

O CONTRADITÓRIO E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

Doutor em direito (UFBA). Mestre em direito (UFAL). Professor (graduação e mestrado) na Universidade federal de alagoas. Professor e coordenador do curso de direito na sociedade de Ensino universitário do nordeste (SEUNE). Advogado e consultor jurídico.

SUMÁRIO: 1. Delimitação do tema. 2. A cognição na execução forçada. 3. O contraditório na execução forçada. 4. A desconsideração da personalidade jurídica diretamente na fase de execução. 5. O exercício da garantia constitucional do contraditório antes e após a desconsideração judicial da personalidade jurídica. 6. Conclusões.

1. Delimitação do tema

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, embora já há algum tempo contasse com defensores no meio doutrinário, somente foi efetivamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro há algumas décadas. O Código de Defesa do Consumidor de 1990, a Lei nº 8.884/94 e o Código Civil de 2002 são exemplos recentes da incorporação ao direito positivo das idéias fundamentais da *disregard doctrine*.

Mas embora bem postas, no plano do direito material, as regras que permitem ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica, alcançando bens dos sócios ou administradores por obrigações da sociedade, a efetivação desses preceitos no campo do processo ainda carece de uma regulamentação ampla e minuciosa de modo a tornar sua aplicação menos problemática. Essa lacuna ensejou o surgimento, em doutrina e jurisprudência, de debates em torno da possibilidade ou não de se determinar a desconsideração da pessoa jurídica diretamente na execução, seja a autônoma¹, seja a sincrética relativa a obrigações de pagamento, introduzida pela Lei nº 11.232/05.

¹ Sobre a desconsideração da personalidade jurídica na execução autônoma, já nos manifestamos em: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A desconsideração da personalidade jurídica e o contraditório – os embargos à execução e a Lei n. 11.382*, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 48, São Paulo: Dialética, março/2007, p. 84-97.

As objeções doutrinárias à invocação direta da *disregard doctrine* no procedimento executivo preconizam a necessidade de que os sócios ou administradores da pessoa jurídica hajam sido previamente citados durante a fase de conhecimento, ou, em caso de ocorrência, posteriormente à sentença, dos pressupostos da desconsideração, de serem observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

A problemática atual em torno da desconsideração da personalidade jurídica, mormente após a introdução no ordenamento de enunciados normativos com a finalidade de disciplinar o instituto no âmbito do direito material, deixou de girar em torno de seus pressupostos, passando agora a ocupar o centro das atenções as questões procedimentais.

Nosso propósito, aqui, é tratar de alguns dos problemas relacionados com a aplicação judicial da *disregard doctrine*, buscando oferecer solução a seguinte indagação: seria lícito e estaria em conformidade com as garantias do contraditório e da ampla defesa a desconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento da sentença, quando essa questão não haja sido objeto de debate e apreciação judicial na fase de conhecimento?

2. A cognição na execução forçada

Durante muito tempo, o pensamento prevalecente no Brasil, sobretudo desde a elaboração do Código de Processo Civil de 1973, no tocante ao papel desempenhado pelo juiz da execução, se centrou no dualismo rígido entre “cognição” e “execução” como procedimentos autônomos, nos quais se desenvolviam atividades distintas. Enquanto o processo de cognição estaria voltado para a formulação da norma concreta destinada a disciplinar a situação posta em litígio, o processo de execução estaria vertido para a prática de atos materiais destinados a pôr em concretude a resolução advinda do processo de conhecimento.

LIEBMAN² bem sintetizava a dualidade “cognição/execução”: “Na cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve conhecer, isto é, estudar o caso submetido ao seu exame, investigar os fatos, escolher e aplicar as normas legais adequadas [...]. O resultado de todas essas atividades é de caráter ideal, porque consiste na afirmação da vontade do Estado orientada no sentido de regular as relações entre as partes.

² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2001, p. 33.

Na execução, ao contrário, a atividade do juiz é toda prática e material, visando produzir no mundo dos fatos modificações que tornem a realidade conforme àquela vontade”.

Dentro dessa perspectiva, no processo executivo não haveria lugar para o contraditório, já que, nele, as partes não estão em pé de igualdade como no processo de conhecimento, no qual cada litigante coopera no sentido de seu próprio interesse, buscando obter um resultado favorável para si. O contraditório relativamente à execução forçada somente teria lugar adequado em um novo processo de cognição, isto é, na ação incidental de embargos do devedor³.

Essa forma de encarar o papel desempenhado pelo juiz no processo de execução, de certo modo, tem influenciado na aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica: se no processo executivo não existiria lugar para o contraditório e se nele o juiz não desenvolveria uma atividade tipicamente cognitiva, pareceria coerente com tais premissas sustentar que a desconsideração da personalidade jurídica para ser aplicada (já que os sócios ou administradores não figurariam no título executivo) exigiria um prévio processo de conhecimento.

O critério da atividade desenvolvida pelo juiz para buscar diferenciar o processo de cognição e o processo de execução, entretanto, apresenta-se hoje seriamente questionável, além de pouco útil para a resolução de problemas. Os casos de processos de cognição em que são produzidas sentenças executivas⁴ (v.g. ação de reivindicação, ação de reintegração de posse e ação de adjudicação compulsória etc.) e os processos sincréticos desabilitam o pensamento que vê a cognição e a execução como atividades distintas e ensejadoras, ao mesmo tempo, de procedimentos diversos, pois ambas podem estar aglutinadas no mesmo processo⁵.

Quando, por exemplo, juiz defere a petição inicial de ação executiva autônoma, mandando citar o executado para pagar o débito em três dias (CPC, art. 652), já há o início da execução, que se sucederá, salvo decisão posterior, até a satisfação do exequente. A cognição judicial aqui é incompleta, pois o juiz, primeiramente, antes de qualquer

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1980, p.44.

⁴ Sobre as ações executivas *lato sensu* conferir: MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 225 *et passim*; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 02. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 220; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 179.

⁵ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999, p. 47.

declaração com força de coisa julgada, executa. Assim, é de ser afastada qualquer suposição quanto à ausência de cognição. A esse respeito, a observação de PONTES DE MIRANDA é precisa: “Há sempre elemento de cognição em todas as execuções, porque o Estado não executa como automático; não é *aparelho de executar*, como esses em que se põe o níquel e sai o bombom; não é agente de reflexos incondicionados.”⁶

Como bem assinala FREDIE DIDIER JR.⁷, o juízo positivo de admissibilidade do processo, encerrando atividade cognitiva correspondendo à análise confirmatória do magistrado quanto aos requisitos de validade do procedimento (v.g. competência, capacidade das partes etc.), é feito não apenas no processo de cognição, mas em toda espécie de procedimento (execução, cautelar, reconvenção etc.), assim como também nas execuções sincréticas relativas a obrigações de pagamento (CPC, art. 475-J)⁸.

3. O contraditório na execução forçada

A idéia de que o contraditório estaria completamente ausente no processo de execução é desmentida pelo próprio direito positivo em diversas situações. Segundo a disciplina introduzida pela Lei n. 11.382/2006, de um modo geral, o ato de avaliação integra o ato de penhora, do qual o executado deverá ser necessariamente intimado (CPC, art. 652, § 1º), com possibilidade de questionar, v.g., erro na avaliação (CPC, art. 683, I).

Mesmo antes do advento da Lei n. 11.382/2006, a avaliação era tradicionalmente considerada pela doutrina como ato de instrução⁹, de cujo procedimento o executado poderia participar e certamente cooperar com o juiz da execução, postulando no sentido de que a atribuição de valor pecuniário aos bens penhorados se desse em conformidade com seu particular interesse, inclusive formulando quesitos, caso houvesse necessidade de nomeação de perito avaliador (CPC, arts. 680 e 681 com a redação originária).

⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IX. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 209.

⁷ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23/41.

⁸ Como sentença BEDAQUE, “todo processo contém atividade cognitiva” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e Decisões do Juiz no Processo Executivo*, in FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 364).

⁹ NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VII. Rio de Janeiro: Forense, p. 78; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, X. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 254.

O contraditório no interior do processo de execução, ou também da fase executiva, chamada no direito brasileiro de “cumprimento de sentença”, quando se trate de execução de título judicial relativa a obrigações de pagamento, se manifesta, ainda, quando argüidas perante o juiz qualquer das questões que englobam o *juízo de admissibilidade*¹⁰ do procedimento executivo, através das, cada vez mais freqüentes, “exceções de pré-executividades”, ou também denominadas “objeções de não-executividade” - incidentes por meio dos quais exequente e executado controvertem sobre a presença dos requisitos de validade do procedimento e das chamadas “condições da ação”. A decisão judicial que aceita ou rejeita a pretensão exercida pelo executado nesses casos, quer tomada em processo autônomo de execução, quer em execução-fase (processo sincrético), é indiscutivelmente de caráter cognitivo, além de precedida de atividade eminentemente dialética, já que as duas partes são chamadas a influenciar na resolução final do magistrado.

4. A desconsideração da personalidade jurídica diretamente na fase de execução

O Código Civil, em seu art. 50¹¹, positivou a *disregard doctrine* no âmbito das relações privadas. Os requisitos para a desconsideração da personalidade podem ser assim enumerados, em conformidade com o entendimento doutrinário dominante¹²: a) requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe caiba intervir no processo; b) desvio de finalidade; ou c) confusão patrimonial.

O dispositivo também estabelece que a desconsideração da personalidade jurídica, por meio da qual os bens dos sócios ficarão sujeitos à constrição, precisará ser decretada pelo juiz, que deverá indicar quais as obrigações da sociedade poderão ser satisfeitas através da excussão dos bens particulares dos sócios ou administradores da pessoa jurídica.

¹⁰ Adotamos aqui o termo no sentido proposto por DIDIER JR., para quem o juízo de admissibilidade do processo, quando positivo, constitui um juízo declaratório da validade do procedimento e, quando negativo, corresponde a um juízo constitutivo negativo consubstanciado na aplicação da sanção de invalidade do procedimento em razão do vício verificado (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41).

¹¹ “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.”

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 240-241; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1º Vol. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 276-277, dentre outros.

Mas se por um lado o direito material estabeleceu uma disciplina satisfatória da desconsideração da personalidade jurídica, o direito processual ainda não acompanhou essa evolução, já que não há no nosso Código de Processo ou mesmo na legislação extravagante uma normatização específica e minuciosa a respeito da aplicação processual desse instituto, não obstante a existência de projetos de lei a respeito da matéria, um deles de autoria do então Deputado Ricardo Fiúza. Revela-se oportuna, assim, a exortação de FREDIE DIDIER JR.¹³ no sentido da necessidade de se “processualizar” a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo porque a falta dessa regulamentação tem sido causa de problemas na sua efetiva realização.

Nesse contexto, a primeira indagação que se coloca é: a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo à míngua de uma regulamentação processual ampla e específica, poderia ser aplicada e decretada na fase execução?

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁴ certa feita decidiu que a execução de título judicial não pode ser direcionada contra os sócios que não figuraram como parte da ação de conhecimento. SOLDATI¹⁵ igualmente sustenta que “em nome da conservação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e da efetivação do direito ao devido processo legal e ampla defesa, a constrição judicial de bens só poderá derivar de título executivo proveniente de cognição no qual o ‘possível devedor’ tenha figurado em pólo passivo.”

Já GAGLIANO e PAMPLONA FILHO¹⁶ defendem posição intermediária, desfavorável à desconsideração quando os requisitos já estejam presentes antes da propositura da ação de conhecimento, e favorável quando os requisitos para a desconsideração da personalidade se manifestem após o encerramento da ação de conhecimento, isto é, já na fase de execução.

A resposta positiva à aplicação da *disregard doctrine* diretamente na fase de execução, não obstante as posições contrárias, parece-nos que se impõe.

É perceptível que na restrição doutrinária e jurisprudencial à aplicação da desconsideração da personalidade diretamente no processo de execução -

¹³ DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 01.

¹⁴ TJ/RJ, Processo nº 2005.002.21876, Relator: Desembargador Roberto Felinto, 18ª Câmara Cível, julgado em: 08.11.2005.

¹⁵ SOLDATI, Manoelle Brasil. *O Momento Processual Adequado para a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Disponível em: <http://www.marcusbittencourt.com.br/doc/personalidade_juridica.doc>. Acesso em: 12.02.2009.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 242.

independentemente da existência de um prévio processo de conhecimento instaurado contra os sócios ou administradores -, ainda subjaz a premissa segundo a qual não haveria lugar para cognição e contraditório no interior da execução.

Como vimos acima, porém, essa idéia não encontra apoio no direito positivo. O procedimento executório não perde seus caracteres pelo fato de se abrir possibilidade para que as partes controvertam, em seu interior, acerca dos pressupostos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica. Como salienta BEDAQUE¹⁷, há cognição judicial nas hipóteses em que se postula a penhora sobre bens de terceiros, com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica na execução.

Também não nos afigura convincente a objeção de que os sócios ou administradores, porque não participaram do processo de conhecimento e por isso deixaram de figurar no título executivo sentencial, estariam imunes à desconsideração da personalidade. A legitimação passiva extraordinária para figurar no processo de execução não se choca com os limites subjetivos da coisa julgada: o próprio Código de Processo Civil nos apresenta algumas situações em que a execução forçada pode ser promovida contra quem não figurou como “condenado” na sentença e nem como obrigado no título executivo extrajudicial (v.g. cônjuge casado pelo regime da comunhão universal, que, mesmo não sendo demandado no processo de conhecimento, nem devedor de obrigação documentada em título extrajudicial, poderá figurar como parte na execução na hipótese do art. 592, IV do CPC).

Ademais, o fundamento para legitimidade passiva dos sócios ou administradores da pessoa jurídica está na decisão interlocutória que, já na fase de cumprimento da sentença, resolve desconsiderar a personalidade jurídica. Não se trata de execução dirigida contra quem não fora “condenado” previamente na sentença, mas sim de execução direcionada contra quem foi considerado, por decisão judicial de natureza interlocutória, tomada em sede de cognição incompleta, legitimado passivo para figurar no procedimento executivo.

Quanto à posição de PAMPLONA FILHO e GAGLIANO, apesar de ponderáveis os seus argumentos, entendemos que, mesmo sendo o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial anteriores à propositura da ação pelo credor, a desconsideração da

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e Decisões do Juiz no Processo Executivo*, in FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 364.

personalidade jurídica poderá ser decretada porquanto a incidência da norma do art. 50 do Código Civil não exige que a configuração dos pressupostos da desconsideração, no plano fático, seja posterior ao ajuizamento da demanda.

Ao estabelecer a permissão para o juiz decidir “que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”, objetivou o art. 50 do Código Civil munir o magistrado de poderes para submeter o patrimônio dos sócios ou administradores da pessoa jurídica à possibilidade imediata de constrição, desde que presentes os requisitos da desconsideração da personalidade, sem necessitar de uma prévia declaração, com força de coisa julgada (hipótese na qual seria cogitável a necessidade de citação dos sócios em um processo de conhecimento específico), a respeito da existência, no caso concreto, das condições suficientes para o levantamento do véu da pessoa jurídica.

O art. 50 do Código Civil se dirige ao juiz da execução para autorizá-lo a ordenar a penhora bens dos sócios ou administradores da pessoa jurídica; o dispositivo não trata da possibilidade dos credores demandarem os sócios para que estes venham a ser declarados responsáveis pelas obrigações da pessoa jurídica e só depois de passada em julgado a respectiva sentença promoverem a execução sobre seus bens, mesmo porque, ao exigir provocação da parte ou do Ministério Público, o enunciado normativo fala simplesmente em “requerimento” (e não em provocação mediante propositura de ação específica).

Ao mesmo tempo, o Código de Processo Civil, no art. 592, II, aplicável subsidiariamente à execução sincrética de título judicial relativa às obrigações de pagamento (CPC, art. 475-R), prevê:

“Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

[...]

II - do sócio, nos termos da lei;”

O direito processual estabelece que a submissão do patrimônio dos sócios à execução forçada promovida contra a sociedade dar-se-á em conformidade com o que dispuser o direito material, que, por seu turno, irá dizer quando, isto é, sob quais pressupostos, a responsabilidade patrimonial do sócio pelas obrigações da sociedade deva

ocorrer. Essa conclusão é ratificada pelo art. 596, primeira parte, do CPC¹⁸. Nesse sentido é o entendimento OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA: “O art. 592, II, alude à responsabilidade executória dos bens do sócio perante a dívida contraída pela sociedade, na forma do que as leis do direito material dispuserem”¹⁹.

É certo que o art. 592, II do CPC geralmente era (e também ainda é) aplicável aos casos de responsabilidade do sócio que não integraliza o capital social (v.g. Decreto n. 3.708/19, art. 9º; Código Civil, art. 1.052), ou nos casos de responsabilidade subsidiária do sócio em razão do tipo societário (v.g. acionista diretor na sociedade em comandita por ações etc.). Não podemos olvidar, porém, que o direito material no tocante à responsabilidade patrimonial dos sócios das pessoas jurídicas se modificou, repercutindo, por conseguinte, no campo da legitimidade passiva extraordinária na execução.

O art. 50 do Código Civil, positivando a *disregard doctrine*, estabeleceu *mais uma* hipótese de sujeição dos bens dos sócios ao cumprimento das obrigações da sociedade de que façam parte. Isso nos autoriza a afirmar que a norma extraída do art. 592, II do CPC incide quando se trata de desconsideração da personalidade jurídica, possibilitando a constrição patrimonial dos sócios na execução de título judicial, ainda que eles não hajam figurado na sentença como “condenados”. Assim é o entendimento de ARAKEN DE ASSIS²⁰, ao preconizar que as hipóteses de desconsideração de personalidade jurídica se amoldam à previsão do art. 592, II do CPC, e de MARINONI e ARENHART²¹, quando asseveram a possibilidade de penhora de bens dos sócios quando para o juiz, no caso concreto, ficar caracterizado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

A interpretação do art. 50 do Código Civil, em conformidade também com os arts. 592, II e 596 do CPC²², portanto, leva ao entendimento de que é possível a decretação da desconsideração da personalidade jurídica diretamente na fase executiva do processo. O

¹⁸ “Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; [...]”

¹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 02. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 73.

²⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 207.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, V. 3 - Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 258.

²² O art. 592, II do CPC alude unicamente ao “sócio” como legitimado passivo extraordinário da ação de execução movida contra a sociedade de que seja parte, parecendo deixar de fora o administrador não-sócio. O art. 50 do Código Civil, porém, ao estabelecer que os bens do administrador podem vir a constrições em caso de desconsideração da personalidade jurídica, acabou criando, heterotopicamente, mais uma hipótese de legitimização extraordinária passiva.

Superior Tribunal de Justiça, no nosso entender com razão, já decidiu²³ que a aplicação da *disregard doctrine* dispensa a propositura de uma ação própria e específica, bastando ao juiz nos autos do processo executivo (à época do julgado referido a execução de sentença ainda era feita por meio de ação autônoma) levantar o véu da pessoa jurídica para executar o patrimônio dos sócios. A Ministra NANCY ANDRIGHI consignou em seu voto: “A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros”.

É certo que existe a necessidade de uma regulamentação processual do instituto da *disregard doctrine* e já há projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional nesse sentido. A ausência de lei regulamentando o assunto em minúcias não afasta a possibilidade de sua aplicação e do exercício do contraditório por parte do sócio ou administrador a quem a responsabilidade patrimonial estiver sendo imputada. Torna-se, ainda, oportuna a advertência feita por LEONARDO GRECO: “O contraditório e a ampla defesa, consagrados como direitos fundamentais (Constituição, artigo 5º, inciso LV), não distinguem processos ou fases, de modo que o direito de ser previamente ouvido e de influir eficazmente nas decisões que o juiz deva adotar para dar cumprimento à decisão, bem como o de oferecer alegações e provas que possam ilidir a execução ou torná-la menos onerosa, ainda que através de uma cognição sumária, independem de previsão legal, porque têm eficácia imediata que decorre da própria Constituição (artigo 5º, § 1º)”²⁴.

Embora possa ser até recomendável a criação de um incidente específico, ou mesmo de uma disciplina minudente para a decretação judicial da desconsideração da personalidade jurídica, não podemos deixar de ressaltar que o direito positivo já viabiliza a aplicação do instituto pelo juiz da execução (como já vem sendo feito por alguns tribunais), independentemente da prévia propositura de uma ação de conhecimento contra os sócios ou administradores da pessoa jurídica.

²³ STJ, REsp 332.763/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, DJ 24.06.2002.

²⁴ GRECO, Leonardo. A Defesa na Execução Imediata, in DIDIER JR., Fredie (coord.). *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 175.

5. O exercício da garantia constitucional do contraditório antes e após a desconsideração judicial da personalidade jurídica

A outra indagação que logo vem à tona em função de nossa resposta positiva à questão sobre a possibilidade de se desconsiderar a personalidade na fase de execução é a seguinte: seria possível promover-se a desconsideração da personalidade jurídica sem que fossem assegurados aos sócios ou administradores o contraditório e a ampla defesa?

Convém, de logo, reafirmar que o dualismo “cognição-execução” não tem mais razão de ser, assim como também não há mais como negar a possibilidade de participação em contraditório do executado no bojo de uma ação executiva, ou de um procedimento executório, sem que com isso se desnature a natureza e a estrutura da execução forçada.

Se o art. 50 do Código Civil autoriza o juiz a desconsiderar a personalidade jurídica, parece-nos implícito que essa decisão deve estar ajustada ao tipo de cognição desenvolvida no processo de execução e na execução-fase, mesmo porque o juízo positivo quanto aos requisitos para a desconsideração da personalidade não estará acobertado pela coisa julgada material, de modo que a questão ainda poderá ser posta à apreciação judicial nas vias ordinárias, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

Logo, se ao exequente é permitido suscitar, na fase de cumprimento de sentença, a questão da responsabilidade patrimonial dos sócios ou administradores da pessoa jurídica como decorrência da *disregard doctrine*, nada impede que o magistrado ouça a parte contrária antes de proferir sua decisão e, em assim procedendo, não estará desnaturando o procedimento executório, que prosseguirá, após a resolução do incidente, com a prática de atos materiais destinados satisfazer o crédito do exequente, atingindo bens da pessoa jurídica, ou, se acolhida a arguição da parte ou do Ministério Público, atingindo também os bens dos sócios ou administradores. FREDIE DIDIER JR.²⁵, a nosso ver com razão, defende a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade, desde que se instaure um incidente no processo executivo, possibilitando aos sócios ou administradores o exercício da ampla defesa.

Mas há outra questão a ser considerada: estaria o magistrado obrigado, pelas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a sempre e necessariamente

²⁵ DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 07-08.

ouvir os sócios ou administradores da pessoa jurídica antes de promover a desconsideração da personalidade?

A solução desse problema passa pela análise da garantia do contraditório. O art. 5º, LV da Constituição Federal estabelece:

“Art. 5º. *Omissis*.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

O Supremo Tribunal Federal, exercendo o papel de concretizador dessas garantias, tem admitido em sua jurisprudência que o princípio do contraditório envolve não apenas o direito de intimação e de manifestação da parte no processo, mas também o direito de ter os argumentos contemplados pelo órgão judicial²⁶. Segundo PONTES DE MIRANDA²⁷, o direito de defesa é o exercício da pretensão à tutela jurídica; tanto o autor quando propõe uma demanda, quanto o réu quando se defende exercem-na. FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS²⁸ bem assinala que a defesa é “o poder de exigir a prestação jurisdicional, visto do o ângulo do réu”.

Também para CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA²⁹ o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, é mister que cada uma dos litigantes conheça as razões e argumentações expendidas pelo outro, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o juiz a tomar sua decisão, possibilitando-se a manifestação da parte adversa em tempo adequado. Ainda se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação de provas quanto

²⁶ Cf. STF, MS 24268-MG, Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJ 17.09.2004.

²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, V. São Paulo: RT, 1968. p. 221. Esse entendimento está acolhido na jurisprudência do STF. A esse respeito conferir: MS 24268-MG, DJ 17.09.2004 e RE 384031-AL, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 04.06.2004).

²⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (defesa) e Processo*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 107.

²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238.

na narração fática, e do juízo de direito, evitando a surpresa do litigante por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão sem a ouvida dos contraditores.

Quando o juiz, instado a promover a aplicação da *disregard doctrine* na execução de sentença, antes de decidir, ouve a parte adversa (sócios ou administradores) a respeito dos fundamentos fáticos e jurídicos invocados pelo exequente para requerer a desconsideração da personalidade e contempla em sua decisão os argumentados aventados, atende integralmente à garantia do contraditório e da ampla defesa.

A grande questão se coloca quando o juiz, após requerimento do exequente ou do Ministério Público, decide pela desconsideração da personalidade jurídica, sem antes abrir espaço para a participação em contraditório dos sócios ou administradores. Mas também nessa hipótese entendemos que não há, necessariamente, ofensa à garantia do contraditório, que somente estaria configurada em caso de recusa ou omissão do juiz em apreciar a defesa do executado, quando veiculada.

Ao executado, sendo cientificado do seu ingresso na execução através da intimação para o cumprimento da sentença, será possível, se assim o preferir, através de simples petição nos autos do procedimento, expor e demonstrar ao juiz que os requisitos da desconsideração da personalidade não estariam presentes. A petição assim formulada pelo sócio ou administrador da pessoa jurídica constitui uma das formas (não a única) de exercício da pretensão à tutela jurídica e precisará ser apreciada pelo juiz da execução (CF/88, art. 5º, LV); a defesa exercida nesses moldes constitui modalidade de exercício do contraditório.

A petição apresentada pelos sócios ou administradores terá natureza de autêntica exceção de pré-executividade, já que em discussão estará unicamente a sua legitimação passiva extraordinária para figurar na execução.

É claro que o debate se desenvolverá, em última análise, sobre a existência ou não dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica, previstos em enunciado normativo de direito material (Código Civil, art. 50). Não obstante, deve-se atentar para a circunstância de que a norma processual que prevê a legitimação extraordinária passiva dos sócios ou administradores, em tais casos, contém em seu suporte fático os pressupostos

previstos no enunciado normativo de direito material ensejadores da configuração do abuso de personalidade (desvio de finalidade ou confusão patrimonial).

Por isso, a defesa exercida pelos sócios ou administradores diretamente na execução, apesar de versar sobre questões aparentemente de direito material, tenciona-se, em verdade, contra a sua condição de legitimados passivos extraordinários, sendo a ilegitimidade da parte questão passível de argüição no contexto do procedimento executório, por via de simples petição, através das denominadas “exceções de pré-executividade”.

Ao mesmo tempo, também há lugar para o exercício do contraditório a respeito dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica por meio de impugnação ao cumprimento de sentença, na hipótese do art. 475-L, IV:

“Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

[...]

IV – ilegitimidade das partes;”

Assim, se o juiz, após apreciar requerimento do exequente, defere o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, mandando intimar os sócios ou administradores para pagar o débito exequendo em quinze dias (CPC, art. 475-J), integrando-os como parte na execução, caberão aos novos executados dois comportamentos, caso queiram questionar a decisão (sem considerar aqui a hipótese de interposição de recurso e de defesa heterotópica pela propositura de ação declaratória autônoma para se declarar a inexistência de relação jurídica de responsabilidade patrimonial): *i.* impugnar o ato decisório mediante simples petição nos autos do procedimento executivo, independente de prazo, argüindo, inclusive, se for o caso, a existência de bens suficientes em nome da pessoa jurídica devedora, conforme prevê o art. 596, § 1º do CPC³⁰; ou *ii.* promover o incidente de impugnação ao cumprimento de sentença, em cujo âmbito se autoriza o debate sobre a legitimidade das partes.

³⁰ “Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

§ 1º. Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.”

Ao impugnar a decisão³¹ que decreta previamente a desconconsideração da personalidade jurídica, mesmo que o executado o faça através de simples petição, estará exercendo seu direito de defesa, devendo o magistrado considerar e apreciar seus argumentos e, se for caso, revogar a sua decisão.

Também a impugnação ao cumprimento de sentença constitui veículo hábil para o exercício da pretensão à tutela jurídica pelos sócios ou administradores incluídos na execução. “A *impugnação* serve à concretização do exercício do direito de defesa; o executado não demanda, não age; ele resiste, excepciona, se opõe. A pretensão à tutela jurisdicional, que de fato exerce o executado, é de reação, que é elemento essencial da ‘exceção’, do direito de defesa”³². Nesta hipótese, como se vê, o executado tem respeitada a garantia do contraditório, pois toma ciência da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica e terá oportunidade de manifestação no processo, com a apreciação pelo órgão julgador de seus argumentos, quer a respeito das questões de fato, quer sobre as questões jurídicas relevantes.

O fato de o contraditório ser postergado (primeiro o juiz desconsidera a personalidade e somente depois o novo executado se defende) não significa eliminação da garantia constitucional. Apenas o exercício da ampla defesa fica diferido para um momento imediatamente posterior ao da prolação da decisão. Como o ato decisório não ostenta as marcas da definitividade, sendo, ao contrário, revogável a qualquer tempo, nada impede que o juiz leve em consideração e aprecie os argumentos da parte adversa depois de tomar sua decisão em juízo de cognição sumária, apreciando os fundamentos apresentados pelo executado, se convença da necessidade de revogar a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica.

Seja a defesa exercida antes ou depois da decisão, o conteúdo mínimo da garantia constitucional do contraditório é observado, já que a parte pôde submeter à apreciação do órgão judicial todos os argumentos necessários a demonstrar eventualmente a necessidade

³¹ A decisão que decreta a desconconsideração da personalidade jurídica deve ser fundamentada (CF/88, art. 93, IV), sob pena de nulidade, até mesmo para possibilitar à parte contrária o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, já que se houver desconhecimento das razões que levaram o juiz a formar seu convencimento, estará impossibilitada de influenciar o julgador de maneira eficaz, trazendo novos fundamentos fáticos ou jurídicos eventualmente aptos a infirmar a correção do ato decisório questionado.

³² DIDIER JR., Fredie; OLIVERIA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2, Salvador: Juspodivm, 2007, p. 459. Sobre a fundamentação das decisões judicial em geral, mais amplamente, conferir: SILVA, Beclaute Oliveira. *A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 99 e segs.

de revogação da decisão sobre a desconsideração da personalidade, com possibilidade de influenciar o convencimento do juiz na formulação ato decisório. A observância da garantia do contraditório não exige que toda e qualquer decisão a ser tomada pressuponha *debate prévio* entre as partes. O direito brasileiro convive tranqüilamente com várias hipóteses de exercício postergado da garantia do contraditório (v.g., liminares em ação cautelar, decisão antecipatória dos efeitos da tutela, liminares em ações possessórias, em que o réu somente apresenta seus argumentos de defesa depois de já ter contra si uma decisão judicial de caráter provisório).

Assim, a mesma pretensão à tutela jurídica, que constitui o substrato da garantia do contraditório, pode ser exercida por diferentes modos. Num primeiro caso, diretamente no procedimento executivo, mediante simples requerimento (da mesma forma que a pretensão do exequente em obter a desconsideração da personalidade pode ser feita por mero “requerimento”, nos termos do art. 50 do Código Civil). Num segundo caso, através do incidente de impugnação ao cumprimento de sentença, embora com a necessidade de prévia garantia do juízo (CPC, art. 475-J, § 1º). Nas duas situações, os sócios ou administradores da pessoa jurídica cuja personalidade houver sido desconsiderada estarão em plenas condições de exercitarem a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, não se pode dizer, categoricamente, que a decisão sobre a desconsideração da personalidade jurídica, tomada sem prévia ouvida da parte interessada (sócios ou administradores da pessoa jurídica) na execução, esteja sempre e necessariamente em contraposição à garantia constitucional do contraditório.

Cabe, por último, uma ressalva. A decisão que admite a desconsideração da personalidade jurídica, para ser tomada sem o contraditório prévio do sócio ou administrador, deve estar *adequada* à natureza da situação posta à apreciação judicial³³, de tal sorte que a instauração do incidente de forma preliminar possa tornar ineficaz a decisão num momento posterior; se a situação apresentada não exigir deliberação imediata, constitui exacerbo a decretação da desconstituição da personalidade jurídica sem a prévia ouvida dos interessados.

³³ “O postergamento da prévia ampla defesa só se justifica em casos de comprovada urgência e, mesmo assim, desde que ela se faça suficiente e oportuna na primeira oportunidade em que o responsável tiver para falar nos autos” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Tutela jurisdicional executiva*, V. 3, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 217).

6. Conclusões

Do exposto, podemos concluir:

i) há possibilidade do exercício do contraditório na execução com relação a determinadas questões, sem que com isso se desnature a sua finalidade;

ii) o art. 50 do Código Civil e os arts. 592, II e 596 do CPC possibilitam a desconsideração da personalidade jurídica diretamente na fase de execução, ostentando os sócios e administradores, quando desconsiderada a personalidade, a situação de legitimação passiva extraordinária;

iii) para que o juiz aplique a desconsideração da personalidade jurídica, é necessário observar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ouvindo o interessado antes de decidir, ou permitindo, após a decisão, que o executado, se assim o desejar, exerça sem obstáculos sua defesa diretamente na execução;

v) a via da impugnação ao cumprimento de sentença constitui mais uma alternativa para que o sócio ou administrador da pessoa jurídica, em casos de desconsideração da personalidade, questione sua legitimidade para figurar no processo na condição de executado;

vi) admite-se a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo sem o prévio contraditório, desde que a situação posta à apreciação recomende um provimento imediato e desde que seja assegurado, sem obstáculos, o exercício do contraditório de forma postecipada.