

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

RAFAELA MOREIRA DE ASSIS

**O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO**

**Juiz de Fora
2017**

RAFAELA MOREIRA DE ASSIS

**O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel.

Orientador Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles

Juiz de Fora
2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

RAFAELA MOREIRA DE ASSIS

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles – Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Fernando Guilhon de Castro
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Guilherme Rocha Lourenço
Faculdade Metodista Granbery

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2017.

Dedico este trabalho ao meu pai, à minha mãe e à minha irmã, que contribuíram para que este sonho se tornasse realidade.

Agradeço a Deus, pelo conforto nos dias
maus, aos meus professores pelo
conhecimento transmitido e aos amigos e
familiares pelo incentivo nesta jornada.

“Não aceitar nada como verdadeiro sem saber evidentemente que o é.”

Descartes

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o incidente da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação ao processo do trabalho. Para tanto, foi feita uma pesquisa doutrinária acerca dos princípios inerentes ao processo do trabalho e a sua conflituosidade aparente com os princípios processuais constitucionais. Assim, a análise se concentra nos princípios que o incidente visa a efetivar e na sua necessária aplicação ao processo do trabalho, para a efetividade daqueles na seara trabalhista.

Palavras-chave: Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica, Código de Processo Civil, Processo do Trabalho, Instrumentalidade do Processo, Compatibilidade, Princípios processuais constitucionais.

ABSTRACT

The present paper elaborates on the analysis of the disregard of legal personality doctrine and its application in the Labor Process. In order to do so, a doctrinal research was made on the principles inherent to the labor process and its apparent conflict towards constitutional procedural principles. Therefore, the analysis focuses on the principles that the disregard doctrine aims to establish and its necessary application in the labor process for the effectiveness of the former in the labor sector.

Keywords: Incident of Disregard of Legal Personality, Code of Civil Procedure, Labor Process, Instrumentality of the Process, Compatibility, Constitutional procedural principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

IDPJ	Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica
CPC	Código de Processo Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	13
3 A APLICAÇÃO DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO DO TRABALHO	15
4 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	13
5 O IDPJ E SUA COMPATIBILIDADE OU INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO TRABALHISTA	17
5.1 LEGITIMIDADE ATIVA VERSUS PRINCÍPIO DO IMPULSO OFICIAL.....	17
5.2 SUSPENSÃO DO PROCESSO VERSUS PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS.....	19
5.3 ATRIBUIR AO CREDOR O ÔNUS DE PROVA DOS REQUISITOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA VERSUS PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.....	21
5.4 EXIGÊNCIA DE CONTRADITÓRIO PRÉVIO VERSUS CONTRADITÓRIO DIFERIDO.....	23
6 A IMPORTÂNCIA DO IDPJ PARA O ACATAMENTO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	24
CONCLUSÃO	26
REFERÊNCIAS	28

1 – Introdução

Muito se tem discutido, recentemente, acerca do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Tal instituto é uma novidade processual inserida pelo novel Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) nos artigos 133 a 137, e tem como intuito desenhar um procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, pois, até então, tinha-se uma lacuna legislativa. Estudiosos da processualística trabalhista debruçam-se sobre tal tema, com vistas a concluir pela sua aplicação ou não na Justiça do Trabalho. Para isso, devem ser analisados os pressupostos do art. 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), que são a omissão e a compatibilidade.

Em meio a diversos entendimentos nascidos de tal investigação, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, preocupado com os profundos impactos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) no processo do trabalho, mais que aconselhar, impôs seu posicionamento através da Instrução Normativa nº 39, de 15 de março de 2016. Com isso, restou evidente que o IDPJ, para o Tribunal Superior do Trabalho, aplica-se, com necessárias adaptações, ao processo do trabalho.

Como é sabido, o CPC/2015 buscou dar maior efetividade aos princípios processuais constitucionais. Já em seu art. 1º, dispôs: “O processo civil será **ordenado, disciplinado e interpretado** conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” Daí, pode-se depreender a ideia de neopositivismo, ou constitucionalismo processual.

Com isso, pode-se perceber que o IDPJ é um mecanismo criado pelo CPC/2015 dar efetividade a princípios constitucionais, v.g., o princípio do contraditório e o do devido processo legal.

Posto isto, o intuito do presente trabalho é fazer uma comedida análise acerca da aplicação do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) ao processo do trabalho, em especial do IDPJ, e o exame do IDPJ como instituto necessário à concretização dos princípios constitucionais do processo.

Vale ressaltar que a análise está restrita ao Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito da desconsideração tradicional, em relação aos sócios, não considerando a desconsideração inversa, que melhor poderá ser tratada em estudo independente.

O presente estudo visa a contribuir, portanto, para com a elucidação de questões acerca da aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica ao processo do trabalho e sua importância para a efetivação de um processo trabalhista segundo os princípios processuais constitucionais.

2 – A instrumentalidade do processo

Tome-se como ponto de partida para este estudo a importante lição de Ada Pellegrini Grinover (2012), para quem “o processo, o procedimento e seus princípios tomam feições distintas, conforme o direito material que visa a proteger”. Tal lição traz como escopo a função instrumental do processo, segundo a qual ele é o meio pelo qual o Direito Material será concretizado em sua inteireza.

Em conformidade com Ada Pellegrini Grinover,

a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico (GRINOVER, 2012, p. 50).

Partindo desta premissa, pode-se observar que cada ramo do processo guarda uma relação ontológica com o Direito Material que busca consubstanciar.

Como bem observa Ben-Hur Silveira Claus,

[...] o sistema jurídico brasileiro compreende os subsistemas jurídicos derivados dos distintos ramos do direito material: o subsistema jurídico trabalhista, o subsistema jurídico tributário, o subsistema jurídico consumidor, o subsistema jurídico civil, o subsistema jurídico penal [...] (CLAUS, LTr. 80-01/73).

Cada qual com particularidades processuais inerentes aos bens jurídicos a serem por eles tutelados. Com razão, Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 47-48) diz: “é absolutamente necessário as peculiaridades inerentes cada ramo do direito processual, o que permite um estudo separado para cada espécie de processo”.

O Direito Processual do Trabalho tem princípios que lhe são próprios, como ensina Carlos Humberto Bezerra (2014, p. 81): “Cerramos fileiras com a corrente doutrinária que sustenta a existência de princípios próprios do direito processual do trabalho que o diferencia do direito processual comum”. Resta evidente que ele tem características elementares exigidas pela sua finalidade de “atuar na prática tornando efetivo e real o Direito Substantivo do Trabalho” (Giglio, 1984, p. 374, apud Schiavi, 2014, p. 112)

Com razão, Mauro Schiavi:

O Direito do Trabalho visa à proteção do trabalhador e à melhoria de sua condição social (art, 7º, caput, da CF), o Direito Processual de Trabalho tem sua razão de existência em propiciar o acesso dos trabalhadores à Justiça, visando a garantir os valores sociais do trabalho, a composição justa do conflito trabalhista, bem como resguardar a dignidade da pessoa humana do trabalhador (SHIAMI, 2014, p. 114).

Tais princípios norteiam a aplicação processual do Direito Material e são filtros de observância de normas do procedimento comum no âmbito trabalhista. São eles que mensuram a aplicação de certa norma do Direito Processual Comum às relações trabalhistas, pois, para que uma norma do procedimento comum seja aplicada às lides trabalhistas, é necessário que ela esteja em conformidade com os princípios do Direito Processual do Trabalho, sob pena de configurar uma distorção irreparável do objetivo processual trabalhista.

Vale ressaltar, o que ainda será aprofundado, que se está falando, aqui, do requisito compatibilidade (art. 769, CLT) para aplicação do Direito Processual Comum ao Direito Processual Trabalhista.

Diante dessas breves considerações, resta a seguinte indagação: o processo comum é compatível com o Direito Processual Trabalhista?

3 – Aplicação do processo comum ao processo do trabalho

É bem certo que o Direito Processual Comum é fonte do Direito Processual do Trabalho, como leciona Carlos Henrique Bezerra Leite:

No patamar infraconstitucional, podemos destacar as seguintes fontes formais diretas básicas do Direito Processual do Trabalho: [...] Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente (CLT, art. 769) em caso de lacuna da legislação processual trabalhista, desde que haja compatibilidade daquele com os valores, princípios e regras do Direito Processual do Trabalho [...] (LEITE, 2014, p. 51).

No mesmo sentido, Mauro Schiavi:

São fontes do Direito Processual do Trabalho: [...] a.3) Código de Processo Civil e Leis Processuais Cíveis: O Código de Processo Civil e as Leis Processuais Cíveis são chamadas de fontes subsidiárias do Direito Processual do Trabalho para preenchimento de lacunas, também chamadas de “lacunas normativas”.

No nosso sentir, não só o Código de Processo Civil é fonte subsidiária para preenchimento de lacunas da CLT na esfera processual, mas toda a legislação processual compatível com os princípios do Processo do Trabalho, como a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), [...]” (SHIAVI, 2014, p. 136-137).

Fica evidente a necessidade de utilização da legislação processual comum quando há lacunas na legislação trabalhista, mas essa aplicação passa, necessariamente, pelo filtro da omissão e da compatibilidade, uma vez que os art. 769 e 889 da CLT são normas de contenção, como pontifica Ben-Hur Silveira Claus (Revista LTr. 80-01/70): “normas de contenção ao ingresso indevido de normas de processo comum incompatíveis com os princípios do direito processual do trabalho”.

Vale ressaltar que o art. 15 do CPC/2015 não fez menção ao requisito da compatibilidade para aferição da aplicação subsidiária, ou não, do processo comum ao processo do trabalho. Contudo, em lição oportuna, Nelson Nery Junior pondera que, “de qualquer modo, a aplicação subsidiária do CPC deve guardar compatibilidade com o processo em que se pretenda aplicá-lo” (Ben-Hur Silveira Claus apud Nelson Nery LTr. 80-01/70). E, na mesma linha, o entendimento de Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida: “[...] o CPC somente será fonte supletiva ou subsidiária do direito processual do trabalho naquilo que for compatível com suas normas, por força do art. 769 da CLT” (Ben-Hur Silveira Claus apud Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida LTr. 80-01/70).

Com isso, o que se busca analisar é a aplicação ou não do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica ao processo do trabalho. Tal instituto é uma inovação na processualística civil trazida pelo CPC/2015. Sendo claro que o compromisso histórico do processo do trabalho é diferente do processo comum, tem-se entendido, atualmente, pela compatibilidade desse instituto com o rito trabalhista, como adiante se verá.

4 – O incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Um dos objetivos apresentados na Exposição de Motivos do CPC/2015 é o de “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal” (Exposição de Motivos do CPC/2015, p. 26). Para isso, foram integrados ao Código de Processo Civil inúmeros princípios constitucionais de forma expressa e, para que sejam efetivados, foram elaboradas regras procedimentais para sua concretude.

Neste sentido, *in verbis*, a Exposição de Motivos do CPC/2015:

A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a personalidade jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas” (Exposição de Motivos, 2015, p. 20).

Em conformidade com tal circunstância, como bem observa Élisson Miessa (2016, LTr. 80-09/1088), “não havia nenhum procedimento legal para sua efetivação (do IDPJ), de modo que simplesmente se fazia o redirecionamento da execução em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa)”.

Segundo elucidações da Exposição de Motivos,

Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso dilezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais (Exposição de Motivos, 2016, p. 26).

Acredita-se que a Justiça do Trabalho tenha sido a motivação para a criação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, nas palavras de João Oreste Dalazen (LTr. 81-02/135): “Como é sabido, a Justiça do Trabalho foi a causa do surgimento desse incidente”. Com efeito, antes de surgir esse incidente e a discussão acerca de sua aplicação na Justiça do Trabalho, havia enorme dissenso quanto aos procedimentos empregados para a efetiva desconsideração da personalidade jurídica, mas, conforme João Oreste Dalazen (LTr. 81-02/135), “de modo geral, a declaração de desconsideração em execução era decidida liminarmente e de forma automática pelo juiz do trabalho, com base nos elementos de prova trazidos exclusivamente pelo exequente, desde que frustrada a execução contra a pessoa jurídica”.

Desta forma, muito se criticava o fato de não haver uma observância absoluta ao direito do sócio de se defender, antes que seus bens fossem objeto de constrição judicial, e com isso a violação do princípio do devido processo legal. Neste sentido, também, João Oreste Dalazen: “Vale dizer: a tônica era a acentuada dose de arbitrariedade contra os sócios no momento da desconsideração da personalidade jurídica”.

No entanto, parte da doutrina entende que o redirecionamento da execução trabalhista para o patrimônio do sócio pessoa física “é uma consequência natural do princípio da despersonalização das obrigações trabalhistas, princípio segundo o qual os beneficiários do trabalho prestado pelo empregado respondem – lição de Cleber Lúcio de Almeida – pelos créditos trabalhistas respectivos”, consoante Ben-Hur Silveira Claus (LTr. 80, nº 1, janeiro de 2016), e assim não haveria necessidade de se observar um contraditório prévio.

Contudo, entende-se que os princípios são um valor em forma de norma, e, portanto, exigem em sua aplicação um prévio juízo de valor, visto que incidem ora com maior, ora com menor extensão. Sendo assim, princípios conflitantes não se excluem, devem ser ponderados, como no caso em questão do princípio constitucional do devido processo legal e do princípio da despersonalização das obrigações trabalhistas.

5 – O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua compatibilidade ou incompatibilidade com o processo do trabalho

O requisito da compatibilidade para aplicação de um instituto do processo comum ao processo do trabalho é aferido “tanto sob o crivo dos *valores* do direito processual do trabalho quanto sob o crivo da *finalidade* do subsistema procedimental trabalhista, de modo a que o subsistema esteja capacitado à realização do direito social para qual foi concebido”, (CLAUS, 2016, vol. 80, nº 01).

Assim, é importante examinar se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica vai de encontro a algum princípio peculiar do processo do trabalho. E é forçoso reconhecer que o incidente, da forma como foi engendrado no processo civil, traz certas incompatibilidades com a processualística trabalhista.

5.1 – Legitimidade Ativa *versus* Princípio do Impulso Oficial

Já no primeiro artigo que diz respeito ao incidente (art. 133, caput, CPC/2015)¹, a norma posta traz como requisito a iniciativa da parte ou do Ministério Público para a

¹ CPC, art. 133, *caput*: “ O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. *(Sem grifos no original)*”

instauração do incidente, não sendo possível a instauração de ofício. Observa-se que tal requisito conflita diretamente com o princípio do impulso oficial, previsto expressamente no art. 878, *caput*, da CLT, segundo o qual o juiz, de ofício, pode instaurar a execução.

Nesse sentido, pontua Ben-Hur Silveira Claus:

A possibilidade da execução de ofício singulariza a processualística trabalhista brasileira desde seu surgimento, sob a inspiração dos princípios da indisponibilidade dos direitos do trabalho e da efetividade da jurisdição. Trata-se de característica peculiar do processo do trabalho, identificada na teoria jurídica como fator de caracterização da especialidade do subsistema procedimental laboral, verdadeiro fator de afirmação da autonomia da ciência processual trabalhista no sistema jurídico nacional. Essa faculdade sempre foi compreendida como um poder-dever do magistrado mesmo antes de a Constituição Federal consagrar a razoável duração do processo entre as garantias fundamentais do cidadão (CF, art. 5º, LXXXVIII)², na medida em que sempre incumbiu ao juiz do trabalho o dever funcional de velar pela rápida solução da causa, de acordo com a norma do art. 765 da CLT³ (CLAUS, 2016, vol. 80, nº 01).

Nota-se que o princípio do impulso oficial está estritamente atrelado à dinâmica trabalhista, podendo influenciar a celeridade procedimental e até mesmo a efetividade da jurisdição.

Com o intuito de dirimir tal conflito, a Instrução Normativa 39/2016, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, traz orientações para aplicação do incidente e dispõe no seguinte sentido: “a execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente do Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”⁴.

O incidente pode ser instaurado tanto no processo de conhecimento, que se orienta pelo princípio da demanda (a instauração depende de provocação das partes), quanto na execução, que, como restou esclarecido, pode ser instaurada de ofício, devido ao princípio inquisitivo desta fase.

Corroborando esse entendimento, Élisson Miessa:

² CF, art. 5º, LXXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³ CLT, art. 765: “Os juízes e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

⁴ IN nº 39/2016, art. 6º, *caput*: “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)”.

[...] se o juiz pode mais que é iniciar a execução, poderá o menos que é a instauração do incidente de desconconsideração 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 desconconsideração da personalidade jurídica ser instaurado, de ofício, pelo Juiz do Trabalho (MIESSA, 20 LTr. V. 80, n° 09)

5.2- Suspensão do Processo *versus* Princípio da Concentração dos Atos Processuais

Nos termos do art. 134, § 3º, CPC⁵, a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica suspende o processo, salvo nos casos em que for requerida na própria petição inicial. O reflexo deste dispositivo na processualística trabalhista seria a possibilidade de o IDPJ promover a imediata suspensão do processo quando a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na fase de execução. Com isso, a suspensão iria em sentido diametralmente oposto ao princípio da concentração dos atos processuais que vigora na Justiça do Trabalho.

Como disposto no art. 799, *caput*, da CLT, “nas causas de jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do processo, as exceções de suspeição⁶ ou incompetência⁷”, o que é complementado pelo § 1º: “as demais exceções serão alegadas como matéria de defesa”. No procedimento sumaríssimo ocorre da mesma forma, a teor do art. 852: “Serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo. As demais questões serão decididas na sentença”.

Desta forma, pondera Ben-Hur Silveira Claus que,

No subsistema procedimental trabalhista, a regra é a não suspensão do processo, privilegiando-se a celeridade processual, com vistas à efetividade processual. A originária vocação do processo do trabalho para constituir-se como processo de resultado conduziu o legislador a estabelecer um procedimento-concentrado no qual a suspensão do processo do trabalho foi concebida como hipótese excepcional. Em regra, as exceções não suspendem o andamento do processo trabalhista, diretriz legislativa destinada a promover a realização do direito material objeto da causa de forma célere.

⁵ CPC, 134, § 3º: “A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do §2º”.

⁶ E impedimento. Doutrinariamente entendesse que o legislador trabalhista foi omissivo, desta forma, usando a aplicação subsidiária do CPC, completasse a lacuna mediante recurso à previsão do CPC.

⁷ Se trata da incompetência em razão do lugar, uma vez que, a incompetência em razão da matéria é decidida em sentença.

Contudo, 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”. Portanto, entendeu o Tribunal Superior do Trabalho 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, já que nesses casos dispensa-se a instauração do incidente⁸.

Assim, o art. 799 impede a suspensão do processo quando a instauração do IDPJ for requerida na fase de conhecimento, pois esse artigo é direcionado a esta fase.

Já na fase de execução, como salienta Élisson Miessa⁹,

(...), 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.

Nesta mesma linha de raciocínio, pode acontecer de o trabalhador instaurar o incidente e buscar ao mesmo tempo do tomador de serviços (responsável subsidiário) a satisfação do crédito trabalhista. Neste caso, no entendimento de Élisson Miessa (2016, LTr. vol. 80, nº 09), “a suspensão da execução só deve ocorrer em atos relacionados ao sócio ou à sociedade (na desconsideração inversa)”. Tal entendimento está consoante ao Enunciado nº 7 da Jornada de Execução na Justiça do Trabalho, *in verbis*:

Enunciado 7. *Execução. Devedor subsidiário. Ausência de bens penhoráveis do devedor principal. Instauração de ofício.* A falta de indicação de bens penhoráveis do devedor principal e o esgotamento, sem êxito, das providências de ofício nesse sentido, autorizam a imediata instauração da execução contra o devedor subsidiariamente responsável, sem prejuízo da simultânea desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal, prevalecendo entre as duas alternativas a que conferir maior efetividade à execução.

Finalmente, tendo em vista a instauração do incidente de ofício pelo magistrado, a suspensão ocorrerá de forma instantânea, visto que já foram constatados todos os

⁸ CPC, art. 134, § 2º, Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

⁹ MIESSA, Élisson, Revista LTr. 80-09/1088, Vol. 80, nº 09, Setembro de 2016, “Incidente de desconsideração da personalidade jurídica – forma de aplicação no direito processual do trabalho”

pressupostos materiais para a sua instauração. Caso o incidente seja requerido pela parte ou pelo Ministério Público, nos termos do art. 134, § 4º, do CPC, só após a constatação da presença dos requisitos, mediante uma cognição sumária por parte do magistrado, e, ainda, a decisão de instauração do incidente, é que se terá a suspensão do processo. Neste sentido, Élisson Miessa:

Por outro lado, sendo o caso de requerimento da parte ou do Ministério Público, a instauração do incidente é considerada como efetivada na prolação de decisão que o admite, e não no momento do requerimento. 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 desconconsideração 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. Em caso positivo, instaura-se o procedimento provocando a suspensão.

5.3 – Atribuir ao credor o ônus da prova dos requisitos da desconconsideração da personalidade jurídica versus Princípio da Proteção

Conforme se infere do art. 134, § 4º¹⁰, o requerimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica deve vir acompanhado dos pressupostos legais necessários à declaração da desconconsideração. Com isso, fica evidente que é atribuído ao credor o encargo de produção das provas.

Nas pegadas de Ben-Hur Silveira Claus,

O preceito do novo CPC exige que a prova dos pressupostos legais necessários à declaração de desconconsideração da personalidade jurídica deva estar *pré-constituída* quando do requerimento de desconconsideração, o que autoriza a conclusão de que tal encargo probatório é atribuído ao credor. O dispositivo estabelece que “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconconsideração da personalidade jurídica” (NCPC, art. 143, § 4º), dispositivo que o processualista civil *Cássio Scarpinella Bueno* interpreta no sentido de que o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica deve ser apresentado pelo credor [...] com a demonstração dos pressupostos materiais necessários à desconconsideração”.

¹⁰ CPC, art. 134, § 4º: “O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica”.

Destarte, é incompatível tal exigência com o princípio da proteção processual com o qual, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 81), “busca-se compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica (entre empregado e empregador) com a desigualdade jurídica em sentido oposto”. Por mais que no âmbito das relações civis possa-se atribuir sem maiores reflexões o ônus da prova ao credor, no processo do trabalho isso não ocorre de maneira tão simples, uma vez que o credor apresenta, na maior parte das vezes, uma condição de inferioridade econômica em relação ao devedor.

Assim pontua Ben-Hur Silveira Claus:

Atribuir ao credor trabalhista o encargo probatório de demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos à desconsideração da personalidade jurídica implicaria dificultar a utilização da técnica da desconsideração da personalidade jurídica dada conhecida dificuldade que tem o credor trabalhista para desincumbir-se desse ônus probatório, o que significaria criar entrave procedimental nunca cogitado no subsistema processual trabalhista brasileiro; entrave procedimental que constituiria retrocesso histórico da ciência processual trabalhista.

Para enfrentar o problema, Élisson Miessa sustenta que “esse dispositivo (art. 134, § 4º, CPC) não deve ser interpretado literalmente, mas sim de forma sistemática com o art. 136 do CPC que permite a instrução processual do incidente”.

E acrescenta

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

Há de se reconhecer que sendo o ônus probatório colocado a encargo do trabalhador-exequente, cria-se um empecilho à aplicação do incidente na processualística trabalhista. Assim sendo, tal encargo deveria ficar sempre sob responsabilidade do sócio ou da sociedade. Vale ressaltar que, em análise de cada situação fática, pode-se recorrer à teoria dinâmica do ônus da prova¹¹, em que o juiz, identificando a necessidade, pode atribuir o ônus da prova de modo diverso.

¹¹ CPC, art. 373, § 1º: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de

5.4 – Exigência de contraditório prévio versus contraditório diferido

Está consagrada expressamente no art. 135, CPC/2015¹², a exigência do contraditório *prévio*. Na desconsideração da personalidade jurídica trabalhista de praxe, exercida na fase de execução, o contraditório é diferido e ocorre, eventualmente, quando a parte opõe os embargos à execução ou os embargos de terceiros¹³ após a decisão de desconsideração e a realização da penhora.

Parte da doutrina entende que a aplicação deste dispositivo ao processo do trabalho seria incompatível, sob o argumento de que a execução restaria ineficaz. Nessa linha de concepção, Ben-Hur Silveira Claus sustenta que

Exigir contraditório prévio à desconsideração implicaria frustrar o resultado útil da execução, porquanto estimularia o sócio a desviar bens, sobretudo dinheiro depositado em contas correntes e aplicações e outros bens móveis. Com o contraditório prévio à desconsideração da personalidade jurídica, “[...] oportunizam-se, é claro, outras ‘providências’ de caráter defensivo, como, v.g, o esvaziamento das contas bancárias pessoais e familiares, antecipando penhoras eletrônicas...”, de acordo com a realista observação de *Guilherme Guimarães Feliciano*. Ora, em especial no processo do trabalho, ‘avisar’ previamente os sócios da provável desconsideração da personalidade jurídica da respectiva sociedade empresarial – prossegue o jurista — corresponderá, amiúde, ao comprometimento de todos os esforços executivos da parte ou do juiz.

Tal crítica fica prejudicada, pois, como disposto nos arts. 137 e 792, § 3º, do CPC, a alienação ou oneração de bens do sócio, após a citação para o incidente de desconsideração de personalidade, é considerada fraude à execução e, assim, considerada ineficaz em relação ao exequente (art. 792, § 1º), ficando o bem sujeito à execução (art. 790, V).

Todavia, ainda se argumenta no sentido de que o contraditório apenas seria postergado para o momento subsequente ao da constrição, mas continuaria a ser pleno e não violaria nenhuma garantia constitucional, na medida em que seria assegurado o direito a defesa, suspensão do processo em relação a terceiros, produção de provas etc. Contudo, como

obtenção da prova de fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

¹² CPC, 135: “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

¹³ CPC, art. 674I: “§ 2º. Considera-se terceiro, para ajuizamento de embargos: III. Quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte”.

bem adverte João Oreste Dalazen (2017, LTr 81, nº02), “a lei mudou radicalmente, o CPC/2015 não apenas reformulou a concepção de contraditório, como também, em regra, consagrou expressamente o contraditório prévio e vedou a decisão surpresa (art. 9º¹⁴ e 10º)¹⁵”.

Cumprе esclarecer que o CPC/2015 trouxe de forma bem construída a regra geral do contraditório substancial, que supera a concepção de contraditório formal (CPC/73) com apenas dois pilares: informação e possibilidade de reação. Neste momento, foi incluído um terceiro pilar, isto é, contempla-se o contraditório como um trinômio: informação, possibilidade de reação e poder de influenciar o julgador. Nas palavras de Élisson Miessa, “esse novo elemento decorre do próprio Estado Democrático de Direito, que confere a efetiva participação da sociedade na tomada de decisões, o que reflete, evidentemente, no Poder Judiciário”.

Como bem sublinha Humberto Teodoro 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.”¹⁶

Por fim, verifica-se a necessidade do contraditório prévio para que, conseqüentemente, haja a possibilidade de influenciar a decisão do magistrado. Num estado democrático de direito em que o processo é a principal forma de exteriorizar seus princípios, o princípio da efetividade não pode ser manuseado de forma a validar decisões surpresas.

6 – A importância do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para o acatamento das garantias constitucionais

O Brasil está entre os países de tradição romano germânica, tradição positivista, de sorte que predominavam aqui as normas estritamente legais, uma Constituição Federal rígida, em que os

¹⁴ CPC, art. 9º: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701”.

¹⁵CPC, art. 10º: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹⁶ THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito jan. jun. 2010, p. 69.

princípios apenas atuavam na legislação de forma supletiva, para suprir lacunas (SCHIAVI, 2014). No entanto, com o advento do Estado Social, começa-se a romper com a rigidez do positivismo jurídico e os princípios ganham força normativa. Neste sentido, Mauro Schiavi (2014, p. 88):

[...] há na doutrina, tanto nacional como estrangeira, uma redefinição dos princípios, bem como sua função no sistema jurídico. Modernamente, a doutrina tem atribuído caráter normativo aos princípios (força normativa dos princípios), vale dizer: os princípios são normas, atuando não só como fundamento das regras ou para suprimento da ausência legislativa, mas para ter eficácia no ordenamento jurídico como as regras positivadas.

[...] com a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, houve o que a doutrina denomina de constitucionalização do direito processual, ou seja, a Constituição passa a disciplinar os institutos fundamentais do direito processual, bem como seus princípios basilares. Desse modo, todos os ramos da ciência processual, inclusive o direito processual do trabalho, devem ser lidos e interpretados a partir da Constituição Federal e dos direitos fundamentais.

O incidente de descon sideração da personalidade jurídica, ora analisado, é fruto desse movimento jurídico.

Verifica-se que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) foi elaborado sob a ânsia de dar novos rumos ao processo, de ir ao encontro da Constituição Federal. O art. 1º, CPC, dispõe: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Ele demonstra a preocupação do legislador em deixar inequívoca a função do processo de concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição e a necessidade de suas normas serem interpretadas segundo a Carta Magna. Daí se depreende a ideia de constitucionalização do processo.

O mote central do IDPJ, com a lúcida observação de João Oreste Dalazen (2017, LTr. Vol. 81, nº 02), “está imbricado ao princípio do contraditório e ao conceito de justo processo”. Quanto ao princípio do contraditório, já analisado *in supra*, vale ressaltar que sua nova concepção, contraditório *prévio*, foi inspirada no direito processual europeu e parte da premissa de que, em um Estado Democrático de Direito, o processo deve ser mecanismo de democracia e cooperação entre as partes, inclusive do juiz.

Como destaca João Oreste Dalazen (2017, LTr. Vol. 81, nº 02), “todos os sujeitos processuais têm direito de colaborar na construção do provimento jurisdicional, expondo uma visão diferente, eventualmente suscetível de mudar o convencimento do juiz ou do tribunal”.

Posto isto, verifica-se a necessidade de aproveitar o IDPJ na processualística trabalhista, à medida em que, na descon sideração da personalidade jurídica o que se busca é a

responsabilidade patrimonial do sócio, que não é, segundo o título executivo, devedor. Assim, mais condizente com o princípio constitucional do contraditório e do devido processo legal é oportunizar a prévia manifestação do sócio. Afinal, após citado para o IDPJ, ele passa a integrar a relação processual e, desta forma, não pode ser prejudicado por uma decisão surpresa.

No que concerne ao conceito de justo processo, conforme sustenta João Oreste Dalazen (2017, LTr. Vol. 81, nº 02),

“O conteúdo do justo processo, a rigor, identifica-se, em essência, no complexo de garantias processuais fundamentais que compõe o devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988. Cuida-se de exigência basilar para a outorga da tutela jurisdicional em um Estado Democrático de Direito.

Em suma, a ideia de justo processo, por conseguinte, pressupõe o concurso de *dois requisitos*: a) procedimento mediante acatamento dos *princípios processuais fundamentais*, máxime o mais elevado respeito ao contraditório; b) *decisão de mérito justa*.

Deve-se ter em mente que, antes do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), não havia nenhuma norma que disciplinasse o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento. Assim, o CPC empenhou-se em corrigir essa omissão legislativa, com vistas à observância das garantias processuais fundamentais.

Neste sentido, João Oreste Dalazen (2017, LTr. Vol. 81, nº 02),

No fundo, o que pretendeu o CPC de 2015 foi atribuir a essa matéria um tratamento procedimental consentâneo com a garantia constitucional do devido processo legal e, em última análise, na perspectiva de assegurar sempre um justo processo aos jurisdicionados.

Por fim, vale ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica visa à responsabilização de terceiros que, até aquele momento, não fazem parte da relação jurídica ali consubstanciada. Trata-se de atingir o direito fundamental de propriedade assegurado pela Constituição Federal, art. 5º, inciso XXII. Portanto, é inadmissível que um processo que tenha esse objetivo principal não proporcione aos jurisdicionados, efetivamente, o devido processo legal.

7 – Conclusão

Como é sabido, o Direito Material já tratava da desconsideração da personalidade jurídica, sendo que a omissão legislativa se encontrava no plano do Direito Processual. Assim, com o intuito de suprir tal lacuna, e de modo a instaurar um procedimento de acordo com os princípios processuais constitucionais, foi criado o IDPJ.

Contudo, esse instituto passa pela análise de sua aplicação na processualística trabalhista. É necessário verificar, à luz dos arts. 769 e 889 da CLT, os requisitos da compatibilidade e omissão. A omissão resta configurada, uma vez que até então não se tinha procedimento específico para a desconsideração da personalidade jurídica.

A compatibilidade, por sua vez, deve se dar no âmbito dos princípios do processo do trabalho. Assim sendo, a compatibilidade só foi aferida após a conjugação das normas de adaptação trazidas pela IN n° 39 de 2016, em seu art. 6° e incisos.

Tendo em vista o movimento de constitucionalização do processo, ao qual o processo do trabalho não pode se furtar, é imperativo reconhecer que o IDPJ não pode ser ignorado na seara trabalhista, pois se trata de um importante instituto criado para a efetivação dos direitos e garantias constitucionais processuais.

REFERÊNCIAS

- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Fontes do direito processual do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12º ed. São Paulo: LTr, 2014, Cap. I, p. 49-53.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Princípios gerais do direito processual. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12º ed. São Paulo: LTr, 2014, Cap. I, p. 58- 66.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Princípios comuns ao direito processual civil e ao direito do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12º ed. São Paulo: LTr, 2014, Cap. I, p. 68- 79.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Princípios peculiares ao direito processual do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12º ed. São Paulo: LTr, 2014, Cap. I, p. 80-116.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Execução e cumprimento de sentença. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12º ed. São Paulo: LTr, 2014, Cap. XXIII, p. 1087- 1151.
- SCHIAVI, Mauro. Dos princípios constitucionais do processo. In: SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 7º ed. São Paulo: LTr, 2014, Cap.I, p. 86-102.
- SCHIAVI, Mauro. Dos princípios peculiares do processo do trabalho. In: SCHIAVI, Mauro. 7º ed. São Paulo: LTr, 2014, Cap.II, p. 121-134.
- SCHIAVI, Mauro. Das Fontes do Direito Processual do Trabalho. In: SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 7º ed. São Paulo: LTr, 2014, Cap.II, p.135-163.
- SCHIAVI, Mauro. Da Execução na Justiça do Trabalho. In: SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 7º ed. São Paulo: LTr, 2014, Cap.I, p. 964- 1079.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. In: CINTRA, Antônio Carlos Araújo; In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ºed. São Paulo: MELHEIROS EDITORES, 2012, Cap II, p. 46-51.
- MIESSA, Éllison. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica- Forma de Aplicação no Direito Processual do Trabalho. **Revista LTr- Legislação do Trabalho**, São Paulo, v.80, nº09, Setembro 2016.

DALAZEN, João Oreste. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho. **Revista LTr- Legislação do Trabalho**, São Paulo, v.81, nº02, Fevereiro de 2017.

CLAUS, Bem-Hur Silveira. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica Previsto no CPC/2015 e o Direito Processual do Trabalho. **Revista LTr- Legislação do Trabalho**, São Paulo, v.80, nº 01, Janeiro de 2016.

CASSIO, Mesquita Barros. Repercussões no Novo CPC na Justiça do Trabalho. **Revista LTr- Legislação do Trabalho**, São Paulo, v.80, nº06, Junho de 2016.