

BREVES NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO NOVO CPC À EXECUÇÃO TRABALHISTA E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Flávio Luiz Yarshell*

1 – INTRODUÇÃO

A tarefa de determinar de que forma as normas *gerais* se aplicam de forma subsidiária a situações reguladas por normas *especiais* nem sempre é fácil. Ninguém duvida de que o *especial* derroga o *geral*. Porém, nem sempre é fácil determinar em que consiste a especialidade. Desde logo, é preciso evitar dois erros: de um lado, desvirtuar o escopo da norma especial e o sistema em que ela se insere, a pretexto de aplicar uma regra geral; de outro lado, deixar de aplicar a norma geral de forma subsidiária por se confundir especialidade com casuísmo ou até com arbitrariedade do aplicador da lei¹.

No caso específico do *processo do trabalho*, ele é regido por normas marcadamente especiais – que, dentre outras circunstâncias, consideram a desigualdade dos titulares da relação de direito material – e, em grande medida, autossuficientes. Sendo assim, como norte a ser seguido, não convém alargar o campo de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 (CPC). Melhor será reservar tal expediente para aquelas situações em que efetivamente não se possa encontrar, na própria legislação federal extravagante, a solução para problemas surgidos em concreto nos processos; ou nas quais a norma geral efetivamente diga respeito a aspectos que são comuns a toda e qualquer forma de exercício de poder jurisdicional.

* *Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo; mestre (1992) e doutor (1997) em Direito Processual Civil pela mesma Universidade; professor livre-docente (2004) e titular (2008) igualmente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde leciona nos cursos de graduação e pós-graduação; advogado.*

1 Raciocínio semelhante – expresso por vezes com palavras idênticas – empreguei ao tratar da aplicação subsidiária do novo CPC ao processo eleitoral, conforme trabalho ainda inédito nesta data, mas ao qual cumpre fazer a referência. O mesmo ocorrerá circunstancialmente no curso do presente trabalho.

O presente trabalho – cujo conteúdo corresponde, em parte (consideravelmente menor), ao de exposição feita em palestra perante o Tribunal Superior do Trabalho – propõe-se a refletir, de forma deliberadamente limitada, sobre de que forma o diploma processual civil pode ser invocado de forma subsidiária genericamente ao processo trabalhista e sobre a projeção disso relativamente a alguns tópicos – arbitrariamente escolhidos – da execução ou do cumprimento de sentença.

2 – NORMAS PROCESSUAIS “FUNDAMENTAIS” E ESCOPOS DO PROCESSO

Ninguém melhor do que os estudiosos do Direito (material) do Trabalho e do Processo do Trabalho para dizer quais normas processuais gerais se aplicam aos conflitos apreciados e dirimidos em sua específica área de atuação. Sem embargo disso, com o intuito de colaboração nesse mister, são feitas aqui algumas ponderações.

Desde logo, é preciso considerar que o processo – seja qual for o direito material que busca atuar – é *instrumento de exercício do poder*. Portanto, ainda que o plano substancial tenha inegável repercussão sobre o modo de ser do processo (justamente pelo caráter instrumental desse último), há normas que consideram aquele primeiro aspecto, de tal sorte que elas buscam impedir que o poder seja exercido de forma arbitrária e em afronta aos cânones do devido processo legal – o que, em última análise, acabaria por subtrair legitimidade da decisão. O *processo*, sob esse ângulo, não é apenas penhor de legalidade, mas também busca preservar a lealdade (que não é exigida apenas das partes) e confiança. Ele é inspirado por – e ao mesmo tempo deve ser gerador de – previsibilidade e segurança.

Nesse contexto, no processo trabalhista têm aplicação as *normas processuais fundamentais*, constantes dos arts. 2º a 12 do novo Diploma. Assim ocorre na medida em que elas têm inspiração na teoria geral e, em mais de uma oportunidade, apenas repetem o que já está escrito na – ou decorre diretamente da – Constituição Federal. Elas são normas aplicáveis a toda e qualquer forma de exercício de poder jurisdicional.

Em particular, aplica-se a regra segundo a qual compete ao juiz *zelar pelo efetivo contraditório* (CPC, art. 7º), de sorte a não proferir decisões que tomem as partes de surpresa. Isso deve ocorrer ainda que se trate de matéria cujo conhecimento possa e deva ocorrer de ofício, conforme, aliás, determinam os arts. 9º e 10, ambos certamente aplicáveis no processo trabalhista.

Tais dispositivos apenas explicitaram o conteúdo do princípio do contraditório, conforme há muito preconiza a doutrina. Conforme tivemos oportunidade de ressaltar, nesses dispositivos nada se acresceu ao sistema, exceto maior clareza quanto ao alcance da norma constitucional (CF, art. 5º, LV): o juiz deve observar e fazer observar o contraditório; deve exercer a *direção material do processo*; não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado oportunidade de debate pelas partes, ainda que se trate de matéria a ser conhecida de ofício. Aí reside o verdadeiro *diálogo* entre partes e juiz. Isso deve ser um fenômeno real, com conteúdo relevante, e não mera promessa ou assunto para debates doutrinários desligados da realidade. Tudo isso, em suma, aplica-se ao processo do trabalho e as especificidades do direito material não autorizam conclusão diversa.

Também deve ser observada na Justiça do Trabalho a *ordem cronológica* estatuída pelo art. 12 do CPC, com as exceções ali arroladas e a necessária ponderação (válida para qualquer esfera da jurisdição estatal): o que a lei veda é a injustificada preterição do julgamento de uma causa em favor de outra, do que resultaria um indevido favorecimento. Tal vedação decorre, inclusive, dos imperativos de impessoalidade e probidade de todo e qualquer agente público. Contudo, é de se reputar que, havendo causa justificável – *ainda que não arrolada pela lei* – para se julgar causa mais moderna, antes de outra mais antiga, não haverá atentado à norma. É preciso considerar que a instrução processual pode ter conteúdo e ritmo diferentes em cada processo e não seria racional sobrestar o julgamento de causa mais recente apenas pelo fato de que em outra causa mais antiga ainda ter-se-ia que completar a dilação probatória. Particularmente na esfera eleitoral, embora a celeridade seja uma das principais características do processo, há medidas que se esgotam rapidamente e outras que se estendem no tempo. Em suma: a regra do art. 12 do CPC se aplica, mas é preciso considerar sua verdadeira razão de ser, para que a norma não leve a consequências iníquas².

Além disso, é preciso considerar que os *escopos da jurisdição* no processo trabalhista não são diversos daqueles que norteiam o processo civil “comum”. Num e noutro caso, o processo jurisdicional estatal busca atuar em concreto o direito objetivo e, ao mesmo tempo, pacificar mediante a eliminação das controvérsias. A circunstância de haver desigualdade no plano substancial é relevante e impõe disciplina especial para que fique assegurada a paridade de armas entre os litigantes. Contudo, algo semelhante ocorre nas relações entre

2 Reitera-se a advertência feita na nota 1 *supra*.

fornecedores e consumidores; e nem por isso o escopo jurídico da jurisdição “comum” é afetado por isso.

É preciso, nesse particular, considerar que as especificidades das relações jurídicas que envolvem *trabalho* já são objeto de normas jurídicas substanciais diferenciadas. Como dito acima, a tarefa do Judiciário é essencialmente a de aplicar tais regras que, por sua vez, incorporam valores reconhecidos como juridicamente tuteláveis pelo legislador – cujos membros foram eleitos pelo voto popular. Isso não quer dizer que o juiz não deva considerar os valores subjacentes à norma que aplica, mas, sob a ótica do direito processual, é preciso respeitar as opções feitas pelo legislador ao editar normas substanciais, exceto se for possível e devido afirmar a inconstitucionalidade da lei.

Também é preciso considerar que, não obstante os aspectos diferenciais das relações jurídicas trabalhistas, o escopo social da jurisdição continua a ser ali o mesmo da jurisdição “comum”: as ideias de superação da controvérsia (mediante a atuação do direito objetivo em concreto) e de pacificação social são essencialmente as mesmas. Isso quer dizer que, embora na justiça especializada a celeridade – que impulsiona o processo rumo à superação do conflito – seja um dado marcante, isso não é suficiente, por si só, para justificar o afastamento de regras processuais gerais – notadamente daquelas que, como dito acima, consideram que o processo é instrumento de exercício de poder e que, portanto, deve comportar limites e controle. O postulado constitucional de duração razoável do processo se aplica a todo e qualquer processo e também a Justiça Comum aspira tal brevidade; o que, contudo, e mais uma vez, deve se pautar pelos cânones do devido processo legal.

Mais ainda, a vulnerabilidade de um dos sujeitos da relação material controvertida não afasta do processo do trabalho um dilema existencial da jurisdição: o sistema quer decisões rápidas, mas também quer decisões justas – entendidas como tal, para este fim, aquelas que estão em consonância com os desígnios do direito material e com os fatos efetivamente debatidos nos autos pelas partes. Portanto, o processo trabalhista – a exemplo dos demais – deve buscar o equilíbrio entre o escopo jurídico e o social, que, se por um lado são complementares, de outra parte, são conflitantes.

Finalmente, é preciso ter em mente que o escopo político – de afirmação do poder estatal – é essencialmente o mesmo sempre que o Estado exerce a jurisdição, independentemente da natureza da relação material controvertida ou de seus sujeitos. A falta de efetividade – quer porque o Estado não é capaz de resolver adequada e tempestivamente os litígios, quer porque não é capaz de dar cumprimento a suas decisões – é fator de enorme desprestígio para o

Estado e, indiretamente, prejudica os demais escopos (jurídico e social). Isso quer dizer que a consecução dos resultados almejados pela jurisdição é tão importante na Justiça do Trabalho quanto em qualquer outra. E isso, como se pode perceber, pode ter relevantes desdobramentos em matéria de execução ou de cumprimento de sentença: todo dispositivo geral que se preste a reforçar a efetividade das decisões trabalhistas pode e deve ser aplicado de forma supletiva. Mas assim também deve, por coerência, ocorrer quando se trata de observância das garantias das partes.

3 – UM TEMA EM PARTICULAR: O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (ARTS. 133 E SEQUINTE)

Na esteira das considerações precedentes, é possível estimar que não seriam poucos os pontos a explorar na relação entre processo do trabalho e novo CPC, especificamente na execução ou cumprimento de sentença.

Contudo, por mera opção, tomar-se-á o tema da invasão patrimonial de terceiros, isto é, de outras pessoas que não aqueles que, no plano material, ostentam a qualidade de devedores, tal como isso foi definido pelo autor na demanda inicial. Mais especificamente, tomar-se-á o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, para se determinar se ele é, ou não, aplicável ao processo do trabalho³.

O tema parte da distinção entre *débito* e *responsabilidade*, da qual não escapa a lógica do direito do trabalho, que também regula relações obrigacionais. É preciso lembrar que, por regra, esses dois conceitos andam juntos, de tal modo que sua eventual desvinculação – tal como ocorre nos casos de desconsideração da personalidade jurídica – é excepcional.

Dessa forma, se o demandante entende que determinada pessoa está obrigada (plano do *débito*) à determinada prestação, ele tem o ônus de inserir o suposto devedor no polo passivo da relação processual na fase cognitiva. No processo civil “comum”, há relativa clareza acerca do seguinte: uma coisa é desconsiderar personalidade para estender responsabilidade patrimonial; outra – juridicamente inviável – é instaurar execução ou cumprimento de sentença à míngua de título executivo. Isso, aliás, está expresso de forma taxativa no § 5º do art. 513 e no art. 783 do CPC.

3 O que segue reedita, em algumas passagens de forma literal, texto elaborado para obra coletiva, de *Comentários ao Novo CPC*, sob coordenação de Antonio do Passo Cabral e outro, ainda no prelo.

Então, se o terceiro está apenas (e excepcionalmente) sujeito à responsabilidade patrimonial (sem titularidade no plano do débito), a inserção daquele na fase cognitiva não é ônus do autor. Por outras palavras: se não houver tal inclusão, não há preclusão decorrente da estabilização da demanda. Nessa hipótese, a vinda do terceiro para o processo poderá ocorrer até mesmo na fase de cumprimento, ainda que em relação a ele não tenha havido formação de título (imposição de sentença condenatória ou com eficácia correspondente). É que ao devedor (portanto, plano do débito) haverá a imposição do *dever de prestar* (art. 515, inciso I) – o que na concepção clássica corresponde ao provimento condenatório –, enquanto para o responsável não será necessário e nem adequado falar-se em condenação (ou imposição do dever de prestar).

Além disso, não devem ser confundidos institutos que, embora de alguma forma relacionados ao conceito de *fraude*, são distintos entre si. A desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a *fraude contra credores*, nem mesmo com a *fraude de execução*. Para a primeira hipótese, a lei civil – que qualifica o vício como gerador de anulabilidade (matéria controvertida em doutrina) – exige a propositura de demanda autônoma (CC, art. 158), que será sempre de competência da Justiça Comum Estadual, ainda que a persecução do crédito se desenrole perante alguma Justiça especializada (inclusive a trabalhista). No caso da segunda, o reconhecimento é incidental no processo de execução ou na fase de cumprimento (no exercício de competência ditada por critério funcional, privativa do juízo da execução). Contudo, de forma coerente com a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, a lei exige que, antes de reconhecer eventual fraude de execução, o juiz proceda à intimação do adquirente do bem para, querendo, opor embargos de terceiro (art. 792, § 4º).

Também convém ter em mente que a regra geral aplicável às relações civis é a de que a desconsideração da personalidade jurídica só ocorre quando verificado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros, mediante abuso, ou quando caracterizada a confusão patrimonial (CC, art. 50). A isso se convencionou chamar (não sem controvérsia) de “teoria maior” da desconsideração. Mas, por força de normas especiais – bem ilustradas pelo Direito do consumidor e ambiental –, a desconsideração pode eventualmente ser autorizada diante de mero obstáculo para satisfação do credor – aí fala-se em “teoria menor”.

Feitas essas considerações, convém completá-las mediante o exame da natureza jurídica do pleito de desconsideração⁴.

4 Reitera-se o alerta constante da nota anterior.

4 – SEGUE: NATUREZA JURÍDICA DO PEDIDO DE
DESCONSIDERAÇÃO E DA POSIÇÃO PROCESSUAL DO
TERCEIRO (SUPOSTO RESPONSÁVEL PATRIMONIAL)

A lei inseriu o novo instituto como espécie do gênero *intervenção de terceiros*, ao mesmo tempo em que o qualificou como *incidente*. De fato, o conceito de *terceiro* se encaixa na situação, conquanto isso não tenha sido usual perante a ordem precedente: o responsável patrimonial de que aqui se cogita (e que não seja devedor) não está presente na relação jurídica processual. Se e quando for trazido para o processo, ele perderá a qualidade de terceiro e tecnicamente passará a ser qualificado como *parte* (sujeito em contraditório perante o juiz). Além disso, esse terceiro é titular de relação jurídica que não é exatamente o objeto do processo em que originado seu ingresso. Ele (terceiro) é titular de relação conexa àquela posta em juízo, relação essa passível de ser atingida pela eficácia da sentença ou decisão proferida entre outras pessoas. Neste caso, a relação jurídica de que é titular o terceiro implica (potencial) sujeição de seu patrimônio aos meios executivos, por força de débito ostentando por outra pessoa (devedor).

Por outro lado, não há dúvida de que o pleito de descon sideração – tal como disciplinado pelo CPC – é deduzido e resolvido de forma *incidental*. A descon sideração não é o objeto do processo em que a medida é pretendida. O objeto do processo em que se pretende a descon sideração consiste em pedido que redunde na edição de provimento condenatório ou, caso não se queira usar essa terminologia (inclusive porque a descon sideração pode ser requerida em processo de execução), na edição de provimento que imponha a determinada pessoa um *dever de prestar* (plano do débito) – terminologia empregada na doutrina alemã e que melhor descreve o fenômeno (sem a necessidade de se recorrer ao termo *condenação*).

Contudo, o caráter incidental reconhecido pela lei não limita o tema da descon sideração à simples *questão* (ponto de fato e, no caso, de direito controvertido) acerca da extensão da responsabilidade patrimonial, ainda que, realmente, esse tema esteja atrelado ao julgamento do objeto do processo em que a descon sideração é requerida.

Com efeito, a pretensão de descon sideração dirigida ao terceiro envolve exercício do *direito de ação*. Não se trata da ação executiva na tradicional dimensão em que, com base em título, imputa-se ao demandado a qualidade de *devedor* e, portanto, de *responsável patrimonial*. Contudo, ainda que a responsabilidade patrimonial esteja excepcionalmente dissociada do débito, o que pretende o demandante é que os meios executivos recaiam sobre o patri-

mônio de determinada pessoa. Justamente por isso é que se dá a essa última oportunidade de defesa.

Trata-se, portanto, de demanda (incidental) resultante do exercício do direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo (cujo objeto, como se viu, é outro). Não se trata de demanda que imponha dever de prestar ou, por outras palavras, não se cuida de demanda condenatória. Ao acolher o pedido, o que o juiz faz é reconhecer a responsabilidade patrimonial e, dessa forma, liberar os meios executivos sobre o patrimônio de pessoa que não figura como devedor.

De outra parte, está a posição da pessoa cujo patrimônio se quer submeter à execução. Sobre isso, até o advento do CPC/2015, prevaleceu na jurisprudência civil o entendimento segundo o qual não se exigia prévia oitiva do terceiro nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. A opção era a de atribuir ao terceiro o ônus de se defender após a determinação de constrição de seu patrimônio, o que se dava mediante a propositura de *embargos de terceiro*.

É importante ter isso mente para entender a natureza jurídica da posição do terceiro: não houve mudança de essência, mas *inversão do encargo* – na nova ordem, à constrição (salvo casos excepcionais de medidas cautelares) só se chega mediante prévia e incidental oitiva da pessoa a cujo patrimônio se quer chegar, pela via da desconsideração.

Mas, ainda que genericamente se possa falar em “defesa” do terceiro, o que ele efetivamente exercita é – também ele – o *direito de ação*. O que ele está a buscar – analogamente ao que buscava em embargos de terceiro – é a certeza jurídica de que seu patrimônio não está sujeito à regra de responsabilidade patrimonial (à qual, nesta situação específica, chega-se mediante desconsideração).

Não deve causar estranheza o fato de que tanto o pedido de desconsideração quanto a “defesa” apresentada pelo suposto responsável patrimonial tenham natureza de *ação*: ninguém duvida da natureza de ação que têm os embargos de terceiro – medida situada particularmente no campo da responsabilidade patrimonial e não exatamente no plano do débito (embora, em termos pragmáticos, isso tudo seja um tanto confundido). Aliás, no caso de fraude de execução, o terceiro deve ser intimado justamente para ter a oportunidade de “opor embargos de terceiro” (art. 792, § 4º). Portanto, quando o terceiro se “defende”, em essência o que ele exerce é o direito de ação. Trata-se de ação declaratória negativa, cujo objeto é obter provimento que certifique a inexistência de relação jurídica pela qual seu patrimônio estaria sujeito à execução.

Em termos pragmáticos, não é preciso dizer que o juiz julga “procedente” o pedido do terceiro (que perdeu tal qualidade, como foi dito), mas, a bem da verdade, tal é o que ocorre – como ocorreria no caso de embargos de terceiro (o que, aliás, ocorre na hipótese de fraude de execução, conforme art. 792, § 4º). Rótulos à parte, aqui há uma consequência relevante: acolhida a “defesa” daquele a cujo patrimônio se pretendia chegar, a decisão – ainda que seja interlocutória, justamente porque não há um novo processo – é apta à formação de coisa julgada material e, como tal, apta a desafiar eventual ação rescisória. Trata-se de inegável julgamento do mérito, a projetar relevantes efeitos para fora do processo e que, nos casos excepcionais da rescisória, pode vir a ser desconstituído.

De todo o exposto, é possível extrair que a ideia central do novo instituto é a de que *só se chega à desconsideração após prévio contraditório do terceiro cujo patrimônio se pretende invadir*. Visto o tema sob ângulo sistemático, o instituto não deixa de ser desdobramento lógico das normas dos arts. 9º e 10, já referidas aqui: se o que se deseja é alcançar o patrimônio de alguém que não foi parte – ainda que sob o relevante fundamento de conduta fraudulenta –, é coerente com o devido processo legal que, ao menos por regra, seja dada oportunidade de prévia manifestação a tal pessoa.

5 – APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO

Se é correto dizer que o processo do trabalho, não obstante as particularidades do direito material, é – a exemplo de todos os demais processos jurisdicionais – instrumento de exercício do poder estatal; se, justamente por essa razão, aplicam-se nessa seara as normas processuais “fundamentais”; se, ainda, os escopos da jurisdição – sem embargo das normas materiais diferenciadas – são os mesmos seja qual for a natureza da relação material controvertida, de tal sorte que o que se busca é um equilíbrio entre os diferentes objetivos almejados; se, além disso tudo, aceita-se que o incidente de desconsideração é, na realidade, uma forma evoluída (porque afeiçoada aos postulados do devido processo legal e do contraditório) de se chegar ao patrimônio de quem, embora responsável patrimonial, não seja propriamente o devedor (tal como consta do objeto do processo); então, diante disso tudo, é possível concluir que *o instituto pode e deve ser aplicado na Justiça do Trabalho*.

A conclusão talvez possa ser objetada na especialidade das normas que regulam as relações de trabalho. Mas é preciso que esse eventual argumento seja posto de forma clara e coerente com o sistema jurídico (do qual a disciplina

trabalhista é mais um componente): no que consiste a especialidade que possa justificar a não incidência das regras processuais gerais?

Como afirmado, a distinção entre *débito* e *responsabilidade* – com os desdobramentos sumariamente examinados – é seguramente válida nas relações trabalhistas, porque também obrigacionais. Então, ou bem o demandante entende que determinada pessoa está obrigada (plano do *débito*) a determinada prestação e, então, insere o suposto devedor no polo passivo da relação processual na fase cognitiva, ou ao terceiro só se poderá chegar na fase de cumprimento (ou de execução) por dissociação justificada entre *débito* e *responsabilidade*. Não se reconhece *débito* originariamente em execução porque isso, mais do que afrontar a regra de que não há execução sem título, afronta a garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) – aliás, essa é uma questão constitucional que, oportunamente, merece ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Dir-se-á eventualmente que, pelas peculiaridades do direito material, o terceiro seria sempre garantidor da obrigação trabalhista. Toma-se aqui tal dado apenas como premissa de raciocínio e argumentação, porque o senso comum reclama que essa extensão eventual de responsabilidade patrimonial seja de alguma forma justificada, jurídica e eticamente. A execução não busca – nem mesmo a trabalhista – que “alguém” satisfaça a obrigação só pelo fato de que ela remanesce insatisfeita. É preciso justificar logicamente a invasão patrimonial de quem não é devedor, nos termos do título executivo e do devido processo legal.

Então, nesse contexto, é caso de se indagar: em dado caso, trata-se de *desconsideração da personalidade*, porque a situação aponta para a configuração desse instituto? Logo, não obstante suas possíveis diferentes configurações no ordenamento, o instituto da desconsideração é sempre o mesmo, seja qual for a sede em que reconhecida sua ocorrência. Portanto, se a premissa é a de desconsideração da personalidade jurídica, não há como recusar aplicação aos arts. 133 e seguintes do novo CPC – seja no processo civil, trabalhista, eleitoral ou em qualquer outro. A desconsideração, repita-se, é projeção do princípio do contraditório, integrante do conceito de devido processo legal.

Outra indagação: em dado caso, não será hipótese de desconsideração, mas de *fraude de execução* que se cogita? Então, da mesma forma, é preciso ouvir previamente o terceiro. É que, conforme já foi acentuado aqui, de forma coerente com a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, a lei exige que, antes de reconhecer eventual fraude de execução, o juiz proceda à intimação do adquirente do bem para, querendo, opor embargos de terceiro (art. 792, § 4º). Se não é exatamente do incidente que se está a falar, a técnica é essencialmente a mesma, tendo em vista a natureza jurídica do instituto, tal

como acima examinada, e, até mais do que isso, tendo em vista que, repita-se à saciedade, a prévia oitiva é projeção do contraditório.

Mais uma indagação: em dado caso, não se trata de desconsideração, nem de fraude de execução, mas de eventual *sucessão*? Ora, se nos casos em que se considera que o terceiro terá possivelmente agido de forma fraudulenta, o sistema aponta para a prévia oitiva, o que dizer de hipóteses em que sequer é possível ter-se a fraude como premissa do raciocínio? E, naturalmente, aqui nem se cogita de discussão acerca da possível responsabilidade patrimonial do sucessor⁵. Portanto, os postulados do contraditório e do devido processo legal, não apenas expressos na Constituição Federal, mas na lei, impõem a prévia oitiva.

Fora daí, não há escapatória que não a de imputar *débito* (diferente de responsabilidade) a quem não figurou na relação cognitiva e, dessa forma, chegar-se à respectiva *responsabilidade* patrimonial. Mas, como foi dito, isso seria – como de fato é – manifestamente incompatível com a Constituição e com a lei. Uma coisa é estender responsabilidade patrimonial na execução, outra é imputar débito originariamente a terceiro nesse momento.

Naturalmente, não se está a negar que, firmada a regra, ela seja absoluta.

Em casos excepcionais e devidamente justificados, será possível postergar o contraditório do terceiro, mediante a edição de *tutela provisória cautelar*. Isso porque evidentemente a oitiva prévia que se dá ao terceiro não pode servir de oportunidade para que ele frustre a medida executiva, se e quando deferida. Portanto, excepcionalmente, mediante os requisitos próprios da tutela de urgência (art. 300), poderá ser determinada a apreensão de patrimônio penhorável do terceiro supostamente responsável, antes que decidida a pretensão de desconsideração. Será típico caso de arresto (art. 301).

A medida cautelar não pode ser decretada de ofício. Assim ocorre porque, conforme já foi examinado, o pedido de desconsideração encerra exercício do *direito de ação*. Não se trata da ação executiva na tradicional dimensão em que, com base em título, imputa-se ao demandado a qualidade de *devedor* e, portanto, de *responsável patrimonial*. Contudo, ainda que a responsabilidade patrimonial

5 No caso de sucessão incontroversa – como no caso de fusão ou incorporação de empresas –, não há a menor dúvida de que a oitiva é necessária: com a sucessão, deixa de existir a pessoa, cuja patrimônio se agrega ao de outra. O problema potencial está nas sucessões “presumidas”, isto é, naquelas em que uma empresa adquire ativos de outra, aquisição essa que, na realidade, possa ser interpretada como sucessão. Nesses casos, com maior rigor, do que se está falando é de suposto mecanismo fraudulento, para talvez encobrir a sucessão. Então, de volta ao texto, tratando-se de suposta fraude, é preciso ouvir o terceiro.

DOUTRINA ATUAL

esteja excepcionalmente dissociada do débito, o que pretende o demandante é que os meios executivos recaiam sobre o patrimônio de determinada pessoa. Trata-se, portanto, de demanda (incidental) resultante do exercício do direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo. Portanto, prevalece o princípio da demanda.

Nem se argumente com a circunstância de que, na execução trabalhista, o juiz pode instaurá-la de ofício. É que, neste caso, não se trata de dar cumprimento em relação a quem foi parte na fase cognitiva. Portanto, para se chegar ao patrimônio de terceiro, é preciso que o interessado se desincumba do ônus de alegação.