

Desconsideração da personalidade jurídica. Apontamentos sobre a medida em favor do Consumidor e o Incidente previsto no Novo Código de Processo Civil

Alexandre David Malfatti^{1,2}

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. A desconsideração da personalidade jurídica em favor do consumidor no Código de Defesa do Consumidor. O parágrafo único do artigo 28 do CDC. Adoção da “teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica”

Inicialmente, ressalta-se a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Cuida-se de uma seção dentro do capítulo IV da Lei nº 8.078/90: “Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação de Danos”.

A possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do CDC representa uma medida em favor do consumidor, sendo preciosa a abertura dada pelo parágrafo 5º do artigo 28: ***“também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”***.

¹ Especialista em Processo pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenador da Área de Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura. Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura. Palestrante em Cursos de Especialização e Cursos de Formação Inicial e Formação Continuada de Magistrados e autor de obras jurídicas nas áreas de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

² Importante anotar que a brilhante palestra proferida pelo Professor e Desembargador Itamar Gaino, na Escola Paulista da Magistratura, no dia 9.9.2015, no âmbito do curso “O Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código de Processo Civil”, serviu de estímulo para escrevermos o artigo. Nossas homenagens ao ilustre professor!

Essa norma geral configurou para as relações de consumo uma ampla possibilidade de adoção da medida em favor do consumidor, bastando que o ressarcimento dos prejuízos fosse de alguma forma embaçada.

Entende-se por “obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor” não somente a ausência de bens em nome da fornecedora. Há também situações em que a expropriação de bens da fornecedora será muito complexa e demorada, que estará viabilizada a desconsideração da personalidade jurídica como forma de efetivação do ressarcimento de maneira abreviada³.

A interpretação do CDC deve conformar-se aos princípios constitucionais e legais que, além do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, determinam como direitos básicos: (i) efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos e (ii) o acesso aos órgãos judiciários com vistas àquelas prevenção e reparação.

Portanto, conforme assentado na doutrina⁴ e nos tribunais⁵, o Código de Defesa do Consumidor adotou a chamada “teoria menor da

³ A lei não exigiu a inexistência de bens do fornecedor, para se admitir a desconsideração da personalidade jurídica. Obstáculo ou embaraço traduz uma situação de dificuldade. Isto é, a expropriação de bens do fornecedor pode ser de tamanha complexidade, demora ou risco que se justifica avançar-se sobre bens do sócio como forma de dar efetividade ao direito do consumidor ser ressarcido de maneira efetiva. A respeito, confira-se precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 2110907-23.2014.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, julgado em 14.8.2014, em que se admitiu a desconsideração da personalidade jurídica em favor do consumidor (um condomínio) porque a empresa fornecedora indicou a penhora direitos sobre jazigos, caracterizando-se ativos de baixa liquidez.

⁴ No início da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina divergiu sobre o alcance do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC. Conforme escólio do professor Cavaliere Filho (in: *Programa de direito do consumidor*, p. 362-363), “esse dispositivo, como era de se esperar, gerou grande divergência na doutrina e na jurisprudência. De um lado (Fábio Ulhoa Coelho, Genacéia da Silva Alberton, Zelmo Denari), há os que sustentam deva ser ele aplicado em consonância com o disposto no *caput* do art. 28, isto é, quando ficar configurada a fraude, o abuso de direito, o excesso de poder, etc. Os consumeristas, do outro lado, sustentam que o parágrafo 5º do art. 28 do CDC não guarda relação de dependência com o *caput* do seu artigo, o que, por si só, não gera incompatibilidade legal, constitucional ou com os postulados da ordem jurídica”. O professor Sergio Cavaliere destacou que, em sua opinião – representando aquilo que se formou na doutrina majoritariamente – mesmo fora das hipóteses do artigo 28, *caput* e parágrafos, podia o juiz desconsiderar a personalidade jurídica, diante de um obstáculo ao ressarcimento dos consumidores. Aliás, a título de lembrança, o próprio professor Zelmo Denari modificou sua posição – ao comentar o artigo 28 na obra “O Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto” (p. 256-258), passando a admitir a interpretação de acordo com a “teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica”.

⁵ A respeito, tem-se o precioso julgamento do Recurso Especial n. 279.273 – SP, 3ª Turma do STJ, relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04.12.2003, DJ 29.3.2004, em que se discutiu a des-

desconsideração da personalidade jurídica” em que bastam indícios de insolvência – dificuldade para ressarcimento dos prejuízos do consumidor – para a admissão da medida.

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser direta. Assim ocorre, quando se atingem os bens e direitos dos sócios da pessoa jurídica fornecedora.

Entretanto, admite-se também a desconsideração inversa. A hipótese cuida do fornecedor como pessoa física ou pessoa jurídica, mas que possui participação em sociedades. Aqui, são atingidos os bens e direitos da pessoa jurídica – que não é fornecedora, mas tem o fornecedor (pessoa física ou pessoa jurídica) no quadro de sócios.

Cumpre-se destacar, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica pode atingir pessoas jurídicas, nos âmbitos empresarial e civil. Daí porque, por exemplo, admite-se a desconsideração de personalidade jurídica de cooperativas⁶.

Em suma, importante sempre frisar que a finalidade da chamada “*disregard doctrine*” é evitar a utilização indevida da pessoa jurídica, num sentido (direto) ou noutro (inverso). O consumidor credor deve ser beneficiado pela medida como forma de ser efetivamente ressarcido, insista-se, como realização de um direito básico – fundamental.

consideração da personalidade jurídica em relação aos réus da Ação Civil Pública no caso de ressarcimento dos consumidores pelo acidente do Osasco Plaza Shopping, destacando-se parte da ementa: “– A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.” O referido julgamento constituiu verdadeiro marco da jurisprudência brasileira no caminho da adoção da “teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica”.

⁶ A respeito do tema, conferir o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 2078265-94.2014.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Miguel Brandi, julgado em 22.8.2014, destacando-se que a parte executada era uma cooperativa de habitação.

2. Aspectos processuais no CPC de 1973. Desconsideração da Personalidade Jurídica em ações de consumo

A aplicação da referida medida no âmbito das ações judiciais que envolvam relações jurídicas de consumo tem suscitado discussões.

O consumidor pode solicitar a desconsideração da personalidade jurídica no processo de conhecimento, quando já possui conhecimento de obstáculos ou embaraços para seu ressarcimento, se aguardada a fase de execução. Essa solicitação deve ser fundamentada, expondo-se os indícios dos obstáculos ou embaraços.

Todavia, usualmente o consumidor solicita a desconsideração da personalidade jurídica, na execução.

O trabalho destaca algumas polêmicas processuais.

A desconsideração da personalidade é uma “faculdade” do juiz?

Evidentemente não se cuida de uma faculdade. Traduz um direito do consumidor. Deve – e não “pode” – ser deferida pelo juiz, quando verificados os pressupostos para sua admissibilidade.

Uma vez deferida a desconsideração da personalidade jurídica, pode o executado (fornecedor) insurgir-se contra a aludida decisão?

Entendemos que não. Cuida-se de uma decisão que afeta os sócios (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração indireta). E não pode, porque não há *interesse e legitimidade* do executado, para a preservação de direito alheio – conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça⁷ e do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸. Não haverá nem mesmo litisconsórcio entre o executado e as pessoas atingidas pela medida da desconsideração da personalidade jurídica.

⁷ A respeito do tema, conferir os precedentes do Superior Tribunal de Justiça: (i) 2ª Turma, Recurso Especial no 1.307.639/RJ, Relator o Ministro Herman Benjamin, julgado em 17.05.2012, Dje 23.05.2012 e (ii) 1ª Turma, Recurso Especial nº 793.772/RS, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, Dje 11.2.2009.

⁸ A respeito do tema, conferir o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2077555-74.2014.8.26.0000, Relator o Desembargador Paulo Ayrosa, julgado em 10.06.2014, destacando-se: “AGRAVO DE INSTRUMENTO LOCAÇÃO DE IMÓVEL AÇÃO DE COBRANÇA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INCLUSÃO DOS SÓCIOS NO POLO PASSIVO DETERMINAÇÃO DE INTIMAÇÃO RECURSO INTERPOSTO AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSO NÃO CONHECIDO. Não tem a agravante interesse e legitimidade recursal para defender em nome próprio direito alheio, visto que a decisão recorrida determinou a intimação pessoal dos sócios da devedora para pagamento do débito, bem como empresa terceira. Assim, como a decisão não atinge

Contudo, não se pode fechar as portas para uma discussão distinta. O que se pode admitir no âmbito da execução é a indicação de bens à penhora pelo executado, de maneira a discutir a necessidade da própria desconsideração da personalidade jurídica. Se houver uma garantia completa do juízo da execução, entendemos que a medida será desnecessária.

A desconsideração da personalidade jurídica torna o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) parte na execução?

Entendemos que sim. A compreensão de parte na execução deve ser ampla, de modo a atingir as pessoas responsabilizadas pelo pagamento. Como será visto adiante, as disposições do Novo Código de Processo Civil dissiparam as dúvidas a respeito.

Algumas questões processuais sempre preocuparam a doutrina, principalmente em relação à concretização do devido processo legal e o contraditório, como salientado em artigo do professor Fredie Didier Jr.⁹ A falta de previsão de um procedimento para a adoção da desconsideração da personalidade jurídica causava um desconforto aos juristas, o que justificava o desafio da “processualização” do tema.

Preferimos passar desde logo à discussão das normas processuais do Novo Código de Processo Civil, para o fim buscado no presente estudo.

3. Aspectos processuais no CPC de 2015. Desconsideração da Personalidade Jurídica em ações de consumo

O presente artigo não pretende fazer um exercício de “futurologia”, mas apenas propor a discussão sobre alguns pontos de interpreta-

a própria agravante, mas atingirá a pessoa física de seus sócios e empresa diversa, a recorrente não pode defender interesse de terceiros”. No mesmo sentido, o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, 34ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2032502-70.2014.8.26.0000, Relator o Desembargador Gomes Varjão, julgado em 05.05.2014, destacando-se: “A sociedade executada não tem interesse nem legitimidade para recorrer contra decisão que desconsidera sua personalidade jurídica, pois o gravame é exclusivo dos sócios. Recurso não conhecido.”

⁹ Fredie Didier Jr. – artigo “Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica”, destacando-se: “Muito se discute a respeito do problema do cerceamento de defesa e da ofensa ao princípio do contraditório, nas hipóteses em que se busca dar efetividade à desconsideração da personalidade jurídica.”

ção do Novo Código de Processo Civil (Novo CPC), diante das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Uma premissa básica: a aplicação do Novo CPC não pode traduzir uma diminuição da efetivação de direitos básicos do consumidor. Chamamos atenção para os direitos básicos do consumidor – (i) efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos e (ii) o acesso aos órgãos judiciários com vistas àquelas prevenção e reparação – que devem ser concretizados. Entendemos que a pretexto de aplicar o Novo CPC, não pode o juiz reduzir o alcance do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto como Capítulo IV no Título III “Da Intervenção de Terceiros” no Novo CPC.

O aludido incidente aplica-se às ações de consumo, notadamente àquelas em que o consumidor seja autor (na fase conhecimento) ou credor (na fase de execução ou na ação de execução de título extrajudicial)?

Entendemos que sim. Não parece haver incompatibilidade entre os sistemas normativos. O CDC sempre foi aplicado conjuntamente com as normas do CPC, até porque o primeiro não exauriu a disciplina processual das relações jurídicas de consumo. Respeitada a premissa fixada, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será aplicável às ações que envolvam relação jurídica de consumo. Será buscada uma interpretação capaz de harmonizar princípios, direitos fundamentais e direitos básicos das partes envolvidas: consumidor e fornecedor.

Quais serão os contornos e os pressupostos para a instauração do incidente no Novo CPC?

Os artigos 133 e 134 do Novo CPC:

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

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

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

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

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

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

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

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

A previsão inicial exige o requerimento da parte (credora) ou do Ministério Público, quando ele atuar no processo. Essa a regra geral.

Há pelo menos duas exceções que merecem nossa abordagem no âmbito da execução.

A primeira das exceções localiza-se justamente nas ações de consumo. Diante de uma situação de obstáculo no ressarcimento de danos, poderá o juiz desconsiderar a personalidade jurídica. Essa medida concretiza direito básico do consumidor e independe de requerimento. Faz parte do microsistema normativo do Código de Defesa do Consumidor.

Nem se diga que o Novo CPC exigiu provocação, consagrando-se o princípio dispositivo. Ao comentar o projeto do CPC, o professor Fredie Didier Jr.¹⁰ mencionou que havia um artigo que permitia a desconsideração por iniciativa do magistrado e que se encontrava em harmonia com o sistema do próprio Código Civil, destacando: “A permissão de

¹⁰Fredie Didier Jr. – artigo “Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica”. Na época do artigo, o professor citou o texto do artigo 2º, parágrafo único do projeto de Lei n. 2426/2003: “Parágrafo único. Nas hipóteses em que a execução puder ser promovida de ofício pelo juiz, a decisão que declarar a desconsideração da personalidade jurídica ou aquela cujos efeitos implicarem na responsabilização pessoal de terceiros por débito da pessoa jurídica, além de nominar as pessoas atingidas, deverá indicar, objetivamente, quais os atos por elas praticados, sob pena de nulidade.”

desconsideração sem provocação está em conformidade com o sistema, que admite o reconhecimento *ex officio* da fraude à execução e da simulação (art. 168, par. ún., CC-2002)”.

Ora, se nas relações civis se admite o reconhecimento de ofício pelo juiz da simulação, não nos parece haver motivo para se negar igual permissão nas relações de consumo, marcadas pela vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, I CDC). Insista-se: reconhecem-se em favor do consumidor direitos básicos – materiais e processuais – voltados para facilitação da defesa dos seus direitos em Juízo, sempre com busca à efetivação do ressarcimento dos danos, materiais e morais, individuais e coletivos. Um sistema com essa conformação permite ao juiz a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, mesmo sem prévio requerimento do credor.

A segunda exceção insere-se nas ações que tramitam no âmbito do Juizado Especial Cível, mesmo quando não traduzam ações de consumo. O Novo CPC determinou a aplicação do incidente aos processos que tramitam no Juizado Especial Cível¹¹. Entendemos que a exceção se encontra naquela demanda iniciada em favor de uma parte sem assistência de um advogado (artigo 9º da Lei nº 9.099/95) e que, também na fase de execução, dispensa aquela assistência. Imaginar que um leigo precisa requerer a desconsideração da personalidade jurídica significa formalismo incompatível com o microsistema do Juizado Especial Cível¹². E o Juizado Especial Cível tem sido importante palco das demandas de consumo, reforçando a conclusão favorável à adoção da medida independente de requerimento prévio da parte.

O Novo CPC expressou a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica direta e também inversa.

Importante salientar, ainda, que o Novo CPC disciplinou a possibilidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica ser instaurado na fase de conhecimento ou na execução (de título judicial ou de título extrajudicial).

¹¹ Artigo 1.062 do Novo CPC: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.”

¹² Artigo 2º da Lei n. 9.099/95: “O processo orienta-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, *informalidade*, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação e a transação”.

O requerimento do consumidor para a desconsideração da personalidade jurídica deverá expor a situação prevista no CDC. Naquilo que dispõe o artigo 28 do CDC, caberá ao consumidor narrar a dificuldade ou o obstáculo encontrado para o ressarcimento dos danos por ele experimentados e causados pelo fornecedor.

Requerida na fase de conhecimento, a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor será um capítulo da petição inicial - constando da fundamentação e do pedido. Impõe-se ao consumidor articular causa de pedir que exponha a razão pela qual se verifica o obstáculo no ressarcimento dos danos causados pelo fornecedor, tornando-se necessária a desconsideração da personalidade jurídica. É preciso que exista algum indício. Exemplos: (a) a desativação da loja em que se efetivou a compra dos produtos e (b) existência de demandas em que o consumidor não recebeu o crédito do mesmo fornecedor e já teve deferida a desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda na fase de conhecimento, não se descarta que o consumidor só tenha conhecimento da necessidade daquela intervenção de terceiros, no curso da demanda – após a citação, mas antes da sentença. Entendemos que pode o autor (consumidor) solicitar a instauração do incidente, antes da sentença. Cuida-se de uma exceção permitida na lei processual, viabilizando-se a ampliação do objeto do processo para além do disposto no artigo 329 do Novo CPC.

Requerida na execução fundada em título judicial (fase de cumprimento da sentença) ou num título extrajudicial, a desconsideração da personalidade jurídica, o credor (consumidor) deverá expor o obstáculo no ressarcimento dos danos causados pelo fornecedor. Como regra, deverá ter buscado sem sucesso a constrição judicial (penhora ou arresto) sobre bens e direitos do fornecedor. Adotadas medidas como pesquisas no Banco Central do Brasil (BACEN-JUD), na Receita Federal (INFO-JUD) e no Departamento de Trânsito (RENA-JUD), resultando-se infrutíferas, estarão preenchidos os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica prevista no parágrafo 5º do artigo 28 do CDC.

A comunicação ao distribuidor da instauração do incidente tem consequências relevantes, notadamente a de permitir que o credor adote providências para a garantia de uma futura penhora. Entendemos que o processamento do incidente permitirá ao credor a averbação do incidente no Registro de Imóveis, aplicando-se, por extensão, o disposto no artigo 799, inciso IX do Novo CPC. A medida é essencial para a proteção de terceiros de boa-fé, independente da caracteriza-

ção da fraude da execução retroagir à citação da pessoa atingida pela desconsideração (direta ou inversa), na forma do artigo 792, parágrafo 3º do Novo CPC.

Apesar da natureza de incidente e sua comunicação ao distribuidor para anotação, a lei processual não exigiu sua autuação em apartado. Poderá haver decisão do tribunal sobre a conveniência ou não dessa medida, inclusive no âmbito do processo digital.

Como se dará a suspensão do processo?

Entendemos que a regra do parágrafo 3º do artigo 134 do Novo CPC merece adequada interpretação, para que não se confira suspensão do processo fora do alcance necessário. A suspensão deve ser decidida pelo juiz, nos estritos termos necessários para se evitar prejuízos às partes.

Sendo assim, ao deferir o processamento do incidente, cabe ao juiz definir o alcance da suspensão do processo - na fase de conhecimento, na fase de execução ou na execução de título extrajudicial. Esses pontos serão abordados a seguir.

A disciplina do incidente ainda conta com os artigos 135 a 137 do Novo CPC:

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

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

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

No incidente de desconsideração da personalidade jurídica, haverá citação do sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa), fixando-se o prazo de 15 dias para a resposta.

Qual o limite dessa resposta? O que poderá o fornecedor alegar na hipótese do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC? Diante da inércia do requerido, aplicam-se os efeitos da revelia?

Importante observar, mais uma vez, que a opção do Novo CPC foi de incluir no incidente apenas a pessoa atingida pela desconsideração. Não se permite a formação de um litisconsórcio entre fornecedor e o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (desconsideração inversa), no âmbito do incidente. O fornecedor participa do processo como parte e ali deve produzir sua defesa – contestação, impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução. No âmbito de sua defesa ou do próprio contraditório estabelecido na ação da qual é parte, pode o fornecedor apresentar seu patrimônio, demonstrar sua plena solvência e até garantir o Juízo. Essas hipóteses se encontram fora do incidente.

O sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) poderá se defender, no âmbito do incidente. Há várias possibilidades de conteúdo. Exemplos: (a) não integração do quadro societário, (b) participação ínfima e ocasional do quadro societário, (c) existência de penhora na execução capaz de garantir o Juízo, (d) plena solvência do fornecedor com patrimônio suficiente para garantia da execução, etc.

A inação do requerido, quando citado para responder o incidente, não produz o efeito da revelia (art. 344 do Novo CPC). Cuida-se de um incidente e que deve ser resolvido à luz dos elementos constantes dos autos.

Para facilitar a abordagem adicional do tema, vamos separar o incidente instaurado na fase de conhecimento daquele instaurado na execução.

Primeiro: incidente instaurado na fase de conhecimento

Lembramos que não haverá incidente se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica for articulado na petição inicial, nos termos do parágrafo 2º do artigo 134 do Novo CPC. Nessa situação, o pedido de desconsideração integra o próprio objeto principal do processo.

A instauração do incidente será verificada quando o pedido de desconsideração da personalidade jurídica se der após a citação e antes da sentença.

Qual será a finalidade da citação no incidente? Poderá o requerido ser chamado a responder somente o incidente? Poderá ser chamado a responder o incidente e também o pedido principal?

Se o incidente for instaurado no âmbito da fase de conhecimento, poderá haver ainda resistência aos demais fundamentos e pedidos articulados na petição inicial. A contestação poderá percorrer os conteúdos a ela facultados pela lei processual, na busca de um desfecho favorável ao réu, já que o incidente torna o sócio ou a sociedade litis-consorte passivo da ação em fase de conhecimento.

Ainda abordando o incidente instaurado na fase de conhecimento, entendemos não haver necessidade de que seja primeiro acolhido o incidente com a decisão favorável à integração do sócio (na desconsideração direta) ou da sociedade (na desconsideração inversa) ao polo passivo da demanda, para então se abrir a possibilidade de uma contestação mais ampla. A citação para o incidente, naquele processo de conhecimento, quando o pedido do autor for articulado em momento posterior à petição inicial, deve servir para a defesa ampla. Tem-se como ônus do réu a impugnação ampla, incluindo-se não só o tema da desconsideração da personalidade jurídica, como também os demais fundamentos e pedidos da petição inicial. Privilegia-se a efetividade do processo e sua duração razoável.

Nesse passo, a solução do incidente na fase de conhecimento, havendo uma citação para amplo exercício do direito de defesa, pode ser dada no momento da sentença. Ou seja, não haverá necessidade de uma decisão interlocutória. E se for solucionado como sentença, desafiará apelação, numa exceção à regra do artigo 136 do Novo CPC.

Essa possibilidade de solução do incidente no momento da sentença fica evidente quando o processo for solucionado antecipadamente e sem instrução do processo, nos termos do artigo 355 do Novo CPC. Entretanto, verificada a hipótese de instrução e produção de outras provas, poderá o juiz optar por solucionar o incidente antes da sentença, como uma questão processual pendente, na forma do inciso I do artigo 357 do Novo CPC. Se houver elementos de prova suficientes para a decisão do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz deverá decidir a referida questão, até para não se impor ao sócio ou à sociedade uma participação desnecessária nos demais atos do processo.

Além disso, nada impede que o processamento do incidente se dê diferentemente e sem a concentração propugnada. Pode o juiz reduzir o alcance da resposta do sócio ou da sociedade ao incidente, advertindo-se as partes que decidirá primeiro sobre a integração ou não ao processo (polo passivo) da pessoa chamada a contestar o pedido de

desconsideração da personalidade jurídica. Nessa hipótese, decidirá – decisão interlocutória (art. 136 do Novo CPC) – sobre o acolhimento ou não do pedido. Se for desconsiderada a personalidade jurídica, o processo retomará seu curso na fase de conhecimento, abrindo-se prazo para o “novo” réu (incluído por força do incidente no polo passivo) a possibilidade de ampla contestação prevista na lei processual (resistência ao pedido principal, reconvenção, exceção, etc.). Bastará, na segunda etapa, a intimação do aludido réu na pessoa do advogado, pela mesma decisão que deliberar sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Daí porque nos parece essencial que o juiz, ao deferir o processamento do incidente na fase de conhecimento ainda, defina dois pontos. Primeiro, o alcance da defesa a ser produzida pelo sócio ou pela sociedade chamada a responder o incidente. Deverá definir a amplitude dessa defesa, advertindo-se o requerido na citação. E segundo, o alcance da suspensão do processo. Deverá evitar a produção de atos de prova que possam aguardar a definição da intervenção de terceiros, de modo a viabilizar a ampla defesa e também o contraditório para o sócio ou a sociedade.

Segundo: incidente instaurado na execução

Também no âmbito da execução, cabe ao juiz definir o alcance da suspensão. Aqui, uma cautela. Essa suspensão não impede o prosseguimento da execução em relação a outros devedores solidários – outros fornecedores não alcançados pelo pedido de desconsideração da personalidade jurídica. E não impede inclusive a adoção de outras medidas de busca de patrimônio penhorável em relação ao fornecedor – sociedade (desconsideração direta) ou pessoa física (desconsideração inversa).

O obstáculo pode residir na dificuldade de identificação de bens ou direitos penhoráveis, justificando-se a instauração do incidente, mas sem que seu processamento impeça o prosseguimento de novas diligências na execução. Até porque a suspensão, como regra, alcançará penas a parte requerida do incidente.

Se o incidente for instaurado no âmbito da execução (fase de cumprimento de sentença ou ação de execução fundada em título extrajudicial), serão abertas ao sócio (na desconsideração direta) ou à sociedade (na desconsideração inversa) duas possibilidades. Primeiro, resiste ao

pedido e faz a impugnação no âmbito do incidente. Ou segundo, não resiste ao pedido, aceita a sua integração na execução como parte e desde logo oferece a defesa pertinente – impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução. Essa hipótese torna indubitosa a integração do sócio ou da sociedade à execução como parte executada.

Ainda no âmbito da execução, se resistir ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica, caberá ao sócio (na desconsideração direta) ou à sociedade (na desconsideração inversa) apresentar os argumentos contrários ao pedido formulado pelo credor, como salientado anteriormente.

Caberá ao juiz então decidir o incidente.

Evidentemente, no caso da impugnação ao cumprimento da sentença, não poderá o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) buscar rediscutir o mérito já decidido na fase de conhecimento. Sofrerá os efeitos da sentença condenatória e ao “novo” executado restará o mesmo campo de defesa previsto na lei processual – por exemplo, no caso de obrigação de pagamento, o conteúdo previsto no parágrafo 1º do artigo 525 do Novo CPC.

Nos embargos à execução, poderá o executado alegar a matéria admitida na lei processual – a defesa poderá alcançar o conteúdo previsto no artigo 917 do Novo CPC.

4. Considerações finais

A interpretação proposta logicamente não exauriu o campo de possibilidades e problemas que serão enfrentados no processo.

Insistimos na premissa: diante de uma ação de consumo, devem ser aplicadas as normas processuais do CDC. Não se pode admitir a não aplicação dos princípios do CDC (art. 4º) ou a não concretização dos direitos básicos (art. 6º).

E chamamos atenção para aquilo que se verifica na prática. É extremamente comum que o fornecedor, quando chamado a responder por prejuízos causados ao consumidor, esvazie propositadamente seu patrimônio. Não estamos a falar das grandes empresas e conglomerados econômicos. A realidade é muito diferente quando se cuida de uma relação jurídica de consumo que envolve pequenos e médios fornecedores. Empresários que à beira da insolvência ou por má-fé resolvem

criar obstáculos para o pagamento de suas dívidas com os consumidores. Exemplos não faltam, entre outros: (a) comércio de veículos usados, (b) prestação de serviços de assistência técnica, (c) venda de produtos pela *internet*, (d) venda de imóveis, (e) prestação de serviços de transporte de pessoas.

Essa colocação tem razão de ser. Pode surgir para o credor consumidor o justo receio de que, diante do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, ou até da adoção de ofício da medida, que o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) pratiquem atos (fraudulentos) para tornar a medida ineficaz.

Pode o juiz ordenar desde logo medidas de constrição judicial, notadamente o bloqueio via BACEN-JUD, para a garantia de uma futura execução, se acolhido o pedido do incidente cujo processamento foi deferido?

Entendemos que sim. Numa situação em que o fornecedor – devedor principal – já se encontra sem patrimônio ou cria obstáculos para ressarcimento do consumidor credor, apresenta-se como justo o receio de que o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) adotem igual conduta.

Nessa linha de raciocínio, há lugar para que o juiz exerça o Poder Geral de Cautela, a requerimento do consumidor credor, até por força do disposto nos artigos 294 e 854, ambos do Novo CPC.

Atualmente, há precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo admitindo-se a simultaneidade das medidas de processamento da desconsideração da personalidade jurídica e também do bloqueio via BACEN-JUD, sendo oportuno mencionar o Agravo de Instrumento nº 2072700-52.2014.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Rebello Pinho, julgado em 25.8.2014, com a seguinte fundamentação e que se filia ao entendimento fixado no próprio Superior Tribunal de Justiça:

3.3. Admissível o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora, nos próprios autos da execução por título extrajudicial ou do cumprimento de sentença, para alcançar o patrimônio de sócios e/ou ex-sócios, em desfavor de quem foi desconsiderada a personalidade jurídica, inclusive mediante penhora “on line”, de dinheiro, em espécie, ou em depósito ou

aplicação em instituição financeira, que ocupa o primeiro lugar na ordem de preferência (CPC, Art. 655, *caput* e I, CPC), não ofende o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor e confere maior efetividade ao processo, com consequente intimação da constrição judicial da pessoa incluída no polo passivo, a qual poderá manejar os embargos do art. 746, do CPC, após intimação da constrição judicial, ou impugnação ao cumprimento de sentença, inclusive com discussão acerca da validade da desconsideração da personalidade jurídica, ou, ainda, se for caso, exceção de pré-executividade, além de pagar a dívida ou pedir substituição da penhora, não se havendo falar em prejuízo à sua ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CP), sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, conforme a mais recente orientação do Eg. STJ, que se passa a adotar.

Pensamos que o Novo CPC não impede decisões de igual alcance¹³. A concessão de medida cautelar não traduz violação do devido processo legal ou do contraditório, quando presentes os requisitos que autorizam sua concessão. Cuida-se de uma providência prevista na lei processual.

A possibilidade do exercício daquele Poder Geral de Cautela independe do pedido da parte gera mais polêmica na doutrina. Sustentamos a possibilidade, a partir dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, VII e VIII CDC) e da possibilidade de utilização das ações possíveis (art. 83 CDC). Notadamente, quando o processo tramitar no Juizado Especial Cível, parece-nos inviável exigir-se do consumidor credor e sem assistência do advogado que elabore e tenha a iniciativa também dessa tutela cautelar.

¹³ No mesmo sentido, colhe-se a posição do professor Victor Frederico Kümpel – artigo “A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC”, destacando-se: “Nesse diapasão, cumpre ressaltar, no entanto, que não há elementos que impeçam o magistrado de, no exercício de seu poder geral de cautela, conceder tutela que aproxime a aplicação do dispositivo à resolução útil do processo.”

Por fim, destacamos que a concessão da medida cautelar de bloqueio de recursos pelo BACEN-JUD poderá ampliar o campo de defesa do requerido. Poderá ele discutir inclusive a penhorabilidade dos valores e aplicações bloqueados, de modo a buscar a liberação independente do sucesso do consumidor credor no incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

Esses apenas alguns apontamentos sobre o tema.

Bibliografia

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DENARI, Zelmo. *O Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

DIDIER JR., Fredie. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *A desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI218182,81042-A+desconsideracao+da+personalidade+Juridica+no+novo+CPC>>. Acesso em: 15 set. 2015.