

A Lei nº 13.467/17 e o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

Élisson Miessa

Procurador do Trabalho. Professor de Direito Processual do Trabalho do curso CERS online. Autor e coordenador de obras relacionadas à seara trabalhista, entre elas, “Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto”, “Recursos Trabalhistas” e “Impactos do Novo CPC nas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST”, publicadas pela editora JusPodivm.

Palavras-chave: Personalidade jurídica. Processo do trabalho. Responsabilidade.

Sumário: 1 Introdução – 2 Empresa e sócio – 3 Dívida e responsabilidade – 4 Responsabilidade principal e secundária – 5 Desconconsideração da personalidade jurídica – 6 Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica – 7 Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho – 8 Conclusão – Referências

1 Introdução

A separação existente entre o patrimônio das sociedades empresárias e de seus sócios, em conjunto com a limitação da responsabilidade dos sócios presente em algumas formas de constituição de sociedades, serve algumas vezes para prejudicar credores, especialmente os trabalhistas.

Desse modo, para evitar que tais sociedades deixem de cumprir as obrigações assumidas, ganha relevância a desconconsideração da personalidade jurídica, consistente no afastamento, momentâneo e esporádico da máxima romana *societas distat a singulis*, que reconhece terem as pessoas jurídicas existência diversa da dos seus membros, levantando-se o véu da pessoa jurídica e atingindo os bens do sócio ou, no caso da desconconsideração inversa, da pessoa física e alcançando os bens da sociedade.

Conquanto a desconconsideração da personalidade jurídica já fosse concretizada pelos tribunais brasileiros, tínhamos apenas dispositivos referentes ao direito material, tais como o art. 50 do Código Civil e o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Não havia nenhum procedimento legal para sua efetivação, de modo que simplesmente se fazia o redirecionamento da execução perante o sócio ou da sociedade (na desconconsideração inversa).

Com o objetivo de garantir a observância dos princípios do devido processo legal e do contraditório, o NCP, em seus arts. 133 a 137, passou a disciplinar aspectos processuais necessários para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica.

Analisando referido incidente, a doutrina trabalhista questionou sua aplicação ao processo do trabalho, uma vez que, embora a CLT fosse omissa acerca do tema, seria necessário analisar sua compatibilidade com o processo laboral, tendo em vista que o art. 15 do NCP não revogou o art. 769 da CLT, de modo que ambos devem conviver harmoniosamente, sendo aplicados de forma coordenada e simultânea.

Apesar de os primeiros ensaios sobre o tema, majoritariamente, terem negado a aplicação do incidente de desconsideração ao processo do trabalho, o C. TST expediu a Instrução Normativa nº 39/2016, admitindo-o com certas adaptações.

Com o advento da Lei nº 13.467/17, o legislador reformador traz para o bojo da CLT o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, reproduzindo, quase integralmente, o art. 6º da IN nº 39 do TST, como se verifica pelo quadro comparativo a seguir.

<i>CLT</i>	<i>IN nº 39/2016</i>
<i>Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.</i>	<i>Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), <u>assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).</u></i>
<i>§1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:</i>	<i>§1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:</i>
<i>I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do §1º do art. 893 desta Consolidação;</i>	<i>I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, §1º da CLT;</i>
<i>II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;</i>	<i>II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;</i>
<i>III – cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.</i>	<i>III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).</i>
<i>§2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).</i>	<i>§2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.</i>

Vê-se pela referida comparação que a única diferença está relacionada à ausência de previsão de instauração de ofício do incidente pelo juízo na fase de execução. Isso decorre da mudança promovida no art. 878, *caput*, da CLT, que excluiu a possibilidade do início de ofício da execução, salvo quando for o caso de *jus postulandi*.

Desse modo, diante da importância do tema e do impacto que provoca na seara laboral, cumpre-nos analisá-lo detidamente. Ademais, ultrapassaremos os seus aspectos teóricos, buscando proceduralizar o incidente no âmbito trabalhista, como forma de respaldar o dia a dia daqueles que irão conviver com essa nova modalidade de intervenção de terceiros.

2 Empresa e sócio

Empresa é a atividade organizada pelo empresário tendo como finalidade a obtenção de lucro.

Embora seja essa a concepção clássica do conceito de empresa, o legislador utiliza a expressão em diversos sentidos. A CLT, por exemplo, a emprega pelo menos sob três ângulos:

- a) Subjetivo, significando a própria pessoa física ou a jurídica (art. 2º).
- b) Objetivo, representando o conjunto de bens que o empresário tem à sua disposição para exercer sua atividade (art. 448).
- c) Institucional, considerando a organização de pessoas com um objetivo comum, tendo “existência duradoura no tempo, independentemente do empresário que a exerce e dos seus colaboradores”.¹ É o que nos parece estar incluído no art. 448 da CLT.

Embora a utilização de tais sentidos possa provocar críticas da doutrina especialmente quanto ao conceito de empresa adotado na CLT para definir empregador,² já que influenciado pelo institucionalismo, é fato que essa pluralidade de sentidos tem a finalidade de respaldar os direitos dos trabalhadores, valorizando o trabalho humano (CF/88, art. 170).

Disso resulta a existência de interpretações e mecanismos eficazes a respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, como é o caso da despersonalização do empregador na sucessão de empresa, aplicação da teoria objetiva na desconsideração da personalidade jurídica, responsabilização do sócio minoritário etc.

¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis; Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos bens imateriais. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 167.

² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTR, 2016, p. 443.

Isso, porém, não tem o condão de confundir a pessoa física do sócio com a pessoa jurídica, vez que esta é reconhecida como “o conjunto de pessoas ou de bens, dotados de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns”.³ As pessoas jurídicas possuem, portanto, personalidade diversa da dos indivíduos que a compõem e, conseqüentemente, autonomia patrimonial em algumas formas de constituição das sociedades (p.ex., sociedades limitadas).

Essa autonomia patrimonial e, principalmente, a limitação da responsabilidade dos sócios em relação às dívidas da pessoa jurídica, ao mesmo tempo que permitem o desenvolvimento de grandes empreendimentos comerciais não podem servir para afastar o cumprimento de direitos sociais e possibilitar a realização de práticas abusivas perpetradas pelos sócios, razão pela qual passa a ser de extrema relevância a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3 Dívida e responsabilidade

As pessoas físicas ou jurídicas, corriqueiramente, assumem obrigações, entendidas como “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”.⁴ Nas palavras dos doutrinadores Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, obrigação pode ser conceituada como a “relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantido o cumprimento, sob pena de coerção”.⁵

Extraem-se desse conceito as características principais da obrigação: caráter transitório, vínculo jurídico entre as partes, caráter patrimonial e prestação positiva ou negativa.

Na análise da obrigação, a doutrina a divide em dois elementos distintos:

- Um de caráter pessoal/subjetivo, correspondente ao débito (*schuld*).
- Outro de caráter patrimonial, relacionado à responsabilidade (*haftung*).

O débito significa a prestação que deve ser cumprida pelo devedor em determinada relação jurídica. Trata-se, portanto, de vínculo pessoal ou do direito subjetivo do credor à prestação acordada na formação do vínculo obrigacional.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II, Teoria Geral das Obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2: Obrigações. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 34-35.

Nos casos em que o devedor adimplir as obrigações assumidas, tem relevância apenas a análise do débito.

Quando, todavia, a obrigação não é cumprida, faz-se necessário o exame da responsabilidade, que permite ao credor, nos casos de inadimplemento, efetuar a cobrança patrimonial do devedor. Corresponde, portanto, à sujeição que recai sobre o patrimônio do devedor como garantia do direito do credor em razão do inadimplemento.⁶ É, pois, um vínculo patrimonial, de modo que nos dias atuais quem responde é o patrimônio, e não o devedor pessoalmente.

Em resumo, o débito é pessoal, enquanto a responsabilidade é patrimonial.

Em regra, os dois elementos (débito e responsabilidade) coexistem nas obrigações, recaindo sobre a mesma pessoa (obrigação civil ou perfeita),⁷ qual seja, o devedor.

Em algumas hipóteses, contudo, é possível observar a presença dos elementos de forma isolada.

É o caso, por exemplo, das obrigações naturais (p. ex., dívidas de jogo e dívidas prescritas), nas quais se verifica a presença do débito sem que haja a garantia pelo patrimônio do devedor.

Há ainda situações em que se verifica a presença da responsabilidade patrimonial sem que haja um débito propriamente dito. É o que ocorre com o sócio, quando responde patrimonialmente pelas dívidas da sociedade, ou seja, embora o débito seja da pessoa jurídica, o sócio responderá com seu patrimônio pelo adimplemento da obrigação, atenuando a separação patrimonial entre a pessoa jurídica (sociedade empresária) e a pessoa física (sócio).

4 Responsabilidade principal e secundária

No âmbito processual, o conceito da responsabilidade patrimonial ganha grande importância principalmente na fase da execução, ou seja, quando a obrigação não é cumprida voluntariamente pelo devedor.

Em regra, quem responde pela dívida objeto da execução é o patrimônio do devedor, isto é, aquele que é ao mesmo tempo obrigado e responsável.⁸

Tem-se aqui a *responsabilidade primária*, de modo que o art. 789 do NCCP estabelece que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2: Obrigações. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 39.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2: Obrigações. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 42.

⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 292.

Além da previsão do art. 789 do NCPC, o art. 790, incisos III, V e VI, do NCPC também determina outros casos de responsabilidade primária, quais sejam: bens do devedor na posse de terceiros, bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução e bens cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores.

Por sua vez, a *responsabilidade será secundária* quando aquele que, mesmo não tendo participado da relação obrigacional, for responsável patrimonial pela satisfação da obrigação. Nesse caso, não há coincidência dos papéis do obrigado e do responsável no mesmo sujeito.

Para Araken de Assis, mesmo não havendo a cumulação dos dois papéis (obrigado e responsável), os responsáveis secundários não podem ser considerados terceiros,⁹ uma vez que, ao autorizar a constrição de bens sobre seu patrimônio, eles passam automaticamente a ser sujeitos passivos da ação.¹⁰

As hipóteses de responsabilidade secundária são descritas nos incisos I, II, IV e VII do art. 790 do NCPC, estando sujeitos à execução os bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; do sócio, nos termos da lei; do cônjuge ou do companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

No direito processual do trabalho, a responsabilidade secundária é facilmente verificada quando o responsável pelo pagamento é o sucessor trabalhista (arts. 10 e 448-A da CLT), o tomador de serviços na terceirização lícita (Lei nº 6.019/74, art. 5-A, §5º; Súmula nº 331, IV, do TST), as empresas de um grupo econômico, o sócio etc.

Como o objetivo dos nossos comentários corresponde ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica que, como regra, atinge o patrimônio do sócio, é importante destacar que sua legitimidade executiva está prevista em dois incisos do art. 790 do NCPC, como se verifica a seguir:

Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

[...] II – do sócio, nos termos da lei;

[...]

VII – do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. [...]

⁹ Em sentido contrário: BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho*: temas atuais. São Paulo: LTr, 2003, p. 178.

¹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 293.

Embora a análise sistemática desses dois incisos seja de difícil compreensão, o inciso II fica reservado aos casos em que os sócios são corresponsáveis pelas obrigações da sociedade, como ocorre com as sociedades em nome coletivo (CC/02, art. 1.039),¹¹ e às demais hipóteses para o item VII, no qual a responsabilidade patrimonial secundária dos sócios exige pronunciamento judicial por meio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

5 Desconsideração da personalidade jurídica

5.1 Histórico

A doutrina majoritária considera que o caso inglês *Salomon v. A. Salomon & Co.*, julgado em 1897, representa o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine* ou *disregard of legal identity*).

A discussão no mencionado caso teve como objetivo imputar responsabilidade ao sócio, Aron Salomon, pelo pagamento das dívidas da sociedade que havia se tornado insolvente em decorrência de uma série de greves que atingiu o governo inglês, seu principal cliente, o qual teve que diversificar seus fornecedores, diminuindo as vendas para a sociedade de Salomon e levando-a a falência.

As decisões iniciais imputaram responsabilidade a Aron Salomon, já que teria abusado dos privilégios de constituição e responsabilidade limitada da sociedade, sendo esta utilizada como artifício para fraudar credores. Contudo, a Corte dos Lordes alterou tais decisões, reafirmando a distinção entre a personalidade dos sócios e da sociedade, garantindo a autonomia da pessoa jurídica.¹²

Alguns autores ainda citam os casos julgados pela Suprema Corte Americana *Bank of United States v. Deveaux* (1809) e *Booth v. Bounce* (1865) como os primeiros julgados a tratar do tema da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias.¹³

De qualquer modo, o tema surgiu no interesse de suspender a responsabilidade limitada dos sócios em relação às sociedades empresárias, ou seja, por

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II – execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal. 48. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 314.

¹² Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica do Ministério Público*, v. 6, p. 53-68, maio 2006; e DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 521.

¹³ NUNES, Simone Lahorgye; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes (Coords.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 302.

questões de conveniência econômica e não em relação ao tema da personalidade jurídica propriamente dita.¹⁴

É por isso que a desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a despersonalização da personalidade jurídica. Na despersonalização da personalidade jurídica, a sociedade empresária desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta de alguma das condições de sua existência. Por sua vez, na desconsideração da personalidade jurídica (direta), levanta-se o “véu” da pessoa jurídica para adentrar no patrimônio do sócio, sem que com isso se retire a personalidade jurídica da sociedade. Dessa forma, uma das principais características da desconsideração da personalidade jurídica corresponde ao fato de ser casuística.¹⁵

No Brasil, a doutrina relacionada à desconsideração da personalidade jurídica foi introduzida por Rubens Requião e teve forte influência dos estudos realizados por Rolf Serick na Alemanha. Em regra, o fundamento utilizado para justificar a desconsideração da personalidade jurídica está ligado à função social da propriedade, já que “a chamada *função social da pessoa jurídica (função social da empresa)* é corolário da função social da propriedade”¹⁶ (grifos no original).

De qualquer maneira, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é fruto de construção judicial, aprimorada pela doutrina e posteriormente contemplada na normal legal.

5.2 Previsão legal no direito material

Inicialmente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi estabelecida no art. 28, *caput* e §5º, do CDC, que vaticina:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 522.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 525.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 524.

Em seguida, foi prevista no art. 18 da Lei Antitruste nº 8.884/94, atualmente revogada pela Lei nº 12.529/11, que prevê no art. 34:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Ato contínuo, ao disciplinar as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, o art. 4º da Lei nº 9.605/98 declinou:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Posteriormente, o Código Civil passou a tratar da matéria em seu art. 50, com o seguinte teor:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

5.3 Teorias da desconsideração da personalidade jurídica

Inspiradas nas construções doutrinárias, jurisprudenciais e especialmente na interpretação do arcabouço jurídico existente atualmente sobre o tema, ao menos duas teorias são detectadas no plano material para possibilitar a desconsideração da personalidade jurídica:

- A teoria subjetiva.
- A objetiva.

A *teoria subjetiva* (teoria maior) impõe a coexistência de dois requisitos para que possa ocorrer a desconsideração:

- 1) Que os bens da pessoa jurídica sejam insuficientes para o pagamento da dívida.
- 2) Haja comprovação de fraude ou de abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Trata-se da teoria contemplada no art. 50 do CC.

Por sua vez, a *teoria objetiva* (teoria menor) declina que a personalidade jurídica pode ser desconsiderada quando a pessoa jurídica não tiver bens suficientes para o pagamento da dívida, ou seja, quando, de qualquer forma, a personalidade da pessoa jurídica for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao credor. Nas palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca:

[...] a teoria menor tem a insuficiência patrimonial da sociedade como pressuposto bastante à desconsideração da personalidade jurídica, prescindindo-se da verificação de qualquer conduta abusiva ou fraudulenta dos sócios. Visa-se, precipuamente, à redistribuição dos riscos empresariais, sendo os sócios preferencialmente onerados em relação aos terceiros credores da sociedade. Tal construção adquire relevo diante de bens jurídicos reputados prioritários face à observância do regime jurídico personificatório, ou diante de relações marcadas pelo desequilíbrio entre as partes, em que desprovido o polo vulnerável de poder econômico de negociação ou remuneração pelos riscos incorridos.¹⁷

Essa teoria vem expressamente prevista no art. 28, §5º, do CDC.

Na seara trabalhista, prevalece o entendimento de que se aplica a teoria objetiva/menor, incidindo referido dispositivo do Código de Defesa do Consumidor. Isso se justifica porque o CDC e a CLT são normas tuitivas que buscam resguardar o direito do hipossuficiente, sendo, pois, compatíveis. Ademais, impõe-se a aplicação dessa teoria ante a dificuldade de demonstração de fraude e do abuso de direito dos sócios, bem como pelo caráter alimentar das verbas postuladas em juízo.¹⁸

Aliás, nas ações coletivas na seara trabalhista aplica-se a teoria menor, podendo-se ainda invocar o art. 4º da Lei nº 9.605/98 naquelas destinadas a preservar o meio ambiente.

A teoria menor, no entanto, não alcança as ações que não derivem da relação de emprego,¹⁹ caso em que se adotarão os pressupostos do art. 50 do CC/02, pois se trata de regra de direito material.

Vê-se, portanto, que *sob o aspecto material*, já existiam e continuam existindo regras acerca dos requisitos para reconhecer a desconsideração da personalidade jurídica. Não havia, porém, regras processuais sobre a forma de atingir

¹⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Novo CPC, doutrina selecionada*. Vol. 1: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.154.

¹⁸ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016, p. 1.078; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Novo CPC, doutrina selecionada*. Vol. 1: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.156.

¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 587.

o patrimônio do sócio. É nesse contexto que surge o incidente de desconsideração da personalidade, como um mecanismo processual adequado para atingir os bens dos sócios, respaldado no princípio do contraditório substancial e, conseqüentemente, no devido processo legal.

Antes de adentrarmos no aspecto processual do incidente, no entanto, é preciso ficar claro: *o Novo CPC e a CLT somente tratam de procedimento e não de requisitos para caracterização da desconsideração, que é regra de direito material*. Tanto é assim que o art. 133, §1º, do NCPC é enfático: “o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”. Nesse sentido, leciona Alexandre Freitas Câmara:

É que os pressupostos da desconsideração da personalidade devem ser estabelecidos pelo Direito material, e não pelo Direito Processual, cabendo a este, tão somente, regular o procedimento necessário para que se possa verificar – após amplo contraditório – se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica, tendo-a por ineficaz.

Repita-se, assim, o fato de que os diversos ramos do Direito Material estabelecem requisitos distintos para que se desconsidere a personalidade jurídica, cabendo verificar, em cada caso concreto, qual o ramo do Direito Material que rege a causa.

Assim é, por exemplo, que nas causas que versem sobre relações de consumo incidirá o disposto no art. 28 do CDC [...].

Nas causas regidas pelo Direito Ambiental, de outro lado, incidirá a norma extraída do art. 4º da Lei 9.605/1988, por força do qual “[p]oderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que de sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Significa isto dizer que nos processo que versem sobre matéria ambiental o único requisito para a desconsideração da personalidade jurídica é que a sociedade não tenha patrimônio suficiente para assegurar a reparação do dano ambiental que tenha causado, permitida, assim, a extensão da responsabilidade patrimonial ao sócio (ou vice-versa, no caso de desconsideração inversa), pouco importando se houve dolo, culpa, fraude, má-fé ou qualquer outra forma de se qualificar a intenção de quem praticou o ato poluidor.

O mesmo poderia ser dito a respeito de causas diversas, como as trabalhistas ou aquelas em que se discute matéria tributária, entre muitas outras. Mas o quanto até aqui se se disse é suficiente para demonstrar o que se sustenta: os requisitos da desconsideração variarão conforme a natureza da causa, devendo ser apurados nos termos da legislação própria. Ao Código de Processo Civil incumbe, tão somente, regular o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (o qual será sempre o mesmo, qualquer

que seja a natureza da relação jurídica de direito substancial deduzida em juízo).²⁰

No mesmo caminho, Daniel Assumpção Neves:

[...] os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica são tema de direito material e dessa forma devem ser tratados pelo Código de Processo Civil.²¹

Os pressupostos para a desconsideração são, portanto, estabelecidos pelos diplomas legislativos de direito material, de modo que, nas ações oriundas da relação de emprego, continua a ser aplicado o art. 28, §5º, do CDC (teoria menor).

5.4 Desconsideração inversa da personalidade jurídica

A desconsideração inversa da personalidade jurídica consiste em atingir o patrimônio da sociedade em decorrência de dívidas do sócio, evitando que os sócios desviem seus bens para a sociedade como forma de evitar a execução de dívidas particulares.

Diante da clareza do voto da Min. Nancy Andrighi no REsp nº 948.117 sobre o tema, cabe reproduzir um trecho:

De início, impende ressaltar que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio.

Conquanto a consequência de sua aplicação seja inversa, sua razão de ser é a mesma da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita: combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Em sua forma inversa, mostra-se como um instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica sobre o qual o devedor detém controle, evitando com isso a excussão de seu patrimônio pessoal.²²

Curiosamente a desconsideração inversa não possui regramento no direito material, sendo construção jurisprudencial e doutrinária. De qualquer maneira,

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 455.

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – v. único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 308.

²² STJ, REsp nº 9.498.117/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.06.2010.

o Novo CPC já antecipou e buscou respaldar o procedimento para a incidência dessa teoria, declinando no art. 133, §2º, que se aplica o disposto no capítulo do incidente de desconsideração “à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica”.

No processo do trabalho, ela é facilmente identificada na hipótese de empregador doméstico. Alguns julgados têm utilizado essa modalidade de desconsideração quando, inicialmente, se desconsidera a personalidade jurídica alcançando o sócio que não possui bens, buscando-se, em seguida, bens em outras empresas nas quais o sócio tem participação societária.²³

- *Exemplo:* Empresa A é condenada não tendo patrimônio para realizar o pagamento da condenação trabalhista. Desconsidera-se a personalidade jurídica da empresa A, incluindo no polo da execução o sócio B, o qual não possui patrimônio. Em seguida, verifica que o sócio B também é sócio da empresa C, desconsiderando a personalidade do sócio B para atingir a empresa C.

6 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Como visto, o ordenamento já previa a desconsideração da personalidade jurídica, porém não existia um procedimento estabelecido para sua incidência, de modo que o Novo CPC incumbiu-se de tratar de seus aspectos processuais, dando origem ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

6.1 Procedimento previsto no NCPC

O Novo CPC passa a prever o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos arts. 133 a 137, disciplinando-o como modalidade de intervenção de terceiros.

Trata-se, na verdade, de um incidente processual que provoca uma intervenção forçada de terceiro (já que alguém estranho ao processo – o sócio ou a sociedade, conforme o caso –, será citado e passará a ser parte no processo, ao menos até que seja resolvido o incidente). Caso se decida por não ser caso de desconsideração, aquele que foi citado por força do incidente será excluído do processo, encerrando-se assim sua participação. De outro lado, caso se decida pela desconsideração, o sujeito que ingressou no processo

²³ Nesse sentido: TRT 2ª R., AP 0127000-08.2002.5.02.0074, Ac. 2016/0251693, Décima Quarta Turma, rel. Des. Fed. Davi Furtado Meirelles, *DJESP* de 06.05.2016.

passará a ocupar a posição de demandado, em litisconsórcio com o demandado original.²⁴

Tem, portanto, natureza de incidente processual, prescindindo de ação própria para provocar a desconsideração da personalidade jurídica.

O *caput* do art. 133 determina que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

O incidente pode ser instaurado em quaisquer fases do processo, seja de conhecimento, seja de execução, inclusive em processos que tramitem perante os tribunais, em grau de recurso ou mesmo nos casos de competência originária (NCPC, arts. 134, *caput*, e 136, parágrafo único). Não há, portanto, prazo decadencial, sendo um direito potestativo.²⁵ De qualquer maneira, a instauração do incidente é obrigatória para que o patrimônio dos sócios ou da sociedade (na desconsideração inversa) responda pela execução (NCPC, art. 795, §4º).

O requerimento da desconsideração será dirigido ao sócio ou, quando for o caso de desconsideração inversa, à pessoa jurídica, apresentando sua fundamentação (pressupostos legais descritos no direito material que autorizam sua intervenção) e o pedido (desconsideração da personalidade jurídica).

O juiz analisará o postulado superficialmente, podendo indeferir liminarmente a instauração.

Quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial não haverá a necessidade de instauração do incidente, uma vez que os sócios já serão citados originariamente (litisconsórcio passivo), havendo pedido expresso em relação a eles. Nessa hipótese, há cumulação objetiva e subjetiva. De qualquer modo, não basta simplesmente incluir o sócio no polo da demanda, devendo ser apresentada a causa de pedir capaz de viabilizar a desconsideração.

Nos termos do art. 134, §1º, do NCPC, a instauração do incidente deve ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas, especialmente acerca do nome do requerido. As anotações possuem como finalidade dar publicidade a terceiros de que os bens do requerido (sócio ou sociedade, na desconsideração inversa) poderão ser atingidos pela execução, viabilizando a declaração de fraudes à execução (NCPC, art. 137).

A instauração do incidente possui como efeito a suspensão do processo (NCPC, art. 134, §3º). Trata-se, na verdade, de suspensão imprópria, pois “se

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 453.

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – v. único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 309.

o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica implicasse mesmo a suspensão do processo, ter-se-ia um paradoxo: o processo ficaria suspenso até a resolução do incidente, mas, de outro lado, não se poderia resolver o incidente porque o processo estaria suspenso”.²⁶ Dessa forma, há apenas a vedação temporária da prática de atos que não se relacionem diretamente com o incidente, com exceção de atos urgentes.

Após a instauração do incidente, além da necessidade de comunicação ao distribuidor para as anotações devidas e da suspensão do processo, o sócio ou a pessoa jurídica (desconconsideração inversa) será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias. Trata-se de contraditório prévio, o que não afasta excepcionalmente o contraditório diferido, quando presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória.

Caso a defesa não seja apresentada no prazo assinalado pelo art. 135 do NCPC, haverá a caracterização da revelia, com a consequente presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor (NCPC, art. 344).

Por outro lado, sendo apresentada a manifestação do requerido, se necessário, será iniciada a fase instrutória do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, com a apresentação de provas referentes aos fatos controversos, podendo ser produzidos todos os meios legais ou moralmente legítimos de prova (NCPC, art. 369), já que a decisão do incidente será baseada em cognição exauriente.²⁷

Concluída a instrução, o incidente será resolvido por decisão interlocutória (NCPC, art. 136), de modo que, no processo civil, o incidente poderá ser impugnado mediante agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015, IV). Nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no tribunal, caberá ao relator decidí-lo (NCPC, art. 932, VI), admitindo-se da decisão monocrática do relator agravo interno (NCPC, art. 136, parágrafo único).

Conquanto se trate de decisão interlocutória, não havendo impugnação, ela produzirá coisa julgada material, sendo impugnável apenas por meio de ação rescisória, desde que presente alguma das situações elencadas no art. 966 do NCPC.

Após acolhido o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, incidirá o art. 790, VII, do NCPC, o qual permite a execução dos bens dos sócios ou da sociedade (na desconconsideração inversa), uma vez que a responsabilidade patrimonial é estendida a eles.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458-459.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 462.

Com a atribuição da responsabilidade patrimonial aos sócios ou da sociedade na desconsideração inversa, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude à execução, será ineficaz em relação ao requerente (NCPC, art. 137).

Quanto ao termo inicial da fraude à execução, aparentemente, os arts. 137 e 792, §3º, do NCPC são contraditórios. No entanto, o art. 137 apenas dispõe que poderá existir fraude à execução se for acolhido o incidente de desconsideração, já que, não sendo acolhido, não há falar em fraude. Não versa, portanto, sobre o termo inicial da fraude. Por sua vez, o art. 792, §3º, do NCPC disciplina o termo inicial da fraude à execução, estabelecendo que, “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”.

A interpretação literal deste dispositivo leva-nos à conclusão de que o termo inicial deve ser considerado em relação ao executado originário, pois é dele que se pretendeu desconsiderar a personalidade. Contudo, uma interpretação lógica impõe-nos entender que haverá fraude à execução para as alienações ou onerações de bens ocorridas depois da citação do sócio no incidente ou da sociedade no caso de desconsideração inversa.

Cumprido consignar, por fim, que o incidente de desconsideração é aplicável inclusive nos processos de competência dos juizados especiais, por força do art. 1.062 do NCPC.

7 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho

7.1 Aplicabilidade

Como visto, o ordenamento previa os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica sem estabelecer um procedimento para tanto.

Nesse contexto, inicialmente, buscou-se “construir” um procedimento no processo do trabalho nos artigos 78 e 79 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, os quais declinavam que:

Art. 78. Ao aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências:

I – determinar a reatuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista;

II – comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões na Justiça do Trabalho a inclusão do sócio no polo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso;

III – determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (art. 795 do CPC) ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência da sua responsabilidade executiva secundária.

Art. 79. Comprovada a inexistência de responsabilidade patrimonial do sócio por dívida da sociedade, mediante decisão transitada em julgado, o juiz que preside a execução determinará ao setor competente, imediatamente, o cancelamento da inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso.

Referidos dispositivos foram revogados pelo Ato nº 5 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, em razão do advento do art. 6º da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, que disciplinava a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade previsto nos arts. 133 a 137 do NCPC.

Com o advento da Lei nº 13.467/17, o tema passa a ser tratado expressamente no art. 855-A da CLT, não havendo mais discussões sobre sua incidência no direito processual do trabalho.

De qualquer maneira, o art. 855-A da CLT não autoriza a aplicação genérica e integral do procedimento previsto no Novo CPC, vez que, sendo o direito processual do trabalho ramo autônomo, a introdução de normas do procedimento comum deve ser temperada, a fim de manter sua identidade (CLT, art. 769; NCPC, art. 15; TST-IN nº 39/29016, art. 1º).

Nesse contexto, a compatibilização e o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho passam por uma análise detida do *iter* procedimental e do referido artigo celetista, o que verificaremos nos próximos tópicos.

7.2 Legitimidade no incidente

7.2.1 Legitimidade ativa (iniciativa)

O art. 133 do Novo CPC restringe a iniciativa do incidente ao pedido da parte e do Ministério Público.

No direito processual do trabalho, o C. TST, no *caput* do art. 6º da IN nº 39/2016, permite que o incidente poderá, na fase de execução, ser instaurado de ofício pelo Juiz do Trabalho. A adaptação realizada pelo C. TST decorreu especialmente do princípio inquisitivo aplicado na fase executiva trabalhista, previsto na antiga redação do art. 878 da CLT, o qual previa que “a execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

Dessa forma, como o juiz podia o mais, que era iniciar a execução, poderia o menos, que era a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Portanto, na fase de execução trabalhista não era necessária a instauração de incidente a pedido da parte ou do Ministério Público do Trabalho, podendo o incidente da desconsideração da personalidade jurídica ser instaurado, de ofício, pelo Juiz do Trabalho.

Com o advento da Lei nº 13.467/17, o art. 878 da CLT foi radicalmente alterado, passando a estabelecer que “a execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado”.

Em análise puramente gramatical do referido dispositivo, retira-se a possibilidade de o juiz *ex officio* iniciar a execução, salvo na hipótese de *jus postulandi* que continua a ser autorizado. Aparentemente, em razão dessa restrição, o legislador não previu no *caput* do art. 855-A da CLT a possibilidade de o incidente ser instaurado de ofício, tal como previa o art. 6º da IN nº 39 do TST.

Essa restrição, no entanto, contraria o disposto nos arts. 114, VIII, da CF e 876, parágrafo único, da CLT, que autorizam a execução de ofício das contribuições sociais.

É que os créditos dos trabalhadores têm preferência legal aos tributários (CTN, art. 186), não permitindo a concessão de privilégios destes em detrimentos daqueles. Aliás, se o juiz pode executar de ofício o acessório (contribuições sociais), evidentemente poderá executar o principal (créditos dos trabalhadores).²⁸ No mesmo sentido, o Enunciado nº 113 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

Enunciado nº 113 – Execução de ofício e art. 878 da CLT

Em razão das garantias constitucionais da efetividade (CF, art. 5º, XXXV), da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e em face da determinação constitucional da execução de ofício das contribuições previdenciárias, parcelas estas acessórias das obrigações trabalhistas (CF, art. 114, VIII), o art. 878 da CLT deve ser interpretado conforme a constituição, de modo a permitir a execução de ofício dos créditos trabalhistas, ainda que a parte esteja assistida por advogado.

Ademais, a exigência de requerimento da parte descrita no art. 133 do CPC decorre do próprio art. 50 do CC, que versa sobre a teoria subjetiva. No entanto, como dito, na seara trabalhista não se aplica o art. 50 do CC,²⁹ mas o art. 28, §5º,

²⁸ Nesse sentido: PINHEIRO, Paulo Henrique S. *In*: RODRIGUES, Deusmar José (Coord.) *Lei da Reforma Trabalhista: comentada artigo por artigo*. Leme: JH Mizuno, 2017, p. 318.

²⁹ CC, art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a *requerimento da parte*, ou do Ministério Público quando lhe

do CDC, que trata da teoria objetiva e em nenhum momento exige requerimento da parte.³⁰

Desse modo, pensamos que continua sendo admitida a instauração de ofício do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução. Pensar de forma diferente é violar os princípios da isonomia, da duração razoável do processo e especialmente o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa (CF/88, art. 1º, III e IV).

7.2.1.1 Legitimidade do Ministério Público do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho terá legitimidade para a instauração do incidente em duas hipóteses distintas:

- a) Quando for parte no processo.
- b) Nas hipóteses em que deve participar obrigatoriamente do processo e nos casos em que o interesse público permitir sua participação nos autos.

No primeiro caso, é importante definir o conceito de parte.

Trata-se de conceito antigo que não encontra pacificação doutrinária. Chiovenda entendia ser parte o sujeito que pede ou contra quem se pede a tutela jurisdicional, enquanto para Liebman, conceituando-a de forma mais ampla, é aquela que participa da relação processual em contraditório, defendendo interesse próprio ou alheio, sendo sujeita de posições jurídicas ativas e passivas (faculdades, ônus, poderes, deveres, estado de sujeição).³¹

Parcela da doutrina busca adequar os dois conceitos, instituindo como parte da demanda a definição de Chiovenda, e partes do processo, a defendida por Liebman.³²

Entendemos ser adequado o conceito mais amplo de parte, de modo que parte é aquele que participa da relação processual em contraditório, sendo titular de situações jurídicas processuais ativas e passivas, independentemente de fazer pedido ou contra ele for pedido algo.

couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. [Grifo nosso]

³⁰ CDC, art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] §5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – v. único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 91.

³² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 142-143.

Assim, o Ministério Público, quando adentra no processo como fiscal da ordem jurídica, adquire a condição de parte, servindo a diferenciação de órgão agente ou interveniente apenas para legitimar o ingresso do *parquet* no processo. Em outros termos, antes de o Ministério Público ser incluído no processo, permite-se a diferenciação entre fiscal da ordem jurídica e órgão agente, mas, após sua inclusão, passa a ser considerado parte.

Nos dizeres do doutrinador Cândido Rangel Dinamarco:

São diversas as posições assumidas pelos agentes do Ministério Público, mas, qualquer que seja a figura processual em cada caso, *parte ele sempre será*, invariavelmente. Como tal, desfruta de todas as situações ativas e passivas que constituem a trama da relação jurídica processual, estando, pois dotado dos poderes e faculdades que toda a parte tem e sujeito de ônus e de deveres inerentes à condição de parte; a ele são oferecidas, como a todas as partes, as oportunidades integrantes do trinômio *pedir-alegar-provar*, inerente à garantia constitucional do contraditório [...]. O *Parquet* pede, alega e prova quer figure como mero fiscal da lei ou atue na defesa de interesses de alguma pessoa ou grupo. [...]

O inc. I do art. 138 do Código de Processo Civil [1973] faz expressamente a distinção entre o Ministério Público atuando como parte e os casos em que ele *não é parte* – em óbvia alusão ao fiscal da lei.

Essa distinção é todavia acientífica e choca-se com conceitos elementares do processo civil. Ser fiscal da lei não significa não ser parte, do mesmo modo que ser parte no processo não exclui que o Ministério Público possa sê-lo na condição de mero *custos legis*. [...] O *custos legis*, portanto, é parte.³³ [Destques no original]

Partindo desse conceito de parte, nota-se que, se o Ministério Público é autor da demanda ou, se já participou da fase de conhecimento, na fase de execução, será parte, podendo requerer a instauração do incidente. Agora, se ainda não participou da fase de conhecimento, somente poderá requerer o incidente nos processos em que deveria ter participado obrigatoriamente ou quando o interesse público permitir sua participação.

7.2.2 Legitimidade passiva

A legitimidade passiva no incidente é de todos os sócios integrantes do corpo societário, permanecendo a sociedade como executada. Noutras palavras, na execução haverá ampliação subjetiva e não sucessão processual.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 436-437.

[...] em sede de teoria menor/desconsideração mínima, a responsabilização dos sócios não tem lastro em conduta abusiva pessoalmente imputável, mas sim por ser entender 'que a posição do sócio implica uma obrigação de garantia ou que a ela é inerente um risco profissional'. Logo, todos os membros do corpo societário a partir do momento em que configuraria a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica (o que pode incluir ex-sócios ao tempo da desconsideração) são passíveis de integração ao polo passivo, na qualidade de responsáveis subsidiários da sociedade (a qual permanecerá como ré).³⁴

Tão logo seja instaurado o incidente, nos termos do art. 134, §1º, do NCP, deve ser imediatamente comunicado ao distribuidor para as anotações devidas, especialmente acerca do nome do requerido.

7.3 Suspensão do processo

Nos termos do art. 855-A, §2º, da CLT, “a instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”.

Observa-se que o referido dispositivo seguiu a disciplina apresentada pelo art. 134, §3º, do NCP, ou seja, entendeu que a instauração do incidente suspende o processo, com exceção dos casos em que a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na própria petição inicial trabalhista, uma vez que nesses casos não há a necessidade de instauração do incidente.

Essa suspensão, a nosso ver, deve ser analisada de modo diferente na fase de conhecimento e na fase de execução.

Na fase de conhecimento, aplica-se o art. 799 da CLT, que impede a instauração de incidentes que suspendam o trâmite processual, salvo as “exceções” de suspeição (inclua-se impedimento) ou incompetência (art. 800). Nessa fase, serão admitidos inclusive atos processuais conjuntos que atinjam tanto o incidente como o processo principal, quando possível, como é o caso da instrução e da sentença, já que temos mera ampliação subjetiva e objetiva.

Já no que tange à fase de execução, a ausência de suspensão significa negar a própria necessidade da instauração do incidente, uma vez que, enquanto o incidente estaria definindo a responsabilidade do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa), o processo continuaria para atingir seus bens, iniciando

³⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 1: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.169.

prazo para apresentação dos embargos à execução, recursos, fase de expropriação etc., tudo antes da decisão que acolherá ou não o incidente.

Na fase executiva, portanto, por força do art. 855-A, §2º, da CLT, haverá suspensão imprópria, porque suspende a execução, mas não, evidentemente, o próprio incidente.

Entendemos, porém, que a suspensão da execução só deve ocorrer em atos relacionados ao sócio ou à sociedade (na desconsideração inversa). Digo isso porque nada obsta de o trabalhador, por exemplo, instaurar o incidente e buscar ao mesmo tempo bens do tomador de serviços (responsável subsidiário), como forma de imprimir celeridade e efetividade na execução, tal como previsto no Enunciado nº 7 da Jornada de Execução na Justiça do Trabalho, *in verbis*:

Enunciado 7. EXECUÇÃO. DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS DO DEVEDOR PRINCIPAL. INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO. A falta de indicação de bens penhoráveis do devedor principal e o esgotamento, sem êxito, das providências de ofício nesse sentido, autorizam a imediata instauração da execução contra o devedor subsidiariamente corresponsável, sem prejuízo da simultânea desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal, prevalecendo entre as duas alternativas a que conferir maior efetividade à execução.

Nesse caso, penso que a execução não será suspensa em relação ao tomador de serviços. Portanto, como regra, na fase de execução haverá suspensão do processo principal, não obstante possa prosseguir em relação a outros sujeitos não integrantes do polo passivo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

De qualquer maneira, havendo suspensão, ela se dará até a decisão que acolhe ou não o incidente, tendo em vista que, quando cabível, o recurso terá efeito meramente devolutivo (CLT, art. 899, *caput*).

Cumprido destacar que, tratando-se de execução que já era definitiva, a interposição de recurso da decisão do incidente não tem o condão de convertê-la em provisória. Noutros termos, acabada a suspensão, a execução prossegue como definitiva perante o sócio ou a sociedade (na desconsideração inversa), ainda que em curso o julgamento de recurso.³⁵

³⁵ PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DO DEVEDOR. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COMO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE EXECUÇÃO DEFINITIVA EM PROVISÓRIA. PRECEDENTES. 1. A execução provisória pode converter-se em definitiva, bastando para isso que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença. O oposto, todavia, não ocorre. A execução que inicia definitiva pode ser suspensa, por força dos embargos, mas não se transforma em provisória. Assim, pendente recurso da sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, a execução prossegue como definitiva. 2. Havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá

Por fim, é importante descrever que, sendo o caso de requerimento da parte ou do Ministério Público, a instauração do incidente é considerada efetivada na prolação de decisão que o admite, e não no momento do requerimento.³⁶ Esse entendimento decorre de interpretação do art. 134, §4º, do NCPC, que exige que o requerimento do incidente demonstre o preenchimento dos pressupostos legais, constantes nos diplomas de direito material, para que a petição seja admitida pelo juízo. Dessa forma, após requerida a instauração do incidente, o juiz, por meio de cognição sumária, deverá observar se é provável a existência dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica. Em caso negativo, o juiz indeferirá o incidente liminarmente, razão pela qual ele não será nem mesmo considerado instaurado, obstando evidentemente a suspensão do processo.³⁷ Em caso positivo, instaura-se o procedimento provocando a suspensão.

7.4 Tutela cautelar

A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica impõe como regra o contraditório prévio. Isso, porém, não obsta a concessão de tutela cautelar, quando presentes seus requisitos. Tanto é assim que o próprio art. 855-A, §2º, da CLT, fez a ressalva de que a suspensão não atingirá a concessão da tutela de urgência de natureza cautelar prevista no art. 301 do NCPC.

É importante destacar que o CPC de 1973, nos arts. 798 e 799, determinava de forma expressa que o juiz poderia, além dos procedimentos cautelares previstos no Código (cautelares nominadas ou típicas), determinar outras medidas provisórias quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Tratava-se do poder geral de cautela conferido ao juiz.

O NCPC, além de eliminar o processo cautelar autônomo, extinguiu as cautelares nominadas ou típicas, elencando o art. 301, de forma exemplificativa, algumas formas de efetivação das tutelas de urgência de natureza cautelar.

o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. O mesmo efeito é alcançável, com relação aos Recursos Especial e Extraordinário, como “medida cautelar”, nas mesmas hipóteses e pelos mesmos fundamentos. 3. Precedentes: EAg 480374/RS, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.05.2005 e RESP 658778/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 01.08.2005. 4. Recurso Especial a que se dá provimento. (STJ, REsp nº 854.821, Proc. 2006/0118422-2, RS, Primeira Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. em 17.08.2006, DJU de 31.08.2006, p. 297)

³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 457.

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 459.

Diante do dispositivo, a doutrina entende que o poder geral de cautela foi mantido no NCPC.³⁸ Dessa forma, o poder geral de cautela é definido por Daniel Amorim Assumpção Neves como:

[...] o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela. Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei.³⁹

Assim, como forma de evitar que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica seja utilizado como meio para fraudar a execução pelos sócios ou sociedade (no caso da desconconsideração inversa), é possível que o juiz, a requerimento ou de ofício e valendo-se de seu poder geral de cautela, em sede cautelar antes mesmo da citação, determine, por exemplo, o arresto de seus bens, evitando sua transferência e garantindo resultado útil do processo. Nesse sentido, o Enunciado nº 116 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

Enunciado nº 116 – Tutelas de urgência de natureza cautelar no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

A adoção do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho não exclui a possibilidade de deferimento de tutelas de urgência de natureza cautelar antes da citação do novo executado, inclusive de ofício, dentro do poder geral de cautela do magistrado.

Cabe destacar que nesses casos o contraditório é postergado, por expressa opção legislativa (NCPC, art. 9º, I), não havendo prévia comunicação ao sócio executado.

Com a utilização das referidas medidas cautelares, garante-se que, no futuro, caso haja o acolhimento da desconconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou a empresa responsável tenham bens suficientes para a satisfação do crédito exequendo, evitando-se que eles sejam alienados ou onerados em fraude à execução.⁴⁰

³⁸ Nesse sentido: Enunciado nº 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: O poder geral de cautela está mantido no CPC.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – v. único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 471.

⁴⁰ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 465.

Cumpramos ressaltar que o art. 797 do CPC de 1973 admitia, em casos excepcionais, a concessão de ofício da tutela cautelar, o que não foi reproduzido no novo CPC. Em razão dessa omissão, parte da doutrina passa a exigir requerimento da parte, tendo em vista que, embora seja um mecanismo que busque garantir o resultado útil do processo e, portanto, de interesse público, há reflexos no direito material, além de provocar a responsabilidade objetiva da parte.⁴¹ Para outros, é possível sua concessão de ofício em casos excepcionais para resguardar a justa composição do litígio, como se depreende das lições de Humberto Theodoro Jr.:

[...] somente quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional, poder-se-á excepcionalmente, fugir do rigor do princípio dispositivo, tornando-se cabível a iniciativa do juiz para determinar medidas urgentes indispensáveis à realização da justa composição do litígio.⁴²

No mesmo sentido, Daniel Assumpção Neves:

Entendo que mesmo diante do eloquente silêncio da lei, é provável que o tradicional poder geral de cautela se transforme num poder geral de tutela de urgência, sendo admitida, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício.⁴³

No processo do trabalho, pensamos que é possível a concessão de ofício da tutela cautelar, pois o próprio deferimento da cautelar no incidente pressupõe medida de risco sério e evidente ao comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional.

7.5 Citação e defesa

Instaurado o incidente, o art. 135 do NCPC indica que “o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 820; DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 607.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 624.

⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – V. único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 437.

Trata-se de citação e não intimação, vez que busca integrá-los à relação processual (NCP, art. 238), sendo esse o mecanismo adequado para tornar alguém sujeito do processo.

No incidente instaurado na fase de execução, a citação será por oficial de justiça, tal como previsto no art. 880, §2º, da CLT. Justifica-se a citação pessoal nesse caso, já que a decisão que acolhe o incidente simplesmente intimará o sócio ou a sociedade (na desconsideração inversa) para pagamento. Portanto, preserva-se a citação pessoal apenas para a integralização ao processo, e não mais para o pagamento.

Cita-se para apresentar defesa nos autos, e não em audiência.

A nosso juízo, o prazo para apresentação da defesa é de 5 dias e não de 15 dias, como no processo civil. Isso porque as modalidades de defesa na fase executiva trabalhista (embargos à execução, impugnação à decisão de liquidação, embargos de terceiro) observam o prazo de 5 dias (CLT, art. 884; NCP, art. 674), o que deve ser acompanhado no incidente de desconsideração. Por força do princípio da celeridade, o mesmo prazo deve ser observado quando o incidente for instaurado na fase de conhecimento.

A propósito, no processo do trabalho, desnecessário o requerimento das provas que pretende produzir, vez que se trata de diretrizes retiradas dos requisitos da petição inicial civil (NCP, art. 319, VII), não exigidos para a reclamação trabalhista (CLT, art. 840, §1º).

Não sendo apresentada a defesa, haverá revelia e confissão quanto à matéria de fato.

Por outro lado, caso seja apresentada, as matérias de defesa nas ações derivadas da relação de emprego são limitadas, pois, como já anunciado, haverá aplicação da teoria menor (objetiva).

Nesse contexto, com a demonstração de insolvência de bens da sociedade empresária, poderão os sócios, por exemplo, levantar como matérias de defesa o benefício de ordem descrito no art. 795, §§1º e 2º, do NCP ou o fato de serem sócios retirantes (CLT, art. 10-A). Discutidas tais matérias no incidente, há preclusão quanto a elas caso não sejam impugnadas, vez que a decisão do incidente é suscetível de recurso.⁴⁴

Ressaltamos que não devem ser admitidas as alegações de inexistência de fraude ou de abuso de direito (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), pois tais pressupostos apenas são exigidos na teoria maior ou subjetiva (CC, art. 50), não aplicável nas ações decorrentes da relação de emprego. Tais argumentos

⁴⁴ Inclusive na fase de conhecimento, já que deverá ser impugnada por meio de recurso ordinário no momento da decisão final.

somente poderão ser conhecidos nas ações que não derivem da relação de emprego.

7.6 Instrução

O art. 134, §4º, do NCPC estabelece que “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”.

Esse dispositivo não deve ser interpretado literalmente, mas de forma sistemática com o art. 136 do NCPC, que permite a instrução processual do incidente.

Disso resulta que o requerente deverá apresentar elementos mínimos de que estão presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, admitindo sua comprovação durante a instrução processual. Noutras palavras, esse dispositivo não impõe a existência de prova pré-constituída para o trâmite do incidente, podendo o requerente, após anunciar os elementos mínimos, postular ao juiz que proceda a pesquisas por meio de convênios judiciais para demonstrar a insuficiência de bens da sociedade, bem como a imediata concessão de tutela cautelar.

Por outro lado, não havendo indícios mínimos de insuficiência de bens (p. ex., decorrentes de outros processos), inicialmente deverão ser postuladas as providências judiciais quanto à existência de bens e, caso inexistentes, requerer a instauração do incidente ou ser instaurada de ofício.

No que tange ao ônus da prova dos pressupostos para o acolhimento da desconsideração, parte da doutrina entende que, sendo colocada sob o encargo do exequente trabalhista, cria-se um ônus excessivo para a parte hipossuficiente. Dessa forma, o ônus da prova deverá ser sempre do sócio ou da sociedade atingida, e não do exequente.

Como somos adeptos de que nas ações decorrentes da relação de emprego os pressupostos a serem demonstrados são os descritos no art. 28, §5º, do CDC (teoria menor ou objetiva), ou seja, basta a constatação de que a pessoa jurídica cuja personalidade se pretende desconsiderar não possui bens suficientes para o pagamento da dívida, pensamos que não se atribui ao credor trabalhista um excessivo ônus probatório.

Nada obsta, porém, que, se necessário, no caso concreto seja invocada a teoria dinâmica do ônus da prova, quando preenchidos os requisitos do art. 818, §1º, da CLT.

De qualquer maneira, ante a incidência da teoria menor (objetiva) nas ações decorrentes da relação de emprego, em regra, não haverá necessidade de dilação probatória, podendo o incidente ser julgado imediatamente após a apresentação

de defesa do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa), nos termos do art. 355, I, do NCPC.

Sendo acolhido o incidente na fase de execução, o juiz intimará⁴⁵ o sócio ou a sociedade (na desconsideração inversa) para pagar ou nomear bens à penhora no prazo de 48 horas (CLT, art. 880).

Realizada a penhora, como o sócio já é considerado integrante do polo passivo da execução, a apresentação da defesa dos atos posteriores à desconsideração deverá ser realizada por meio dos embargos à execução (NCPC, art. 914 e seguintes). Os embargos de terceiro ficam restritos aos sócios que não tiverem feito parte do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (NCPC, art. 674, §2º, III).

7.7 Impugnação da decisão

Acolhendo ou rejeitando o incidente de desconsideração, passa a ter relevância se a decisão é impugnável imediatamente.

Nesse contexto, o §1º do art. 855-A da CLT declinou o que segue:

§1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do §1º, do art. 893 desta Consolidação;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III – cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.

Dessa forma, possuindo natureza de decisão interlocutória, a decisão, se proferida no processo de conhecimento, não será impugnável de imediato, por força do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (CLT, art. 893, §1º). Inaplicável, portanto, o art. 1.015, IV, do NCPC, de modo que sua impugnação ocorrerá no momento da decisão final, cabendo naturalmente o recurso ordinário e posteriormente, se for o caso, o recurso de revista.

Já nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no Tribunal, seu julgamento será feito pelo relator (NCPC, art. 932, V). Com efeito, sabendo-se que a decisão colegiada é da índole dos tribunais, o relator, quando atua de forma monocrática, age por delegação do órgão colegiado, razão pela qual sua decisão submete-se ao agravo interno (NCPC, art. 1.021).

⁴⁵ Intimar e não citar, vez que o sócio já está integrado na fase executiva.

No tocante à impugnação das decisões proferidas na fase de execução, cumpre fazer uma análise mais aprofundada sobre o tema, especialmente em relação ao depósito recursal.

7.7.1 Agravo de petição e depósito recursal

O agravo de petição está previsto no art. 897, “a”, da CLT, que estabelece:

Art. 897. Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias:

a) de petição, das decisões do Juiz ou Presidente, nas execuções [...]

Pela interpretação literal desse dispositivo, verifica-se que o agravo de petição é cabível das decisões na fase de execução. A generalidade desse dispositivo provoca dúvida na doutrina e na jurisprudência acerca do alcance proposto pela norma. Noutras palavras, quais decisões são impugnáveis pelo agravo de petição?

É sabido que o juiz profere despachos, decisões interlocutórias e sentenças.

Os despachos são irrecuráveis (NCPD, art. 1.001), seja na fase de conhecimento seja na fase de execução.

Por outro lado, as sentenças terminativas ou definitivas, por resolverem o processo, com ou sem resolução do mérito, são recorríveis. Na fase de execução, o recurso adequado é o agravo de petição. Desse modo, as decisões proferidas nos embargos à execução, embargos de terceiros (desde que ajuizado na fase de execução)⁴⁶ e na impugnação à decisão de liquidação são recorríveis por meio do agravo de petição. O mesmo se diga da decisão que acolhe a exceção de pré-executividade extinguindo a execução⁴⁷ e da decisão que acolhe a prescrição intercorrente.⁴⁸

A maior celeuma fica por conta das decisões interlocutórias, existindo três correntes acerca do tema.

A primeira declina que o art. 893, §1º, da CLT, que veda a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, é aplicável na fase executiva, restringindo o cabimento do agravo de petição.⁴⁹

A segunda descreve que o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias não se aplica na fase de execução, possibilitando a impugnação

⁴⁶ Sendo ajuizado na fase de conhecimento caberá recurso ordinário.

⁴⁷ A decisão que rejeita ou acolhe parcialmente a exceção é irrecorrível de imediato.

⁴⁸ CLT, art. 11-A.

⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 454-455.

imediate de todas as decisões, pois o art. 897, “a”, da CLT não fez nenhuma restrição.⁵⁰

Por sua vez, a terceira admite a impugnação imediata quando a decisão impuser um obstáculo intransponível para a execução ou for capaz de, concretamente, produzir prejuízo grave e imediato a direito tido por incontestável.⁵¹

De nossa parte pensamos que a terceira corrente está com a razão.

Como regra, as decisões interlocutórias proferidas na execução não podem ser impugnadas, sob pena de inviabilizar o prosseguimento da execução.

Pode ocorrer, contudo, de a decisão interlocutória criar obstáculo intransponível ao prosseguimento da execução, equiparando-se à sentença terminativa,⁵² noutras palavras, quando se estiver diante de decisão interlocutória terminativa do feito. Esse é o caso da decisão que rejeita o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, por inviabilizar o prosseguimento da execução perante o sócio ou a sociedade (na descon sideração inversa).

Do mesmo modo, pode acontecer de a decisão interlocutória produzir prejuízo iminente ao agravante, admitindo-se o agravo de petição para afastá-lo.⁵³ Parece-nos ter sido essa a posição adotada pelo legislador no §1º, inciso II, do art. 855-A da CLT para admitir o agravo de petição da decisão que acolhe o incidente.

Acreditamos que essa posição, se bem interpretada, é eficiente apesar de permitir a imediata impugnação.

É que as matérias discutidas no incidente, se não recorridas imediatamente, provocam a preclusão e, conseqüentemente, coisa julgada. Além disso, o agravo de petição terá efeito meramente devolutivo, não obstante o prosseguimento da execução definitiva perante o sócio. Ademais, existindo meio de impugnação eficaz a afastar o prejuízo do agravante, não há falar em cabimento do mandado de segurança e, conseqüentemente, a utilização do C. TST como instância ordinária.

Assim, o agravo de petição no presente caso inviabiliza o cabimento do mandado de segurança, provoca preclusão e permite o prosseguimento imediato da execução definitiva perante o sócio.

⁵⁰ CARRION, Valentin *apud* MOURA, Marcelo. *Consolidação das leis do trabalho para concursos*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 1.173.

⁵¹ BEBBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 310.

⁵² TST-RR-205200-90.1990.5.02.0028, 3ª Turma, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ de 28.9.12. “I – AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. A potencial violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal encoraja o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II – RECURSO DE REVISTA. DECISÃO PROFERIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. CABIMENTO. AGRAVO DE PETIÇÃO. O disposto no art. 893, §1º, da CLT há de ser interpretado em sintonia com a disciplina do art. 897, ‘a’, do mesmo Texto, de forma a compreender-se que desafiarão agravo de petição as decisões proferidas em execução, quando, mesmo que excedentes às trilhas dos embargos à execução e da impugnação aos cálculos, criarem empecilhos ao regular desfecho do procedimento, abandonando, assim, a aparência interlocutória, para alcançar foros de definitividade. Recurso de revista conhecido e provido”.

⁵³ MIESSA, ÉliSSon. *Recursos trabalhistas*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 235.

É interessante destacar que, prosseguindo a execução, da decisão dos embargos à execução também caberá agravo de petição, ficando o relator, que julgou ou julgará o agravo de petição do incidente, prevento para o agravo de petição dos embargos.

Outro ponto digno de nota diz respeito à exigência de depósito recursal no referido agravo de petição.

É sabido que o depósito recursal tem como finalidade a garantia de futura execução. Na fase de conhecimento, o depósito possui um teto máximo, que pode ser legal, ou o valor da condenação, nesse último caso quando inferior ao teto legal.

Na fase de execução, por sua vez, não existe teto legal, de modo que deverá ser no valor integral da execução ou da majoração.

Desse modo, como em regra o agravo de petição é posterior à penhora, que tem natureza de garantir a execução, ele somente será exigido se houver elevação do valor do débito, exigindo-se o depósito no valor total da majoração (Súmula nº 128, II, do TST).

Diante dessa sistemática do depósito recursal no agravo de petição, a interposição desse recurso da decisão do incidente independe de garantia do juízo, como previsto no art. 855-A, §1º, II, da CLT. Isso se justifica porque exigir o depósito recursal, no caso, equivaleria a uma espécie de “penhora antecipada” dos bens do sócio como forma de satisfazer o pressuposto recursal do preparo, já que, como dito, o depósito na hipótese deveria ser integral, pois como regra não haverá penhora nem mesmo parcial.

De qualquer modo, tendo o agravo de petição efeito meramente devolutivo, não obsta a penhora dos bens do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa) na execução propriamente dita.

8 Conclusão

O direito material já versava sobre a desconsideração da personalidade jurídica, mas nada previa acerca da forma de realizar processualmente tal desconsideração. Desse modo, o Novo Código de Processo Civil passou a abordar o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos arts. 133 a 137, o que foi atraído pela Lei nº 13.467/17, incluindo o art. 855-A na CLT.

De qualquer modo, a aplicação das normas processuais referentes ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica previstas no NCPC não deve provocar nenhuma alteração acerca dos pressupostos de direito material que possibilitam a desconsideração, incidindo nas relações de emprego a teoria menor ou objetiva, disciplinada no art. 28, §5º, do CDC.

Dessa forma, no processo do trabalho, a desconsideração poderá ocorrer quando a pessoa jurídica não possuir bens suficientes para o pagamento da dívida. As mesmas regras são aplicadas à desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Partindo desse pressuposto (teoria objetiva), a nosso juízo, o procedimento previsto no NCPC para ser aplicado ao processo do trabalho deve sofrer as seguintes adaptações:

1) *Legitimidade ativa (iniciativa)*: na fase de execução trabalhista é permitida a instauração, de ofício, pelo Juiz do Trabalho.

2) *Suspensão do processo*: na fase de conhecimento, em razão do disposto no art. 799 da CLT, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não deve provocar a suspensão do processo. Já no que tange à fase de execução, pensamos que a suspensão se faz necessária para evitar que os bens dos sócios ou da sociedade (na desconsideração inversa) sejam atingidos antes da decisão que acolhe a desconsideração da personalidade jurídica. De qualquer maneira, a suspensão da execução deve ocorrer tão somente aos atos relacionados ao sócio ou à sociedade (na desconsideração inversa), mas não em relação a outros sujeitos não integrantes do polo passivo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Salientamos que, para evitar que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica seja utilizado como instrumento de fraude pelos sócios ou pela sociedade (na desconsideração inversa), é possível que o juiz, de ofício (ou a requerimento) e valendo-se de seu poder geral de cautela, antes mesmo da citação, conceda medidas cautelares que evitem a transferência de bens e garantam o resultado útil do processo.

3) *Prazo para defesa*: diferentemente do NCPC, que concede o prazo para apresentação de defesa de 15 dias (art. 135), no processo do trabalho, em consonância com os demais prazos concedidos para apresentação de defesa na fase executiva trabalhista e com o princípio da celeridade, deverá ser concedido o prazo de 5 dias.

4) *Instrução processual*: ante a incidência da teoria menor (objetiva) nas relações de emprego não haverá, como regra, necessidade de dilação probatória, podendo o incidente ser julgado imediatamente após a apresentação de defesa do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa).

5) *Impugnação da decisão que acolher ou rejeitar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (CLT, art. 855-A, §1º)*:

- a) Na fase de cognição não é cabível recurso de imediato, em razão do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (art. 893, §1º, da CLT).

- b) Na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo, inviabilizando o cabimento do mandado de segurança, provocando preclusão e admitindo o prosseguimento imediato da execução definitiva em face do sócio.
- c) Nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no Tribunal, a decisão monocrática submete-se ao agravo interno (NCPC, art. 1.021).

Referências

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 307 -325.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes (Coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho: temas atuais*. São Paulo: LTr, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Do Incidente de Desconsideração ad Personalidade Jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 453-465.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o Direito Processual do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 85-104.
- CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do Novo CPC ao processo do trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 523-536.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil*. Vol. 1: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2: Obrigações. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica do Ministério Público*, v. 6, p. 53-68, maio 2006.
- KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65-76.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito processual do trabalho*. 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 33. ed. São Paulo Atlas, 2012.
- MIESSA, Élisson (Coord.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MIESSA, Élisson. *Recursos trabalhistas*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MIESSA, Élisson. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MOURA, Marcelo. *Consolidação das leis do trabalho para concursos*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 328-340.
- NUNES, Simone Lahorgye; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes (Coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 299-328.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II, Teoria Geral das Obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PINHEIRO, Paulo Henrique S. In: RODRIGUES, Deusmar José (Coord.) *Lei da Reforma Trabalhista: comentada artigo por artigo*. Leme: JH Mizuno, 2017.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 1: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.147-1.180.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Bruno Freire e. *O novo CPC e o processo do trabalho I: parte geral*. São Paulo: LTr, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: v. único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II – execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal. 48. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, jan./jun. 2010.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis; Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos bens imateriais. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MIESSA, Élisson. A Lei nº 13.467/17 e o incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 33-67, jan./mar. 2019.
