

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo, 09 de setembro de 2010.

Ao
Excelentíssimo Senhor Senador
Valter Pereira,
Relator-Geral da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil.

Prezado Senhor.

Atento a premente necessidade de modernização da legislação processual civil brasileira, apresento, respeitosamente, à Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, as seguintes propostas de emendas ao texto do Projeto de Lei do Senado 166/2010.



Paulo Henrique dos Santos Lucon
Professor Doutor da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Alameda Campinas, 977, 10º andar – CEP 01404-001 – São Paulo – SP
Tel. 11 38821111 - lucon@lucon.adv.br – www.lucon.adv.br



PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

PROPOSTA 1: Modifica os arts. 62-65 do Projeto.

SUGESTÃO DE REDAÇÃO:

Art. - Em caso de exercício disfuncional da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, que os efeitos de determinadas obrigações ou deveres de abstenção sejam estendidos aos sócios da pessoa jurídica que praticaram, direta ou indiretamente, os atos ilícitos.

§ - O juiz também pode decidir que os efeitos de determinadas obrigações ou deveres de abstenção referentes a sócio sejam estendidos à sociedade a que pertence, desde que presentes os requisitos enunciados no caput deste artigo e, nos casos em que se busca a satisfação de direito de crédito, tendo como limite as transferências patrimoniais realizadas pelo sócio em questão.

§ - Cabe ao requerente alegar e comprovar os requisitos que autorizam a medida prevista neste artigo, narrando especificamente fatos ou situações que revelem o exercício disfuncional da personalidade jurídica.

§ - Recebido o requerimento pelo juiz, os requeridos deverão ser intimados por meio de seus advogados ou, caso ainda não integrem o processo, citados pessoalmente para apresentar defesa no prazo comum de 10 (dez) dias, com a formação, se for o caso, de incidente que não suspende a execução, sendo facultada a produção de provas, após o que o juiz decidirá pelo deferimento ou indeferimento da medida.

§ - Da decisão do incidente caberá recurso na forma prevista neste Código.

§ - Atos executivos de constrição patrimonial de bens dos requeridos somente poderão ser realizados após decisão do juiz pelo deferimento da desconsideração



PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

da personalidade jurídica, respeitado o contraditório, ressalvadas situações de urgência, em que a participação dos requeridos poderá ser diferida se houver fundado risco de ineficácia da medida executiva.

§ - A decretação de fraude de execução somente poderá ocorrer em relação a bens alienados pelos requeridos após a sua citação no processo em que for desconsiderada a personalidade jurídica.

§ - Para efeitos do parágrafo anterior, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação de certidão comprobatória do recebimento do requerimento formulado nos termos deste artigo, com identificação das partes e valor da causa, no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ - Os requisitos materiais e o procedimento previstos neste artigo são aplicáveis a quaisquer situações de direito material, ficando revogadas todas as disposições sobre a matéria.

JUSTIFICATIVA DA PROPOSTA:

Tomando como base o art. 50 do Código Civil, a sugestão de redação do dispositivo substitui a expressão “abuso” de direito – historicamente vinculada à doutrina francesa que exigia a presença de elementos subjetivos para a configuração da figura em questão – pelo “exercício disfuncional” de direitos, colocando como parâmetros objetivos de verificação de licitude das condutas o fim econômico ou a causa dos negócios.⁽¹⁾



PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Retirou-se a alusão aos “administradores”, já que a prática de ilícitos pelos administradores deve ser sancionada por meio dos mecanismos usuais da responsabilidade civil, não se exigindo para tanto a desconsideração da personalidade da sociedade.

Consagrou-se expressamente a “desconsideração inversa”, buscando fornecer critérios para a sua aplicação. A limitação da desconsideração inversa – nos casos em que se busca a satisfação de direito de crédito – ao montante correspondente aos aportes de capital realizados pelo sócio-devedor (em relação a quem se deu a desconsideração inversa) visa a preservar o princípio de conservação do capital social, compatibilizando a medida com os interesses dos credores sociais e dos demais sócios.⁽²⁾

De outro lado, criou-se um incidente cognitivo na execução para que a decisão sobre a desconsideração – calcada, como não poderia deixar de ser, na verificação dos requisitos para a sua aplicação – seja tomada após contraditório regular, atendendo com isso a um antigo reclamo da doutrina processual, a fim de evitar injustificada inversão do ônus da prova.⁽³⁾ O contraditório poderá ser diferido se houver risco de ineficácia dos atos executivos de constrição.

Cabe destacar a vedação do emprego (atualmente corrente, mormente na Justiça do Trabalho) do mecanismo de fraude de execução aos bens alienados por sujeitos que, na data da alienação, não figuravam como litigantes na demanda, protegendo assim os terceiros adquirentes de boa-fé. Para tanto, o marco inicial para configuração da fraude será a citação dos sócios no incidente cognitivo próprio. Poderá valer-se o requerente, ainda, de certidão comprobatória da pendência do feito em relação aos sócios-requeridos, que poderá ser obtida à luz do recebimento do requerimento de desconsideração da personalidade jurídica.



PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Por fim, sugere-se a revogação das disposições existentes sobre a matéria para evitar o uso desmedido e sem critérios da teoria da desconsideração, que vem sendo aplicada – sobretudo no direito do trabalho e do consumidor – sem que se atente para a ocorrência de exercício disfuncional ou de abuso da personalidade jurídica (o que veio a ser reconhecido como a “teoria menor da desconsideração”).

1 - V., sobre isso: Judith Martins-Costa, “O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais: notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil”, *in Revista do Advogado – AASP*, 2008, v. 96, p. 49 e ss.

2 - Como pontifica Calixto Salomão Filho, a contrapartida à desconsideração inversa é justamente a transferência patrimonial indevida que justificou a medida, razão pela qual “não é razoável que a responsabilidade da sociedade ultrapasse o valor dessa transferência” (**O novo direito societário**, 2. Ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 189).

3 - Nesse sentido, entre outros: Cândido Dinamarco, “Desconsideração da personalidade jurídica, fraude e ônus da prova”, *in Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, t. II; Fredie Didier Jr., “Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica”, *in Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária* (obra coletiva), São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 386 e s..



PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

PROPOSTA 3: Modifica o art. 314 do Projeto.**SUGESTÃO DE REDAÇÃO DA PROPOSTA:**

Art. O autor poderá, até o fim da audiência preliminar, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir.

JUSTIFICATIVA DA PROPOSTA:

O art. 314 do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, ao conceder ao autor a liberdade de alterar o pedido ou a causa de pedir até a prolação da sentença, torna essa matéria, concernente à estabilização da demanda, não mais sujeita à preclusão.

O enfraquecimento de técnicas, como a preclusão, essenciais para a organização do procedimento, contribui demasiadamente para a demora do processo.

A duração razoável do processo é garantia constitucional (Art.5º, LXXVIII da CF) dos litigantes que também incide sobre o Poder Legislativo, obrigando-o a adotar as técnicas processuais que permitam a prestação da tutela jurisdicional de forma tempestiva. A supressão dessas técnicas viola o direito fundamental à duração razoável do processo. Sublinhe-se, assim, o primeiro efeito colateral indesejado dessa norma, a repercutir negativamente sobre a ordenação procedimental.

Um dos seus requisitos (que a alteração “*não importe em prejuízo ao réu*”) é, na verdade, consectário lógico e inafastável da sua própria adoção, implicando



PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

sempre, em alguma medida, violação ao direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Vale lembrar que também o demandado tem direito ao julgamento do mérito, buscando que a situação seja definitivamente resolvida, em tempo hábil, pelo pronunciamento autoritativo do juiz.

Ademais, diante de matéria condizente ao desenvolvimento regular do processo, e, portanto afeta ao interesse público, é desaconselhável estabelecer, para a alteração do pedido e da causa de pedir, um requisito de conteúdo indeterminado como o da “*boa-fé*” da parte.

Acaso se optasse por uma flexibilização do termo preclusivo para a alteração do objeto litigioso, parece recomendável adotar um marco fixo anterior à fase instrutória, sob pena do expediente trazer delongas e funcionar, na prática, como um artifício de tumulto processual.

Nessa linha de pensamento, equilibrada é a sugestão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo o qual seria “recomendável abrir a possibilidade de ser modificada a demanda na primeira audiência dos debates, depois de esclarecidos os fatos da causa em diálogo mantido pelo órgão judicial com as partes, se entendido conveniente pelo juiz e até independente de anuência do adversário”¹. Após a audiência preliminar, não mais seria possível alterar pedido e a *causa petendi*.

¹- Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, **Do Formalismo no Processo Civil**, 4ª. ed., Saraiva, São Paulo, 2010.



PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

PROPOSTA 4: Modifica o art. 19 do Projeto.**SUGESTÃO DE REDAÇÃO DA PROPOSTA:**

Art. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

JUSTIFICATIVA DA PROPOSTA:

Visando à simplificação do procedimento o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil excluiu do sistema processual a ação declaratória incidental. De acordo com a redação do artigo 19 do Anteprojeto, caberá ao juiz, de plano, assegurado o contraditório, declarar por sentença, com força de coisa julgada, a relação jurídica litigiosa, de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide.

A valorização do “princípio da demanda” levou o ordenamento jurídico brasileiro, até então, a restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença, o que, segundo entendimento doutrinário, respeitaria a liberdade individual, e resguardaria a imparcialidade do poder jurisdicional. BARBOSA MOREIRA¹, justificando essa posição, exemplifica, afirmando que as partes por não colherem todas as provas que lhes interessariam podem preferir que a questão seja apreciada em outra demanda.

Apenas às partes, portanto, deve-se conferir o poder de definir quais matérias serão alcançadas pela coisa julgada. Dessa forma, propõe-se a manutenção do atual art. 5º do Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro.



PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

1- José Carlos Barbosa Moreira, **Questões Prejudiciais e Coisa Julgada.**

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

PROFESSOR DOUTOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

PROPOSTA 5: Modifica o art. 906 do Projeto.**SUGESTÃO DE REDACÇÃO DA PROPOSTA:**

Art. Não adotada a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas, a parte prejudicada poderá impetrar reclamação ao tribunal hierarquicamente superior.

§. As condições de admissibilidade, o processamento e o julgamento da reclamação serão regulados por norma regimental do respectivo Tribunal.

§. Da decisão proferida no julgamento da reclamação em segundo grau de jurisdição caberá recurso especial e extraordinário, se for o caso.

§. Se equivocadamente adotada a decisão proferida no incidente pelo juiz, caberá agravo ou apelação ao Tribunal competente, conforme a natureza da decisão.

JUSTIFICATIVA DA PROPOSTA:

Embora tecnicamente não seja correta a impetração de reclamação ao tribunal de segundo grau, já que não foi este órgão que proferiu a decisão do incidente, mas o STJ ou STF, essa medida evitaria um enorme número de reclamações nos tribunais superiores e prestigiaria a unidade da jurisdição. Retirou-se, propositadamente a possibilidade de recurso, ou seja, na hipótese de desrespeito à decisão proferida no incidente somente caberá reclamação, que é incidente processual voltado ao cumprimento de decisões proferidas pelos tribunais. Respeitar-se-ia, assim, a essência da reclamação.

De outro lado, se o juiz de primeiro grau aplicar a decisão proferida no incidente quando não era o caso, caberá recurso, agravo ou apelação, conforme a natureza da decisão.

