

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: forma de aplicação no direito processual do trabalho

DISREGARD INCIDENT OF LEGAL PERSONALITY: application form in procedural labor law

MIESSA, Élisson*

Resumo: O artigo analisa o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), considerando o teor da Instrução Normativa n. 39/2016 do C. TST e sugere nova forma de procedimento para que o incidente, no âmbito trabalhista, tenha respaldo no dia a dia daqueles que irão conviver com essa nova modalidade de intervenção de terceiros.

Palavras-chave: Desconsideração da pessoa jurídica. Intervenção de terceiros. Patrimônio. Processo do trabalho.

Abstract: The article analyses the disregard incident of legal personality previewed in the New Code of Civil Procedure (Law n. 13.105/2015), considering the content of the Normative Instruction n. 39/2016 of the Venerable Superior Labor Court and suggests a new form of procedure so that the incident, in the labor scope, has support on the everyday lives of those who will live with this new type of third-party intervention.

Keywords: Disregard of legal personality. Third party intervention. Wealth. Labor process.

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

*Procurador do Trabalho. Professor de Direito Processual do Trabalho do curso CERS *on-line*. Autor e coordenador de obras relacionados à seara trabalhista.

algumas vezes para prejudicar credores, especialmente os trabalhistas. Desse modo, para evitar que tais sociedades deixem de cumprir as obrigações assumidas, ganha relevância a desconsideração da personalidade jurídica, consistente no afastamento, momentâneo e esporádico, da máxima romana *societas distat a singulis*, que reconhece ter 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 desconsideração inversa, da pessoa física e alcançando os bens da sociedade.

Conquanto a desconsideração 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 em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa).

Com o objetivo de garantir a observância dos princípios do devido processo legal e do contraditório, o NCPC, em seus arts. 133 a 137, passa 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 seja omissa acerca do tema, faz-se necessário analisar sua compatibilidade com o processo laboral, tendo em vista que o art. 15 do NCPC não revogou o art. 769 da CLT, de modo que ambos devem conviver harmoniosamente, sendo aplicados de forma coordenada e simultânea (TST, IN n. 39/2016, art. 1º).

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 n. 39/2016 admitindo-o com certas adaptações.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), considerando principalmente a disciplina do C. TST constante na Instrução Normativa n. 39/2016. Ademais, ultrapassando os aspectos teóricos sobre o tema, busca-se 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” (VERÇOSA, 2011, p. 167). 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 (DELGADO, 2016, p. 443), 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/1988, 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.

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” (GONÇALVES, 2011, p. 215). As pessoas jurídicas possuem, portanto, personalidade diversa da dos indivíduos que a compõem e, conseqüentemente, autonomia patrimonial em algumas formas de constituição das sociedades (por exemplo sociedades limitadas).

Essa autonomia patrimonial e, principalmente, a limitação da responsabilidade dos sócios em relação às dívidas da pessoa jurídica, ao mesmo tempo em que permite o desenvolvimento de grandes empreendimentos comerciais, não pode servir para afastar o cumprimento de direitos sociais, bem como para 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, objeto do presente artigo.

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**” (PEREIRA, 2005, p. 7) (grifos no original). Nas palavras do doutrinador Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal, 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**” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 34-35) (grifos no original).

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*) e 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.

Nos casos em que o devedor adimplir as obrigações assumidas, tem relevância apenas a análise do débito. Todavia, quando a obrigação não é cumprida, faz-se necessário o exame da responsabilidade, a qual permite que o credor, nos casos de inadimplemento, efetue 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 (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 39). É, pois, um vínculo patrimonial, de modo que, nos dias atuais, quem responde é o patrimônio e não o devedor pessoalmente.

Em regra, os dois elementos (débito e responsabilidade) coexistem nas obrigações, recaindo sobre a mesma pessoa (obrigação civil ou perfeita) (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 42), qual seja, o devedor.

Contudo, em algumas hipóteses, é possível observar a presença dos elementos de forma isolada.

É o caso, por exemplo, das obrigações naturais (por exemplo 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 a 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, ou seja, aquele que é ao mesmo tempo o obrigado e responsável (ASSIS, 2016, p. 292). Tem-se aqui a responsabilidade primária, de modo que o art. 789 do NCPC 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”.

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 como terceiros¹, uma vez que, ao autorizar a constrição de bens sobre seu patrimônio eles passam automaticamente a serem sujeitos passivos da ação (ASSIS, 2016, p. 293).

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 da CLT), o tomador de serviços na terceirização lícita (Súmula n. 331, IV, do TST), as empresas de um grupo econômico, o sócio etc.

Como o objeto do presente artigo 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:

¹Em sentido contrário: BEBBER, Júlio César. **Processo do Trabalho**: temas atuais. São Paulo: LTr, 2003. p. 178.

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. [...]

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, por exemplo, com as sociedades em nome coletivo (CC/2002, art. 1.039) (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 314), e as 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 à falência.

As decisões iniciais imputaram responsabilidade à 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 jurídica².

²Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica do Ministério Público*, v. 6, maio 2006. p. 53-68, e DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 521.

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 tratarem do tema da desconconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias (NUNES; BIANQUI citados por AZEVEDO; FRANÇA, 2009, p. 32).

De qualquer modo, o tema surgiu no interesse de suspender a responsabilidade limitada dos sócios em relação às sociedades empresárias, ou seja, por questões de conveniência econômica e não em relação ao tema da personalidade jurídica propriamente dito (DIDIER JR., 2016, p. 522).

É por isso que a desconconsideração 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 desconconsideração 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. Busca-se afastar, momentânea e esporadicamente, a máxima romana *societas distat a singulis*, que reconhece ter as pessoas jurídicas existência diversa da dos seus membros. Dessa forma, uma das principais características da desconconsideração da personalidade jurídica corresponde ao fato de ser casuística (DIDIER JR., 2016, p. 525).

No Brasil, a doutrina relacionada à desconconsideração 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 desconconsideração 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” (DIDIER JR., 2016, p. 524) (grifos no original).

De qualquer maneira, a teoria da desconconsideração 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 desconconsideração 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.

Em seguida, foi prevista no art. 18 da Lei Antitruste n. 8.884/1994, atualmente revogado pela Lei n. 12.529/2011, 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 n. 9.605/1998 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, o qual tem 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 o 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 e 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. (PINHO; FONSECA, 2016, p. 1154).

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 juízo³.

³SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016. p. 1078; 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**. V. 1. Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1156.

Aliás, nas ações coletivas na seara trabalhista aplica-se a teoria menor, podendo-se inclusive invocar o art. 4 da Lei n. 9.605/1998 naquelas destinadas a preservar o meio ambiente.

No entanto, a teoria menor não alcança as ações que não derivem da relação de emprego (LEITE, 2016, p. 587), caso em que serão adotados os pressupostos do art. 50 do CC/2002, 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 se reconhecer a desconsideração da personalidade jurídica. Não havia, porém, regras processuais sobre a forma de se atingir 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.

No entanto, antes de adentrarmos no aspecto processual do incidente é preciso ficar claro: o Novo CPC somente trata 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). (CÂMARA, 2016, p. 455).

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. (NEVES, 2016, p. 308).

Portanto, os pressupostos para a desconsideração são 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 Andrichi no REsp 948.117/MS 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. (STJ, julgado em 22.6.2010).

Percebe-se que a desconsideração inversa não possui regramento no direito material, sendo construção jurisprudencial e doutrinária.

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 que o sócio tem participação societária⁴.

De qualquer maneira, 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”.

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 de tratar de seus aspectos processuais, dando origem ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

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:

⁴Nesse sentido: TRT 2ª R. AP 0127000-08.2002.5.02.0074, Ac. 2016/0251693, Décima Quarta Turma, Rel. Des. Davi Furtado Meirelles, DJESP 6.5.2016.

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 passará a ocupar a posição de demandado, em litisconsórcio com o demandado original. (CÂMARA, 2016, p. 453).

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. Assim, no direito processual civil não é possível que o incidente seja instaurado de ofício.

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 (NEVES, 2016, p. 309). 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, superficialmente, o postulado, 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 o incidente de desconsideração 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” (CÂMARA, 2016, p. 458-459). 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 (desconsideração 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 desconsideração 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 (CÂMARA, 2016, p. 462).

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 decidi-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 desconsideração da personalidade jurídica, incidirá o art. 790, VII, do NCPC, o qual permite a execução dos

bens dos sócios ou da sociedade (na desconsideração inversa), uma vez que a responsabilidade patrimonial é estendida a eles.

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 que se 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 interpretar 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 arts. 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 n. 5 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, em razão do advento do art. 6º da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, que disciplina a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade previsto nos arts. 133 a 137 do NCPC.

Contudo, a doutrina não é pacífica acerca da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes descritos no Novo CPC.

Parcela majoritária entende que, apesar de haver omissão na CLT e na legislação trabalhista em relação à desconsideração da personalidade jurídica, o procedimento previsto no novel código é incompatível com os princípios desta seara, razão pela qual não deveria ser aplicado ao processo do trabalho (CLT, art. 769)⁵. A incompatibilidade estaria configurada

⁵Nesse sentido: 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; 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; 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. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 580; SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016, p. 1084.

principalmente devido à adoção da teoria objetiva pelo processo do trabalho, à restrição da iniciativa do incidente à parte e ao Ministério Público, à suspensão do processo, ao contraditório prévio e ao recurso autônomo.

Outra parcela sustenta que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no NCPC é plenamente aplicável ao processo do trabalho, principalmente por valorizar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, declinam os Enunciados n. 124 e n. 126 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado n. 124. A desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença.

Enunciado n. 126. No processo do trabalho, da decisão que resolve o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na fase de execução cabe agravo de petição, dispensado o preparo.

Há ainda quem entenda que os arts. 133 a 137 do NCPC devem ser aplicados à seara trabalhista desde que realizadas adaptações ao processo do trabalho⁶. Pensamos que essa tese está com a razão, seja porque há omissão na CLT sobre o tema, seja porque há compatibilidade, ainda que parcial, com o processo do trabalho.

Isso ocorre porque o incidente de desconconsideração, como já dito, é norma processual não provocando nenhuma alteração acerca dos pressupostos de direito material para a desconconsideração da personalidade jurídica aplicados no âmbito da relação de emprego.

Ademais, os princípios da efetividade e celeridade, dentro de um processo minimamente democrático, não podem ser utilizados de forma genérica para dar validade a decisões surpresas. Evidentemente que, em casos excepcionais e verificados em cada caso concreto, o próprio ordenamento prevê mecanismos legítimos de atuação, como se dá com as tutelas provisórias. Disso resulta a necessidade de observância como regra geral do contraditório substancial preconizado nos arts. 7º, 9º e 10 do Novo CPC que, a nosso juízo, devem ser aplicados ao processo do trabalho, permitindo que se conceda às partes a possibilidade de se manifestarem **antes da decisão judicial**, a fim de que possam influenciar o convencimento do julgador. Em outros termos, o contraditório formal,

⁶CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Execução no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 150-151; ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconconsideração 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; SILVA, Bruno Freire e. **O novo CPC e o processo do trabalho** I. Parte geral. São Paulo: LTr, 2015, p. 117-120.

contextualizado no CPC de 1973, previa-o como o binômio informação e possibilidade de reação. Por sua vez, o contraditório substancial (dinâmico) amplia a visão do contraditório contemplando-o como um trinômio: informação, possibilidade de reação e poder de influenciar o julgador. Esse novo elemento decorre do próprio Estado Democrático, que confere a efetiva participação da sociedade na tomada de decisões, o que reflete, evidentemente, no Poder Judiciário. Impõe-se, portanto, que em regra o contraditório seja prévio, pois somente assim estar-se-á, verdadeiramente, influenciando o julgador antes de decidir. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

[...] o contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que, em 'solitária onipotência', aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 69).

Além disso, a incompatibilidade de alguns aspectos procedimentais do Novo CPC ao processo do trabalho não autoriza, simplesmente, negar sua incidência, sob pena de se deixar de incidir um procedimento previamente estabelecido, ou seja, embasado no devido processo legal. Aliás, se não for aproveitado o único procedimento adotado na legislação, qual será aplicado? Aquele criado, casuisticamente, em cada Vara do Trabalho? Não nos parece ser a melhor opção dentro de um processo democrático.

Isso não autoriza, porém, 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 n. 39/2016, art. 1º).

Nesse contexto, o C. TST, por meio da Instrução Normativa n. 39/2016, entendeu que o procedimento previsto no NCPC é aplicável ao processo do trabalho, devendo ser realizadas algumas compatibilizações, como se verifica pelo teor do art. 6º:

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), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

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

- I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º, da CLT;
 - 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 (CPC, art. 932, inciso VI).
- § 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.

Observa-se pelo supramencionado dispositivo que o C. TST compatibilizou as regras de iniciativa na instauração do incidente, bem como as relacionadas aos recursos cabíveis.

De qualquer maneira, a compatibilização e o procedimento do incidente de descon sideração da personalidade jurídica no processo do trabalho passa por uma análise detida do *inter* procedimental e da referida instrução normativa, o que passamos a verificar 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, tal como previsto pelo C. TST no *caput* do art. 6º da IN n. 39/2016, o incidente poderá ser instaurado, na fase de execução, de ofício pelo Juiz do Trabalho.

A adaptação realizada pelo C. TST decorre especialmente do princípio inquisitivo aplicado na fase executiva trabalhista, previsto no art. 878 da CLT, o qual prevê 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, se o juiz pode o mais que é iniciar a execução, poderá o menos que é a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Portanto, na fase de execução trabalhista não é necessária a instauração de incidente a pedido da parte ou do Ministério Público do Trabalho, podendo o incidente da descon sideração da personalidade jurídica ser instaurado, de ofício, pelo Juiz do Trabalho.

Ressaltamos que o C. TST apenas permite que a descon sideração da personalidade jurídica seja instaurada *ex officio* na fase de execução, o que significa que, na fase de conhecimento, pressupõe o requerimento da parte ou do Ministério Público. Isso se justifica porque

nesta fase o princípio da demanda tem prevalência, dependendo a instauração de provocação das partes.

Cumprir fazer uma observação quanto à legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a instauração do incidente. A nosso juízo, terá legitimidade 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) (NEVES, 2016, p. 91).

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 (CÂMARA, 2008, p. 142-143).

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, independente de fazer pedido ou contra ele for pedido algo.

Assim, o Ministério Público, quando adentra ao 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 como 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. (DINAMARCO, 2009, p. 436-437) (destaques 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:

[...] em sede de teoria menor/desconsideração mínima, a responsabilização dos sócios não tem lastro em conduta abusiva pessoalmente imputável, mas sim por se 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). (PINHO; FONSECA, 2016, p. 1169).

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

7.3 Suspensão do processo

Nos termos do art. 6º, § 2º, da IN n. 39/2016, do TST, “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”.

Observa-se que o C. TST seguiu a disciplina apresentada pelo art. 134, § 3º, do NCPC, 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.

É majoritário o entendimento na doutrina trabalhista de que a suspensão do processo em razão da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é incompatível com o processo do trabalho⁷, uma vez que a CLT, embasada no princípio da concentração dos atos processuais, disciplina no art. 799 que na Justiça do Trabalho apenas podem ser opostas, com suspensão do feito, as “exceções” de suspeição (inclua-se impedimento) ou incompetência. Referido dispositivo impede, portanto, a instauração de incidentes que suspendam o trâmite processual.

Concordamos com referida tese quando se trata de incidente instaurado na fase de conhecimento, pois o art. 799 da CLT é dirigido a tal fase. Admitimos 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 prazo para apresentação dos embargos à execução, recursos, fase de expropriação etc., tudo antes da decisão que acolherá ou não o incidente.

Portanto, na fase executiva haverá suspensão imprópria, porque suspende a execução, mas não, evidentemente, o próprio incidente.

No entanto, entendemos 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 n. 7 da Jornada de Execução na Justiça do Trabalho, *in verbis*:

⁷Nesse sentido: 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; 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; SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016, p. 1084.

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 responsável, 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 em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa), ainda que em curso o julgamento de recurso⁸.

Por fim, é importante descrever que, na hipótese de instauração do incidente de ofício, a suspensão do processo será imediata, já que o juiz vislumbrou os pressupostos materiais para sua instauração.

Por outro lado, sendo o caso de requerimento da parte ou do Ministério Público a instauração do incidente é considerada como efetivada

⁸PROCESSO 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 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 9.5.2005 e REsp 658778/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 1º.8.2005. 4. Recurso Especial a que se dá provimento. (STJ REsp 854.821; Proc. 2006/0118422-2 RS; Primeira Turma; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; Julg. 17.8.2006; DJU 31.8.2006; p. 297).

na prolação de decisão que o admite, e não no momento do requerimento (CÂMARA, 2016, p. 457). 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 liminarmente o incidente, razão pela qual ele não será nem mesmo considerado como instaurado, obstando evidentemente a suspensão do processo (CÂMARA, 2016, p. 459). Em caso positivo, instaura-se o procedimento provocando a suspensão.

7.4 Tutela cautelar

A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como visto, 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 C. TST, no art. 6º, § 2º, da IN n. 39/2016, 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. Diante do dispositivo, a doutrina entende que o poder geral de cautela foi mantido no NCPC⁹. 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. (NEVES, 2016, p. 471).

⁹Nesse sentido: Enunciado n. 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: O poder geral de cautela está mantido no CPC.

Assim, como forma de evitar que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica seja utilizado como meio para fraudar à execução pelos sócios ou sociedade (no caso da desconsideração 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 às instituições financeiras o bloqueio dos ativos financeiros existentes em nome do sócio e da sociedade, na desconsideração inversa (NCPC, art. 854), ou o arresto de seus bens, evitando sua transferência e garantindo resultado útil do processo.

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 desconsideração 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 execução¹⁰.

Por fim, cumpre destacar 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 parte¹¹. 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. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 624).

¹⁰Nesse sentido: 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: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 465.

¹¹MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora 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.

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 admitido, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício. (NEVES, 2016, p. 437).

No processo do trabalho, ao menos na fase executiva, por vigorar o princípio inquisitivo não há óbice para a concessão de ofício da tutela cautelar (CLT, art. 878). Já na fase de conhecimento, pensamos que também será permitida sua concessão de ofício, 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”.

Trata-se de citação e não intimação, vez que busca integrá-los à relação processual (NCPC, art. 238), sendo este 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 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; NCPC, 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 (NCPC, 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 sejam apresentadas, 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 NCPC ou o fato de serem sócios retirantes (CC, art. 1.003). Discutidas tais matérias no incidente, há preclusão quanto a elas caso não sejam impugnadas, vez que a decisão do incidente é suscetível de recurso¹².

Ressaltamos que não devem ser admitidas as alegações de inexistência de fraude ou de abuso de direito (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), pois estes pressupostos apenas são exigidos na teoria maior ou subjetiva (CC, art. 50), não aplicável nas ações decorrentes da relação de emprego. Tais argumentos 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 descon sideração 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 descon sideração 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 (por exemplo, decorrentes de outros processos), inicialmente deverão ser postuladas as providências judiciais quanto à existência de bens e, caso inexistente, requerer a instauração do incidente ou ser instaurada de ofício.

No que tange ao ônus da prova dos pressupostos para o acolhimento da descon sideração, parte da doutrina entende que, sendo colocada sob o encargo do exequente trabalhista, cria-se mais um obstáculo à aplicação desse incidente ao processo do trabalho (CLAUS, 2016, p. 1086),

¹²Inclusive na fase de conhecimento, já que deverá ser impugnada por meio de recurso ordinário no momento da decisão final.

vez que, em regra, tem posição hipossuficiente. Dessa forma, o ônus da prova deveria 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, tanto que o próprio juiz, *ex officio*, poderá desconsiderar a personalidade jurídica na fase da execução diante da presença nos autos de documentos que demonstram a insuficiência de bens da sociedade.

Nada obsta, porém, que, se necessário no caso concreto, seja invocada a teoria dinâmica do ônus da prova, quando preenchidos os requisitos do art. 373, § 1º, do NCPC.

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 intimará¹³ 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 como 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 C. TST no art. 6º, § 1º, da IN n. 39/2016, 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 art. 893, § 1º, da CLT;

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

¹³Intimar e não citar, vez que o sócio já está integrado na fase executiva.

III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal. (CPC, art. 932, inciso VI).

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).

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 irrecorríveis (NCPC, 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 execução¹⁴) 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 execução¹⁵ e da decisão que acolhe a prescrição intercorrente¹⁶.

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 (MARTINS, 2012, p. 454-455).

A segunda descreve que o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias não se aplica na fase de execução, possibilitando a impugnação imediata de todas as decisões, pois o art. 897, “a”, da CLT não fez nenhuma restrição (CARRION *apud* MOURA, 2013, p. 1173).

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 (BEBBER, 2014, p. 310).

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.

Contudo, pode ocorrer de a decisão interlocutória criar obstáculo intransponível ao prosseguimento da execução, equiparando-se à sentença terminativa¹⁷. 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 em face do sócio ou da sociedade (na descon sideração inversa).

¹⁴Sendo ajuizado na fase de conhecimento caberá recurso ordinário.

¹⁵A decisão que rejeita ou acolhe parcialmente a exceção é irrecorrível de imediato.

¹⁶O C. TST não admite a incidência da prescrição intercorrente no processo do trabalho (Súmula n. 114 do TST; IN n. 39/2016, art. 2º, VIII).

¹⁷TST-RR-205200-90.1990.5.02.0028, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 28.9.2012. “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 desafiaria 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”.

Do mesmo modo, pode acontecer de a decisão interlocutória produzir prejuízo iminente ao agravante, admitindo-se o agravo de petição para afastá-lo (MIESSA, 2015, p. 235). Parece-nos ter sido essa a posição do C. TST para admitir o agravo de petição da decisão que acolhe o incidente.

Embora parte da doutrina tenha adotado o entendimento de que não caberá recurso da decisão que acolhe o incidente, permitindo sua impugnação apenas da decisão dos embargos à execução, quando a matéria deverá ser discutida novamente¹⁸, pensamos que a posição adotada pelo E. TST, se bem interpretada, é mais eficiente apesar de permitir a imediata impugnação.

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

Assim, desde que o agravo de petição inviabilize o cabimento do mandado de segurança, provoque preclusão e admita o prosseguimento imediato da execução definitiva em face do sócio, pensamos ser cabível imediatamente da decisão que acolhe o incidente, tal como previsto na Instrução Normativa n. 39 do TST.

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 n. 128, II, do TST).

Diante dessa sistemática do depósito recursal no agravo de petição, a interposição desse recurso da decisão do incidentes, independe de garantia do juízo, como previsto no art. 6º, § 1º, II, da IN n. 39/2016 do

¹⁸Nesse sentido: CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Execução no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 151.

TST. Isso 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.

7.7.2 Recurso de revista

Na fase de execução, o cabimento do recurso de revista vem descrito no art. 896, § 2º, da CLT, *in verbis*:

§ 2º Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

Portanto, limita seu cabimento à hipótese de violação direta e literal da norma Constitucional. Diante dessa restrição, é necessário que façamos algumas observações.

É possível que, no caso concreto, o magistrado tome pelo menos duas atitudes quando tiver que atingir os bens do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa): 1) negar a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao processo trabalhista, simplesmente redirecionando a execução em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa); 2) aplicar o incidente de desconsideração previsto no Novo CPC, mas fazendo as compatibilizações que entender pertinentes com o processo do trabalho.

No primeiro caso, entendemos que será cabível a interposição de recurso de revista por afronta direta e literal à Constituição Federal.

Isso porque, conforme analisamos anteriormente, o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do NCPC teve como objetivo assegurar o contraditório substancial e, conseqüentemente, o princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal consiste, portanto, no direito de que os cidadãos serão processados pelas regras já existentes no ordenamento jurídico.

O princípio do devido processo legal corresponde ao “postulado fundamental do direito (gênero)”, do qual derivam todos os demais princípios constitucionais do processo (NERY JUNIOR *apud* SCHIAVI, 2015, p. 88), podendo ser compreendido em duas dimensões: formal e material (substancial).

Em sua dimensão formal, o princípio do devido processo legal confere a todo sujeito o direito a um processo que observe as demais garantias estabelecidas na Constituição ou em leis infraconstitucionais, ou seja, garante o direito fundamental a um processo devido, que respeite o contraditório e a ampla defesa, o tratamento paritário entre as partes do processo, a publicidade, dentre outros princípios processuais. Tem como foco, portanto, o aspecto formal do processo.

Na dimensão substancial ou material, o princípio do devido processo legal deve levar em conta não somente a observância de exigências formais, mas também o compromisso de que as decisões jurídicas estarão em conformidade com o acesso à justiça, com a efetividade e com a duração razoável do processo. Em outras palavras, “devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas” (DIDIER JR., 2013, p. 50).

Destacamos que as duas dimensões do devido processo legal (formal e substancial) devem ser avaliadas de forma conjunta, mesmo porque são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que definem o que é um processo justo/adequado aos demais princípios processuais. Assim, o devido processo legal substancial deve ser utilizado como parâmetro na definição do devido processo legal formal (ÁVILA *apud* DIDIER JR., 2015, p. 71).

Dessa forma, o devido processo legal compreende a garantia de que não haverá abuso de poder nos âmbitos administrativo, legislativo e judicial.

Com efeito, o simples redirecionamento da execução em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa) significa a negação do procedimento legalmente previsto para a desconsideração da personalidade jurídica, constituindo-se em decisão arbitrária e violando, conseqüentemente, o devido processo legal. Por isso, pensamos que nesse caso será cabível recurso de revista por violação constitucional (art. 5º, LIV).

Por sua vez, nos casos em que o magistrado trabalhista aplique parcialmente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, faça adaptação do procedimento previsto no NCPC aos princípios da seara trabalhista, não há que se falar em violação ao devido processo legal, mas sim em interpretação de lei infraconstitucional. Nesse caso, poderá existir violação direta da lei federal (arts. 133 a 137 do NCPC) e, no máximo, violação reflexa da Constituição¹⁹. Portanto, nessa hipótese,

¹⁹A ofensa indireta ou reflexa ocorre quando o recorrente tiver que invocar uma norma infraconstitucional para chegar à norma constitucional.

não será admitido o recurso de revista e nem mesmo o extraordinário (Súmula n. 636 do STF)²⁰.

Em resumo, na fase de execução, apenas caberá o recurso de revista nos casos em que o magistrado ignorar totalmente a disciplina do NCCPC relativa ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois se trata de violação ao princípio constitucional do devido processo legal (CF/1988, art. 5º, LIV). Todavia, quando houver mera interpretação dos arts. 133 a 137 do NCCPC e a conseqüente adaptação do procedimento trabalhista pelo magistrado, por se tratar apenas de violação reflexa da Constituição Federal ou mesmo violação literal de disposição de lei federal, não será cabível recurso de revista na fase da execução.

Por fim, destacamos que não é possível a interposição de recurso de revista por violação às diretrizes constantes do art. 6º da Instrução Normativa n. 39 do TST, uma vez que esta possui apenas natureza administrativa, não tendo caráter normativo ou jurisprudencial a legitimar o cabimento desse recurso.

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.

A aplicação desses dispositivos ao processo do trabalho passa pela análise de dois requisitos: omissão e compatibilidade, nos termos dos arts. 769 e 889 da CLT e 15 do NCCPC (TST, IN n. 39/2016, art. 1º). Embora o âmbito laboral seja omissivo sobre o tema, a chegada de um instituto totalmente novo gera, naturalmente, repulsa imediata para aqueles que lidam com a efetivação dos direitos fundamentais. No entanto, pensamos que, fazendo-se as compatibilizações necessárias, o incidente deve ser aplicado ao processo laboral, com a finalidade de respeitar os princípios do devido processo legal e do contraditório substancial, sem prejudicar, no entanto, os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nesse contexto, a aplicação das normas processuais referentes ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica previstas no NCCPC 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.

²⁰Súmula n. 636 do STF: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

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)**: com base no princípio inquisitivo, 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**:

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; TST IN n. 39/2016, art. 6º, § 1º);

b) na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo, desde que inviabilize o cabimento do mandado de segurança, provoque preclusão e admita o prosseguimento imediato da execução definitiva em face do sócio. Ademais, das decisões que negarem a aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica simplesmente redirecionando a execução em face do sócio será cabível a interposição de recurso de revista por afronta direta e literal à Constituição Federal, em razão da violação do princípio do devido processo legal (CF/1988, art. 5º, LIV). Por sua vez, nos casos em que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica for aplicado parcialmente, por se tratar de interpretação de lei infraconstitucional (violação direta da lei federal) não será admitido o recurso de revista;

c) nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no Tribunal, a decisão monocrática submete-se ao agravo interno (NCPC, art. 1.021).

Com efeito, mantendo-se a aplicação da teoria menor (objetiva) para ações decorrentes da relação de emprego e observadas as compatibilizações anteriormente apresentadas, acreditamos que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao processo do trabalho.

9 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconconsideração 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.

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.

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

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.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. V. 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.

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.

DELGADO, Mauricio 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**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. V. 1. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento. V. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Obrigações. V. 2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. 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, 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.
- 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 desconconsideração 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.

NUNES, Simone Lahorgye; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. A desconconsideração 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.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. II. Teoria geral das obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica do novo código de processo civil. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). **Novo CPC doutrina selecionada**. V. 1. Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016.

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**. 9. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 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**. Volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

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

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, São Leopoldo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. V. 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, 2011.

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