

## 2. DOCTRINA NACIONAL

### DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO: 1. Exame dos Pressupostos que Autorizam a Desconsideração da Pessoa Jurídica. 2. O Pressuposto da Fraude ou do Abuso no Emprego da Personalidade Jurídica. 3. Forma e Oportunidade da Desconsideração. 4. Bibliografia.

#### 1. Exame Dos Pressupostos que Autorizam a Desconsideração da Pessoa Jurídica

Para a correta abordagem da questão, convém partir da idéia de que a pessoa jurídica, em nosso ordenamento, representa instrumento legítimo para a consecução de interesses das mais diversas ordens. Por vezes, como lembra Amaro (1993), ela surge como *opção do empresário*, que muito bem poderia ter-se dedicado ele mesmo à exploração do empreendimento, mas que prefere associar-se a outras pessoas para essa atividade. Outras vezes, há a *necessidade técnica* da criação da pessoa jurídica, quando da elaboração de grandes empreendimentos, que necessitam de elevado investimento e da conjugação de esforços e recursos de inúmeras pessoas, e que seriam inviáveis não fosse a técnica da criação da personalidade jurídica<sup>1</sup>.

A essa conveniência ou necessidade de criação da pessoa jurídica liga-se a idéia da *limitação da responsabilidade dos sócios* pelos atos praticados sob o manto da sociedade. Com efeito, é inegável ter sido essa limitação da responsabilidade dos que se unem em sociedade, mediante a separação entre o patrimônio dessa sociedade e o dos sócios, um dos principais avanços (e, porque não dizer, um dos principais atrativos) para o desenvolvimento dos grandes empreendimentos comerciais, hoje tão comuns em nossas vidas. É igualmente certo, contudo, que

[...] possibilidade de criar um patrimônio *separado* contraste com o princípio fundamental de dever, em princípio, cada sujeito responder, com todo o seu patrimônio, por suas dívidas; de deverem, portanto, vários sujeitos que operem em conjunto, responder, todos e com todo o seu patrimônio, pelas dívidas contraídas na gestão coletiva. (ASCARELLI, 2001, p. 464).

Daí porque, como lembrou Ascarelli (2001, p. 464), “[...] na sua origem histórica, a res-

<sup>1</sup> De fato, “[...] a realização do fim para que se uniram se dificultaria extremamente, ou seria impossível, se a atividade conjunta somente se permitisse pela soma, constante e iterativa, de ações individuais”. (GOMES, 1995, p. 185).

ponsabilidade limitada dos sócios de uma companhia decorre de princípios excepcionais e se apresenta, como um ‘privilégio’, que, por isso, pode ser baseado tão somente em um ato legislativo especial, que derroge o direito comum”.

Assim, as sociedades, e sua personalização jurídica – esta, “[...] uma qualidade que a ordem jurídica estatal outorga a entes que a merecerem” (DINIZ, 1999, p. 510) – consistem unicamente em uma *técnica*, uma *criação jurídica* (MIRANDA, 1970, p. 280), voltada à viabilização dos interesses e objetivos dos indivíduos que a compõem<sup>2</sup>. Não se pode perder de vista, como advertiu Comparato (1983, p. 281), que essa personificação é apenas “[...] uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos”, de maneira que a sua manutenção somente é autorizada (e, a rigor, somente justificada) enquanto voltada para a realização daqueles específicos interesses e objetivos, tal como previstos nos contratos ou nos estatutos sociais.

Neste contexto, não há dúvida de que se, por um lado, a constituição da sociedade e a teoria da pessoa jurídica representam avançada técnica para consecução de objetivos econômicos, sociais, religiosos ou políticos, de outro elas “[...] não devem constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas.” (ASCARELLI, 1945, p. 140). Nesta ordem de idéias, pode-se afirmar, como Woods (1957), que mesmo o conceito de personalidade jurídica

[...] tem uma finalidade válida, porém, limitada, e, de resto, a natureza da sociedade (*corporation*) não é tão importante como as aplicações que se lhe podem dar”. Isto porque, e ainda segundo esse autorizado jurista norte-americano, “[...] trata-se de uma invenção jurídica que exige se desenvolvam e apliquem regras adequadas para seu uso. Essas regras, porém, não devem converter-se em imperativos. Não se deve permitir que seu emprego destrua valores a que o direito reserva hierarquia superior<sup>3</sup>.

A idéia, diga-se, não é nova, e vem de antiga decisão que, embora editada nos tribunais ingleses<sup>4</sup>, acabou por produzir maior repercussão no direito norte-americano, onde se fixou o entendimento de que

[...] quando o conceito de pessoa jurídica (*corporate entity*) se emprega para de-

<sup>2</sup> “Afinal a constituição da pessoa jurídica e do patrimônio separado representa apenas um meio técnico para que os sócios possam exercer o comércio com responsabilidade limitada.” (ASCARELLI, 2001, p. 465). Essa, aliás, a base central de toda a construção formada em torno das pessoas jurídicas, já que não existem, em direito, interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, e nas palavras de Comparato (1983, p. 267), “[...] toda a disciplina jurídica concernente à pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina dos interesses dos homens que a compõem”.

<sup>3</sup> Com efeito, a questão, conforme pondera Requião (1969), é praticamente universal uma vez que “em qualquer país que se apresente a separação incisiva entre pessoa jurídica e os membros que a compõe, se coloca o problema de se verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que esta radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito”.

<sup>4</sup> Trata-se do caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado em Londres em 1897, em decisão confirmada pela Corte de Apelação. Embora ao depois tenha sido reformado pela Casa dos Lordes, esse julgamento teve sucesso acentuado na América do Norte, formando a base do que hoje se estuda sobre o tema.

fraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação já existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio, ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais. (REQUIÃO, 1969, p. 10).

Essa *superação* da personalidade jurídica, suprimindo-se a autorização legal para separação de patrimônio, e a atribuição (imputação) de responsabilidade direta aos indivíduos que compõem a sociedade não são incompatíveis ou mesmo contraditórias com as razões que inspiraram a criação das pessoas jurídicas. É que, estando essa autorização limitada à persecução dos interesses que criaram a sociedade, parece mesmo ser compatível com o conceito de pessoa jurídica

*[...] il fatto che, in casi eccezionali, si faccia riferimento alle persone fisiche che stanno al di là della stessa, mentre sarebbe invece inconciliabile con le finalità dell'ordinamento giuridico, il voler conservare l'autonomia della persona giuridica anche nei casi in cui essa viene utilizzata per il perseguimento di fini che appaiono in contraddizione con quelli per i quali fu concessa alla persona giuridica una autonomia personalità giuridica.* (SERIK, 1966, p. 95).

A rigor, e na lição de Moremans (1989), nestas hipóteses não se trataria propriamente de negar a personalidade jurídica, “[...] *sino de fijar la interna limitación de la misma*”, já que “[...] *una actuación de los socios fuera de dichos límites, y para los cuales no han sido facultados por el ordenamiento jurídico, debe ser imputada a aquéllos*”.

Entre nós, Requião (1969), pioneiro no estudo do tema, observou que:

[...] se a personalidade jurídica constitui criação da lei, como concessão do Estado objetivando, como diz Cunha Gonçalves, ‘a realização de um fim’, nada mais procedente do que reconhecer ao Estado, através da sua Justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado.

[...] a personalidade jurídica passa a ser considerada, doutrinariamente, um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso”.

Embora de maneira sabidamente excepcional, tais casos fariam com que fosse, nas palavras de Tucci (1969, p. 165) “[...] até obrigatório *atravessar a cortina daquele conceito formal*, que estabelece uma radical separação entre a pessoa jurídica e os membros que a integram, para julgar os fatos mais de acordo com a realidade, de maneira que permita evitar ou corrigir perigosos desvios na sua utilização”.

Disso tudo se extrai que a *desconsideração da personalidade jurídica* “[...] visa a desvendar os sócios, através da pessoa jurídica, e a considerá-los como dominantes da sociedade, uma entidade ostensiva por eles constituída” (RAMALHETE, 1984, p. 10). Nesta medida, e na feliz expressão do autor, ela “[...] dá transparência ao que parece opaco [...]”, opinião que também se encontra em Casillo (1979, p. 528), para quem “[...]quando se

fala, por outro lado, em desconsideração da pessoa jurídica, é porque a própria entidade é que foi desviada da rota traçada pela lei e pelo contrato. A sociedade é utilizada em seu todo para mascarar uma situação, ela serve como véu, para encobrir uma realidade”. Assim, a *disregard doctrine* constitui relevante “[...] técnica casuística (e, portanto, de construção pretoriana) de solução de desvios de função da pessoa jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação da responsabilidade da pessoa jurídica implica sacrificar um interesse que ele reputa legítimo” (AMARO, 1993, p. 173).

E diz-se casuística porque, conforme reconhece Ballantine (1946, p. 292), os problemas relacionados ao abuso da pessoa jurídica não se resolvem propriamente mediante aplicação, pura e simples, de uma regra geral de desconsideração de sua personalidade, “[...] *but by a study of the just and reasonable limitations upon the exercise of the privilege of separate capacity under particular circumstances in view of its proper use and functions*” – uma vez que são as particularidades do caso concreto, e em especial o modo como se verifica a má utilização, o desvio de finalidade ou a injustiça na manutenção da personalidade jurídica, que determinarão a sua eventual desconsideração.

Nestas hipóteses – nas quais avultam os de fraude e abuso do direito – parece-nos indubitável que o juiz tem o poder, e, sobretudo, o dever, de indagar se deve desprezar as consequências desse ilícito, ou desse abuso, deixando de atingir os verdadeiros causadores daqueles atos, ou se deve “[...] desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos” (REQUIÃO, 1969, p. 13).

Assim, sempre que argüida a fraude, o ilícito, ou o propósito de prejudicar terceiros, ou mesmo que se possam frustrar direitos ou interesses desses terceiros – aqui incluídos os demais sócios da empresa<sup>5</sup> – o Judiciário, conforme observou Limborço (1984, p. 25), “[...] esquadrinhando a intimidade da pessoa jurídica, poderá constatar se, na realidade, alguém se serve dela para, confundindo os interesses e o patrimônio da empresa com os pessoais dele, cometer abusos, de modo a causar prejuízos”.

Sobre isso, Alvim (1985, p. 173), analisando os casos em que se autorizaria a quebra da personalidade jurídica, destacou a “[...] utilização abusiva da pessoa jurídica, com o intuito de fugir à incidência da lei ou de obrigações contratuais, ou causar fraudulentamente danos a terceiros”. Assim, para que se atinja a verdadeira justiça – esse o pressuposto e norte da aplicação dessa teoria – é preciso que, nestes casos, o juiz ignore a existência da pessoa jurídica, e faça com que o ato, que apenas *formalmente* seria dela, seja imputado diretamente ao sócio.

Nossos tribunais, há muito, acolheram a idéia de que, embora, em princípio, a sociedade não se confunda com a pessoa dos sócios, essa regra não pode ser levada ao extremo de

<sup>5</sup> Comparato (1983) lembra hipótese do locador pessoa física que retoma imóvel para uso *próprio* de pessoa jurídica, sob seu controle, hipótese em que se daria a desconstituição para resguardar interesse legítimo do sócio.

“[...] entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do Juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito”. (RT, n. 238, p. 394). Já se decidiu que

[...] não basta o frio e externo respeito aos pressupostos assinalados pela lei, para permitir que se oculte alguém sob a máscara da pessoa jurídica e desfrute de seus inegáveis benefícios. Acredita-se ter sido encontrado pelos autores e pela jurisprudência o remédio para esses desvios no uso da pessoa jurídica, na possibilidade de prescindir de sua estrutura formal para nela ‘penetrar’ até descobrir seu substrato pessoal e patrimonial, pondo assim a descoberto os verdadeiros propósitos dos que se amparam sob aquela armadura legal. (RT, n. 188, p. 269).

Citando amplos precedentes, inclusive do Supremo Tribunal Federal, Tucci (1989, p. 163), antes invocado, demonstra que a teoria da desconsideração mereceu acolhida em nossa jurisprudência, aplicada sempre que “[...] os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso, equivalha a sancionar uma fraude ou promover uma injustiça”.

E, conquanto tenha nascido nos tribunais, essa desconsideração agora se encontra expressamente prevista na legislação, sendo numerosos os dispositivos que a consagram, sempre no espírito de se evitar que a figura da pessoa jurídica impeça ou dificulte o fazimento da justiça. Assim, a superação da personalidade jurídica, dentre outros dispositivos, é tratada no art. 28 da Lei 8.078/90<sup>6</sup>, que disciplina as relações de consumo e, a rigor, mesmo em matéria ambiental, como no art. 4º da Lei 9.605/98: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Lembre-se, também, que o art. 50 do novo Código Civil, dispõe como regra geral 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 da pessoa jurídica.

O novo Código Civil, neste particular, prima por consagrar o que doutrina e jurisprudência já haviam anotado acerca da matéria – que a *disregard doctrine*

[...] não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume, para seus outros fins legítimos. (REQUIÃO, 1969, p. 17).

<sup>6</sup> “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

## 2. O Pressuposto da Fraude ou do Abuso no Emprego da Personalidade Jurídica.

Mas se é certo, como já acenado, que a desconsideração da personalidade jurídica é expediente que se justifica essencialmente pelo combate à conduta fraudulenta e abusiva, é justamente essa mesma circunstância que imprime ao instituto um caráter excepcional: embora a patologia justifique o emprego do remédio, a patologia ainda tem caráter de exceção e não se presume. Do correto emprego do instituto depende sua própria valorização, de tal sorte que o uso indiscriminado da teoria e das normas jurídicas que a positivaram poderia produzir efeito muito diverso do que o sistema pretende. Sobre o tema, Dinamarco (2001, p. 1.181) escreveu que:

Conforme lição incontestada dos próprios arautos da *disregard doctrine*, ela foi concebida e legitima-se no objetivo de *afastar a fraude que através da personalidade jurídica se perpetra contra terceiros*. Ela não é e não pretende constituir-se em aniquilação dessa tradicional e arraigada categoria jurídica (que, ademais, está insculpada no direito objetivo e não pode ser assim pura e simplesmente banida: CC, arts. 13 ss.). Nem poderia valer como pura e simples negativa de vigência à regra da *responsabilidade limitada*, que integra a própria essência das sociedades por quotas (cfr. dec. n. 3.708, de 10.1.19, arts. 9º e 10). Continua em vigor e eficaz o art. 20 do Código Civil, com a regra de que ‘as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros’ – reputando-se sempre extraordinárias as situações em que tal distinção se desconsidera.

[...]

Também em sede pretoriana, na aplicação da *disregard of legal entity* desde o começo foi sempre a identificação de alguma fraude, ou intenção de lesar, que levou e tem levado os tribunais brasileiros, caso por caso, a afastar os óbices que às vezes a personalidade jurídica opõe ao cumprimento dos desígnios do direito material e efetiva realização da justiça.

Nessa perspectiva de combate à fraude, a aplicação das novas idéias trouxe em si, desde o início, a marca da *excepcionalidade*: a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os *casos extremos* em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente os seus membros.

Não fora excepcional e a aplicar-se prudentemente em casos de efetiva fraude a terceiros, o novo pensamento seria violador da ordem jurídica, desconsiderando o que ela institui (CC, arts. 13 ss.) e responsabilizando sócios contra o veto expresso em lei.

Tratando do assunto, Coelho (2002, p. 35) lembra que há duas formulações para a teoria da desconsideração: “[...] a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial”. Nas palavras do ilustre comercialista, a teoria maior da desconsideração

[...] elegeu como pressuposto para o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária o uso fraudulento ou abusivo do instituto. Cuida-se, desse modo, de uma formulação subjetiva, que dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, voltado à frustração de legítimo interesse do credor.

[...]

A teoria da desconsideração visa coibir fraudes perpetradas através do uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Sua aplicação é especialmente indicada na hipótese em que a obrigação imputada à sociedade oculta uma ilicitude. Abstraida, assim, a pessoa da sociedade, pode-se atribuir a mesma obrigação ao sócio ou administrador (que, por assim dizer, se escondiam atrás dela), e, em decorrência, caracteriza-se o ilícito. Em síntese, a desconsideração é utilizada como instrumento para responsabilizar sócio por dívida formalmente imputada à sociedade. (COELHO, 2002, p. 44-45).

Procedendo a percutiente exame da legislação brasileira no tocante ao instituto, Coelho (2002) lembra que o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica é o Código de Defesa do Consumidor, no art. 28. Contudo, atento ao aparente divórcio entre a norma legal e o fundamento principal que sempre norteou o instituto (fraude ou uso abusivo da personalidade jurídica) ressaltou o comercialista que:

[...] tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõe nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto da lei e a doutrina nenhum proveito traz à tutela dos consumidores, ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos. (COELHO, 2002, p. 49).

Prosseguindo nesse exame, Coelho (2002, p. 53) lembra também que:

O segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração é o art. 18 da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste). Em duas oportunidades, poderá verificar-se a desconsideração da personalidade jurídica na tutela das estruturas de livre mercado: na configuração de infração da ordem econômica e na aplicação da sanção. [...] não há dúvidas quanto à pertinência da aplicação da teoria da desconsideração no campo da tutela do livre mercado; mas, como o legislador de 1994 praticamente reproduziu, no art. 18 da Lei Antitruste, a redação infeliz do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor, acabou incorrendo nos mesmos desacertos. Desse modo, a segunda referência legal à desconsideração no direito brasileiro também não aproveitou as contribuições da formulação doutrinária, perdendo consistência técnica.

A terceira referência à teoria da desconsideração, no direito positivo brasileiro, já mencionada neste e no precedente parecer, encontra-se no art. 4º da Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente. Como já assinalado, poderá

ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Sobre tal dispositivo, Coelho (2002, p. 53) afirmou que “[...] não cabe criticar o legislador por confundir a desconsideração com outras figuras do direito societário, impropriedade em que incorreu ao editar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste”. Mas foi taxativo ao ressaltar: “[...] não se pode, também, interpretar a norma em tela em descompasso com os fundamentos da teoria maior”. Finalmente, detendo-se agora sobre o novo Código Civil, Coelho (2002, p. 53) asseverou que:

A pesquisa da origem desse dispositivo revela que a intenção dos elaboradores do Projeto de Código Civil era a de incorporar, no direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, cuja aplicação independe de previsão legal:

Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se reportam ao tema (Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste ou Código de Defesa do Consumidor), está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo do credor.

[...]

Por outro lado, nas situações abrangidas pelo art. 50 do CC/2002 e pelos dispositivos que fazem referência à desconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação maior da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais. A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (isto é, os arts. 28 e § 5º do CDC, 18 da Lei Antitruste, 4º da Lei do Meio Ambiente e 50 do CC/2002) é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica.

Nessa mesma linha de pensamento, Alvim (1997, p. 212) observou que:

[...] a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ter lugar, se de atos praticados por uma ou mais sociedades, resultarem prejuízos a terceiros, desde que tais atos sejam, ainda, incompatíveis com a função da pessoa jurídica. [...] a teoria da desconsideração só pode ser aplicada a casos singulares, extraordinários, quando se fizer mau uso da pessoa jurídica.

Assim também Dinamarco (2001, p. 1183) é peremptório ao asseverar que “[...] sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração”. Justen Filho (1987, p. 121), outro doutrinador que se dedicou ao tema, lembrou que:

[...] o abuso da pessoa jurídica indica a atividade atípica, descontrolada e insuportável, não prevista e, até mesmo, imprevisível ocorrente na utilização pelo particular desse instrumental. É esse mesmo risco que acompanha outros instrumentos não

jurídicos, técnicos, que o homem tem a esperança de controlar e fazer atuar em seu próprio benefício, ainda que à custa de sacrifícios ‘suportáveis’ [...] o abuso que conduz à desconsideração é o abuso não permitido – ou melhor, não assumido pelo direito e pela comunidade. É a situação de excessiva ofensa aos princípios jurídicos.

Preocupações dessa mesma ordem estão expressas no pensamento de Tepedino (2002, p. 121) que, ao ensejo do art. 50 do novo Código Civil, afirmou:

Desconstituir de modo definitivo, arbitrário e irracional pessoas jurídicas constituídas ao abrigo da lei, e que vêm funcionando em conformidade com a lei, sem evidência de efetivo prejuízo a terceiro detentor de interesse jurídico legítimo – e portanto sem comprovação de uso abusivo do instituto é, muito mais do que atribuir-se uma injustificada resolubilidade ao direito de propriedade, e um preço muito oneroso ao exercício da empresa, vinculá-los sempre, em quaisquer situações, a uma suposta fides específica. É erigir-se em concreta e imediata a *responsabilidade social* do empresário, quando nem a Constituição o fez, nem o NCC pretendeu assim qualificá-la, nem muito menos os padrões de auto-sustentabilidade econômica pós-modernos assim comportam.

[...]

É inegável que a pessoa jurídica tem responsabilidade, assim como seus fundadores, mantenedores, acionistas, sócios e administradores. Mas a responsabilidade tem que ser proporcional e compensatória aos danos decorrentes da violação – omissiva ou comissiva – do *dever geral de boa-fé*. Pensar de modo diferente é dar-se o primeiro passo na rota obscura do autoritarismo e da insegurança jurídica. (TEPEDINO, 2002, p. 121).

Nessa mesma linha de pensamento, Rodrigues (2002, p. 97), conquanto louvando a aplicação da teoria para além das hipóteses legais, é taxativo ao dizer que tal concepção “[...] só deve sê-lo em hipóteses excepcionais, pois, caso contrário, se passasse a ser procedimento rotineiro, iria negar-se vigência ao princípio básico da teoria da personalidade jurídica, consagrado no art. 20 do antigo Código Civil, segundo o qual a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus membros”. A jurisprudência parece não discrepar desse entendimento quando salienta que:

A penhora de bem de sócio de sociedade limitada para satisfação de dívida da pessoa jurídica só deve ser realizada quando presentes condições excepcionais justificadas. A responsabilidade dos sócios, com aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, depende de prova de comportamento impróprio. (RT, n. 620, p. 122).

Nessa mesma direção, também já se decidiu que “[...] a mera ausência de bens da devedora para penhora não justifica a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que exige fraude na administração”. Assim, “Não se pode confundir a figura da mera devedora pessoa jurídica em dificuldade financeira com a devedora pessoa jurídica que age com fraude na administração” (SÃO PAULO, 2002a). E nesse mesmo sentido:

A teoria da *desconsideração da personalidade jurídica* pressupõe *prática de fraude* dos sócios das sociedades de responsabilidade limitada em detrimento aos credores, mormente: *abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito*, ou, ainda *má administração* que acarrete o encerramento das suas atividades. Logo, a mera ausência de bens localizáveis para penhora não justifica a aplicação desta teoria. (SÃO PAULO, 2002b).

A aplicação da *disregard doctrine*, a par de ser salutar meio para evitar a fraude via utilização da pessoa jurídica, há de ser aplicada com cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos da pessoa física. Sua aplicação terá de ser apoiada em fatos concretos que demonstrem o desvio da finalidade social da pessoa jurídica, com proveito ilícito dos sócios. (RT, n. 673, p. 160, grifo nosso).

Disso se extrai que, como já salientado, a eficácia e o mérito da desconsideração da personalidade jurídica dependem também de seu adequado emprego. Como já fora acenado no tópico precedente e conforme ficou demonstrado neste outro, a desconsideração deve ser feita sempre que a personalidade seja utilizada como forma de fraude ou abuso, com desvio da finalidade social da pessoa jurídica. A desconsideração, como visto, não é medida que se possa ou que se deva banalizar e não é panacéia para todos os males de credores em face de possíveis devedores.

Mesmo nos casos em que a legislação, como no caso da tutela do consumidor e mesmo do meio-ambiente, sugere que a desconsideração possa ser feita pela simples insuficiência do patrimônio daquele que, no plano do direito material, ostenta a qualidade de devedor (titular passivo da obrigação), ainda nesses casos a mais autorizada doutrina salienta que a interpretação de tais dispositivos só pode e deve ser feita à luz de todo o arcabouço doutrinário que preparou a incorporação da regra pelo sistema positivo e, assim e de volta ao início, a desconsideração deve ser vista como medida excepcional.

### 3. Forma e Oportunidade da Desconsideração

Feitas tais considerações, resta ainda examinar *como e quando* a desconsideração pode ter lugar no processo. A questão apresenta alguma dificuldade na medida em que dela decorre o confronto de dois aspectos paradoxais. De um lado, quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica, pensa-se, como já visto, na extensão da responsabilidade patrimonial a quem não figura, no plano substancial, como devedor e, portanto, na invasão – mediante atuação dos meios executivos – da esfera patrimonial de outrem. Por outro lado, para que se opere a desconsideração, como também já visto, é preciso partir da premissa de que há fraude ou abuso a justificar a aplicação desse expediente que, como demonstrado, tem caráter excepcional. E, para partir dessa premissa, exige-se adequada cognição. O problema, portanto, consiste em saber em *como conciliar essas duas circunstâncias*.

O tema não é desconhecido da doutrina. Sobre ele, mais uma vez, Dinamarco (2001, p.

1.186), partindo da excepcionalidade da medida e lembrando Malatesta, escreveu que, conforme tradicional lição doutrinária de conhecimento geral

[...] o ordinário se presume e o extraordinário se prova. [...] diante da questão referente à desconsideração da personalidade jurídica, a eventual fraude cometida pelo devedor (ou por sócios da sociedade devedora) é *fato constitutivo*: fato constitutivo do direito da credora a satisfazer-se, excepcionalmente, à custa do patrimônio do sócio. Reside nos eventuais atos fraudulentos a causa que em tese pode conduzir a essa solução extraordinária. Sem fraude não se desconsidera; sem prova, a fraude não pode ser reconhecida. (grifo nosso).

Lembrando as regras sobre distribuição do ônus da prova no processo, Dinamarco (2001, p. 1.187) chega à conclusão de que:

[...] a credora haveria de provar a fraude, não o contrário. O fundamental eixo de referência do legislador para a distribuição do ônus da prova é sempre, na conhecida lição de Giuseppe Chiovenda, o *interesse*: tem esse ônus aquele sujeito a quem beneficiará o reconhecimento do fato alegado. Se a fraude é alegada pela credora e seu reconhecimento beneficiará a ela, é a ela que cabe o ônus de demonstrar a efetiva ocorrência do alegado fato fraudulento. O contrário violaria frontalmente a regra de distribuição do ônus da prova, contida no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil. [...] A conclusão só poderia ser diferente se a lei ditasse alguma *presunção de fraude*. Mas como isso inexistente e seria mesmo iníquo, é sempre ao credor que cumpre provar os fundamentos da pretendida desconsideração da pessoa jurídica. Sendo a má-fé considerada excepcional na vida das pessoas, aquele a quem o seu reconhecimento pelo juiz possa aproveitar tem o ônus de prová-la. É da boa doutrina que ‘la buona fede si presume: chi allega mala fede di un'altra persona deve provarla’. Do direito italiano vem a feliz síntese do conceito de boa-fé: ‘l’ignoranza di ledere altrui’, dizendo ainda Torrente-Schlesinger ao versarem sobre o art. 1.147 de seu *codice civile*: ‘na maior parte dos casos a boa-fé identifica-se com a convicção de haver adquirido um direito sobre a coisa por meio de um título que considerou idôneo, mas não é’. Substancialmente na mesma ordem de idéias, entre nós disse Orlando Gomes: ‘é possuidor de boa-fé quem ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa. (grifo nosso).

Com base nessa irrepreensível linha de argumentação, Dinamarco (2001, p. 1.194) observa que:

Toda vez que se fala em *onus probandi*, no entanto, é preciso pensar na existência de um juiz investido de poderes para pronunciar-se acerca dos fatos probandos e *decidir* sobre direitos e obrigações eventualmente gerados por eles”. Assim, diz o ilustre processualista, seria – como é – ‘indispensável colocar esses fatos supostamente caracterizadores da fraude ou da sucessão em algum *processo de conhecimento*’, no qual em sentença o juiz declare que a pessoa em questão é, ou não é, co-titular da obrigação ou mesmo de responsabilidade por obrigação alheia.

Dinamarco (2001, p. 1.194) invoca a lição de Limborço, para quem se alguém

[...] pretende atingir aquele que se serve de uma empresa para negociação pessoal, com prejuízo para terceiros, terá de utilizar o processo de cognição previsto nos arts. 282 e ss. do CPC, a fim de que, apurado o dolo, a simulação ou a fraude, possa responsabilizar pessoalmente o fraudador. E, certamente, se não dispuser de prova robusta, esbarrará na interpretação que tem sido dada ao *caput* do art. 20 do CC.

De fato, essa a conclusão a que se chega quando se atenta para a circunstância de que a invasão da esfera patrimonial depende da existência de título executivo. Sobre isso, Dinamarco (2001, p. 1.188), mais uma vez, observou que:

Não sendo admissível execução sem título tipificado em lei (CPC, arts. 593 e 596), daí decorre que, em princípio, e salvo casos de sucessão e outros excepcionais, tem legitimidade para figurar no pólo passivo do processo de execução somente o ‘devedor, reconhecido como tal no título executivo’ (CPC, art. 568, inc. I). É esse o natural *legitimado ordinário primário*, porque titular da obrigação exequiênda e porque já participou do *iter* de formação do título que conduz à execução.

E conclui:

Fora disso (art. 568, inc. I) e nada demonstrando ao juiz que o terceiro seja um *successor* (art. 568, inc. II) ou que haja buscado fraudar a execução mediante o abuso da personalidade jurídica, não se legitima a sua inclusão como sujeito passivo da execução. Inexistindo título ou qualquer outro provimento jurisdicional que o reconheça como devedor ou mesmo como responsável, de algum modo esse reconhecimento há de ser feito pelo juiz competente e em sede processual adequada. Algum pronunciamento judicial há de ser emitido previamente, mediante instrução razoável, com vista ao possível reconhecimento da legitimidade passiva do terceiro e, mediante isso, a estender a ele a eficácia do título executivo. (DINAMARCO, 2001, p. 1196, grifo nosso).

Nessa mesma linha de pensamento, Coelho (2002, p. 54) lembra que:

Para a teoria maior, o pressuposto inafastável da desconsideração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados. Ora, se assim é, o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento. [...] Em outros termos, quem pretende imputar a sócio ou sócios de uma sociedade empresária a responsabilidade por ato social, em virtude de fraude na manipulação da autonomia da pessoa jurídica, não deve demandar esta última, mas a pessoa ou as pessoas que quer ver responsabilizadas. Se a personalização da sociedade empresária será abstraída, desconsiderada, ignorada pelo juiz, então a sua participação na relação processual como demandada é uma impropriedade. Se a sociedade não é sujeito passivo no processo legitimado a outro título, se o autor não pretende a sua responsabilização, mas a de sócios ou administradores, então ela é parte ilegítima, devendo o processo ser extinto, sem julgamento de mérito, em relação à sua

pessoa, caso indicada como ré.

Chama a atenção para a circunstância de que:

[...] a teoria maior torna impossível a desconsideração operada por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. Quer dizer, se o credor obtém em juízo a condenação da sociedade (e só dela) e, ao promover a execução, constata o uso fraudulento da sua personalização, frustrando seu direito reconhecido em juízo, ele não possui ainda título executivo contra o responsável pela fraude. Deverá então acioná-lo para conseguir o título. Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório. (COELHO, 2002, p. 55).

Dessa forma, parece-nos acertada a posição assim defendida pelo ilustre comercialista, no sentido de que:

[...] quando a fraude na manipulação da personalidade jurídica é anterior à proposição da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra o agente que a perpetrar, sendo a sociedade a ser desconsiderada parte ilegítima. Por outro lado, se o autor teme eventual frustração ao direito que pleiteia contra uma sociedade empresária, em razão de manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial no transcorrer do processo, ele não pode deixar de incluir, desde o início, no pólo passivo da relação processual, a pessoa ou as pessoas sobre cuja conduta incide o seu fundado temor. Nesse caso, o agente fraudador e a sociedade são litisconsortes. [...] Assim sendo, percebe-se que mesmo os juízes adeptos da teoria menor da desconsideração não podem simplesmente dispensar o prévio título executivo judicial, para fins de tornar efetivo qualquer tipo de responsabilização contra sócio ou administrador de sociedade empresária. No contexto da teoria menor, o pressuposto da desconsideração não é fraude, mas a insatisfação de credor social. Ora, qualquer que seja o pressuposto adotado para a desconsideração, isso não altera em nada a discussão dos aspectos processuais da aplicação da teoria. Quer dizer, será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no pólo passivo, aquele cuja responsabilização se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria), seja para condená-lo, tendo em vista a insolvabilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor). (COELHO, 2002, p. 55-56).

Esse entendimento, mais uma vez é prestigiado pela jurisprudência, colhendo-se aí a consagração da tese de que:

A doutrina da superação ou desconsideração da personalidade jurídica traz questão de alta indagação exigente do devido processo legal para a expedição de um provimento extravagante, que justifique invadir a barreira do art. 20 do CC. Não é resultado que se alcance em simples despacho ordinário da execução, do arresto ou do mandado de segurança, todos de cognição superficial. (RT, n. 657, p. 120).

Assim também já se decidiu que “[...] os bens particulares dos sócios, em princípio não

respondem pelas dívidas contraídas por sociedade limitada dissolvida. De resto, a alegação de culpa ou dolo do sócio que teve seus bens particulares penhorados, para o estabelecimento de sua responsabilidade pela dívida da sociedade, depende de processo de cognição”. (RT, n. 581). No mesmo sentido colhem-se os seguintes pronunciamentos:

EXECUÇÃO - PENHORA - BEM DE PESSOA FÍSICA - SÓCIO DE PESSOA JURÍDICA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - PROCEDIMENTO QUE PERMITA O CONTRADITÓRIO – NECESSIDADE

Para que sejam penhorados bens da pessoa física, enquanto sócia de pessoa jurídica, é preciso primeiro desconsiderar a personalidade jurídica, atendidos a seus pressupostos, em procedimento à luz do contraditório judicial. (TA/SP, AI 698275007. Rel. Juiz Soares Levada).

A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação. (BRASIL, 2002).

Embargos à execução de multa cominatória. Desconsideração da personalidade jurídica para atingir empresa que não foi parte na ação anterior. Impossibilidade. Nula, a teor do artigo 472, CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2003).

Portanto, de todo o exposto, conclui-se também que a desconsideração da personalidade jurídica, providência cujo acerto e eficácia devem atentar para sua excepcionalidade e para a presença de seus pressupostos (fraude e abuso, a desvirtuar a finalidade social da pessoa jurídica), não pode, não ao menos como regra, ser feita por simples despacho no processo de execução. A cognição para detectar a presença dos citados pressupostos é indispensável e, nessa medida, ao menos como regra, impõe-se a instauração do regular contraditório em processo de conhecimento.

Esse processo de conhecimento que se exige, fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação do título executivo para que, depois, se promova a invasão patrimonial. A via própria assim exigida, portanto, não é necessariamente um processo que tenha por objeto a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de *ação própria* no sentido de que aquele cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme o título executivo. Em outras palavras e como já dito, não é possível penhorar bens de uma pessoa – como resultado da desconsideração da personalidade jurídica de outrem – sem que, em regular processo de conhecimento condenatório, de cognição plena e profunda, cercada por todas as garantias do contraditório, sejam examinados os pressupostos autorizadores da desconsideração e se imponha a sanção àqueles cujo patrimônio deverá ser impactado na sucessiva execução.

#### 4. Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Direito Comercial, coleção de estudos e pareceres*. São Paulo: RT, 1985.

ALVIM, Teresa. Aplicabilidade da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, jul./set. 1997.

AMARO, Luciano. Desconconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. *Ajuris*, São Paulo, v. 20, n. 58, p. 69-84, jul. 1993.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

BALLANTINE, Henry Winthrop. *On corporations*. Chicago: Revista Chicago, 1946.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 422583/PR. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 20 de junho de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 347524/SP. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 18 de fevereiro de 2003.

CASILO, João. Desconconsideração da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 528, p. 24-39, dez. 1979.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987.

LIMBORÇO, Lauro. Disregard of legal entity. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 579, p. 25-29, jan. 1984.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, v. 1.

MOREMANS, Daniel de. Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital a través del disregard of legal entity. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 26, p. 104-109, 1989.

RAMALHETE, Clóvis. Sistema de legalidade na desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 586, p. 9-14, ago. 1984.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 410, p. 10-24, dez. 1969.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 772.684-00/5. Relator: Juiz Luiz de Lorenzi. São Paulo, 18 de dezembro de 2002a.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 73794800/0. Relator: Juiz Ribeiro Pinto. São Paulo, 23 de abril de 2002b.

SERIK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Tradução Marco Vitale. Milão: A. Giuffrè Editore, 1966.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direito processual civil e direito privado: ensaios e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1989.

WOODS, Mervin. Lifting the corporate veil. *The Canadian bar review*, dec. 1957.