

A Desconsideração da Pessoa Jurídica
e o Direito ao Contraditório e à Ampla Defesa

Aspectos Processuais

Dentre outros dispositivos, segundo o Código Civil/2002, a pessoa jurídica possui personalidade distinta da de seus membros, é sujeita de direito e obrigações, e, portanto, responde pelos atos resultantes dessa conceituação.

Assim prescreve a Lei Civil:

"Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo."

"Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo."

A pessoa jurídica é construção legal utilizada para otimizar os atos praticados no exercício de seu objetivo social. A sua existência, portanto, é indispensável.

E sua existência mostra-se imprescindível não só quando da análise de situações financeiras, na medida em que necessita quase sempre da comunhão de esforços de mais de uma pessoa para lastrear a sua existência; como, igualmente, serve para conferir maior praticidade à sua atuação.

Imaginemos que, não fosse a existência da pessoa jurídica sujeita de direitos e obrigações, cada qual dos acionistas de uma sociedade anônima seriam obrigados a assinar os termos de um contrato, por exemplo.

Maria Helena Diniz, com a propriedade de sempre, diz que:

"Sendo o ser humano eminentemente social, para que possa atingir seus fins e objetivos une-se a outros homens formando agrupamentos. Ante a necessidade de personalizar tais grupos, para que participem da vida jurídica, com certa individualidade e em nome próprio, a própria norma de direito lhes confere personalidade e capacidade jurídica, tornando-se sujeitos de direitos e obrigações.

Surgem assim as chamadas pessoas jurídicas, designadas como pessoas morais (no direito francês), como pessoa coletivas (no direito português), como pessoas civis, místicas, fictícias, abstratas, intelectuais, de existência ideal, universais, compostas, universidades de pessoas e de bens. Pessoa jurídica é a denominação dada pelo nosso Código Civil, pelos Códigos alemão (arts. 21 a 89) italiano (art. 11) e espanhol. (art. 35). ...

Assim, a pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa a consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações." (Curso de Direito Civil Brasileiro, 1º v., Saraiva, 20ª ed., p. 205/206).

O certo contudo é que, com o passar dos tempos, várias têm sido as formas legais encontradas de maneira a conferir maior justiça à existência da pessoa jurídica, especialmente de forma a preservar e assegurar a aplicação da lei e o direito de terceiro.

Lamentavelmente, é fato que, vez por outras, a pessoa jurídica é criada já com o objetivo único e precípuo de atingir e cercear direito de terceiros.

Ocorre que, sócios de determinadas pessoas jurídicas, propositadamente, a tem levado a situação falimentar, com o objetivo de esconder por detrás do seu "manto protetor", tornando-

a inadimplente, prejudicando terceiros, acreditando e confiando na teoria da distinção de personalidade que existe entre a empresa e seus criadores. Realmente lamentável !!!

A realidade narrada acima, tem exigido por demais dos operadores do Direito em geral e legisladores, no sentido de flexibilizar o "manto protetor" da pessoa jurídica, especialmente em atenção a direito de terceiros, fazendo inserir em nossa legislação diversos dispositivos que recomendam e permitam, que em determinados casos, seja desconsiderada a personalidade jurídica da empresa.

Com a desconsideração da pessoa jurídica, a lei passa a permitir o adentramento no patrimônio pessoal de seus sócios, de forma a obrigá-los, pessoalmente, ou seja, com seus bens próprios, a responder pelos direitos e obrigações contraídos em nome da empresa.

Aqui vale a observação de Fábio Konder Comparato de que não se trata de despersonalização e, sim, de desconsideração da personalidade jurídica, sob o argumento de que, na desconsideração da personalidade jurídica, "... subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva que é distinta da pessoa de seus sócios ou componentes, mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto." (O poder de controle na sociedade anônima, 3. ed., Forense, 1983, p. 283).

Para Silvio de Salvo Venosa (Direito Civil, Parte Geral, 3ª ed., Atlas, 2003, p. 300):

"... não é infrequente que a entidade assim criada se desvie de sua finalidade, para atingir fins escusos ou prejudicar terceiros. Não esqueça que, apesar da pessoa ser distinta de seus membros, são estes que lhe dão vida e agem por ela. Nesse contexto, ganha corpo na doutrina e legislação brasileira certo abrandamento ao princípio exacerbado da pessoa jurídica, baseado em doutrina estrangeira. Sob determinadas situações não é possível manter a clássica distinção entre pessoa jurídica e pessoa natural. Há situações de fraude nas quais proteger a pessoa jurídica sob o seu manto técnico leva a profundas distorções e iniquidades."

E assim conclui citando outro não menos
nobre doutrinador do direito pátrio:

"Rubens Requião (1977, v. 2:61), um dos introdutores do tema entre nós, assim se expressa: "todos percebem que a personalidade jurídica pode vir a ser usada como amparo da fraude, sobretudo para contornar as proibições estatutárias do exercício do comércio ou outras vedações legais." Surge, então, o que o direito anglo-saxão denomina *disregard of legal entity*, conhecida entre nós como desconsideração da pessoa jurídica, teoria da desestimação da pessoa jurídica, ou então despersonalização da pessoa jurídica."

Assim, quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir a suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não de ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica)."

Dentre os dispositivos expressos onde a desconsideração é permitida, vale chamar atenção especialmente, para o que prevêm os artigos abaixo citados:

Artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: "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."

Artigo 135 Código Tributário Nacional: "São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: ... III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. ..."

Artigo 50 do Código Civil/2002: "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."

Importante enfrentar, agora, a seguinte proposição: sob o ponto de vista processual, de que maneira se dá a desconsideração da pessoa jurídica, com adentramento no patrimônio pessoal de seus sócios ???

A matéria em questão tem causado enormes discussões hoje em dia, merecendo interpretações completamente antagônicas por parte do judiciário.

É que, apenas para citar 4 exemplos, vários tem sido os caminhos, abaixo citados, tomados pela Justiça para desconsiderar a personalidade jurídica:

- a uma, que o pedido deva ser apresentado de forma fundamentada, nos próprios autos, atento, é claro, aos requisitos do dispositivo legal invocado, reclamando decisão interlocutória e imediata do juiz, sem necessidade de oitiva da pessoa jurídica ou de seus sócios;
- a duas, também nos próprios autos onde o requerimento de desconsideração foi apresentado, antes de permitir a aludida desconsideração da pessoa jurídica, deve-se abrir oportunidade para que, na pessoa de seu advogado, a empresa, na pessoa do seus sócios, se manifeste sobre a pretensão;
- a três, outro entendimento sustenta que, igualmente nos próprios autos, não só a pessoa jurídica deva ser intimada para manifestar-se sobre o pedido de desconsideração, como, também, e pessoalmente, os sócios que a representam;

- a quatro, por fim, sugerem outros que o pedido de descon sideração deva ser apresentado de forma incidental ao processo que o sustenta, com distribuição por dependência, com citação (e não intimação), não somente da pessoa jurídica, como de seus sócios, para manifestarem sobre o pedido.

Com enorme respeito aos que pensam de forma diversa, entendemos que a razão encontra com o primeiro posicionamento.

Verdadeiramente, não há necessidade de intimação nem da pessoa jurídica, nem de seus sócios, para manifestarem-se sobre o pedido, e tampouco instauração de um incidente, com citação da empresa e sócios, de maneira a permitir uma decisão acerca da legalidade ou não da personalização.

Ora, a descon sideração só é possível nos casos em que restar evidente a má-fé dos sócios no que se refere à irregularidade de utilização da pessoa jurídica, como, por exemplo, nos casos de: ocultação de bens; desvio do objetivo social; excesso e desvio de representação do sócio-gerente; abuso de direito; cometimento de fato ou ato ilícito etc.

Assim, evidentemente, se a parte a se aproveitar da descon sideração carrear aos próprios autos elementos de convicção suficientes para lastrear as irregularidades acima (lembrando que a prova do fato é de quem alega, a teor do que prevê o artigo 333, I, do Código de Processo Civil), é evidente que não se pode exigir mais nada dele, que não seja a apreciação imediata do pedido.

Evidente que, se, para lastrear o pedido, for acostados aos autos documentos novos, a normal processual pertinente deverá ser observada, nos termos do artigo 398 do CPC. Aqui, sim, a pessoa jurídica deve necessariamente ser ouvida.

E não se diga que, na forma acima, haverá ofensa ao devido processo legal (contraditório ou ampla defesa). É que, nesses mesmos autos onde o pedido é formulado, tais princípios já deverão estar obedecidos.

E não há necessidade de oitiva dos sócios porque eles já estão sendo representados pela pessoa jurídica (finalidade da sua criação, como frisado acima). Lembrando que é requisito essencial da criação da pessoa jurídica a nomeação de um ou mais representantes responder por ela.

Evidente que, se o representante eleito no contrato social praticar ato ou fato que lastreie o pedido de desconsideração, deverá ele responder pelos seus atos perante os demais sócios, tudo nos termos do artigo 186 do Código Civil atual.

E mais, apenas para citar o caso mais comum, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, tanto a lei quanto o contrato social, em geral, prevêm a responsabilização solidária e/ou subsidiária de seus sócios.

Por fim, é certo que a própria lei, em seus diversos casos de personalização previstos no nosso ordenamento jurídico, diz que a pessoa jurídica ou seus sócios não necessitam ser ouvidos sobre o pedido.

Ademais, como dito, e vale repetir, não será a falta dessa oitiva que irá significar ofensa ao contrário ou ampla defesa, já que nos autos do processo tais princípios já deverão estar atendidos.

Por outro lado, em lugar algum na legislação que regula o assunto prevê expressamente que o pedido de deva ser distribuído incidentemente ao processo principal, o que, a nosso ver, *data vênia*, aumenta o equívoco.

Desnecessário frisar que, em época que se fala tanto em celeridade, efetividade, informalidade (já presente de maneira expressa na Lei n. 9.099/90 - artigo 2º), simplicidade, economia e

instrumentalidade das formas processuais, admitir o contrário, com o devido e necessário respeito, seria retrocesso.

Ora,

"O Direito foi criado em atenção ao indivíduo tendo por objetivo ordenar sua convivência com outros indivíduos. O exercício de seus direitos, embora privados, deve atender a uma finalidade social. Assim, o sujeito não exercerá seus direitos egoisticamente, mas tendo em vista a função social que o objetivam. O ato, embora conforme a lei, se for contrário a essa finalidade, é abusivo e, em consequência, contrário ao Direito." (Rubens Requião, *in* RT 410/16).

E mais,

"O Juiz moderno não pode ser um expectador inerte, um convidado de pedra, atento somente à elucidação do acontecimento. A imediação permite ao Juiz uma melhor apreciação da prova, especialmente quanto a testemunhas, inspeções judiciais, indícios, depoimentos das partes ou dos peritos, mas também o princípio significa que o Juiz não deve permanecer apático, nem fazer o papel de um simples órgão receptor, mas sim que deve estar munido de faculdades para intervir ativamente e para ordenar outras, de ofício, pois somente assim e poderá dizer que o Juiz é o diretor do debate probatório.

O mais valioso instrumento corretivo, para o Juiz, consiste na possibilidade de adotar, de ofício, iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Projetado no plano processual, o fenômeno se traduz pela intensificação da atividade do Juiz, cuja imagem já não pode conter no arquétipo do observador distante e impassível das partes, simples fiscal incumbido de vigiar seus comportamentos, para garantir a observância das regras do jogo e, no fim, proclamar o vencedor." (Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - ADV Informativo Semanal 24.8.2003).

Para Ada Pellegrini Grinover, Livro de Estudos Jurídicos, Coordenação de James Tubenchlak e Ricardo Bustamante, Ed. Instituto dos Estudos Jurídicos Ltda., nº 07, p. 41 e 42:

"O nosso Processo Civil, a partir de 73, se colocou entre os mais avançados do mundo. Todavia, é preciso reconhecer um grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado, e prática judiciária, do outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça.

A sobrecarga dos Tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários.

O que não acarreta apenas o descrédito da magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a Justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar aos "justiceiros".

Algumas decisões já vêm caminhando nesse sentido. Em julgado recente, o Superior Tribunal de Justiça, 3ª Câmara, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança, sob o n. 12872/SP, em 24.6.2002, assim se pronunciou sobre o assunto a Ministra Relator Nancy Andrichi:

"... Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua

incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos. ..."

Não havendo previsão legal acerca da forma como se dá a desconsideração, evidente que a questão, obedecidos os princípios gerais de direito, deve ser tratada como mais uma etapa do próprio processo de conhecimento.

Julgado recente do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive com citação do próprio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, avalisa o entendimento aqui esposado (acórdão unânime da 4ª Câmara de Direito Privado, de 27-4-2006 – Agravo de Instrumento n. 440.607-4/4-00 – Relator Desembargador Des. Ênio Zuliani):

"Na forma do artigo 655 e seus incisos do CPC, incumbe ao devedor fazer a nomeação de bens, observada a ordem ali estipulada. Esta nomeação só será eficaz quando proporcionar garantia efetiva de que a penhora será producente. Isto quer dizer que é vedado ao devedor indicar bens de difícil comercialização e de pouco interesse no mercado, porque essas situações irão proporcionar a inutilidade ou ineficácia do leilão futuro. "O artigo 50 do CC de 2002 não chegou por acaso no ordenamento jurídico. Entra no cenário para preencher uma lacuna que somente não foi completa graças ao esforço da jurisprudência e da chegada, em 1990, do artigo 28, da Lei 8.078/90, que permitiu a desconsideração da personalidade jurídica de empresas que encerram suas atividades sem acerto de contas com seus credores ou vítimas de seus desacertos ou atos ilícitos, instalando um perigo para as relações jurídicas criadas com confiança em sua capacidade patrimonial."

E assim continua,

"Sempre causou perplexidade para os operadores do direito o sentido da célebre sentença popular 'empresa pobre, sócios ricos' e, para evitar a injustiça que a divisão patrimonial causava, construiu-se essa teoria que permite ao juiz 'levantar o véu' da pessoa jurídica-sua personificação - para que os sócios, verdadeiros beneficiários do comércio impuro, respondam com os bens que estão registrados em nome próprio. Na verdade, a incidência da regra nada mais representa do que recolocar o patrimônio da sociedade na esfera de atuação de seus credores, visto que foram eles desviados do patrimônio empresarial para o ativo particular dos sócios". O processo civil depende de resultados efetivos para atender a expectativa do povo ansioso por Justiça, de modo que a celeridade no trato de questões relacionadas com a segurança do juízo executório -penhora e outras providências assecuratórias - constitui providência estratégica para a efetividade do serviço - artigo 5º, XXXV, da CF."

E conclui:

"Os credores da sociedade que não encontram, nas diligências que realizam na execução que lhe dirige pelo não cumprimento de dívida, bens para penhora, não precisam provar mais nada para que o Juiz mude a direção da penhora, voltando os olhos para os bens particulares dos sócios. Exigir que os credores, diante da realidade que clama por urgência, provem, em processo separado, o esvaziamento patrimonial da devedora, com apresentação de balanços e outros documentos contábeis que não são fáceis de serem obtidos para fins probatórios, seria condenar ao ostracismo, por excessiva burocracia, essa medida de sobrevida do direito de crédito que agoniza." Nota - Finaliza o Relator: "Poderá ser citado, como referência, o que se decidiu no RMS 14.168 SP (DJ-U de 5-8-2002, Ministra Nancy Andrighi, in RSTJ 160/254): 'A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o

véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, deforma a impedir a concretização defraude à lei ou contra terceiros."

Importante frisar de maneira a possibilitar uma compreensão do assunto, que, em lugar algum, está previsto no nosso ordenamento processual a distribuição do pedido de descon sideração em autos apartados e distribuídos por dependência, com oitiva da parte contrária.

Por outro lado, a ausência de distribuição por dependência ao processo principal ou oitiva da parte contra a qual se dirige o pedido de descon sideração, não implica, por si só, em ofensa ao contraditório ou ampla defesa, certamente já presentes no processo principal.

Assim, respeitadas opiniões divergentes, por tudo o que foi exposto, entendemos que o pedido de descon sideração da pessoa jurídica deva ser apresentado de forma fundamentada, nos próprios autos, atento, é claro, aos requisitos do dispositivo legal invocado, reclamando decisão interlocutória e imediata do juiz, sem necessidade de oitiva da pessoa jurídica ou de seus sócios.

YVES CÁSSIUS SILVA

Graduado em Direito pela Universidade de Uberaba-MG-UNIUBE
Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Franca-SP-UNIFRAN
Advogado Sócio do Escritório Públio Emílio Rocha e Advogados Associados S/C
Consultor Jurídico e Parecerista em Uberaba-Minas Gerais