

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O ARTIGO 50 DO NOVO CÓDIGO CIVIL*

Maurício da Cunha Peixoto

Professor da Faculdade de Direito Milton Campos
Mestre em Direito Comercial pela UFMG

Para tratar da desconsideração da personalidade jurídica, eu gostaria de iniciar esta nossa troca de idéias valorizando a pessoa jurídica; dizendo da sua importância desde que idealizada como técnica de união de esforços para viabilizar a expansão mercantil e o desenvolvimento econômico.

E a ilustrar a relevância desta criação do homem e a sua flexibilidade de utilização, vale lembrar uma fábula de Galgano (in ___ Rovescio del Diritto, denominada "La Favola Della Persona Giuridica), resgatada pela professora Rachel Sztajn em artigo escrito sobre o tema desta palestra (A Desconsideração da Personalidade Jurídica - RT 762, Abril de 1999, pgs. 81/96, pags. 81 e 82).

A fábula tem como personagens principais o Criador, o homem e a pessoa jurídica, figurando como personagens secundários Savigny, Gierke, Kelsen, Ascarelli, e, também, não poderia faltar, o maligno.

Destaca a fábula de início, a soberba do homem, pois, se Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, este, na tentativa de se equiparar ao Criador, cria, à sua imagem e semelhança, a pessoa jurídica, dando-lhe uma assembléia que é seu cérebro e os órgãos de administração, que se equiparam aos órgãos humanos, olhos, orelhas e boca.

E Deus presenteou o homem com a mulher (diria-se, o melhor presente da história da humanidade) dizendo-lhes crescei e multiplicai-vos. O homem, no entanto, não ficou atrás. A pessoa jurídica, mesmo concebida como ente assexuado, também se reproduz: as sociedades-mães geram filhas e estas outras filhas, povoando os continentes.

Mas aí o homem supera quem o criou, pois a pessoa jurídica pode se immortalizar, com a possibilidade do surgimento de nova pessoa jurídica pela soma de duas ou mais anteriores, através dos processos de fusão ou incorporação. E o mais surpreendente: a pessoa jurídica pode ser desincorporada, cindida, dividida em muitas outras, demonstrando que a criatividade do homem pôs em cheque a do Criador.

Neste ponto, a soberba da criatura acaba por enciumar o Criador, que, decidindo impor castigo aos homens, encarrega o Papa Inocêncio IV de "elaborar teoria destinada a convencer os homens de que a pessoa jurídica, nada mais é do que uma ficção; depois incumbe a Bartolo di Sassoferrato de convencer os homens

que a pessoa jurídica "vere et proprie non est persona"; segue-o Baldo Degli Ubaldi, que completa o ensinamento afirmando que pessoas são apenas os homens, não só quando agem individualmente, mas ainda que agindo coletivamente ("uti singuli, uti universi"). Com a pregação e o assentamento destas idéias, a pessoa jurídica acaba ficando esquecida por séculos.

Passa a inquisição e tem início o iluminismo, onde o assunto volta à ordem do dia. As pessoas jurídicas existem e são sujeitos artificiais, criados pelo legislador, diz Savigny; na outra ponta Gierke sustenta tratarem-se de verdadeiras unidades sociais vivas. E o debate acalora-se na busca de justificativa para o fenômeno.

Neste momento, mais uma vez a ira divina se manifesta, pois, desvirtuados pelo maligno, os homens são cruéis e tendo criado a pessoa jurídica à sua imagem, aplicam-lhe a mesma crueldade usada contra seus semelhantes. Veja-se que "até discriminação racial se usou contra as pessoas jurídicas". Na Alemanha nazista, confiscou-se bens de sociedades ditas judias da mesma forma que se fez relativamente aos judeus humanos. E este racismo não se manifesta apenas na Europa de Hitler; também nos Estados Unidos discutiu-se a possibilidade de compra de uma gleba de terras em um lugar onde não se admitiam pessoas de cor, por uma sociedade organizada por negros. A questão era, seria a pessoa jurídica negra ou incolor ?

E o Criador volta-se em favor dos perseguidos pelo nazismo instando Hans Kelsen a repetir literalmente as palavras de Bartolo e de Baldo "E põe na boca de Ascarelli palavras de sabor bíblico: pessoas são apenas os seres nascidos do ventre de uma mulher".

Concluindo a fábula, Galgano indaga como se discutirá, no futuro a pessoa jurídica, admitindo que a qualquer momento o homem haveria de lançar novo desafio ao Criador, pois quando o homem atua no papel de jurista, é capaz de demonstrar tudo que quer, contando inclusive para tanto, com franca colaboração do maligno.

Poderíamos, então, imaginar a continuidade da fábula, com o Criador, depois, induzindo o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como um meio de fazer com que o feitiço se virasse contra o feiticeiro, na medida em que o desvirtuamento da utilização do ente abstrato acabaria se voltando contra o próprio homem, atingindo-o na parte mais sensível de seu corpo : o bolso.

Da fábula, dentre outras, é possível extrair a lição do quão relevante é a pessoa jurídica, idealizada à semelhança do próprio homem, a ponto de incomodar

o Criador. E, de fato, não há como negar a importância esta "estupenda criação humana" para repetir as palavras de Salvatore Satta.

O instituto, surgiu para suprir a própria deficiência do ser humano. É freqüente o homem não encontrar em si, individualmente, forças e recursos necessários ao desenvolvimento de uma empresa de maior vulto. A associação com outros homens, estabelecendo uma sociedade, com o escopo de somar forças sob um organismo capaz de alcançar o fim almejado mostrou-se, assim, solução adequada ao problema.

De outro lado, as pessoas sempre tiveram medo de comprometer todo o seu patrimônio em atividades de risco. Mais uma vez, foram os princípios da separação patrimonial e limitação de responsabilidades, inerentes à personificação societária, que acabaram por canalizar os recursos necessários ao desenvolvimento da economia, evitando que o dinheiro tivesse por destino atividades não produtivas.

Outras tantas vezes, está a personalização a permitir a associação para fins não econômicos, reunindo os indivíduos para se recrear, para se cultivar, para praticar a caridade ou assistência social, ou para cultuar um Deus.

Em todas estas hipóteses uma pessoa jurídica nasce, ganha vida e personalidade, sobrelevando-se aos indivíduos que a compõem, dando origem a um ente autônomo, com direitos e obrigações próprios, não se confundindo com a pessoa de seus membros, os quais, em se tratando de atividades econômicas, investem apenas uma parcela do seu patrimônio, assumindo riscos limitados de prejuízo.

Tudo isto, sob o crivo do Estado. Melhor dizendo : a pessoa jurídica foi criada pelo Estado com o fim de incentivar e proporcionar determinadas condutas úteis para a comunidade.

E não há quem negue, na verdade, que um dos grandes e principais atores do desenvolvimento científico, cultural econômico e social experimentado pelo mundo atual é a pessoa jurídica, com os princípios da separação patrimonial e limitação de responsabilidade que lhe são inerentes.

Mas porque estaria eu a chamar a atenção dos senhores para a importância da pessoa jurídica e da separação patrimonial, exatamente quando poderia-se antever que eu deveria caminhar no sentido contrário, já que meu tema é exatamente a desconsideração da personalidade jurídica, com o conseqüente afastamento da autonomia patrimonial, para que seus sócios sejam atingidos relativamente às obrigações contraídas pelo ente moral?

A resposta é simples. Primeiro, porque a desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do que possa parecer, não visa desvalorizar a pessoa jurídica, mas antes, como veremos, busca preservar o importante instituto, e conseqüentemente, ressaltar o seu valor.

Segundo, por conta de uma ponta de preocupação que me assolou o espírito (e tomara que esta preocupação se mostre absolutamente infundada no futuro), agora que o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com um dispositivo de cunho geral sobre a matéria e, portanto, invocável pelos diversos ramos do direito.

É que, em um país de tradição jurídica romanística, de "civil law", como o nosso, por falta de previsão normativa expressa a respeito de uma teoria importada dos países de "common law", sempre foi muito difícil aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, à partir da década passada, em ramos específicos do nosso direito, como o direito do consumidor, o direito econômico e o direito ambiental, editou-se leis que versaram sobre o tema. Nossos Tribunais, então, passaram a aplicar a teoria sem muito rigor técnico e científico, de forma desgovernada, como se para se desconsiderar a pessoa jurídica e atingir o patrimônio dos sócios bastasse tão só o não pagamento de uma dívida, aliado à falta de bens do ente coletivo.

E o meu medo é que, com a previsão do novo Código Civil, por se tratar, como eu disse, de uma lei geral (e muito embora, tecnicamente não estivesse o novel art. 50 a ensejar a distorção) a porta se abra ainda mais para a banalização do instituto, com a utilização ainda mais desenfreada da desconsideração.

Isto não é possível e precisa ser evitado, sob pena da aniquilação do secular instituto da pessoa jurídica, "com o sacrifício de conceitos e princípios jurídicos básicos, que não existem por mera apresentação formal, mas que representam, na verdade, penosas conquistas já sedimentadas, que aparecem como elementos de maturidade das relações sócio-econômicas", para repetir as palavras de João Luiz Coelho da Rocha (Os Limites da Teoria da Desconsideração ou Despersonalização, Legislativo ADCOAS, pgs. 30/34, pg. 34).

O Prof. Brina tem um excepcional artigo publicado na Revista de Direito da Faculdade Milton Campos, intitulado a "Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada", no qual repete que a teoria só pode ser aplicada "excepcionalíssima e justificadamente" por diversas vezes. Eu tenho certeza que a repetição é proposital. E se pudesse, eu passaria o resto desta minha palestra apenas repetindo para os senhores que a desconsideração de personalidade jurídica só pode ser aplicada excepcionalíssima e justificadamente. E que a entrada em vigor do novel C.C., nada alterou no que toca à excepcionalidade da medida.

Observe-se que o novo art. 50 do Código Civil, diz, expressamente que só em caso de "abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, é que se pode levantar o véu societário para se enxergar os sócios.

Pode parecer óbvio mas o óbvio às vezes deve ser insistentemente repetido. O mero inadimplemento não enseja a desconsideração. Contingências econômicas fazem parte do dia a dia das empresas. Só quando o não pagamento de uma obrigação decorrer de abuso ou de fraude na utilização da pessoa jurídica, que devem ser comprovados no processo, é que mostra-se possível desconsiderar-se a personalidade jurídica.

Por isto a desconsideração da personalidade jurídica deve ser utilizada com muita parcimônia, com muita cautela pelo Judiciário brasileiro, para que o instituto não seja banalizado a ponto de liquidar com o conceito da personalidade jurídica independente das empresas, sem dúvida, uma das mais importantes contribuições do direito para o tráfico econômico.

Porque se isto ocorrer, 02 hipótese avizinhariam-se no horizonte, ambas nefastas: ou simplesmente vai se tornar difícil canalizar investimentos para atividades produtivas no país, pois o investidor pensará várias vezes antes de comprometer todo o patrimônio em atividades de risco; ou este novo risco empresarial decorrente da maculação dos princípios da separação patrimonial e da limitação de responsabilidade acabará repassado para os preços, atingindo diretamente o consumidor.

E que o alerta dirija-se especialmente à Justiça do Trabalho, onde a desconsideração da personalidade jurídica é utilizada sem cerimônia e sem qualquer rigor técnico.

Ali, infelizmente, cada dia depara-se, em frequência crescente, com pronunciamentos, inclusive do órgão judicante de maior hierarquia, que é o TST, no sentido de desconsiderar a personalidade jurídica, sem qualquer pesquisa sobre se a pessoa jurídica teria sido usada abusiva ou fraudulentamente. Super protegendo e super privilegiando o crédito trabalhista, em razão de seu caráter alimentar, os Juizes do Trabalho levantam o véu societário pelo simples fato de não terem sido localizados bens da sociedade para a penhora. E o pior, desejosos de praticarem a justiça célere, o que é salutar, mas não se pode atropelar o direito, desconsideram a personalidade jurídica na execução e penhoram bens de sócios que sequer fazem parte da administração, ou seja, sócios meros prestadores de capital, que nunca participaram a rigor da vida da sociedade e que não contribuíram para o não pagamento dos débitos trabalhistas.

Esta amplitude de utilização da teoria da desconsideração é extremamente perigosa e sua generalização certamente conduziria os empresários a indagar se valeria a pena continuar exercendo atividade econômica no país.

E aí a Justiça do Trabalho estaria contribuindo para matar a galinha dos ovos de ouro. Pois se a empresa for aniquilada, não restarão direitos trabalhistas a serem protegidos, na medida em que faltarão empregos.

Portanto, eu volto a insistir no primeiro ponto a ser destacado sobre o tema desta palestra :

Só "excepcionalíssima e justificadamente" é que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve ser utilizada, devendo o Judiciário ter toda cautela na sua aplicação.

Mas afinal, o que é a teoria de desconsideração da personalidade jurídica? Como, porque e onde teria surgido e evoluído? Visa ela anular a personalidade jurídica? Quais os seus objetivos? Como foi trazida para o Brasil e como aqui se desenvolveu?

Normalmente quem escreve sobre a desconsideração da personalidade jurídica lança-se, em primeiro lugar, a discorrer sobre as várias teorias que buscaram explicar a existência e a natureza da própria pessoa jurídica. Depara-se, então, com a teoria da ficção legal, sustentada principalmente por Savigny; a teoria da pessoa jurídica como realidade objetiva, defendida por Gierke e Zitelmann; a pessoa jurídica como realidade técnica, de Planiol e Ripert; a teoria institucionalista de Hauriou, para citar as principais.

Entendo de pouca praticidade trabalhar aqui estas teorias, eis que o debate sobre as mesmas, que há muito vem sendo travado, assume um sabor acadêmico, sendo inegável que todas trouxeram alguma contribuição para a exata compreensão do fenômeno. As pessoas jurídicas existem, não há como negar, e , ao meu ver, a adoção de uma ou outra teoria como mais acertadas pouca ou nenhuma influência tem no trato da desconsideração.

A teoria da desconsideração nasceu no direito anglo-saxão, disseminando-se por vários países, sob variadas denominações: "lifting or piercing the corporate veil" ou "disregard doctrine" ou "disregard of legal entity" nos Direitos inglês e americano; "allanamiento de la personalidad", no Direito espanhol; "superación della persolité guiridica", no Direito italiano; "teoria da penetración, ou desestimación" no Direito argentino; "durchgrift der juristischen perzon", no Direito alemão e mais comumente chamada desconsideração da pessoa jurídica ou superação da personalidade jurídica, aqui entre nós.

A grande maioria dos autores remontam a origem da teoria ao famoso caso "Salomon vs Salomon & Co Ltda", julgado na Inglaterra em 1897. O interessante é que neste primeiro precedente histórico, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica acabou por não prevalecer. Isto porque ela foi aplicada pelas instâncias inferiores da justiça inglesa, com a "House of Lords", que é a Corte Suprema daquele país, reformando as decisões anteriores, de forma a fazer prevalecer o princípio que não permite confundir a pessoa jurídica e seus sócios. Mas a semente da teoria fora plantada e germinou mundo afora, desenvolvendo-se, principalmente nos Estados Unidos da América.

No referido precedente, o Sr. Aara Salomon, um comerciante individual, resolveu constituir uma sociedade com sua mulher e cinco filhos. A sociedade foi fundada, então, com um capital de 20.006 ações, reservando-se 20.000 ações para a propriedade do mencionado comerciante individual, e as outras 06, à de sua mulher e filhos, sendo uma para cada. Para integralizar suas ações o Sr. Salomon transferiu à sociedade o fundo de comércio que possuía a título individual. Como o fundo de comércio valia mais do que as 20.000 ações, o Sr. Salomon tornou-se credor da diferença, tendo instituído a seu favor uma garantia real. A sociedade, depois, tornou-se insolvente e foi dissolvida. Durante a liquidação, o Sr. Salomon pretendeu receber seu crédito, por contar com a garantia real, privilegiadamente em relação aos demais credores. Houve, então, um conflito entre o Sr. Salomon e o liquidante, que levada às barras dos Tribunais, foi vencido, como eu disse, nas instâncias inferiores pela sociedade, sob o argumento de que o Sr. Salomon se confundia com a pessoa jurídica, constituída apenas para fraudar credores.

Como eu já adiantei, a teoria se desenvolveu não no sentido de desprestigiar a pessoa jurídica e sua autonomia patrimonial, mas sim de preservar o instituto, impedindo que fosse desviado do rumo para o qual foi idealizado.

É da tradição do direito o princípio "societas distat a singulis", ou seja, "a sociedade tem, existência distinta de seus sócios", tendo por conseguinte, patrimônio, direitos e obrigações próprios, que não se confundem com os de seus membros.

Tal regra foi prevista no art. 20 do Código anterior, tendo o Código atual se dispensado de repeti-la, certamente em razão da tradição do princípio. De qualquer forma o princípio se infere do conjunto do ordenamento.

A despeito de ter sido concebida para satisfazer legítimas necessidades humanas, a pessoa jurídica e o princípio da separação patrimonial a ela inerente, foram, pouco a pouco, sendo desviados de sua finalidade, possibilitando que, por detrás de sua estrutura, escondessem-se pessoas e patrimônios para fins abusivos e fraudulentos.

Com maior freqüência, passaram os magistrados a se depararem com situações em que considerar a autonomia da pessoa jurídica como dogma intangível significaria prestigiar interesses ilegítimos, consagrando a fraude e o abuso de direito. E, de fato, contraria o sentimento do ordenamento jurídico em seu conjunto o exagerado respeito à independência da personalidade do ente coletivo, quando por intermédio deste mesmo ente coletivo se persiga fins contrários àqueles que ensejaram o reconhecimento de tal independência.

A desconsideração, surge, destarte, como um remédio para evitar o uso desvirtuado deste rico instrumental para a atividade da vida comercial que é a pessoa jurídica. Um remédio para corrigir o rumo na sua utilização e atingir os responsáveis pelo desvio de rota que estaria a angariar descrédito para o instituto.

Como sustentado por Rubens Requião, se a pessoa jurídica é uma criação da lei, uma concessão do Estado, nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através do Poder Judiciário, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado.

A teoria, portanto, relativiza o conceito, antes absoluto, da pessoa jurídica e da separação patrimonial, permitindo ao Juiz penetrar o manto da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso.

Como ressaltado em sentença de um Juiz americano nos idos de 1905, "a companhia deve ser considerada uma entidade legal distinta de seus membros enquanto não houver razão para se pensar o contrário; mas quando a pessoa jurídica for empregada para afastar interesse público, justificar um ilícito ou acobertar delito, deverá ela ser considerada como uma associação de pessoas destituída de distinta subjetividade".

A questão é de equilibrar-se políticas de valor. Como bem salientou Tomazette (A Desconsideração da Personalidade Jurídica : A Teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil - RT 794 - Dez. 2001 - pg. 76/94, pg. 79) :

"A personificação das sociedades é dotada de um altíssimo valor para o ordenamento jurídico, e inúmeras vezes entra em conflito com outros valores, como a satisfação dos credores. A solução de tal conflito se dá pela prevalência de valor mais importante. O progresso e o desenvolvimento econômico proporcionado pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação individual de um credor. Logo, deve normalmente prevalecer a personificação.

Apenas quando um valor maior for posto em jogo, como a finalidade social do direito, em conflito com a personificação, é que está cederá espaço. Quando o interesse ameaçado é valorado pelo ordenamento jurídico como mais desejável e menos sacrificável do que o interesse volimado através da personificação societária, abre-se oportunidade para a desconsideração sob pena de alteração da escala de valores".

Não visa, assim a teoria a enfraquecer ou questionar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, mas valorizar a sua importância para o sistema econômico, coibindo fraudes e abusos que se pratiquem por seu intermédio. Ela não ataca o instituto da pessoa jurídica, mas o mal uso que dele se faz. Daí por que não se anula a personalidade jurídica, mas, apenas, episodicamente, no caso concreto, suspende-se o véu societário para, enxergando-se por detrás do mesmo, atingir os responsáveis por atos abusivos ou fraudulentos.

Com a aplicação da teoria, portanto, a personalidade jurídica da sociedade atingida permanece intacta. Não se anula os efeitos de seus atos constitutivos que, apenas, perdem eficácia temporária, episódica, no caso concreto. Daí não se confundir a desconsideração da personalidade com a despersonificação.

A despersonificação é a anulação definitiva da personalidade jurídica. Já a desconsideração é apenas a retirada momentânea da eficácia da personalidade jurídica.

Assim, se possível, neste passo, trabalhar-se um conceito, poderia-se dizer que a desconsideração da personalidade jurídica consiste na suspensão episódica e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, quando verificado o desvio da função para o qual foi criada, mediante fraude ou abuso de direito, penetrando-lhe a estrutura formal, de maneira a estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus sócios ou administradores. E quais os seus propósitos?

Vale listar os 04 principais, brilhante e objetivamente destacados em monografia de final do curso de Direito da Faculdade da UFMG, do aluno Marcelo Oliveira Costa, a que tive acesso.

Primeiro, é assegurar a concretização da intenção do legislador e a realização do fim social. Ora, como já me referi, a não comunicação dos débitos da sociedade aos seus membros não é concedida pelo Direito em benefício dos sócios, mas de toda a comunidade, sendo fator de estímulo ao desenvolvimento econômico. Se a utilização da pessoa jurídica por inescrupulosos se desvia da finalidade para o qual criada, não há razão para que a concessão seja mantida.

O segundo propósito é a preservação do próprio instituto. Lembre-se que a aplicação da teoria não macula a estrutura da pessoa jurídica; sua estrutura não se abala. A consequência da "disregard" é a superação transitória dos efeitos da personificação em relação a um ato específico.

O terceiro propósito é a penalização até como fator de desestímulo à fraude e ao abuso de direito, dos responsáveis pela manipulação indevida do instituto; e

Quarto, e não menos importante, a desconsideração tem também o nobre propósito de preservar os interesses daqueles que se viram específica e diretamente prejudicados pela conduta antijurídica dos sócios da pessoa jurídica. Afinal o privilégio concedido pelo Estado através da personalização visa propiciar a geração e circulação de riquezas e não facilitar a traição da confiança daqueles que se relacionam com as sociedades comerciais.

O grande precursor da "disregard doctrine" no Brasil foi o saudoso comercialista, Prof. Rubens Requião, que tratou do assunto, em primeira mão, em conferência proferida na Universidade Federal do Paraná, publicada, depois, na revista dos Tribunais, no final da década de 60. O ilustre Professor, à época, destacava a satisfação com que recebera do direito alienígena o esclarecimento para indignação que lhe dominava o espírito, diante da questão que até então lhe parecia insolúvel : a de coibir fraudes e abusos praticados por intermédio da pessoa jurídica.

A teoria, no entanto, encontrou aqui, em princípio, certa resistência à sua aplicação, em razão tradição do nosso direito, vinculado ao sistema jurídico romano germânico (com ampla tradição de sistematização e de codificação) e da filosofia, bem arraigada entre nós, de que todas as questões devem ser resolvidas à luz de uma regra existente. Havia grande dificuldade em se achar, no direito positivado, uma norma ou princípio geral que afastasse a regra expressa e até então absoluta do art. 20 do Código Civil.

Talvez, o fato de a teoria não ter se originado entre nós, não tendo se desenvolvido aqui um processo de indução lógica que nela desaguasse, seja a razão dos desacertos tanto de ordem jurisprudencial como legislativa ocorridos no âmbito de nosso direito. O novo Código Civil, como veremos, acabou por corrigir o rumo legislativo.

Grande confusão com a qual até hoje se depara em decisões dos tribunais é a que diz respeito ao problema de imputação de responsabilidade direta aos sócios e administradores das sociedades.

Antes de ter sido a teoria positivada, o nosso ordenamento jurídico já contava com dispositivo de imputação de responsabilidade a sócios gerentes,

administradores e sociedades pertencentes a um mesmo grupo, encontrados na legislação societária, tributária e trabalhista, que passaram a ser utilizados como se versassem sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, muito embora não o fizessem.

Assim, por exemplo, dispõe o art. 135 do CTN serem os administradores pessoalmente responsáveis por créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração à lei.

Também o art. 158 da Lei de sociedades por ações prevê a responsabilidade pessoal e direta dos administradores das sociedades anônimas por atos praticados com violação do estatuto ou da lei. Os arts. 116 e 117 do mesmo diploma impõem responsabilidade ao controlador por atos praticados com abuso de poder, enumerando, exemplificadamente, várias hipóteses de tal prática abusiva. Mesmo tipo de previsão havia no art. 10 do anterior diploma das sociedades por cotas de responsabilidade Ltda., no que se refere aos sócios gerentes.

Não são estas, no entanto, hipóteses de aplicação da "disregard doctrine", como freqüentemente se reportam decisões judiciais, mas de responsabilização direta e pessoal dos sócios e administradores.

Para responsabilizá-los, não há necessidade de se afastar o véu societário, na medida em que aquele que praticou o ilícito o fez diretamente, sem se ocultar por detrás do manto da personalidade jurídica. A pessoa jurídica não é obstáculo ao ressarcimento, pois o responsável pelo dano praticou o ato diretamente, não tendo manipulado indevidamente o ente coletivo para sob sua casaca se esconder, escudando-se no princípio da separação patrimonial que, portanto, não precisa ser superado.

Para alcançar os responsáveis pelas práticas ilegais, nesta hipótese, basta aplicar, de forma direta, os dispositivos de lei mencionados, se, necessidade de se recorrer aos fundamentos da "disregard".

Outra confusão muito comum (agora no âmbito do Direito do Trabalho), é a invocação do art. 2º, § 2º da CLT para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica como forma de estender obrigação por débitos trabalhistas a sociedades pertencentes a um mesmo grupo econômico.

Veja-se o dispositivo :

"sempre que uma ou mais empresas, tendo embora cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo individual, comercial ou de qualquer outra atividade

econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas".

O dispositivo, na verdade, cria uma responsabilidade solidária, no que diz respeito a débitos trabalhistas, entre pessoas jurídicas distintas.

Invocar na situação a teoria da disregard é usá-la de maneira anômala, pois, de forma alguma estaria havendo a "desconsideração da personalidade jurídica". A rigor, no caso, o que ocorre é a "consideração da personalidade jurídica" de outras sociedades para efeito de responsabilizá-las por débito trabalhista.

Apenas para ilustrar, situação em que se mostra perfeitamente possível a aplicação da teoria na Justiça Trabalhista, além do caso clássico, em que, eventualmente os sócios, fraudulentamente e comprovadamente, desviam o patrimônio da sociedade para si próprios, como maneira de evitar o pagamento de direitos dos seus empregados, (e grifem o fraudulentamente e comprovadamente) seria aquela lembrada pelo Prof. Euler da Cunha Peixoto, em palestra sobre o tema, em que o empregador, de maneira a escamotear a relação de emprego, exige que o empregado constitua uma pessoa jurídica com a qual firma-se um contrato de prestação de serviços. Aí sim, é possível desconsiderar-se a pessoa jurídica, abusivamente utilizada, para reconhecer a relação de trabalho com o sócio, verdadeiro empregado.

Talvez a pouca familiaridade com a teoria é que tenha levado o legislador a traduzir na lei este tipo de imprecisão técnica a que me referi.

Assim, a primeira manifestação legislativa expressa do direito brasileiro sobre a desconsideração da personalidade jurídica, exatamente no artigo. 28 do Código de Defesa do Consumidor, acabou, de certa forma, afastando-se bastante, e eu diria, até perigosamente, dos verdadeiros fundamentos e pressupostos da teoria da desconsideração. E os dois outros diplomas específicos que se seguiram e que também trataram do assunto, que foram a lei 8884/94, que dispõe sobre a preservação e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e a Lei 9.605/98, que disciplina a responsabilidade por lesões ao meio ambiente, acabaram repetindo os erros, até porque se inspiraram no primeiro diploma.

Atente-se, com efeito, para o art. 28 do Código de defesa do Consumidor :

"Art. 28. 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, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§1º.(Vetado).

§ 2º. As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º. As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Observando-se com atenção o caput do artigo, verifica-se que das hipóteses ali listadas, a única que condiz efetivamente com a origem e desenvolvimento da teoria é o abuso de direito.

As demais (excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação de estatuto ou contrato social, má administração conduzente da falência), versam todas sobre situações, como já vimos, de responsabilização direta dos administradores societários.

Já os § 2º, 3º e 4º, a exemplo do que eu disse sobre o art. 2º, § 2º da CLT, versam sobre extensão de responsabilidade a outras pessoas jurídicas, e nas hipóteses ali previstas não se desconsidera, mas antes "considera-se" a personalidade jurídica.

Preocupante é o § 5º do dispositivo, porque contém uma generalização extremamente perigosa.

De duas uma, ou se adota a posição sustentada por alguns, no sentido de que houve um erro material no veto lançado ao artigo, isto é, vetou-se o § 1º, mas na verdade o veto, pelas razões explicitadas pelo executivo, destinara-se, na verdade, ao § 5º, que, portanto deve ser considerando inoperante, como se vetado estivesse; ou se dá uma interpretação restritiva ao dispositivo, ligando-o ao caput do art. 28, para aplicá-lo só em hipóteses de abuso de direito.

Mas que não se interprete o § 5º de forma literal ou isolada, sob pena de se decretar o fim da separação patrimonial e da limitação de responsabilidade, isto é, do indispensável instituto da pessoa jurídica, no âmbito do direito do consumidor.

Vale reproduzir, aqui, a pertinente crítica ao art. 28 do Código de Defesa do Consumidor lançada por Rachel Sztajn. Disse a ilustre professora paulista :

"Claramente o texto do art. 28 da Lei 8.078/90 não segue a filosofia que informa a aplicação da teoria nos sistemas de origem. O texto mistura defeitos dos atos para os quais o sistema já prevê remédios próprios. Ou o legislador não entendeu a função da teoria da desconsideração ou, ao que me parece, desejou banalizar, vulgarizar a técnica, para torná-la panacéia nacional na defesa do consumidor".

De qualquer forma, o erro no rumo legislativo parece ter sido corrigido com a entrada em vigor do novo Código Civil.

Isto porque o texto promulgado do art. 50 da nova lei substantiva resgatou os verdadeiros fundamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

De pronto deve-se destacar um aspecto extremamente positivo da iniciativa legislativa, já que, se em princípio, a ausência de normas era um obstáculo à aplicação da teoria, já que na sistemática jurídica brasileira não cabe ao judiciário a função de criar leis; e, ainda, a edição de normas específicas para determinados ramos do direito não teria suprido satisfatoriamente a lacuna legal, o Direito brasileiro passou a contar com a previsão normativa genérica da teoria da desconsideração, editada no diploma adequado.

Ora, é ao direito civil que compete tratar das pessoas e da personalidade e, por conseguinte, também, da desconsideração da personalidade jurídica.

Temos agora, portanto, uma norma geral que pode ser aplicada por qualquer dos ramos específicos do nosso direito, que careçam de uma regra específica sobre a teoria da desconsideração.

E naqueles ramos do direito em que já existe normatização específica, como é o caso do direito do consumidor, Lei antitruste e do direito ambiental, já referidos, o regramento oriundo do novo direito civil certamente servirá de norte para a correção dos erros ali cometidos pelo legislador.

Têm-se, então, que o art. 50 do novo Código Civil passa a ser o comandante em chefe da desconsideração da personalidade jurídica no direito pátrio, o que é bom, porque, se bem interpretado, aquela preocupação que eu explicitiei no início desta palestra vai se mostrar infundada, pois, como disse, o novo texto legal guardou maior fidelidade à doutrina da desconsideração.

Para mostrar as virtudes do texto convertido em lei é interessante compará-lo com o texto que inicialmente figurou no projeto do Novo Código Civil com que trabalhou o Congresso Nacional.

Tal era a imprecisão técnica do texto original que a comparação intensifica os acertos da redação que veio a prevalecer.

Permitam-me, portanto, colacionar as duas versões, a original e a que foi editada por conta de substitutivo em boa hora apresentado pelo Deputado Josaphat Marinho.

Era o seguinte o texto original :

"A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou coberturas à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios, ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade".

Que se destaque, agora os desacertos do projeto:

- 1 - Primeiro, a aplicação da teoria da desconsideração estava voltada exclusivamente para o descumprimento do estatuto ou contrato social. Ora, já vimos que não é este o escopo da "disregard". Para atingir o sócio por ato que exceda o contrato social, não há necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica. A possibilidade de responsabilizá-lo é direta e já está contemplada na lei;
- 2 - Segundo, conforme o texto, a legitimação para requerer a desconsideração seria apenas dos sócios, ou do Ministério Público, significando restrição injustificada. Basta que se pense que o credor da sociedade estaria excluído, o que não faz sentido.
- 3 - Terceiro, e mais grave, seria a previsão da dissolução da sociedade como consequência da desconsideração. Ora, sócios inescrupulosos abusam da pessoa jurídica e para curar a doença, mata-se o doente, penalizando, inclusive, eventuais sócios que não participaram das práticas abusivas. Sabe-se bem que a desconsideração da pessoa jurídica tem que se mostrar episódica.

Isto sem falar que a exclusão do sócio por motivo justo já conta com previsão do nosso direito (atualmente artigo 1085 do Novo Código Civil), tratando de matéria estranha à desconsideração.

Que a atenção se volte, agora, comparativamente, para o texto do artigo 50, que está em vigor :

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".

A diferença é nítida :

Primeiro, suprimiu-se da previsão legal, a drástica e errada consequência de dissolver-se a sociedade por conta da desconsideração, a significar que não se aniquila mais a pessoa jurídica como anteriormente previsto. A desconsideração, portanto, será momentânea, afastando-se episodicamente os efeitos da personificação, para atingir os sócios ou administradores;

Segundo, a restrição injustificada no que toca á legitimidade para se requerer a desconsideração foi também suprimida. Agora será a "parte" a requerer, ou seja, generalizou-se a legitimidade estendendo-a a qualquer um que tiver sido lesado pela utilização abusiva da personalidade jurídica e também ao Ministério Público, mesmo nas ações em que não atua como parte.

Terceiro, a desconsideração será efetivada pelo juiz "a requerimento da parte e do Ministério Público". Antes, discutia-se, em razão da imprecisão técnica do art. 28 do Código do Consumidor, admitindo, alguns, a possibilidade de a dissolução ser decretada de ofício pelo magistrado. O novo Código Civil, portanto, em respeito ao princípio dispositivo que informa a processualística pátria, esclarece não caber a desconsideração "ex-ofício".

Quarto, previu-se a possibilidade de se estender aos que se esconderem sob a concha da pessoa jurídica, os "efeitos de relações obrigacionais". O termo é genérico de maneira a não restringir a gama de possibilidades de se buscar a medida judicial. O direito do demandante, portanto, poderá originar-se, por exemplo, não só de relações contratuais, mas também pode se fundar em delitos de ordem civil.

Quinto os atingidos pela superação da personalidade jurídica serão não apenas os sócios, como também os administradores, já que o nosso direito societário admite, como sabemos, administradores não sócios. Mas que a ressalva seja feita :apenas os sócios ou administradores relativamente aos quais se demonstrar no processo o abuso na utilização da pessoa jurídica é que poderão ser atingidos.

Sexto e de extrema relevância, o legislador de 2003 marcou bem a excepcionalidade da medida, estabelecendo, de forma a espelhar a verdadeira

idéia da "disregard", que a mesma tem lugar apenas e tão somente nos casos em que a pessoa jurídica for utilizada abusiva e fraudulentamente, ou nas palavras do legislador, "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial". Ou seja, afasta-se peremptoriamente a possibilidade de a teoria ser utilizada diante de mero inadimplemento conjugado com insuficiência de bens sociais. E com razão, porque toda atividade empresarial está sujeita a imprevistos e tropeços financeiros. O abuso e a fraude não se presumem, exigindo-se, assim, robusta demonstração, para que o princípio da separação patrimonial perca eficácia momentânea.

Há quem critique o texto legal por não ter explicitado a fraude como um dos elementos ensejadores da desconsideração. Neste ponto estou com José Tadeu Neves Xavier (A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no novo Código Civil, Revista de direito Privado, Vol. 10, pg. 09/85, pg. 75), que entende desnecessária a menção expressa, pois a idéia de fraude já está implícita "na redação do art. 50 do novo "codex", quando faz referência ao abuso da personalidade jurídica e ao desvio de finalidade.

O abuso, na verdade, não é da personalidade jurídica, mas do direito à personificação, do direito de constituir um ente abstrato, com personalidade distinta.

Abusa-se de um direito, quando o mesmo é exercido de modo contrário a sua função ético-jurídica social.

Conforme a lição de Pedro Batista Martins : (O abuso do direito e o ato ilícito, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos/1941, pg. 57, Apud Ana Caroline Santos Ceolin, Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, Belo Horizonte, Del Rey, 2002):

"Os direitos subjetivos, reconhecidos pela lei, não constituem um fim em si mesmos, nem são, por outro lado, um instituto de gozo ou de satisfação de apetites inferiores. Eles têm uma função eminentemente social, que não poderia ser esquecida pelo titular no momento em que procura extrair deles rendimentos e utilidades. Assim sendo, o destinatário de um direito subjetivo que o exerce de maneira anormal, desnaturando-lhe os intentos econômicos ou sociais, envolve a sua responsabilidade e sujeita-se à obrigação de reparar as conseqüências de seu ato abusivo".

Desta forma, se indivíduos se agrupam e constituem uma sociedade, no exercício de um direito que é outorgado a todos que assim querem agir, mas o fazem almejando um instrumento que lhes permita confundir seus credores e

esquivarem-se da incidência de norma legal ou cláusula contratual que de algum modo lhes seja desfavorável, estarão abusando da estrutura formal de pessoa jurídica, que poderá ser desconsiderada.

Nos termos da previsão legal, o abuso do direito à personalização poderá se caracterizar pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Se o ente tiver sido instituído não para unir esforços e patrimônio, mas para esconder a identidade dos sócios permitindo a eles a prática de ato que lhes fora vedado por lei ou por contrato, estará caracterizado o desvio de finalidade.

O exemplo típico, aqui, é um caso julgado pelos Tribunais norte americanos, em que um comerciante individual vendeu seu negócio a um terceiro, assumindo uma obrigação contratual de não concorrência. Inobstante a obrigação de não fazer avençada, o vendedor, pouco após, constituiu uma pessoa jurídica com objeto semelhante ao do negócio vendido e quando questionado alegou a distinção de identidade entre ele e a pessoa jurídica criada.

Também a confusão patrimonial poderá caracterizar o abuso do direito à personificação societária. Sempre que houver promiscuidade patrimonial entre os sócios e a pessoa jurídica, poderá a "disregard" ser aplicada.

A própria técnica da personificação estabelece uma separação específica entre o patrimônio societário e o patrimônio pessoal de cada um dos seus sócios. Tal limitação é estabelecida, já se viu, sem dúvida, em benefício dos próprios sócios, a quem cabe tornar efetiva e identificável a separação de patrimônios.

A fluidez entre as fronteiras patrimoniais, com o intuito de prejudicar terceiros é autorizativa da desconsideração.

Como salientado pelo jurista argentino Daniel E. Moereman, (Estencion de la responsabilidad de los sócios en las sociedades de capital em virtud del "disregard of the legal entity" - Revista del Desecho Comercial y de las obligaciones, p. 720 - Apud José Tadeu Neves Xavier, A Teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil" Revista de Direito Privado, 10, pg. 69/85, pg.78):

"Os membros de uma pessoa jurídica só podem alegar a limitação de responsabilidade que tem sua base no princípio da divisão de patrimônios, quando os mesmos respeitam dita divisão".

No mesmo sentido a precisa colocação de Fábio Konder Comparato :

"Sendo a pessoa jurídica nada mais do que uma técnica de separação patrimonial, se o controlador, que é o maior interessado na manutenção deste princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juizes teriam de respeitá-lo, transformando-o em uma regra puramente unilateral" (O poder de controle na sociedade anônima, São Paulo: RT, 1976, p. 362).

Aspecto relevante sobre o tema e a respeito do qual não devemos nos furtar a opinar, envolve questão de ordem processual.

Vimos que a discussão anterior sobre a possibilidade de o Juiz aplicar a disregard de ofício, com a entrada em vigor do Código Civil não tem mais razão de ser. O art. 50 é expresso ao impor requerimento da parte ou do Ministério Público.

A questão agora é quando aplicar a desconsideração, ou em outras palavras, em que momento do processo pode o juiz afastar os efeitos da separação patrimonial, para atingir os sócios ou administradores: Seria possível fazê-lo na execução, penhorando bens dos sócios, desde que não encontrados bens da sociedade, deixando-se a discussão sobre se teria ou não ocorrido abuso de direito à personalização para eventuais embargos de terceiros ou de devedores?

É muito comum isto ocorrer na prática de nossa jurisprudência, argumentando os juizes com os princípios da instrumentalidade, economia e celeridade processual.

Eu entendo que isto significa uma agressão incompatível em um ordenamento jurídico que erige como princípios constitucionais o contraditório, a ampla defesa e o "due process of law".

Como executar alguém que não figura no título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial?

A execução tem que partir da certeza e não da dúvida. E neste tipo de situação seria efetivamente a dúvida a embasar o processo executório, pois, para começo de conversa, já viria a tona a indagação : será que aquele sócio é realmente o responsável por esta obrigação? E a resposta: "pouco importa, vamos penhora seus bens e deixe que ele demonstre, em embargos, que nada deve", é por demais simplista e contrária ao direito.

Basta que se imagine a seguinte situação, perfeitamente factível: eu sou acionista de uma companhia aberta, titular de ações preferenciais, tendo adquirido as minhas ações em bolsa de valores. Não sei sequer onde é a sede da empresa e

nunca vi mais gordo o acionista controlador ou os administradores da Cia. Isto é corriqueiro no mercado de valores mobiliários.

De repente, porque eu tenho bens pessoais, porque eu poupei minha vida inteira e consegui a amealhar algum patrimônio, por dívida daquela companhia eu acabo tendo os meus bens sujeitos à constrição judicial. E sob o peso de ter os meus bens penhorados, me é imputado o ônus de ir a Juízo demonstrar que eu não abusei da personalidade daquela Cia.; que eu não a usei fraudulentamente. Ou seja, terei inclusive que fazer uma prova negativa.

Veja-se que além da ilegalidade de se estar executando quem não figura no título executivo, tal proceder implicaria em ilegal inversão de ônus probatório, pois, muito embora, segundo a política de distribuição de ônus probatório implementada pelo art. 333 do CPC, seja do credor o ônus de provar o mau uso da pessoa jurídica pelos sócios, estes últimos, surpreendidos com a penhora de seus bens, sendo autores dos inevitáveis embargos, acabam atraindo para si o ônus de demonstrar que não cometeram abusos.

A agilidade processual é desejável. Mas desde que não importe em agredir o direito ao devido processo legal, constitucionalmente garantido a todo cidadão. Em prol da eficácia e utilidade, não se pode negar aos sócios o direito à ampla defesa.

O procedimento não pode ser extraído da imaginação do Juiz. É matéria de reserva legal. Ninguém pode ser obrigado a aceitar imposição alguma de autoridade que não seja criada e instituída por lei.

Se o pressuposto maior da desconsideração é o abuso do direito a personificação (e o novo Código Civil deixou este fato bem nítido), a aplicação da "disregard" não pode prescindir da citação dos sócios em ação ordinária de conhecimento, para que lhes seja assegurado a ampla defesa com todos os meios a ela inerentes (sem suspensão de qualquer etapa processual), com a efetiva atenção ao ônus de prova, que caberá àquele que alega ter sido a pessoa jurídica usada abusivamente. Somente de posse de uma sentença condenatória, poderá o credor intentar a execução contra os sócios. Mas, frise-se bem, apenas contra aqueles que foram parte no processo de cognição.

Senhores e Senhoras,

Em conclusão, penso que o art. 50 do Novo Código Civil chamou à ordem o tratamento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, em visível evolução em relação às normas já editadas.

A utilização de conceitos indeterminados, tais como "abuso da personalidade jurídica", "desvio de finalidade", "confusão patrimonial", "relações

de obrigações", acaba por flexibilizar a utilização da "disregard", não engessando a questão, deixando ao prudente arbítrio do Juiz criar o melhor direito em face da análise dos elementos dos casos concretos, que deve ser feita sempre sob o prisma da boa fé objetiva, princípio norteados de todos os negócios jurídicos.

Como ressalvado por Ana Caroline Ceolin,

"Se nos países anglo-saxões, vez por outra, reitera-se o caráter excepcional da disregard, não obstante a facilidade com que os tribunais destes países prescindem das formalidades, com muito mais razão há de se diligenciar os juizes brasileiros ao aplicarem a teoria, visto que aqui, como nos demais ordenamentos cujo sistema é o da "Civil Law", dá-se maior ênfase ao aspecto formal dos institutos" (Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica - Belo Horizonte : Del Rey, 2002, pg. 55).

O novo texto legal põe em destaque como já afirmado, a excepcionalidade da medida.

Portanto, existem elementos, agora, para se por termo à aplicação desgovernada da "disregard", como vinha ocorrendo na nossa jurisprudência.

É o que eu faço votos que ocorra, para evitar a necessidade de elaboração de outra teoria. Lembre-se que a teoria da "disregard" surgiu para reprimir os "abusos" na utilização da personificação societária. Espero não ser necessário o surgimento, aqui entre nós, de teoria que visse coibir os "abusos" na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Muito obrigado.

* PALESTRA PROFERIDA NO SEMINÁRIO: O DIREITO SOCIETÁRIO FACE AO NOVO CÓDIGO CIVIL - PROMOVIDO PELA BRAIN COMPANY EM BELO HORIZONTE-MG NO DIA 27/03/ 2003)