implica na ampliação do polo passivo da ação, com a inclusão de pessoa até então estranha à relação processual, formando litisconsórcio ulterior³¹⁷.

Não se pode olvidar que os terceiros incluídos no curso do processo, diferentemente dos executados originalmente, não participaram da fase administrativa, razão pela qual o

³¹⁴ CONRADO, Paulo Cesar. **Execução Fiscal**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2017. p. 50.

³¹⁵ CONRADO, Paulo Cesar. **Execução Fiscal**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2017. p. 51/52.

³¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 435**: 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. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso: 08 fev. 2019.

³¹⁷ CONRADO, Paulo Cesar. **Execução Fiscal**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2017. p. 56.

primeiro momento que surge para a impugnação da cobrança é justamente no curso do processo judicial de cobrança.

Gelson Amaro de Souza afirma que a legislação processual define o responsável tributário como sujeito passivo da execução fiscal (art. 779, inciso VI, do CPC), sendo que a exigência de que o processo executivo seja lastreado em um título executivo não impõe que o responsável já conste nele quando da propositura da ação executiva. Existindo título executivo e estando enquadrado em alguma das hipóteses de responsabilidade tributária descritas pelo direito material, ele pode ser incluído como sujeito passivo da execução fiscal³¹⁸. Destaca que a inclusão do responsável tributário no processo executivo prescinde da prévia instauração de processo administrativo, devendo a discussão a respeito da existência ou não dos requisitos configuradores da responsabilidade tributária ser realizada através de embargos à execução. Se fosse imprescindível que o responsável tributário já constasse da certidão de dívida ativa, o Código de Processo Civil não teria previsto a legitimidade passiva do responsável, uma vez que constando do título executivo, ele já seria devedor direto e principal e não mero responsável³¹⁹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acompanha o entendimento acima mencionado, admitindo pedido de redirecionamento da execução fiscal, com a inclusão do responsável tributário como novo executado, independentemente de prévio processo administrativo que apure a presença dos requisitos da responsabilidade tributária. Outrossim, o pedido de redirecionamento voltado contra pessoas não constantes da certidão de dívida ativa precisa ser devidamente fundamentado, acompanhado de prova documental que demonstre a pertinência, em tese, dos argumentos do ente público. O ônus da prova, nesses casos, cabe ao fisco³²⁰.

Preenchidos esses requisitos, o julgador deve determinar a citação do novo sujeito processual, que terá como mecanismos de defesa a via estreita da exceção de pré-executividade, que não admite dilação probatória, ou a apresentação dos embargos à execução, condicionada a prévia garantia do juízo. Significa dizer que o sujeito processual incluído no polo passivo da ação, além de não ter participado da fase administrativa da constituição do débito, entra no

³¹⁸ SOUZA, Gelson Amaro de. **Responsabilidade tributária e legitimidade passiva na execução fiscal**. 2ª ed. Ribeirão Preto: Nacional de direito livraria e editora, 2001. p. 169. Em que pese o comentário ter sido feito sob a égide do CPC de 1973, ele é plenamente válido com o CPC de 2015.

³¹⁹ SOUZA, Gelson Amaro de. **Responsabilidade tributária e legitimidade passiva na execução fiscal**. 2ª ed. Ribeirão Preto: Nacional de direito livraria e editora, 2001. p. 171/172.

³²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1739142**. Relator: Ministro Herman Benjamin. 2ª turma. Dje. 23/11/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83495574&num_registro=201800963553&data=20181123&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 11 jan. 2019.

processo com a necessidade de garantir o juízo, para poder apresentar a sua defesa em sua medida mais ampla através dos embargos à execução.

Como já destacado, os pedidos de redirecionamento podem ser fundados nas mais variadas alegações, sendo comum a indicação pelo ente público de alguma das hipóteses de responsabilidade tributária previstas pelo Código Tributário Nacional, a alegação de solidariedade e até mesmo a hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica.

Diante desse quadro variado de situações que legitimam o pedido de redirecionamento da execução fiscal, da ausência de regulação expressa pela Lei 6.830/80 quanto ao procedimento a ser observado nos pedidos de redirecionamento, e do advento do CPC de 2015, que traz como nova modalidade de intervenção de terceiro o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, surge relevante debate quanto à aplicabilidade do incidente nas execuções fiscais.

Há quem defenda, inclusive, que, diante da omissão da LEF quanto aos pedidos de redirecionamento, e em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é plenamente aplicável à execução fiscal, não somente nos casos de verdadeira desconconsideração da personalidade jurídica, mas em todos os casos em que se pretenda incluir no processo terceiro não constante da certidão de dívida ativa³²¹.

5.4. Dos argumentos contrários à aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal

Já foi ressaltado que a Lei 6.830/80 estabelece em seu art. 1º a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil ao rito da execução fiscal. Destarte, nas hipóteses de omissão da LEF, e desde que existente compatibilidade entre a sua disciplina legal com as disposições contidas no CPC, é que se faz possível a utilização de dispositivos da codificação processual no rito da execução fiscal. Significa dizer que não basta a omissão da LEF para que seja possível a aplicação das disposições da codificação processual, faz-se imprescindível que os dispositivos da codificação processual guardem compatibilidade com o regime jurídico instituído pela Lei de Execução Fiscal.

³²¹ QUEIROZ, Mary Elbe; SOUZA JUNIOR, Antônio Carlos F. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015 e a responsabilidade tributária: primeiras impressões. In: SOUZA JUNIOR, Antônio Carlos F.; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord). **Novo CPC e processo tributário**. São Paulo: Focofiscal, 2015. p. 269 e 272; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 412/413.

Da análise da Lei de Execução Fiscal é fácil constatar que ela não traz o procedimento a ser adotado quanto aos pedidos de redirecionamento de execuções fiscais para pessoas que não constem originalmente no título executivo³²², em que pese essa seja medida largamente utilizada pelos entes públicos e aceita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³²³. Ademais, o diploma legal não traz qualquer dispositivo que trate de eventual pedido de desconsideração da personalidade jurídica formulada durante marcha processual do feito executivo.

Constatada a omissão normativa, e com a previsão pioneira pelo CPC de 2015 de um procedimento específico para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica, era natural que surgissem discussões quanto à possível aplicação do instituto na seara da execução fiscal, especialmente pelos impactos que a medida pode produzir no exercício do direito de defesa dos demandados. Os debates perpassam necessariamente pela compatibilidade, ou não, da nova modalidade de intervenção de terceiros com o procedimento fixado pela Lei 6.830/1980.

Enquanto tradicionalmente o amplo exercício do direito de defesa na execução fiscal, com a possibilidade de alegação de todas as matérias e de instrução probatória, é realizado através dos embargos à execução, medida processual condicionada à prévia garantia do juízo, o exercício do contraditório no IDPJ dispensa qualquer garantia para a sua instauração³²⁴. Essa característica inegavelmente facilita o exercício do direito de defesa daquelas pessoas que têm contra si pedido de redirecionamento da execução formulado, o que justifica a forte defesa da sua aplicação por setor significativo da doutrina.

Já para a Fazenda Pública, a aplicação do incidente, por justamente dispensar a garantia do juízo e resultar na possível suspensão do processo executivo enquanto travada a questão, torna mais incerta e prolongada a pretensão arrecadatória, fazendo surgir um conflito de teses jurídicas quanto a sua aplicação, ou não, no processo executivo.

Com esse quadro conflituoso de interesses em jogo, a doutrina tem o papel fundamental de traçar as balizas necessárias que servirão de orientação ao Poder Judiciário para

³²² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**: comentários e jurisprudência. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 110/111.

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.371.128**. Primeira Seção. Relator: Mauro Campbell Marques. Julgamento em: 10.09.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38179255&num_registro=201300497558&data=20140917&tipo=91&formato=PDF>. Acesso 16 fev. 2019.

³²⁴ CANTANHEDE, Luís Carlos Ferreira. O redirecionamento da execução fiscal em virtude do encerramento irregular da sociedade executada e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). **O novo CPC e o seu impacto no direito tributário**. São Paulo: Fiscosoft, 2015. p. 44/45.

a solução da questão. Por mais que não seja possível uma pureza científica, afinal inclinações ideológicas sempre influenciam trabalhos científicos, ela deve ser almejada, com vistas a conferir um campo seguro para o intérprete diante do direito positivo vigente.

Estabelecidas essas premissas que permitem o avanço no estudo, há que se destacar que uma série de autores afasta a possibilidade de aplicação do IDPJ no processo de execução fiscal, por identificar incompatibilidades entre o rito estabelecido pela LEF e a disciplina normativa constante dos art. 133/137 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, essa posição doutrinária destaca, com base no disposto no art. 16, § 1º, da Lei 6.830/1980, que o rito da execução fiscal foi concebido para exigir a prévia garantia do juízo, para só então ser permitido ao executado ampla dilação probatória no exercício do direito de defesa através da apresentação de embargos à execução. Por essa linha de raciocínio, como o Código de Processo Civil não condiciona a instauração do IDPJ à prévia garantia do juízo, ao mesmo tempo que possibilita ampla dilação probatória, a sua aplicação implicaria na subversão da lógica instituída pela LEF, o que denotaria sua incompatibilidade³²⁵.

Ricardo Queiroz afirma que:

A lógica da execução fiscal é toda voltada à proteção do crédito público. O exercício do contraditório e da ampla defesa, através dos embargos à execução, pressupõe garantia da execução, sob pena de inadmissibilidade da defesa. É a dicção do artigo 16, parágrafo 1º, da Lei 6.830/80, consignando que “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”.³²⁶

Quanto ao ponto, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal, além de entender que a exigência da prévia garantia do juízo para o oferecimento dos embargos à execução não implica em violação da Súmula Vinculante nº 28³²⁷, nunca afastou a aplicação da LEF por uma possível não recepção pela Constituição Federal de 1988³²⁸.

³²⁵ FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira; FREITAS, Júlia Queiroz. Cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos processos de execução fiscal. **Publicações da Escola da AGU** — O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas. Vol. 9, nº 4. Brasília: Escola da AGU, 2017. p. 287.

³²⁶ QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. **Incidente de desconconsideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal>>. Acesso em: 01.12.2018.

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 28**: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 20.617**. Relator: Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento em: 02.02.2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+20617%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+20617%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nacyqj3>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

Uma segunda incompatibilidade apresentada como impeditiva para a aplicação do IDPJ ao rito da Lei de Execução Fiscal é a previsão do art. 134, § 3º, do Código de Processo Civil. O dispositivo estabelece que, salvo a hipótese em que instaurado na petição inicial, o incidente resulta na suspensão do processo principal; a suspensão perduraria enquanto não resolvido o incidente.

O óbice apontado quanto a essa previsão decorreria da previsão do art. 146, inciso III, b, da Constituição Federal, que estabelece que matérias envolvendo prescrição em ação tributária só podem ser disciplinadas através de lei complementar. E, de fato, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a prescrição em direito tributário só pode ser reguladora através de lei complementar.

Por conseguinte, segundo esse entendimento, a aplicação do incidente no processo de execução fiscal implicaria em nova hipótese de suspensão da prescrição do crédito tributário, criada através de lei ordinária, resultando na violação do texto constitucional³²⁹.

Outra incompatibilidade decorrente da suspensão do processo executivo ocasionada pela instauração do IDPJ consistiria na violação da garantia constitucional da duração razoável do processo, prevista pelo art. 5º, inciso LXXVIII. Para essa visão, o incidente comprometeria ainda mais a duração da execução fiscal³³⁰. A preocupação quanto à duração razoável do processo decorre de dados do Conselho Nacional de Justiça que indicam que as execuções fiscais representam para o Poder Judiciário os processos em tramitação com a maior taxa de congestionamento, índice que identifica o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base em relação ao que tramitou³³¹. Eles representam 39% do total de casos pendentes, com congestionamento de 92% em 2017³³².

O último argumento apresentado como impeditivo para aplicação do IDPJ ao executivo fiscal consiste no fato de que os pedidos de redirecionamento da execução fiscal, em sua grande maioria, são lastreados no art. 135 do Código Tributário Nacional, situação que não

³²⁹ BOMFIM, Gilson Pacheco. O redirecionamento da execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto pelo novo Código de Processo Civil. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 193.

³³⁰ BOMFIM, Gilson Pacheco. O redirecionamento da execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto pelo novo Código de Processo Civil. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 191.

³³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**. p. 72. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso: 12 jan. 2019.

³³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**. p. 121. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso: 12 jan. 2019.

se enquadra tecnicamente como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica³³³. Esse, inclusive, foi o entendimento exarado pela Escola Nacional da Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, que, em encontro realizado para discutir o novo CPC, emitiu o enunciado nº 53: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região sumulou o seguinte entendimento:

Súmula 112: A responsabilização dos sócios fundada na dissolução irregular da pessoa jurídica (art. 135 do CTN) prescinde de decretação da desconsideração de personalidade jurídica da empresa e, por conseguinte, inaplicável o incidente processual previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/15.

Malgrado a relevância dos entendimentos apresentados, que defendem uma suposta incompatibilidade do incidente com o rito da execução fiscal, a questão merece uma análise mais detalhada e técnica, especialmente à luz do texto constitucional, que possui dispositivos, tanto de direito material como de direito processual, que devem guiar o estudioso no enfrentamento da questão.

Assim, nos próximos tópicos será demonstrada a compatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com o processo de execução fiscal, em interpretação que se alinha tanto ao modelo de processo definido pelo texto constitucional como ao fixado pelo Código de Processo Civil de 2015.

5.5. Incidente que não viola o princípio constitucional da duração razoável do processo

Não existem maiores dúvidas quanto ao fato de que o processo de execução fiscal representa um sério entrave para a administração da justiça. Os dados estatísticos colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça deixam claro que as execuções fiscais representam significativo acervo dos processos em trâmite no Poder Judiciário.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, realizou pesquisa a respeito do perfil do processo de execução fiscal em trâmite perante a Justiça Federal. No estudo foi constatado que o tempo médio de duração

³³³ PEREIRA, Jana Reis Gonçalves; HENNING, Bruno Filartiga. O novo Código de Processo Civil, a execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 203.

desses processos é de 8 anos, 2 meses e 9 dias, prazo que se mostra demasiadamente longo³³⁴. E não só isso: a duração excessiva é agravada pelo baixo grau de recuperabilidade, com grande quantidade de processos sendo encerrados por prescrição do crédito tributário. Ou seja, um processo lento e de baixa efetividade.

Nesse diapasão, a finalidade almejada pela Lei 6.830/80, de conferir maior celeridade e efetividade à cobrança do crédito público, não tem sido alcançada, o que tem levado ao desenvolvimento pelo Poder Público de outros mecanismos para a cobrança do crédito fazendário, a exemplo do protesto das certidões em dívida ativa, a averbação pré-executória instituída pela Lei 13.606/2018, entre outros.

Diante desse quadro de morosidade, Gilson Pacheco Bomfim sustenta que a possibilidade de instauração do incidente de desconideração da personalidade jurídica em sede de execução fiscal, criando mais uma esfera de discussão, resultaria numa maior lentidão da execução fiscal, violando assim a garantia constitucional da duração razoável do processo insculpida no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. Na visão do autor, se o processo de execução já possui um longo tempo médio de duração, a possibilidade de aplicação do IDPJ teria como consequência direta a ampliação do tempo médio de duração desses processos, violando o texto constitucional³³⁵.

Ocorre que o referido entendimento exige uma análise mais acurada da questão.

De início, é importante rememorar o que já foi destacado no item 4.5 do presente trabalho. Diferentemente do que a leitura do artigo 134, § 3º, do CPC sugere, a suspensão do processo principal pela instauração do incidente não é automática, sendo, em verdade, medida excepcional. E mesmo que se entenda que a possível instauração do incidente resulte na suspensão do processo de execução fiscal, isso não implicará em violação da duração razoável do processo.

Há que se ter claro que a necessidade de que a prestação jurisdicional ocorra dentro de prazo razoável é uma exigência do texto constitucional desde a sua promulgação, sendo a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição de 1988, através da Emenda Constitucional nº 45, a mera explicitação dessa exigência.

³³⁴ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 28 dez. 2018.

³³⁵ BOMFIM, Gilson Pacheco. O redirecionamento da execução fiscal e o incidente de desconideração da personalidade jurídica previsto pelo novo Código de Processo Civil. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 191/192.

Não se pode olvidar que, mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, autores já destacavam, a exemplo de José Rogério Cruz e Tucci, que a garantia de acesso à jurisdição prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, além de possibilitar a todos o acesso ao Poder Judiciário, também confere o direito à adequada tutela jurisdicional, o que compreende o direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva³³⁶. Nelson Nery Junior, na mesma linha, afirma que a exigência de duração razoável do processo é desdobramento do direito de ação³³⁷.

Apesar da exigência constitucional da duração razoável do processo, o que impõe ao Poder Público o dever de adotar medidas no sentido de concretizar a previsão da Carta Magna, é indubitoso que não é tarefa das mais fáceis precisar quando um processo passa a ter uma duração fora dos padrões razoáveis. É certo que existem casos nos quais não persistem maiores dúvidas quanto ao seu desmedido tempo de tramitação, a exemplo do rumoroso caso de disputa sobre a propriedade do Palácio Guanabara situado no Rio de Janeiro, entre a União e a família imperial brasileira, que já dura 123 anos³³⁸.

Ocorre que a mesma facilidade de análise não se encontra presente diante de casos nos quais a demora não é exorbitante³³⁹. Inegavelmente existe uma zona cinzenta que dificulta a verificação na razoabilidade ou da irrazoabilidade da duração do processo, razão pela qual assume especial relevância o papel da doutrina em aclarar o conceito, permitindo a sua aferição diante dos casos concretos.

Existem autores que se posicionam no sentido de que, em sistemas processuais preclusivos, marcados essencialmente por prazos peremptórios, como é o caso brasileiro, o tempo ideal para a duração do processo é o somatório dos prazos fixados pela legislação para o cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, até o trânsito em julgado³⁴⁰. Ultrapassado esse prazo, a prestação jurisdicional, como regra, seria intempestiva.

³³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 66.

³³⁷ JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na constituição federal**. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 368.

³³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Palácio Guanabara: processo mais antigo do Brasil entra em pauta nesta quinta** (6). Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Pal%C3%A1cio-Guanabara:-processo-mais-antigo-do-Brasil-entra-em-pauta-nesta-quinta-\(6\)](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Pal%C3%A1cio-Guanabara:-processo-mais-antigo-do-Brasil-entra-em-pauta-nesta-quinta-(6)). Acesso em: 28 dez. 2018.

³³⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 90.

³⁴⁰ Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 59/60; SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) e outros. **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EX n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37/38.

Discordando desse entendimento, Francisco Wildo Lacerda Dantas afirma que a duração razoável do processo é um conceito indeterminado, que não pode ser analisado sob o prisma de uma mera conta aritmética, através da soma dos prazos estabelecidos em lei para a prática dos atos processuais³⁴¹. Como consequência, um processo não terá descumprido a exigência de duração razoável pelo simples fato da inobservância dos prazos processuais previstos em lei para cada ato. Em verdade, a aferição do tempo da marcha processual deve ser analisada de forma global³⁴².

José Rogério Cruz e Tucci afirma que é impossível fixar, a priori, uma regra específica para aferição da tempestividade na prestação jurisdicional, sendo imprescindível que a análise da duração do processo seja feita levando em consideração a complexidade do assunto, o comportamento das partes e seus procuradores, bem como a atuação do órgão jurisdicional. Afirma o autor que os referidos critérios tornam a verificação da tempestividade da prestação jurisdicional um conceito indeterminado e aberto³⁴³.

Na mesma linha, Frederico Koehler destaca:

De fato, a complexidade da vida e das lides processuais faz com que o prazo razoável somente possa ser indicado caso a caso, mediante um juízo de razoabilidade, somando-se bom senso e ponderação. O que é razoável em uma hipótese pode não ser em outra, a depender das peculiaridades da situação concreta. Ademais, a aferição da razoabilidade temporal dos processos deve calcar, sobretudo em uma perspectiva qualitativa. Não é suficiente verificar qual o tempo transcorrido, mas principalmente determinar como este tempo foi empregado. É realmente inadequada para a resolução do problema, portanto, uma simples operação aritmética, devendo-se averiguar, isso sim, se o dispêndio de tempo em um processo específico – considerado como um todo – encontra-se compatível com a atividade jurisdicional prestada³⁴⁴.

Uma série de fatores é apontada como as razões para a morosidade da prestação jurisdicional. Comumente são indicados como elementos primordiais para a intempestividade do processo no Brasil aspectos relacionados à burocracia da máquina estatal, uma formação jurídica com ênfase na advocacia combativa, bem como a formalização demasiada do processo judicial, especialmente do sistema recursal e o de produção de provas³⁴⁵.

³⁴¹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. A reforma das leis processuais. **Revista ESMAFE**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 10. Dezembro 2006. p. 141/142.

³⁴² KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 85.

³⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 67/68.

³⁴⁴ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 88.

³⁴⁵ JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 122.

A defesa da suposta incompatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com o processo de execução fiscal, sob o argumento de violação da duração razoável do processo, se enquadra no argumento da possível formalização demasiada do processo como causa da intempestividade na prestação jurisdicional no Brasil. Esse aspecto merece uma análise mais cautelosa.

Não se pode perder de vista que o sistema processual convive com duas exigências que são antagônicas, quais sejam: a celeridade processual e a segurança jurídica³⁴⁶. A busca incessante por decisões justas muitas vezes vai de encontro com a necessidade de respostas rápidas, o que impõe ao legislador o dever de sopesar as duas exigências do sistema jurídico, estabelecendo um regramento que concilie os dois princípios, o que é possível. Deve-se evitar a celeridade excessiva, que pode ser causadora de injustiça nas decisões, como também não se deve prolongar demasiadamente discussões e recursos, prolongando excessivamente a prestação jurisdicional³⁴⁷.

A ideia de processo contém ínsita a ideia de tempo. Existem dilações que são devidas para que a prestação jurisdicional possa ser exercida com qualidade. O que deve se evitar são dilações indevidas. Obviamente que no modelo constitucional de processo, no qual é garantido o contraditório e a ampla defesa, a celeridade não pode ser fornecida a qualquer custo. Não se pode olvidar que o processo necessariamente deve ser revestido de certa formalidade, somente podendo ser consideradas lesivas ao interesse das partes as formalidades que extrapolem os preceitos de um bom serviço ao processo³⁴⁸.

Diante dessas premissas, e face à estatística já citada quanto ao longo prazo de duração do processo de execução fiscal, é forçoso analisar se efetivamente a abertura de uma nova possibilidade de defesa no processo executivo implicaria em inconstitucional aumento de tempo na prestação jurisdicional, prejudicando ainda mais a atividade.

É cediço que pessoas demandadas em execução fiscal podem efetuar a sua defesa através da apresentação dos embargos à execução, sendo exigida a garantia do juízo para tanto, ou através da apresentação de exceção de pré-executividade, que dispensa a prévia garantia do

³⁴⁶RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Celeridade processual versus segurança jurídica. **Revista de Processo**. Vol. 120/2005. Fev. 2005. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000167f7ab817657480f76&docguid=Ia50f8050f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ia50f8050f25611dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=1381&context=254&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 28 dez. 2018.

³⁴⁷ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 32.

³⁴⁸ JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 122.

juízo, mas que tem seu campo de incidência bem restrito, afinal, só podem ser arguidas matérias conhecíveis de ofício e que não exijam dilação probatória. A aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica consistiria em uma nova possibilidade de defesa, o que em tese poderia ampliar ainda mais o prazo de duração do feito executivo. Mas será que efetivamente esse argumento procede?

A pesquisa do Ipea, em parceria com o CNJ, traz dados bastante esclarecedores a respeito da execução fiscal. Além da indicação do tempo médio de tramitação desses processos, os dados colhidos demonstram onde estão as maiores perdas de tempo no processo executivo.

Conforme informações coletadas, somente 60% dos processos de execução fiscal conseguem lograr êxito na citação dos executados, sendo que o tempo médio para efetivação da citação é de 1.315 dias, ou seja, aproximadamente 3 anos e sete meses³⁴⁹. O estudo afirma que:

No que diz respeito à defesa do executado, cada objeção de preexecutividade prolonga o processo por 574 dias (i) e os embargos de devedor ou de terceiros demandam 1.566 dias para o seu processamento (j). No campo dos recursos, cada agravo, apelação, recurso extraordinário, recurso especial ou embargo de declaração demanda 332 dias para apreciação, e atrasa a baixa do processo em 175 dias, representando um aumento total no tempo de tramitação de 507 dias (β). Não havendo recurso, entre a sentença e a baixa definitiva transcorrem em média 243 dias (γ).³⁵⁰

Os dados são bem reveladores porque demonstram que o tempo médio na análise das defesas dos executados, no caso da exceção de pré-executividade, é bem inferior ao tempo despendido para o ato de citação, e no caso dos embargos à execução, o tempo médio é pouco superior ao tempo da citação. Mas não só: a pesquisa também identifica que a regra é que os executados sequer apresentem defesa na execução fiscal. A exceção de pré-executividade somente é apresentada em 4,4% dos casos, enquanto os embargos à execução só são apresentados em 6,6% das execuções fiscais³⁵¹.

Nesse sentido, o estudo conclui:

A morosidade não resulta significativamente do cumprimento de prazos legais, do sistema recursal ou das garantias de defesa do executado. Tampouco do grau de

³⁴⁹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 28 dez. 2018.

³⁵⁰ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em : 28 dez. 2018.

³⁵¹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 28 dez. 2018.

complexidade das atividades administrativas requeridas. Fundamentalmente, é a cultura organizacional burocrática e formalista, associada a um modelo de gerenciamento processual ultrapassado (ALVES DA SILVA, 2010), que torna o executivo fiscal um procedimento moroso e propenso à prescrição.³⁵²

Diante dos dados, é fácil perceber que o problema da morosidade do processo de execução fiscal não ocorre pelo exercício excessivo do direito de defesa do executado, possuindo, em verdade, pouco peso pelos dados estatísticos colhidos pelo Ipea. Os grandes problemas da execução fiscal são decorrentes da dificuldade de citação e da penhora de bens do executado, o que é propiciado por problemas administrativos, de gerenciamento, tanto por parte da fazenda credora como do Poder Judiciário. Ademais, não se pode ignorar o tempo morto do processo, aquele período em que o processo fica simplesmente parado, aguardando algum impulso por parte do próprio Poder Judiciário.

Nesse sentido, é falacioso afirmar que a aplicação do incidente de descon sideração da personalidade jurídica no rito da execução fiscal implicaria em prejuízo à celeridade processual, violando assim a exigência constitucional de uma prestação jurisdicional tempestiva. Em verdade, a morosidade do processo executivo decorre muito mais de problemas estruturais do Poder Judiciário e da Fazenda Pública do que do exercício do direito de defesa pelo executado.

5.6. Suspensão do processo causada pelo IDPJ não ofende o art. 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal

Ainda quanto à suspensão do processo propiciada pela instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, existem posições doutrinárias³⁵³ e jurisprudenciais³⁵⁴ que afirmam que tal previsão legal impossibilita a aplicação do IDPJ em sede de execução fiscal. Alegam, para tanto, que a suspensão da execução fiscal implicaria em suspensão da prescrição do crédito tributário, matéria que necessariamente deve ser veiculada através de lei complementar, conforme previsão do art. 146, inciso III, alínea b, do texto constitucional

³⁵² BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 28 dez. 2018.

³⁵³ QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. **Incidente de descon sideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-descon sideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal>>. Acesso em: 01.12.2018.

³⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 1.423.211-0**. Relator: Desembargador Ruy Cunha Sobrinho. Julgado em 05/04/2016. Disponível em:< <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12154334/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1423211-0>>. Acesso em 22 jan. 2019.

De fato, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firmada no sentido de que matéria relacionada à prescrição em direito tributário deve ser necessariamente regulada através de lei complementar³⁵⁵. Ocorre que a hipótese do art. 134, § 3º, do CPC é típica matéria de direito processual, não versando sobre matéria de prescrição, o que afasta a aplicação do art. 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal à hipótese³⁵⁶.

Para exata compreensão do que aqui se afirma, é importante destacar que, hodiernamente, os embargos à execução não produzem o efeito de suspender automaticamente a execução fiscal. Nos termos do art. 919, § 1º, do CPC, dispositivo aplicável à cobrança do crédito fazendário, para que exista suspensão, faz-se indispensável a existência de decisão judicial atribuindo esse efeito. E para que seja proferida essa decisão, faz-se necessário que o crédito tributário esteja integralmente garantido e o embargante demonstre o preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela provisória³⁵⁷. Ocorre que nem sempre foi assim.

Até o advento da Lei 11.382/2006, que reformou o CPC de 1973, o entendimento que vigorava na jurisprudência, com base no até então art. 739, § 1º³⁵⁸, do Código Buzaid, era no sentido de que a apresentação de embargos à execução produzia o efeito automático de suspender a execução fiscal. Esse efeito automático só deixou de existir com a reforma de 2006, que deixou de conter tal previsão³⁵⁹. Apesar da ausência de previsão legal, Leonardo Carneiro da Cunha pontua que o efeito suspensivo automático não deixou de existir de forma absoluta. Destaca que, quando o processo executivo chega à fase de satisfação do credor, os embargos passam a ostentar, com base nos arts. 24 e 32, § 2º, da Lei 6.830/80, efeito suspensivo automático, uma vez que a adjudicação ou o levantamento do dinheiro obtido dependem do trânsito em julgado dos embargos³⁶⁰.

Como é fácil perceber, a suspensão automática da execução fiscal, seja aquela causada pela apresentação dos embargos à execução até o advento da Lei 11.382/2006, seja aquela que atualmente existe quando se chega à fase de satisfação do exequente, nunca foi tratada como

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 560.626**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12-6-2008, P, *DJE* de 5-12-2008. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2550484>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

³⁵⁶ SILVA, Ronaldo Campos e. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução fiscal por ato ilícito. In: RODRIGUES, Marco Antônio Rodrigues; BUENO; Cassio Scarpinella (Coord.). **Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 668.

³⁵⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 449.

³⁵⁸ O dispositivo previa: Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos: [...]. § 1º: Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo.

³⁵⁹ MELLO, Marco Aurélio. Efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal e o novo Código de Processo Civil. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 317.

³⁶⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 451.

hipótese de suspensão do prazo prescricional do crédito tributário, violadora da exigência de lei complementar para a regulação da prescrição em matéria tributária. E isso porque a disposição legal que tratava do efeito dos embargos versava sobre matéria processual, não dizendo respeito diretamente sobre prescrição.

Não se pode perder de vista que a prescrição em direito tributário é o prazo concedido para o fisco ajuizar a execução fiscal, tendo início somente após a constituição definitiva do crédito tributário. Como o incidente só pode ser instaurado com a execução fiscal já ajuizada, e tendo ela sido proposta tempestivamente, só se pode cogitar a prescrição intercorrente, aquela que é decretada no curso do processo por inércia ou não localização de bens do devedor.

Nesse sentido, a instauração do incidente, com a consequente suspensão do processo executivo, tecnicamente não cria nova hipótese suspensiva da prescrição tributária. Em verdade, a suspensão decorrente do incidente impede o reconhecimento da prescrição intercorrente, face à perpetuação da litispendência. É preciso ter em mente que durante a existência de debate judicial, e a discussão sobre o incidente de desconsideração representa isso, o credor não pode ser penalizado por inércia por estar impedido de dar continuidade aos atos de cobrança.

Ronaldo Campos e Silva ainda alerta que a eventual suspensão causada pelo incidente não é típico caso de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, como as previstas pelo art. 151 do Código Tributário Nacional, mas sim hipótese de suspensão da execução, o que é uma situação distinta. Assim, durante a pendência do incidente, a pessoa executada não terá direito a qualquer certidão de regularidade de seus débitos tributários, permanecendo, salvo presente alguma das hipóteses do art. 151 do CTN, plenamente exigível o crédito tributário³⁶¹.

5.7. Da compatibilidade do incidente com o processo de execução fiscal

Não resta qualquer dúvida que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 surgiu para sanar uma grave patologia do processo civil brasileiro, qual seja: a ausência de regramento processual que disciplinasse a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Ou seja, mesmo existindo diversas normas de direito material prevendo a *disregard doctrine*, o processo civil pátrio não contemplava o procedimento para sua aplicação diante de um caso concreto levado a juízo.

³⁶¹ SILVA, Ronaldo Campos e. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução fiscal por ato ilícito. In: RODRIGUES, Marco Antônio Rodrigues; BUENO; Cassio Scarpinella. **Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 669.

A intenção do legislador em solucionar a questão da omissão legislativa causadora de insegurança jurídica foi de tal forma evidente que ele previu, no art. 795, § 4º, do CPC, a obrigatoriedade da sua instauração sempre que for postulada a responsabilização patrimonial dos sócios por dívidas da sociedade, evitando qualquer discussão a respeito da imperiosa necessidade de observância do procedimento.

Naturalmente, a Lei 6.830/80 também foi omissa quanto ao procedimento a ser observado nos casos em que formulado o pedido de suspensão episódica da personalidade jurídica. Malgrado a omissão legislativa, a jurisprudência sempre admitiu a desconsideração, o que era feito através do pedido de redirecionamento da execução fiscal pelo exequente, onde o terceiro era citado para pagar ou garantir a execução para fins de apresentação dos embargos à execução.

Ocorre que, diante do novo quadro legislativo, no qual o CPC contempla expressamente o procedimento para desconsideração, e sendo as suas disposições aplicáveis subsidiariamente ao rito da execução fiscal, conforme previsão do art. 1º da Lei 6.830/80 e do art. 1.046, § 2º, do CPC, em tese é possível a sua utilização pelo procedimento de cobrança judicial do crédito tributário, bastando, para tanto, que exista compatibilidade entre o procedimentos.

Quanto ao ponto da compatibilidade, setores da doutrina apontam que, diante da almejada proteção ao crédito público propiciada pela Lei de Execução Fiscal, que exige no seu art. 16, § 1º, a prévia garantia do juízo para apresentação de defesa, a aplicação do novel instituto, por justamente dispensar a prévia garantia, subverteria a lógica do regramento especial, o que tornaria inviável a sua utilização³⁶².

Não existem dúvidas quanto à relevância do argumento. Entretanto, a questão merece uma análise mais profunda diante das especificidades que envolvem o redirecionamento da execução fiscal para terceiro estranho à relação jurídica objeto de cobrança.

É cediço que a execução fiscal é ajuizada com base em um título executivo extrajudicial, no caso, a certidão de dívida ativa, título este que, apesar de constituído unilateralmente, é confeccionado após prévio processo administrativo, no qual é oportunizado o contraditório e a ampla defesa dos devedores.

Diante desse quadro, por mais que possam existir possíveis imperfeições nos julgamentos administrativos, o fato é que o devedor tem a prévia oportunidade de impugnar o

³⁶² QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. **Incidente de desconsideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

lançamento tributário. Após o trâmite regular, com a inscrição em dívida ativa e consequente expedição da CDA, militam a favor do Estado, conforme o disposto no art. 204 do Código Tributário Nacional, as prerrogativas da certeza e da liquidez do título, que fazem crer que efetivamente aquela pessoa é a devedora daquela quantia ao ente público.

Por essa razão, a legislação, diante das presunções, exige a prévia garantia do juízo para o oferecimento dos embargos à execução fiscal.

Ocorre que, nos casos de redirecionamento, a situação fática e jurídica é diametralmente oposta. O pedido de redirecionamento é dirigido contra pessoa que não teve oportunidade de se manifestar na esfera administrativa, não militando contra ela qualquer das presunções dos atos administrativos que façam crer que é realmente devedora daquela quantia.

Essa diferença, de não ter participado de um prévio processo administrativo, é extremamente significativa, razão pela qual a concessão de um tratamento jurídico diverso para o exercício de defesa não implica na instituição de qualquer contradição com o sistema de cobrança previsto pela Lei 6.830/80. O que aqui se afirma é que o legislador tem a total liberdade de dispor de forma diversa para as referidas situações, já que elas efetivamente são diversas. A diferença de tratamento jurídico não implicará em qualquer contradição para o sistema.

Ademais, e como principal fator diferenciador, a pessoa chamada a responder pelo débito a título de descon sideração da personalidade jurídica, é um terceiro estranho à relação jurídico-tributária. A sua inclusão como executado depende de prévio reconhecimento de sua responsabilidade patrimonial, o que só restará presente caso preenchido os requisitos da *disregard doctrine*. A Administração tributária até pode realizar administrativamente a descon sideração da personalidade jurídica, desde que observado o contraditório e a ampla defesa. Outrossim, resolvendo arguir a questão em juízo, a descon sideração só poderá ser reconhecida pelo Poder Judiciário, situação que também afasta a alegação de possível contradição do incidente com o rito insculpido pela Lei 6.830/80.

Não se pode olvidar que a força normativa do texto constitucional impõe que o intérprete sempre atue no sentido de conferir máxima efetividade às normas constitucionais, valorizando interpretações que prestigiem o texto constitucional.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 valoriza fortemente o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), com especial ênfase nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º LV, da CF).

Não bastasse isso, o texto constitucional consagra a livre iniciativa, reconhecendo a indispensabilidade dos particulares no desempenho da atividade econômica como forma de

proporcionar a todos uma existência digna (art. 170 da CF). A relevância da atividade dos particulares impõe ao Poder Público a adoção de comportamentos que incentivem o empreendedorismo de seus membros.

Nessa linha, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica instituído pelo novo CPC representa o atendimento de todas essas exigências constitucionais, já que, além de oportunizar o direito de defesa, se adequando ao modelo constitucional de processo, constitui importante ferramenta de proteção da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, elemento indispensável para o incentivo da livre iniciativa. Tudo isso, diga-se, sem causar prejuízos quanto à exigência constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

O incidente, como exposto expressamente nas razões para edição do novo CPC, foi instituído justamente para compatibilizar da melhor maneira possível a legislação infraconstitucional com o texto constitucional.

Aqui não se está defendendo a incorporação acrítica do regramento do CPC de 2015 ao processo de execução fiscal, sob o fundamento de ser uma legislação mais atual, de feição democrática, elaborada inteiramente sob a égide da Constituição Federal de 1988.

O que se defende é que, diante da omissão da Lei de Execução Fiscal e da previsão expressa do legislador infraconstitucional quanto à possibilidade de aplicação das previsões do CPC em casos de compatibilidade, o que existe no caso, não há qualquer razão para que o intérprete afaste o regramento, especialmente quando ele implica numa maior aproximação com o texto constitucional.

Manter a aplicação de uma interpretação jurisprudencial elaborada quando inexistente um procedimento previsto em lei, em detrimento da novel disciplina, elaborada com a expressa finalidade de melhor representar o texto constitucional, representa uma clara violação à coerência do sistema jurídico.

Destarte, é plenamente compatível com a Lei de Execução Fiscal a disciplina inaugurada pelo CPC de 2015 quanto à desconsideração da personalidade jurídica.

5.8. Aplicação do incidente restrita às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica

Já foi destacado ao longo do presente trabalho que existem diversos fundamentos jurídicos que podem lastrear o pedido de redirecionamento da execução fiscal. Também foi ressaltado que a Lei de Execução Fiscal é omissa quanto ao procedimento de redirecionamento, seja qual for o fundamento jurídico utilizado para o pedido.

Considerando esse quadro de omissão legal é que doutrina de escol defende que o procedimento previsto pelo CPC para efetivação da desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicado a todos os pedidos de redirecionamento formulados em sede de execução fiscal, independentemente do fundamento utilizado para o pedido. Por conseguinte, para essa corrente doutrinária, pouco importa se o pedido de redirecionamento envolve verdadeiro pedido de aplicação da *disregard doctrine*. Existindo pedido de redirecionamento da execução fiscal para pessoa não constante da certidão de dívida ativa, e diante da omissão da LEF quanto ao procedimento aplicável para a hipótese, obrigatoriamente deve ser instaurado o procedimento disciplinado pelo art. 133/137 do CPC. Alegam que esse entendimento prestigia o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte da pessoa que tem contra si o pedido³⁶³.

Embora o argumento pareça sedutor no primeiro momento, a posição defendida pelos autores acima indicados entraria em conflito com as disposições do Código de Processo Civil, e pior, criaria um regime jurídico desfavorável para a Fazenda Pública em relação ao conferido aos exequentes particulares, afastando-se sobremaneira da finalidade almejada com a instituição de um regime específico para a cobrança do crédito público.

Inicialmente, como muito bem destaca Maria Rita Ferragut, o CPC de 2015 poderia ter ido além, submetendo o rito do incidente a todos os casos de sujeição passiva. Contudo, o fato concreto é que isso não foi feito³⁶⁴. Quer dizer, o incidente foi criado para uma hipótese bem específica: a verificação dos pressupostos descritos no direito material para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Não bastasse a ampliação indevida do alcance da nova modalidade de intervenção de terceiros, a tese de aplicação irrestrita do rito do incidente para todos os pedidos de redirecionamento em execução fiscal, independentemente da causa de pedir utilizada para o pedido, vai de encontro ao regime fixado pelo Código de Processo Civil para os casos de legitimidade passiva no processo de execução.

A legitimidade passiva para o processo executivo consta do art. 779 do CPC de 2015. A exemplo do que já constava no art. 568 do CPC de 1973, a atual codificação admite que pessoas não constantes do título executivo possam ser demandadas na ação executiva.

³⁶³ QUEIROZ, Mary Elbe; SOUZA JUNIOR, Antônio Carlos F. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015 e a responsabilidade tributária: primeiras impressões. In: SOUZA JUNIOR, Antônio Carlos F.; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord). **Novo CPC e processo tributário**. São Paulo: Focofiscal, 2015. p. 269 e 272. No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 412/413; ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 20ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 289/290.

³⁶⁴ FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e os grupos econômicos. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. **O novo CPC e seu impacto no direito tributário**. São Paulo: Ficosoft, 2015. p. 35.

O art. 779 do CPC de 2015, além de prever o devedor como legitimado passivo, também reconhece nessa condição o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; o fiador do débito constante em título extrajudicial; o responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito; o responsável tributário, assim definido em lei.

É fundamental perceber que as hipóteses contempladas pelo dispositivo podem nascer contemporaneamente ao próprio título ou podem surgir durante o curso do processo de execução, alterando a relação processual originalmente instaurada³⁶⁵. Significa dizer que é juridicamente possível que pessoa não constante do título executivo possua legitimidade passiva para o processo executivo. Nesses casos, deverá o exequente pugnar pela inclusão do novo devedor no polo passivo da ação³⁶⁶, apresentando argumentos e documentos que demonstrem a sua legitimidade para figurar como demandado³⁶⁷. Trata-se de típico caso de redirecionamento do processo executivo.

Perceba-se que a inclusão desses novos executados não exige, salvo a hipótese de sucessão por falecimento, que precisa da prévia habilitação dos herdeiros, a instauração de um procedimento prévio e específico para comprovação da legitimidade passiva para a execução. Essa discussão, se por ventura travada, deverá ser realizada através de embargos do devedor, nos quais o executado poderá demonstrar a ausência dos requisitos para figurar no polo passivo da ação.

O entendimento que pretende submeter todos os pedidos de redirecionamento ao mesmo regime jurídico inaugurado pelo IDPJ, especialmente os casos de responsabilidade tributária, ignora o fato de que tanto o CPC como a LEF conferem legitimidade passiva para o responsável ser demandado na execução, situação claramente distinta das hipóteses de desconsideração, nas quais só no caso de julgado procedente o incidente é que surgirá a legitimidade para figurar no polo passivo da execução como responsável patrimonial (art. 790, VII, do CPC).

Se na execução movida por particulares não é exigida a instauração de procedimento específico para o redirecionamento do pedido em relação a novo executado, exigir esse

³⁶⁵BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.) **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1106.

³⁶⁶GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In: Fernando da Fonseca Gajardoni... [et.al.]. **Execução e recursos: comentários ao CPC 2015**. – 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

³⁶⁷BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1106.

procedimento prévio em relação ao redirecionamento postulado pela Fazenda Pública implicaria num tratamento processual mais gravoso ao ente público, contrariando o espírito da Lei 6.830/80.

5.9. Hipóteses que exigem a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Se é certo que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não possui incompatibilidade com a Lei 6.830/80, sendo possível a sua aplicação nas execuções fiscais quando efetivamente se pretenda a desconsideração da personalidade jurídica, é importante indicar casos em que o pedido de redirecionamento consista em verdadeira tentativa de suspensão episódica da personalidade jurídica, a legitimar a instauração do incidente instituído pelo CPC de 2015.

O presente trabalho assume a tese de que responsabilidade tributária e *disregard doctrine* são institutos que não se confundem, razão pela qual a cobrança tributária do sócio administrador, com arrimo no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, não exige a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. O responsável é sujeito passivo do débito tributário.

Ainda quanto ao dispositivo, não persistem maiores dúvidas na doutrina e na jurisprudência que o seu alcance está restrito ao sócio-administrador. Isso não significa, entretanto, a impossibilidade de a Fazenda Pública em determinadas hipóteses também se voltar contra os demais sócios da pessoa jurídica por dívida tributária da sociedade. Contudo, o redirecionamento em relação aos sócios cotistas não pode ser feito com base no instituto da responsabilidade tributária. Os sócios cotistas, na hipótese de inadimplemento tributário, só poderão ser cobrados por dívidas da sociedade se o fisco comprovar a presença dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica previstos pelo art. 50 do Código Civil.

Essa comprovação pode ocorrer na esfera administrativa, resultando em lançamento tributário já englobando o nome dos sócios, com a consequente inscrição em dívida ativa. Nesses casos, os sócios serão legitimados a figurar no polo passivo da execução fiscal desde o seu ajuizamento. Outrossim, na hipótese de não ter sido identificado no momento do lançamento a presença dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, a Fazenda Pública poderá requerer a inclusão dos sócios no curso da execução fiscal, desde que instaure previamente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no Código de Processo Civil.

Para ilustrar o que aqui se defende, é possível destacar o caso de dissolução irregular da empresa, no qual a empresa é encerrada sem as devidas cautelas legais. Quanto à questão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de reconhecer na dissolução irregular da sociedade empresária típica situação configuradora de responsabilidade tributária, prevista no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, a permitir o redirecionamento da cobrança em relação ao sócio-administrador.

Apesar de a orientação jurisprudencial indicar que a responsabilidade pelo ilícito é do sócio-administrador à época da dissolução, essa mesma hipótese não significa a impossibilidade dos demais sócios serem cobrados pelo débito tributário. É preciso ter claro que os sócios cotistas não poderão ser cobrados com base no art. 135, inciso III, do CTN. Todavia, diante do caso concreto, a Fazenda Pública pode perceber que o sócio-administrador funcionava como mero laranja usado pelos outros sócios, os verdadeiros responsáveis pela administração da sociedade empresária. Esse quadro legitima que o exequente se volte contra os demais sócios, em nítida hipótese de aplicação da *disregard doctrine*. O fisco necessariamente precisará se utilizar do art. 50 do Código Civil para redirecionar a execução fiscal para os sócios cotistas.

Até o advento do CPC de 2015, esse cenário possibilitava que a Fazenda Pública, apresentando os elementos de prova, formulasse requerimento de redirecionamento da execução fiscal, e o juiz, verificando a plausibilidade da argumentação, deferisse a citação para que os sócios se defendessem através de embargos à execução, que exige prévia garantia do juízo. Perceba que na prática a desconsideração da personalidade jurídica já era deferida com o simples deferimento da citação, afinal, antes mesmo de exercer o seu direito de defesa, o patrimônio do sócio deveria ser necessariamente apreendido.

O CPC de 2015 rompe drasticamente com essa situação, afinal, o pedido de desconsideração deverá ser precedido da instauração de um procedimento específico, no qual será oportunizado um contraditório prévio, para só então, caso julgado procedente, os sócios serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, com a consequente necessidade de garantia do juízo.

Outra hipótese que também exige a prévia instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, por efetivamente envolver caso de aplicação da *disregard doctrine*, é o caso de atribuição de responsabilidade patrimonial por dívida tributária em razão da existência de grupo econômico. Trata-se de aspecto relevante, uma vez que o simples fato de

integrar grupo econômico não autoriza, por si só, o reconhecimento da responsabilidade patrimonial entre as empresas por débitos tributários de alguma delas³⁶⁸.

Suzy Koury destaca que vivemos atualmente a fase do capitalismo de grupos, com a concentração empresarial, com vistas a permitir um maior fortalecimento da empresa. Esse movimento é em grande medida realizado através de grupos de empresas que possuem o claro objetivo de aumentar a produtividade e o lucro, com a redução de custos. O grupo de empresas permite que empresas juridicamente independentes, mas economicamente unidas, estejam sujeitas a uma unidade do poder diretivo³⁶⁹.

Nesse sentido, os grupos econômicos podem ser classificados como de fato ou de direito. Independentemente da espécie de grupo econômico, é fundamental ter em mente que as sociedades que o compõem permanecem com personalidade jurídica própria, não existindo entre elas responsabilidade solidária, salvo nos casos previstos em lei (art 278, § 1º, da Lei 6.404/1976)³⁷⁰.

A Lei 6.404/1976 disciplina nos arts. 265/278 os grupos econômicos de direito. O art. 265 estabelece que a sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. Além disso, a sociedade controladora deve exercer, direta ou indiretamente, de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas. Por conseguinte, para o exercício do controle, a sociedade controladora deve deter pelo menos 50% + 1 das ações da empresa, sendo sua existência uma exceção no direito brasileiro³⁷¹.

Já os grupos econômicos de fato são disciplinados pela legislação trabalhista, através do Decreto-Lei 5.452/1943, e da legislação tributária, através da Instrução Normativa da Receita Federal nº 971/2009. São de ocorrência muito mais comum do que os grupos econômicos de direito, diante da ausência de maiores formalidades para a sua constituição. Enquanto no grupo econômico de direito faz-se imprescindível a existência de convenção

³⁶⁸ FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e os grupos econômicos. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. **O novo CPC e seu impacto no direito tributário**. São Paulo: Ficosoft, 2015. p. 20.

³⁶⁹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 60.

³⁷⁰ FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e os grupos econômicos. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. **O novo CPC e seu impacto no direito tributário**. São Paulo: Ficosoft, 2015. p. 15/16.

³⁷¹ FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e os grupos econômicos. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. **O novo CPC e seu impacto no direito tributário**. São Paulo: Ficosoft, 2015. p. 17.

disciplinando as relações entre seus integrantes, os grupos de fato se constituem mediante a reunião de sociedade, sem a necessidade de manterem um vínculo mais profundo, permanecendo isolados e sem organização jurídica³⁷². Os grupos de fato são formados entre sociedades coligadas ou entre controladora e controlada. Enquanto uma controladora detém o poder de controle de outra companhia, as coligadas são aquelas em que uma sociedade tem influência significativa sobre a outra, sem, contudo, controlá-la³⁷³.

Maria Rita Ferragut ressalta ainda, quanto aos grupos econômicos de fato, que existem casos em que as sociedades não são formalmente coligadas nem controladas. Entretanto, diante da presença de certas circunstâncias, é possível constatar que elas constituem verdadeiro grupo econômico de fato. Cita como exemplos de elementos indicativos desse quadro a independência meramente formal, quando na realidade se submetem a uma mesma unidade gerencial laboral e patrimonial; identidade de administradores e contadores; quadros societários com os mesmos integrantes, ou até mesmo seus familiares; atuação idêntica, similar ou complementar. Como é fácil perceber, todas essas circunstâncias exigem ampla produção de provas para que não permaneçam dúvidas quanto à real existência concreta de grupo econômico³⁷⁴.

Ocorre que não basta a comprovação da existência de grupo econômico para que seja possível o reconhecimento do dever de pagamento de tributo de uma das empresas por débitos tributários de outra empresa do mesmo grupo econômico. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a existência de grupo econômico não gera automaticamente responsabilidade solidária entre elas³⁷⁵. Para que seja reconhecida a responsabilidade solidária pelo pagamento do débito tributário, prevista pelo art. 124, inciso I, do CTN, faz-se necessária a comprovação de que as empresas atuaram conjuntamente na realização do fato gerador, não bastando o mero proveito econômico advindo da atuação da empresa que possui o débito tributário³⁷⁶.

³⁷² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria geral e direito societário. Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 648.

³⁷³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial** - Direito da empresa. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 256.

³⁷⁴ FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e os grupos econômicos. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. **O novo CPC e seu impacto no direito tributário**. São Paulo: Ficosoft, 2015. p. 19/20.

³⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 549.850**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira turma. DJe 15/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47765416&num_registro=201401756167&data=20180515&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 14 jan. 2019.

³⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 834.044** – RS (2006/0065449-1). Relator: Min. Denise Arruda. Primeira turma. DJe. 15/12/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4333596&num_registro=200600654491&data=20081215&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 28 jan. 2019.

Diante da exegese firmada pelo STJ quanto ao alcance do art. 124, inciso I, do CTN, concluiu-se que, ressalvado os casos em que praticado o fato gerador em conjunto, ele não tem aptidão para legitimar isoladamente o redirecionamento de execuções fiscais envolvendo grupos econômicos. Ademais, o art. 135 do Código Tributário Nacional também não legitima o redirecionamento da execução fiscal contra empresa integrante de grupo econômico, já que destinado ao reconhecimento de responsabilidade de pessoas físicas.

Fácil perceber, portanto, que o Código Tributário Nacional não possui dispositivo legal específico que permita a cobrança de empresas integrantes do grupo econômico, pelo simples fato de integrarem a mesma organização empresarial. Ocorre que isso não significa a impossibilidade de responsabilização

Muitas vezes o grupo empresarial se constitui em artifício utilizado pelo sujeito passivo da relação tributária como forma de burlar o dever de recolhimento tributário. Existem casos em que a personalidade jurídica é utilizada de forma fraudulenta como instrumento a impossibilitar o êxito fiscal na pretensão arrecadatória, concentrado todo débito tributário em uma pessoa jurídica, enquanto todo o ativo fica com outra. Trata-se de conduta claramente abusiva a justificar a atuação da Fazenda Pública, através da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com vistas a garantir o adimplemento do crédito tributário.

É fundamental perceber que, mais do que a comprovação de que as empresas integram o mesmo grupo econômico, faz-se imprescindível que a Fazenda Pública demonstre o uso abusivo da personalidade da jurídica das empresas ligadas economicamente, seja por meio da comprovação do desvio de finalidade, seja através da prova da confusão patrimonial, como forma de legitimar o redirecionamento da execução fiscal em relação a uma empresa integrante de grupo empresarial³⁷⁷.

Considerando que a hipótese é típico caso de aplicação da *disregard doctrine* em uma lide tributária, a exigir necessariamente ampla produção de prova, é plenamente aplicável o incidente de desconsideração da personalidade jurídica introduzido pelo CPC de 2015³⁷⁸.

³⁷⁷ GONZALEZ, Thiago Holanda. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos art. 133 a 137 do novo código de processo civil (Lei 13.105/2015) e as execuções fiscais. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**. Nº 77. 2016. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/01162109-revista-77-5.pdf>. Acesso em: 06/08/2018. p. 160/161.

³⁷⁸ GONZALEZ, Thiago Holanda. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos art. 133 a 137 do novo código de processo civil (Lei 13.105/2015) e as execuções fiscais. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**. Nº 77. 2016. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/01162109-revista-77-5.pdf>. Acesso em: 06/08/2018. p. 161.

5.10. A posição do Superior Tribunal de Justiça

O Código de Processo Civil iniciou a sua vigência em 18/03/2016, ainda podendo ser considerada uma legislação bastante recente. Nesse sentido, em que pese o redirecionamento da execução ser temática de alta recorrência, não existem reiteradas decisões do STJ sobre a questão.

O primeiro julgamento realizado pela Corte Superior sobre o tema ocorreu em 21/02/2019, através da Primeira Turma, que assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO A PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO "DE FATO". INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CASO CONCRETO. NECESSIDADE.

1. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (art. 133 do CPC/2015) não se instaura no processo executivo fiscal nos casos em que a Fazenda exequente pretende alcançar pessoa jurídica distinta daquela contra a qual, originalmente, foi ajuizada a execução, mas cujo nome consta na Certidão de Dívida Ativa, após regular procedimento administrativo, ou, mesmo o nome não estando no título executivo, o fisco demonstre a responsabilidade, na qualidade de terceiro, em consonância com os artigos 134 e 135 do CTN.

2. Às exceções da prévia previsão em lei sobre a responsabilidade de terceiros e do abuso de personalidade jurídica, o só fato de integrar grupo econômico não torna uma pessoa jurídica responsável pelos tributos inadimplidos pelas outras.

3. O redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora.

4. Hipótese em que o TRF4, na vigência do CPC/2015, preocupou-se em aferir os elementos que entendeu necessários à caracterização, de fato, do grupo econômico e, entendendo presentes, concluiu pela solidariedade das pessoas jurídicas, fazendo menção à legislação trabalhista e à Lei n. 8.212/1991, dispensando a instauração do incidente, por compreendê-lo incabível nas execuções fiscais, decisão que merece ser cassada.

5. Recurso especial da sociedade empresária provido.³⁷⁹

O julgado seguiu a posição defendida no presente trabalho, ao diferenciar os casos de responsabilidade tributária das situações que envolvem a aplicação da teoria da *disregard doctrine*.

³⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.775.269**. Primeira turma. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Dje. 01/03/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92034794&num_registro=201802809059&data=20190301&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2019.

No julgado, restou assentado que a instauração do incidente é desnecessária nos casos em que o pedido de redirecionamento é voltado contra pessoa constante da certidão de dívida ativa, uma vez que nesses casos ela é legitimada a figurar no polo passivo da execução. A sua legitimidade passiva foi reconhecida através do processo administrativo tributário.

Também foi consignado na decisão que a instauração do incidente está dispensada nos casos em que o redirecionamento é fundado nas hipóteses de responsabilidade tributária previstas nos art. 134 e 135 do CTN. A Corte entendeu que nesses casos a responsabilidade do terceiro não depende da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa devedora. A responsabilidade nesses casos decorre da previsão do Código Tributário Nacional, podendo a cobrança se voltar diretamente contra o terceiro. Ademais, a Lei de Execução Fiscal, em seu art. 4º, inciso V, reconhece a legitimidade do responsável para figurar no polo passivo da execução fiscal.

Já quanto aos casos em que o pedido de redirecionamento é justificado pela existência de grupo econômico, não estando a pessoa jurídica indicada na CDA, e não sendo hipótese de responsabilidade tributária prevista nos arts. 134 e 135 do CTN, faz-se imprescindível a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O acórdão consignou expressamente que o simples fato de integrar o mesmo grupo econômico não gera, por si só, responsabilidade tributária entre os seus integrantes. Só existirá solidariedade caso demonstrado que as empresas integrantes do grupo econômico praticaram conjuntamente o fato gerador (art. 124, inciso I, do CTN), ou que incidiram em alguma das hipóteses previstas nos arts. 134 ou 135 do CTN. Não sendo verificadas essas hipóteses, a responsabilização pela dívida tributária só será possível caso demonstrado o preenchimento dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, previstos pelo art. 50 do Código Civil, o que exige consequentemente a instauração do incidente mencionado nos art. 133/137 do CPC.

6. CONCLUSÃO

A análise da compatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica instituído pelo Código de Processo Civil 2015, com o processo de execução fiscal regulado pela Lei 6.830/80, exigiu necessariamente uma análise multidisciplinar da questão.

Inicialmente pontuou-se que o direito tributário, a exemplo das demais disciplinas do ordenamento jurídico, sofre o influxo direto da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Além do Código Tributário Nacional possuir dispositivos específicos que possibilitam a sua aplicação, através dos seus arts. 116, parágrafo único, e 149, inciso VII, a previsão do art. 50 do Código Civil também é plenamente aplicável às relações tributárias.

Não se pode olvidar que a *disregard doctrine* é uma categoria pertencente à teoria geral do direito, como corolário lógico da vedação ao abuso de direito. Especialmente diante do atual texto constitucional, há que se considerar que a função social da propriedade exige repressão ao uso abusivo da personalidade jurídica, sendo fundamento legitimador para a sua aplicação.

Ao mesmo tempo que a ordem jurídica repele o uso abusivo da personalidade jurídica, ela reconhece a importância da proteção de tipos societários que fixam a regra da limitação da responsabilidade. Com efeito, a obrigação constitucional do Estado em fomentar atividades econômicas impõe que sejam adotados comportamentos estatais que despertem o empreendedorismo dos cidadãos, sendo a criação de pessoas jurídicas com limitação da responsabilidade um dos elementos mais relevantes para esse incentivo. Trata-se de aspecto essencial para o desenvolvimento econômico do país, razão pela qual a aplicação da *disregard doctrine* deve ser medida excepcional.

Nessa linha, em reforço à importância de proteção à autonomia patrimonial, é que o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu de forma pioneira no direito brasileiro procedimento específico para a aplicação da teoria nos processos judiciais. A principal conquista da instituição do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, definido pelo legislador como nova modalidade de intervenção de terceiro, foi o de garantir, como regra, a obrigatoriedade do contraditório prévio, para só então ser possível a desconsideração. O legislador claramente visou alterar a jurisprudência firmada sob a égide do CPC de 1973, que permitia como regra a efetivação da desconsideração antes mesmo do exercício de defesa pelo atingido com a medida.

É fundamental perceber que a possibilidade de desconsideração, antes mesmo do exercício do contraditório, conferia um caráter inquisitorial ao processo, decorrente de uma clara aceitação de uma posição de supremacia do órgão jurisdicional sobre as partes. O julgador em sua onisciência, independentemente da prévia oitiva da pessoa que seria atingida pela constrição patrimonial, já determinava medida extremamente gravosa para o sujeito processual. Ocorre que essa posição de superioridade do julgador não se compatibiliza com o modelo constitucional de processo. Existia um claro descompasso entre o procedimento construído jurisprudencialmente e as balizas traçadas pelo texto constitucional.

Como enfatizado por setores significativos da doutrina, a Carta Cidadã de 1988 consagrou um novo modelo de estruturação do processo, especialmente voltado a concretizar o caráter participativo da sociedade em todas as manifestações dos poderes estatais. Trata-se de premissa básica de um Estado Democrático de Direito. Esse novo modelo é denominado de cooperativo, também denominado de participativo, tendo sido expressamente adotado pelo art. 6º da nova codificação processual.

No modelo cooperativo de processo, existe uma valorização do debate, com todos os sujeitos processuais ocupando uma posição simétrica no diálogo, o que inclui o órgão jurisdicional. O julgador passa a integrar o contraditório, sendo que a sua posição assimétrica passa a ser exercida somente no momento da decisão.

O contraditório deixa de ter uma feição estática, caracterizada somente pelo direito de informação e reação, para assumir um caráter dinâmico, que acrescenta aos tradicionais elementos do contraditório o direito de verdadeiramente influenciar na decisão pelo julgador. Nem mesmo matérias conhecíveis de ofício podem ser decididas sem prévio direito de manifestação das partes, o que provoca a releitura dos clássicos brocardos do “*Da mihi factum, dabo tibi ius*” e “*Iura novit curia*”.

Malgrado o legislador tenha estabelecido que a apreciação da desconsideração ocorra através de um incidente processual, concluiu-se que pedido de desconsideração tem natureza jurídica de demanda, uma vez que instaura nova relação jurídica no processo, com a possibilidade do reconhecimento da responsabilidade patrimonial de terceiro em relação ao objeto da controvérsia. Caso julgado procedente o incidente, o demandado assume a posição de litisconsorte em relação a uma das partes do processo principal. O reconhecimento da natureza de demanda traz importantes consequências para o instituto, como, por exemplo, o de permitir a formação de coisa julgada material, com a possível utilização de sua força obrigatória em outros processos judiciais.

Especificamente quanto às lides tributárias, a aplicação do incidente desperta grande controvérsia, uma vez que a cobrança judicial do crédito tributário é regulado por uma lei específica, qual seja, a Lei 6.830/80, sendo que a aplicação do CPC ocorre somente de forma subsidiária. O grande impacto para as lides tributárias é a possibilidade de um novo mecanismo de defesa para os demandados, que permite ampla produção probatória, independentemente da prévia garantia do juízo, invertendo a lógica exigida para interposição dos embargos à execução.

Diante dos argumentos favoráveis e contrários analisados, concluiu-se pela plena compatibilidade do incidente com o rito da Lei de Execução Fiscal, sendo a sua aplicação obrigatória nos casos em que se postule judicialmente a desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, além da Lei 6.830/80 ser omissa quanto ao procedimento relativo aos pedidos de redirecionamento da execução fiscal para pessoas não constantes da certidão de dívida ativa, situação que já legitimaria a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil, o incidente representa o atendimento de diversas exigências constitucionais, uma vez que, além de oportunizar o exercício do contraditório, se adequando ao modelo constitucional de processo, constitui importante ferramenta de proteção da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, elemento indispensável para o incentivo da livre iniciativa. Tudo isso, diga-se, sem causar prejuízos quanto à exigência constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Ressaltou-se, por fim, que a aplicação do incidente não se destina a todos os pedidos de redirecionamentos de execução fiscal. Sua aplicação está restrita a casos que envolvam verdadeiros pedidos de desconsideração da personalidade jurídica, o que exclui os pedidos de redirecionamento fundados em hipóteses de responsabilidade tributária.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 20ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Ed: FGV: São Paulo, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Estado e livre-iniciativa na experiência constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 9-19, abr./jun. 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 21-65, out./dez. 2005.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.) **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOMFIM, Gilson Pacheco. O redirecionamento da execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto pelo novo Código de Processo Civil. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**. p. 72. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso: 12 jan. 2019.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 28 dez. 2018.
- BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7ª. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em:<

<https://ww2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 08/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 174.532**. Relator Ministro José Delgado. 18/06/2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencia=192396&num_registro=200001211480&data=20010820&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1572655**. Marco Antônio Barros de Oliveira e Diagnósticos da América S/A. Relator: Ricardo Villas Boas Cuevas. DJe 26/03/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80029333&num_registro=201501066681&data=20180326&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 476452**. Sérgio Mello Vieira da Paixão, Brazilian American Merchant Bank, BB Banco de Investimentos e ENCOL S/A Engenharia Relator para o acórdão: Luis Felipe Salomão. Dje 11.02.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33066905&num_registro=200201363277&data=20140211&tipo=64&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1325663**. Relatora: Ministra Nancy Andrighui. Terceira turma. DJe 24/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28678293&num_registro=201200243742&data=20130624&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1141447**. Relator: Sidnei Beneti. DJe. 4 nov. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10778772&num_registro=200901770395&data=20110405&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.169.175**. Sebastião Alves Correia e Andrei Ferreira de Barros. Relator: Ministro Massami Uyeda. Dje: 04 abr. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12454741&num_registro=200902364693&data=20110404&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 948117**. Relator: Ministra Nancy Andrighui. 3ª Turma. DJe 03/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10814695&num_registro=200700452625&data=20100803&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1202013**. Relator: Nancy Andrighi 3ª turma. DJe 27/06/2013. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29478986&num_registro=201001266787&data=20130627&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 14 jan, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.330.919**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. 4ª turma. DJe 18/08/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61136677&num_registro=201201277083&data=20160818&tipo=91&formato=PDF>. Acesso 14 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1184765**. Relator: Luiz Fux. Primeira Seção. DJe 03/12/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11428720&num_registro=201000422264&data=20101203&tipo=91&formato=PDF>. Acesso 8 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1739142**. Relator: Ministro Herman Benjamin. 2ª turma. Dje. 23/11/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83495574&num_registro=201800963553&data=20181123&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Palácio Guanabara: processo mais antigo do Brasil entra em pauta nesta quinta**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Pal%C3%A1cio-Guanabara:-processo-mais-antigo-do-Brasil-entra-em-pauta-nesta-quinta-\(6\)](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Pal%C3%A1cio-Guanabara:-processo-mais-antigo-do-Brasil-entra-em-pauta-nesta-quinta-(6))>. Acesso em: 28 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 549.850 - RS (2014/0175616-7)**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira turma. DJe 15/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47765416&num_registro=201401756167&data=20180515&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 834.044 – RS (2006/0065449-1)**. Relator: Min. Denise Arruda. Primeira turma. Dje. 15/12/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4333596&num_registro=200600654491&data=20081215&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.775.269**. Primeira turma. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Dje. 01/03/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92034794&num_registro=201802809059&data=20190301&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 189**: É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_13_capSumula189.pdf>. Acesso: 29 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 435**: 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. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso: 08 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 560.626**. Rel. Min. Gilmar Mendes. *DJE* de 5-12-2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2550484>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 20.617**. Relator: Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. *Dje*: 23.02.2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+20617%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+20617%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nacyqj3>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 562.276**. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Dje*: 10/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618883>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 601314**. Marcio Holcman e União. Relator: Ministro Edson Fachin. *Dje*: 16 set. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 608.426**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 2ª turma. *Dje* 24.11.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629030>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 28**: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 1.423.211-0**. Relator: Desembargador Ruy Cunha Sobrinho. Julgado em 05/04/2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12154334/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1423211-0>>. Acesso em 22 jan. 2019.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. Função social e preservação da empresa: a teoria da desconsideração da personalidade positiva como instrumento efetivador. **Revista de Direito Privado**. Vol. 63/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun-set/2015. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001679307ad75a832f951&docguid=I5d1886f06cbf11e5ad1d010000000000&hitguid=I5d1886f06cbf11e5ad1d010000000000&spos=2&epos=2&td=7&context=36&crumb->>

action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 10.12.2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades do Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMPOS, Aline França. A análise econômica do direito e a responsabilidade dos sócios de sociedade limitada. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 10, n. 2, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96853>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANTANHEDE, Luís Carlos Ferreira. O redirecionamento da execução fiscal em virtude do encerramento irregular da sociedade executada e o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). **O novo CPC e o seu impacto no direito tributário**. São Paulo: Fiscosoft, 2015

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Aldemario Araujo. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CERVASIO, Daniel Bucar. Desconsideração da personalidade jurídica: panorama e aplicação do instituto no Brasil e nos Estados Unidos da América. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 8/2016. Jul - Set/2016. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016793742e05a6111dad&docguid=Ie2685140814611e68b7901000000000&hitguid=Ie2685140814611e68b7901000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=282&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 out. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. Vol. II. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a0000016793570ed9a832fc90&docguid=I76ba4ab0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I76ba4ab0f25011dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=158&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 set. 2018.

COMPARATO, Konder, F., FILHO, S., Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª edição. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5131-3/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

CONRADO, Paulo Cesar. **Execução Fiscal**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2017.

CORREIA JUNIOR, José Barros. A desconsideração da personalidade jurídica, os princípios constitucionais e o novo código de processo civil brasileiro. In: EHRHADT JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo (coord.) **Coleção Repercussões do Novo CPC**. Vol. 14. Salvador: Juspodivm, 2017.

CORREIA JUNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

CORREIA JUNIOR, José Barros. (Re)personalização do Direito Empresarial pela função e atividade social. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80404>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81257>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?. **Revista de Processo**. Vol. 249/2015. Nov. 2015. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a00000167c992bd67b6f7d6b0&docguid=Idcaf4830a86b11e5a10d010000000000&hitguid>

=Idcaf4830a86b11e5a10d01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.
Acesso: 12 out. 2018.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. A reforma das leis processuais. **Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife: TRF 5ª Região, nº 10. Dezembro 2006.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93. jan./mar. 2016. p.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=95619>>. Acesso em: 17 out. 2018.

DELLORE, Luiz. In: **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015 / Fernando da Fonseca Gajardoni; Luiz Dellore; Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Que é cooperação processual? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017.

DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR, Fredie; et al (coord.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. Vol. 3. Salvador: juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIA, Marcio Gustavo Senra. Interações entre o novo CPC e a LEF: Teoria do Diálogo das fontes no processo de execução fiscal. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. V. – 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e os grupos econômicos. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. **O novo CPC e seu impacto no direito tributário**. São Paulo: Ficosoft, 2015.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. A função social da empresa. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000167935bad8e4557fb59&docguid=Ied3eba50f25411dfab6f010000000000&hitguid=Ied3eba50f25411dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=5&context=189&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 out. 2018.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. Empreendedorismo e função social da empresa. **Revista dos Tribunais**. Vol. 946/2014. Ago/2014. <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000167935bad8e4557fb59&docguid=I2758d5400d7711e4a04c010000000000&hitguid=I2758d5400d7711e4a04c010000000000&spos=4&epos=4&td=5&context=178&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 14 set. 2018.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira; FREITAS, Júlia Queiroz. Cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos processos de execução fiscal. **Publicações da Escola da AGU — O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas**. Vol. 9, nº 4. Brasília: Escola da AGU, 2017.

FRANÇA, Vladimir Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 9. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/446/r141-02.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 set. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Vol. 2. Dez/2010. Disponível em: < <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001679352b8ea958728aa&docguid=I529df2c0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I529df2c0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=130&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>.

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em: 9 ago. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. et al. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC 2015: parte geral. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. Revista de Processo | vol. 262/2016 | p. 61 - 85 | Dez / 2016. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016a3733a6cc9acaaeaf&docguid=Id9e48110f25411dfab6f010000000000&hitguid=Id9e48110f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>.
Acesso: 14 jan. 2019.

GOMES, Anderson Ricardo. Perspectivas para a cobrança de créditos tributários no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**. Vol. 8/2017. p. 139 – 164. Set - Out/2017. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001685842afb9e297df4d&docguid=I0eea9430938411e797df010000000000&hitguid=I0eea9430938411e797df010000000000&spos=2&epos=2&td=578&context=48&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em: 16.01.2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. Vol. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONZALEZ, Thiago Holanda. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos art. 133 a 137 do novo código de processo civil (Lei 13.105/2015) e as execuções fiscais. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**. Nº 77. 2016. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/01162109-revista-77-5.pdf>>. Acesso em: 06/08/2018.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, Pádova, v. XXI, 1966.

GUASTINI, Ricardo. A “Constitucionalização” do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coord). **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da personalidade jurídica (aspectos de direito material e processual). **Revista Forense** nº 371.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Responsabilidade Tributária Pessoal do Sócio por Dívidas da Pessoa Jurídica. In: TÓRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.).

Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

IVO, Gabriel. O Direito e a sua Linguagem. In: **Direito Tributário e os novos horizontes do processo** – XII Congresso Nacional de Direito Tributário. IBET, 2015.

IVO, Gabriel. O Princípio da Tipologia Tributária e o Dever Fundamental de pagar tributos. IN: ALENCAR, Antonni Rodrigues Cavalcanti (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

JORDANA DE POZAS, Luis. **Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo.** *Revista de Estudios Políticos*, nº 48, 1949. p. 46. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127752> >. Acesso em: 20.09.2018.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na constituição federal.** 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas.** 4ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 189

LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MCNAUGHTON, Charles William; MOREIRA, Maristela Justen. O novo código de processo civil, princípios e mediação em âmbito processual tributário. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo.** Vol. 9/2017. DTR\2017\6838. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000167ed0b92b5d5adbbaa&docguid=I85cc2120c90011e78522010000000000&hitguid=I85cc2120c90011e78522010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso: 14 nov. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos no procedimento comum. Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 115/2018. Fev/2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000167ed0ece8c5980e2d1&docguid=I69458790070711e88c62010000000000&hitguid=I69458790070711e88c62010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=44&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 11 nov. 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Elisão e Evasão Fiscal. **Doutrinas Essenciais de Direito Tributário**, vol. 6, p. 299 / 320. Fevereiro de 2011. DTR\1988\226. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001695f0f12e2e82f6052&docguid=I3c4c6e50f25811dfab6f010000000000&hitguid=I3c4c6e50f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

MELLO, Marco Aurélio. Efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal e o novo Código de Processo Civil. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC**: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MELO, José Eduardo Soares de. A desconsideração da personalidade jurídica no código civil e reflexo no direito tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.) **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte; NOLASCO, Rita Dias. A influência do novo Código de Processo Civil no contraditório das execuções fiscais. In: CIANCI, Mirna; et al.(Coord.). **Novo Código de Processo Civil**: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar. Vol. II. Saraiva: São Paulo, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. Único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre alguns reflexos do novo CPC no processo de execução fiscal. In: CIANCI, Mirna; et al (Coord.). **Novo Código de Processo Civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar**. Vol. II. Saraiva: São Paulo, 2016.

NUNES, Allan Titonelli. A repercussão do Novo CPC na Lei de Execução Fiscal. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (coord.). **Novo CPC e o Processo Tributário: impactos da nova lei processual**. Campo Grande: Contemplar, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAMPLONA, Gustavo Moreira. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a execução fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da *disregard doctrine* com análise empírica da jurisprudência brasileira**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-27082013-112343. p. 153. Acesso em: 2018-11-10.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergman; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PEREIRA, Jana Reis Gonçalves; HENNING, Bruno Filartiga. O novo Código de Processo Civil, a execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

PITA, Flávia Almeida. A sociedade empresária como instrumento de simulação em detrimento do crédito tributário e o parágrafo único do art.116 do CTN. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Vol. 89/2009. p. 126 – 159. Nov – Dez/2009.

QUEIROZ, Mary Elbe; SOUZA JUNIOR, Antônio Carlos F. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015 e a responsabilidade tributária: primeiras impressões. In: SOUZA JUNIOR, Antônio Carlos F.; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord). **Novo CPC e processo tributário**. São Paulo: Focofiscal, 2015. p. 269 e 272; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: RODRIGES, Marco Antônio; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Processo tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017.

QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. **Incidente de descon sideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal>>. Acesso em: 01.12.2018.

RAMOS, Glauc o Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **Revista da AGU**. Ano 09, nº 24, abr./jun. 2010. p. 98.

RAMOS, Glauc o Gumerato. Expectativas em torno do Novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 213-225, abr./jun. 2015. p. 220.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**. Vol. 803/2002. Set / 2002. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000167936e057fce3ef950&docguid=I9fc282406dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9fc282406dad11e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=244&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil**. 8ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROBLES, Gregorio. **El Derecho como texto**. (Cuatro estúdios de Teoria Comunicacional del Derecho). Madrid: Civitas, 1998.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Celeridade processual versus segurança jurídica. **Revista de Processo**. Vol. 120/2005. Fev. 2005. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000167f7ab817657480f76&docguid=Ia50f8050f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ia50f8050f25611dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=1381&context=254&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 28 dez. 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

ROQUE, André Vasconcelos. In: **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC 2015: parte geral. Fernando da Fonseca Gajardoni; Luiz Dellore; Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. 2. edª. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

SANTIAGO, Júlio Cesar. A influência do novo CPC na cobrança judicial do crédito tributário. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e tendências – o que ficou e o que mudará..** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2014.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; Coitinho, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do estado do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo código de processo civil. **Revista de Processo.** Vol. 254/2016. p. 45 – 71. Abr/2016. DTR\2016\19684.

SILVA, Alexandre Couto. **Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação.** Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 3 | p. 731 - 746 | Out / 2010. DTR\2000\659. Disponível em:<
[SILVA, Alexandre Teodoro da Silva. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.](https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016a3733a6cc9acaaef&docguid=Id9e48110f25411dfab6f010000000000&hitguid=Id9e48110f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em: 15 nov. 2018.</p></div><div data-bbox=)

SILVA, Beclaute Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT Jr., Marcos (coord). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Ronaldo Campos e. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução fiscal por ato ilícito. In: RODRIGUES, Marco Antônio Rodrigues; BUENO; Cassio Scarpinella (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito.** São Paulo: Malheiros editores, 2005.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) e outros. **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EX n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Responsabilidade tributária e legitimidade passiva na execução fiscal**. 2ª ed. Ribeirão Preto: Nacional de direito livraria e editora, 2001.

SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol 2/1992. Abr - Jun/1992. Disponível em: <
<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016793703bb670d062b9&docguid=Idcf02550f25211dfab6f010000000000&hitguid=Idcf02550f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=262&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>.
 Acesso em: 28 out. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 36. 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal: comentários e jurisprudência**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JR, Humberto. O Compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o Processo Justo. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. Nº 75. Jan-Fev 2012. Disponível em:
 <[http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=default.htm$vid=BDR:SP2)>.
 Acesso em: 04.11.2018.

THEODORO JR, Humberto; et. al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário**. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. **Revista dos Tribunais**. Vol. 794/2001. Dez/2001. Disponível em:<
<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000167936c681cdb58b6f8&docguid=Ief146180f25011dfab6f010000000000&hitguid=Ief146180f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=228&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>.
 Acesso em 19 out. 2018.

TÔRRES, Heleno Taveira. Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CTN. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciências Sociales de Córdoba, 2009.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (Coord). **Proceso Civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 227.

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

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. Desconsideração da personalidade jurídica e seus efeitos tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WOLKART, Erik Navarro. A “nova” execução fiscal (os reflexos das alterações promovidas pela lei 11.382/2006 no procedimentos da ação de execução fiscal – movimento n. 1). **Revista de Processo**. Vol. 173/2009. Jul/2009. Disponível em:
<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000167ed1161129d351a5d&docguid=Ica000640f25711dfab6f010000000000&hitguid=Ica000640f25711dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=7&context=61&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 dez. 2018.

YASHELL, Flávio Luiz. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.