

BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE O PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

MILTON PAULO DE CARVALHO

Advogado em São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Titular dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenador dos Cursos de Direito Processual Civil do Centro de Extensão Universitária, em São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Processo incidente e incidente do processo. – 2. Desconsideração da personalidade jurídica: processo incidente ou incidente do processo? – 3. Os procedimentos para a desconsideração da personalidade jurídica, com observância dos princípios fundamentais.

1. Processo incidente e incidente do processo.

A doutrina processual brasileira tem utilizado a distinção entre processo incidente e incidente do processo principalmente para resolver o problema de adequação recursal quando há dúvida invencível (incerteza objetiva) sobre se o ato judicial a impugnar é sentença ou decisão interlocutória, pois, no primeiro caso, cabível é a apelação e, no segundo, o agravo.

Tem-se o *processo incidente*, como já tivemos oportunidade de expor¹, quando a pretensão deduzida **que incide** (secundária) sobre outra (principal), objeto de processo já em curso, pode constituir por si mesma relação jurídica autônoma, a respeito da qual se pede decisão que faça coisa julgada (portanto, sentença) e quando

¹ Veja-se *Processo antecedente, processo incidente e incidente do processo*, no nosso trabalho *Fungibilidade dos recursos: um tema para digressões sobre o direito positivo*, in **Temas atuais de direito**, São Paulo, LTr, 1998, p. 341, subitem 6.1., p. 348. Veja-se, também, CÂNDIDO R. DINAMARCO, *Incidentes do procedimento, questões incidentes e processo incidente*, in *Instituições de direito processual civil*, vol. II, São Paulo, Malheiros, 2001, n. 636, p. 461.

essa pretensão secundária se processa como autêntica demanda autônoma, ainda que com cognição e procedimento sumários. Atos que podem caracterizar o processo incidente são a citação inicial e a decisão com natureza de sentença, cujos efeitos adquirem a qualidade de imutabilidade que caracteriza a coisa julgada. A decisão dessa ação ou demanda secundária na maior parte das vezes é antecedente lógico da sentença “de fundo”, assim chamada a que se espera no processo principal. São exemplos, entre muitos, a) a argüição de falsidade de documento feita por petição com os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil e com o pedido de declaração, por sentença, da autenticidade ou falsidade do documento (arts. 390 a 395 do Código de Processo Civil); b) a ação de exibição de documento ou coisa em poder de terceiro, com os requisitos e o procedimento previstos nos arts. 360 a 362 do mesmo Código; c) a ação declaratória incidental para inúmeros efeitos (Código de Processo Civil, arts. 5º e 325), como, ainda por exemplo, a negatória da paternidade incidente sobre ação de alimentos ou de petição de herança pelo suposto filho; etc. etc.

Pelo *incidente do processo* busca-se resolução de questão que algumas vezes pode ter o mesmo grau de importância daquela posta *principaliter*, mas não constitui objeto próprio a ser apreciado por sentença e por isso não produz coisa julgada. Nessas hipóteses, o pronunciamento incidental que se pleiteia é o que resolve indagação com a mesma natureza de antecedente lógico da decisão de fundo, mas sem a citação do adversário nem o procedimento cognitivo mais dilargado nem o pedido de sentença e, portanto, sem a eficácia da coisa julgada: o provimento *incidenter tantum* sobre a matéria, que o promovente espera, será apenas o argumento da decisão de fundo e não constituirá coisa julgada, como dispõe o art. 469, inciso III, do Código de Processo Civil. São, também entre inúmeros outros, os seguintes exemplos, comparativamente com os indicados acima para os casos de processos incidentes: a) argüição de falsidade de documento, feita por petição simples ou no corpo da contestação ou da réplica, ou em qualquer fase do processo em seguida à produção do documento, mesmo que se torne indispensável a prova pericial; b) o incidente de exibição de documento ou coisa, exigida por uma parte à outra, consoante o previsto nos arts. 355 a 359 do Código de Processo Civil, que

termina por decisão interlocutória (art. 359, citado)²; e c), como se disse, entre muitos mais, a declaração meramente incidental da existência ou inexistência de relação jurídica, a servir de fundamento para a sentença, como a negativa da paternidade em ação de alimentos ou de petição de herança, que não faz coisa julgada (Código de Processo Civil, art. 469, III, citado).

Da comparação dos exemplos de *processos incidentes* com os de *incidentes do processo* se tira que, nos primeiros, há sentença que produzirá coisa julgada, emitida em procedimento que, embora com cognição sumária, abarca cognição e decisão sobre matéria que poderia constituir por si só o mérito de um processo dito *principal*. Assim: no caso da argüição de falsidade, o procedimento conteve pedido, resposta, perícia e sentença; no caso de exibição de documento ou coisa por terceiro, igualmente o procedimento conteve pedido, citação, resposta e sentença; e no terceiro caso, instaurou-se procedimento declaratório incidental que também culminou em sentença. Já nos segundos exemplos, pela ordem, a) a argüição de falsidade integrou o conjunto de alegações que a parte oferece contra a produção do documento, sem pedido de sentença sobre a autenticidade ou falsidade; b) o pedido de exibição ou juntada de documento ou coisa, formulado em face da parte contrária também integrou o conjunto de alegações formuladas pela parte a quem aproveita a juntada do documento, resolvendo-se o incidente por decisão interlocutória; e c) a investigação da paternidade, nas hipóteses de alimentos, petição de herança ou outras, requerida entre as demais provas, também não é objeto de provisão jurisdicional própria. Esses três pedidos são objetos de declaração *en passant* pelo juiz, na sentença.

2. *Desconsideração da personalidade jurídica: processo incidente ou incidente do processo?*

Parece-nos que para enfrentar a questão acima não seria necessário discutir as várias teorias que disputam a certeza sobre a natureza da pessoa jurídica, se realidade ou ficção de direito, tema assinalado por muitas opiniões das mais

² Contrariamente ao exemplo de *processo incidente*, nesta hipótese *b*, que é ação em face de terceiro.

abalizadas. Os civilistas isolam correntes ficcionistas e realistas, participando das primeiras os adeptos do individualismo que grassou no século XIX, mas estendeu-se, pelo menos entre nós, até a segunda metade do século XX, o qual, ignorando o preceito elementar da natureza sociável do homem, afirmava que só o indivíduo é *realidade*, não passando a sociedade criada pelos homens de mera *ficção* ou, quando muito, de *equiparação* à pessoa natural. De outra parte, apontam-se teorias dentre as correntes realistas, ora considerando a pessoa jurídica um *verdadeiro corpo social*, com vontade própria e plena autonomia (teoria organicista); ora entendendo que a pessoa jurídica não é mais do que o resultado de um processo técnico, ou seja, ela é realidade, não natural, mas produto da ordem jurídica (*teoria da realidade técnica*); ora que a pessoa jurídica é apenas uma *instituição social*, para atingir determinados fins; ora, finalmente, a teoria da realidade natural da pessoa jurídica, ou seja, o reconhecimento, pelo direito posto, de um organismo que o antecede por necessidade social.³

Conquanto realidade natural – e por isso mesmo –, a pessoa jurídica há de destinar-se à consecução dos objetivos individuais enquanto moralmente lícitos, sendo que só estes justificam a sua existência e a sua atuação no mundo do direito. Quando os institutos de origem natural se desviam das suas funções e dos fins racionalmente bons que devem alcançar, a ordem jurídico-natural, ela mesma, reage pela sua correção e até mesmo supressão. Assim se procede quando do desvio de finalidades da pessoa jurídica.

Passemos agora ao cerne da pergunta epigrafada sobre direito processual.

Parece ainda não definido o procedimento para cada uma das hipóteses em que se pleiteia o desvelamento da personalidade jurídica para a responsabilização dos seus integrantes. É que o procedimento, no sentido de modo de atuar o processo, depende da relação jurídica material a que se refere, dado o seu caráter instrumental. Na vigência do Código Civil de 1916, tal era a força da distinção entre as pessoas da sociedade e as dos sócios – verdadeiro postulado –, que causaria estranheza pudesse o juiz, sem procedimento autônomo, sem citação, sem contraditório específico, sem

³ Veja-se, por todos, RUBENS LIMONGI FRANÇA, verbete *Pessoa Jurídica II*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 58, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 297 e s.

instrução probatória própria e sem sentença, desconsiderar a personalidade jurídica. Chegou-se a alvitrar ação de conhecimento e necessidade de sentença condenatória para solução do incidente.⁴ É que, conforme fundamentou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial n. 86.502, de São Paulo, o sistema jurídico brasileiro só reclama pronunciamento judicial prévio para os casos de atos anuláveis, dispensando-o quando se trata de atos ineficazes.

Hoje, temos para nós que o Código Civil vigente deu ao problema o tratamento adequado, no plano do direito material (respeito aos princípios da eticidade e da socialidade) e no do processo (respeito à efetividade e presteza da prestação jurisdicional), ressaltando, no artigo 50, entre as regras gerais sobre a pessoa jurídica, que *“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 das pessoas jurídicas.”*

Sem maior detença na interpretação dessa regra de direito material, embora o assunto o comporte e o exija, distinguiríamos uma primeira e necessária definição: esse assunto é de direito material ou processual? Parece indubitoso responder que a exceção à regra da distinção entre a pessoa jurídica e as pessoas dos sócios é de direito material, a este competindo prescrever as hipóteses em que se aplica tal exceção.

Também parece correto afirmar que essas hipóteses de exceção à regra são incidentes e apuráveis caso a caso, no curso de processo em que esteja envolvida a pessoa jurídica. Essa interpretação decorre dos termos do citado dispositivo: *“... 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 das pessoas jurídicas.”*

⁴ FÁBIO ULHOA COELHO, *A teoria da desconsideração da pessoa jurídica e o devido processo legal*, in IOB, Caderno 3, n. 16.390, janeiro de 2000.

Portanto, a desconsideração da personalidade jurídica, diante do preceito do Código Civil, integrado no sistema que distingue entre anulabilidade e ineficácia do ato, assume o caráter de questão incidente e, como tal, é resolvida por decisão interlocutória (Código de Processo Civil, art. 162, § 2º). Como aqui exporemos, esse característico não implica, por si mesmo, desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório, do devido processo legal e outros; ao contrário, a sua aplicação prática demanda estrita obediência a tais princípios.

Por outro lado, verifica-se que o legislador civil *minus scripsit quam voluit*, comportando o citado artigo 50 interpretação ampliativa, devendo entender-se que a desconsideração da personalidade jurídica pode constituir não só **incidente do processo** em caso de inadimplemento por parte da sociedade, mas também objeto de **processo autônomo**, que poderá ser **processo incidente**, se o interessado ou o Ministério Público propuserem ação para obter sentença declaratória da desconsideração, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.⁵

Em suma, a ineficácia da personificação societária pode ser proferida:

- a) *in casu*, por decisão interlocutória (**incidente do processo**), com efeitos limitados para a hipótese, que deverá restringir-se às figuras do art. 50 do Código Civil, atuando como prejudicial e não produzindo coisa julgada (Código de Processo Civil, art. 469, III);
- b) com efeitos *in genere*, por sentença (**processo autônomo, principal**), em que a causa de pedir deve ser o *abuso* da personalidade jurídica, caracterizado pelo *desvio de finalidade* ou pela *confusão patrimonial*. Tal sentença fará coisa julgada (Código de Processo Civil, art. 468); e
- c) ainda com efeitos *in genere*, por sentença (**processo incidente**), em que a causa de pedir deve ser o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Será ação incidental, como as previstas nos arts. 5º, 325, 390 e outros do Código de

⁵ O provimento sobre a desconsideração é declaratório. Ao pedido desse provimento pode acrescentar-se o da condenação dos sócios, em cumulação própria sucessiva (CPC, art. 292); ou formular-se o segundo em outra ação, sempre, porém, como decorrência da declarada desconstituição.

Processo Civil. Como nestes casos, a sentença declaratória da desconsideração fará coisa julgada, porque a questão não foi decidida incidentalmente, mas *principaliter* (Código de Processo Civil, art. 469, III, citado).

3. *Os procedimentos para a desconsideração da personalidade jurídica, com observância dos princípios fundamentais.*

Antecipe-se que, seja qual for a natureza da decisão pleiteada, nas hipóteses acima alinhadas, sempre será indispensável a obediência aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e dos outros que couberem (Constituição da República, artigo 5º, incisos LIV, LV, e outros). Poder-se-iam, então, indicar os seguintes procedimentos, correspondentes às referidas pretensões:

a) Caso de **processo autônomo**.

Quem quer que demonstre interesse processual e legitimidade de parte poderá propor ação para declarar a responsabilidade dos sócios em obrigações, algumas ou todas, praticadas pela sociedade e resultantes de abuso da personalidade jurídica caracterizado por desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Tratar-se-á de ação declaratória autônoma, no tocante à desconsideração.

O procedimento obedecerá às regras comuns, assegurado, obviamente, o direito de defesa tanto à pessoa jurídica quanto aos sócios, uma e outros integrantes do pólo passivo do processo.

O processo (ou procedimento) **não será** para **desconstituir** a sociedade, mas **para declarar a responsabilidade do sócio**.

O ato decisório é sentença; faz coisa julgada material.

Como se disse, ao pedido de declaração da responsabilidade do sócio pode cumular-se o de sua condenação (Código de Processo Civil, art. 292).

b) Caso de **processo incidente**.

Se se pretende declaração da desconsideração da personalidade jurídica por sentença que produza coisa julgada, o caminho é o previsto pelos arts. 4º, inciso I; 5º; 325 e outros do Código de Processo Civil.

A ação será a mesma descrita na alínea anterior. Pode ou não correr em apenso aos autos da ação “principal”, com a qual será apenas conexa (Código de Processo Civil, arts. 103 e 105).

Resolve-se por sentença essa pretensão deduzida em processo incidente, tenha sido ou não apensado este ao processo “principal”, tenha sido este ou não sobrestado. As condições da ação e os pressupostos processuais, com a garantia do devido processo legal, este com toda a abrangência de uma *règle de clôture*, no ensinamento de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ⁶, devem estar presentes, como em todo e qualquer processo.

A sentença é declaratória; a condenatória fica para o processo principal, no sentido de que o autor poderá obter o acerto da responsabilidade dos sócios, a ser aplicada na satisfação do direito conforme posto no processo principal, servindo ainda tal declaração como preceito, em razão da coisa julgada, para as demais pretensões de ressarcimento, não contidas nesse processo.

c) Caso de **incidente do processo**.

É hipótese ocorrente com muita frequência nos processos executivos. Citada a pessoa jurídica para pagar ou oferecer bens à penhora, apura-se não possuir bens ou serem estes insuficientes para garantir a execução. **Incide** a questão da penhora de bens dos integrantes da pessoa jurídica. A situação equipara-se à dos *incidentes do processo* trazidos como exemplos no início deste trabalho (item 1, *supra*), como sejam: a) argüição de falsidade de documento, feita por petição simples ou no corpo

⁶ “*Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne*”, in “*Temas de direito processual*”, quinta série, São Paulo, Saraiva, 1994, página 47.

da contestação ou da réplica, ou em qualquer fase do processo em seguida à produção do documento, mesmo que se torne indispensável a prova pericial; b) o incidente de exibição de documento ou coisa, exigida por uma parte à outra, consoante o previsto nos arts. 355 a 359 do Código de Processo Civil, que termina por decisão interlocutória (art. 359, citado)⁷; e c), como se disse, entre muitos mais, a declaração *en passant* (julgamento *incidenter tantum*) da existência ou inexistência de relação jurídica, a servir de fundamento para a sentença, como a investigatória da paternidade em ação de alimentos ou de petição de herança, que não faz coisa julgada (Código de Processo Civil, art. 469, III, citado).

Observe-se que esse Código não regula procedimentos específicos para muitos incidentes processuais: nos exemplos acima arrolados, somente o segundo incidente dispõe do rito previsto nos arts. 355 a 359; o primeiro e o terceiro devem ser resolvidos como todas as demais questões emergentes durante o curso do processo, de competência do juiz na qualidade de seu condutor.

Não prevendo a lei de processo o *modus procedendi* para a desconsideração da personalidade jurídica, fica ao elevado alvedrio do magistrado condutor do feito estabelecer regras adequadas, que resguardem os direitos fundamentais da pessoa jurídica e dos seus integrantes. Poder-se-ia adotar, por analogia, o procedimento previsto nos arts. 355 a 359 do Código de Processo Civil, que encerra um interstício de breve cognição no procedimento principal (ordinário, sumário, especial ou executivo). É imprescindível o pedido da parte, sendo até redundante a disposição do Código Civil ao exigir “...*requerimento da parte ou do Ministério Público...*”, porquanto sem o pedido viola-se o princípio da iniciativa de parte, ou inércia da jurisdição, consagrado nos arts. 2º e 128, entre outros, do Código de Processo Civil; como imprescindível é que tanto a pessoa jurídica como todos os seus sócios sejam intimados nas pessoas dos seus procuradores judiciais para responderem à arguição e produzirem as provas que entenderem necessárias, inclusive a pericial, se couber. Não há necessidade de suspensão do processo, salvo se o incidente constituir antecedente lógico da decisão sobre o mérito.

⁷ Notar que o exemplo de *processo incidente*, nesta hipótese *b*, é ação em face de terceiro.

A decisão que resolve esse incidente é interlocutória, como tal impugnável por agravo, de instrumento ou retido. Se a questão for resolvida *de passagem* na fundamentação da sentença de mérito, o recurso será contra esta, cabendo na ampla devolutividade da apelação o reexame da arguição (Código de Processo Civil, arts. 505, 515 e 516). O decidido sobre a desconsideração da personalidade jurídica não fará coisa julgada material.

Com todo o respeito às opiniões diversas, a nós nos parece abominável e repugnante, porque agride o dever de respeito à dignidade humana proclamado pela Constituição da República, a desconsideração, de ofício, pelo juiz, da personalidade jurídica para a imposição de gravames como a penhora de bens particulares de sócios, ou deliberada sem audiência destes, com ofensa ao direito de resposta. Atos desse jaez constituem condenáveis arbitrariedades.

-*-

Fiquem estampadas estas modestas cogitações como homenagem ao Eminentíssimo Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, com o nosso reconhecimento pelo seu enorme contributo para a elevação da cultura jurídica deste País.

São Paulo, 06 de fevereiro de 2006.

Milton Paulo de Carvalho