

A Teoria de Despersonalização: aspectos materiais e processuais

JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES (*)

SUMÁRIO: I – Introdução; II – Origens e fundamentos da *Disregard Doctrine*; III – Da legitimidade da parte; IV – Da via processual hábil

I – Introdução

A progressiva evolução da vida comunitária social do homem lhe trouxe a noção de que, com junção de esforços, poderiam os membros da coletividade obter melhores resultados, não só na produção de bens e serviços, destinados a satisfazer às necessidades sociais como, eventualmente, no aumento dos lucros decorrentes dessa ampliação.

E como as relações sociais acabam sempre despertando a tutela jurídica, transformando-se em relações judiciais (FERRARA afirma que as relações jurídicas são as relações sociais a que o direito dá relevo), não tardaram a surgir as conseqüências dessa união, como a criação das sociedades e a personalidade jurídica desses entes, com autonomia em relação a seus integrantes (*societas a singuli distat*).

Indiscutivelmente, no direito moderno, as pessoas físicas não se confundem com as chamadas pessoas jurídicas, que no direito português são denominadas *coletivas*.

Como ensina ORLANDO GOMES (*Introdução ao Direito Civil*, Forense, p. 210):

“São, em síntese, grupos humanos dotados de personalidade, para a realização de fim comum. Não há denominação única para esses grupos: pessoas morais, pessoas civis, pessoas sociais e pessoas jurídicas. Todas essas expressões não revelam com propriedade o ente que designam. A mais difundida – pessoa jurídica – é ambígua, porque, propriamente falando, todas as pessoas são jurídicas, no sentido de que a personalidade é conceito

jurídico e seus atributos se regulam pelo Direito. Mas, apesar disso, incorporou-se definitivamente ao nosso vocabulário jurídico,"

possuindo cada uma delas personalidade jurídica, isto é, aptidão para ser titular de direitos e deveres na ordem jurídica, distinta da de seus componentes e da dos demais membros da sociedade.

É esse um princípio jurídico tão forte, que o próprio direito processual, como assinala FÁBIO ULHOA COELHO (*Reconsideração da Personalidade Jurídica*, Ed. R.T, p. 79), afirma:

"Haverá sujeitos de direitos corpóreos, que são a pessoa física e o nascituro, e sujeitos de direito incorpóreo, como a pessoa jurídica, o condomínio horizontal, a massa falida e outras entidades."

Aí foram niveladas, como a demonstrar a distinção entre o individual e o coletivo, as chamadas pessoas jurídicas, reconhecidas no direito material, e as chamadas *partes formais*, de existência meramente processual, com capacidade processual, mas sem personalidade jurídica própria e civilmente reconhecida.

E aquelas civilmente reconhecidas, como as chamadas *sociedades de capital*, receberam a chancela da personalidade por seus objetivos práticos e específicos, donde (FÁBIO COELHO, *op. cit.*, p. 81) "só podem praticar atos jurídicos para os quais estejam expressamente habilitadas."

Desse reconhecimento, surgiu, em nível mundial, inquietante observação de que tal personalização das entidades coletivas estava a se prestar a abusos e fraudes, o que foi objeto, no Brasil, de conferência do professor RUBENS REQUIÃO, na Universidade Federal do Paraná (RT 410/12), de cujo teor destacamos o seguinte texto, a título de ilustração:

"A doutrina desenvolvida pelos tribunais norte-americanos da qual partiu o Prof. Rolf Serick para compará-la com a moderna jurisprudência dos tribunais alemães, visa a impedir a fraude ou abuso através o uso da personalidade jurídica, e é conhecida pela designação 'disregard of legal entity' ou também pela 'lifting the corporate veil.' Com permissão dos mais versados no idioma inglês, acreditamos que não pecaríamos se traduzíssemos as expressões referidas como 'desconsideração da personalidade jurídica,' ou ainda como 'desestimação da

personalidade jurídica,' correspondente à versão espanhola que lhe deu o Prof. Polo Diez, ou seja, 'desestimación de la personalidad jurídica.' O 'lifting the corporate veil' seria o 'levantamento ou descerramento do véu corporativo,' ou 'da personalidade jurídica.' Segundo ainda o Prof. Polo Diez a expressão 'disregard of legal entity' é o equivalente mais próximo da 'doutrina da penetração' da personalidade jurídica, da moderna jurisprudência germânica."

Assim, como se verá adiante, surgiu a teoria da despersonalização, ou desconsideração das pessoas jurídicas, conhecida como *Disregard of legal entity doctrine*, inicialmente por criação doutrinária e, agora, entre nós, consagrada no art. 28, do Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/90) como tentativa de resgatar a moralidade e autêntica juridicidade dos atos praticados por tais entidades, a seu favor, ou em prol de seus dirigentes, sobretudo quanto às fraudes e abusos de direito que se verifiquem em tais atos.

Vê-se, portanto, que a matéria está em franca evolução e a reclamar outros e mais profundos exames, como ousamos iniciar a fazer, neste modesto trabalho, sobretudo no campo processual, e à luz de textos mais recentes, como o próprio Código do Consumidor.

II – Origens e fundamentos da *Disregard Doctrine*

Efetivamente, desde que se estabeleceu o direito de personalidade das chamadas pessoas jurídicas, ou pessoas coletivas, como as denomina o direito português, em caráter diverso daquele inerente às pessoas físicas que dela participem, não se identificando o patrimônio de uma com o das outras, vem-se observando ser extremamente fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente o devedor, para a sociedade comercial de que faça parte, e de que tenha controle, todos os seus bens, ficando pessoalmente imune às investidas judiciais de seus credores.

O direito de personalidade das entidades o protegeria.

No final do século passado, todavia, começaram a surgir as primeiras reações a esse fato, com a negativa do absolutismo desse direito da personalidade jurídica, apresentando-se ela com um significado relativo, e permitindo a indagação quanto à finalidade social do próprio direito.

Datam dessa época, paralelamente, a sistematização dos estudos sobre a teoria do abuso do direito, atribuída a JOSSERAND e à jurisprudência francesa que a adotou, admitindo-se que, se o direito garante às pessoas fictas as suas prerrogativas, não é para agradá-las, mas para lhes garantir a própria conservação, atendendo à finalidade maior do direito, que é a social.

Do mesmo modo, FRANÇOIS GENY, em sua obra *Essai Critique* (Librairie Gènerale Paris – 1899), assegurava que nem todo direito está contido na norma, eis que a lei, de fato, não logra, até por impossibilidade material, atingir todas as hipóteses da vida cotidiana, nos seus vários matizes, afirmando “*la loi n’ est pas le droit*”, o que veio a repetir, em 1922, em sua *Science et Technique*.

Completava JOSSERAND que

“ao redor da regra formal, em torno do direito escrito, vive e se agita um mundo de princípios, de diretivas, de standards, nos quais Maurice Hauriou distingue mui acertadamente os princípios constitucionais do comércio jurídico e uma espécie de super-legalidade.”

Aparecem, então, as pesquisas e as extensões dessas indagações, atingindo as buscas da boa-fé, no trato social, e o abuso do direito e a fraude, tanto que SALEILLES propôs a inclusão, no Código Civil Francês, do conceito de *abuso do direito*, e o Código Germânico, em seu art. 226 o tipifica, considerando-o “o exercício de um direito inadmissível, se ele tiver, unicamente, por fim, causar dano a outrem.”

Espoucam em todo mundo estudos sobre o tema, preconizando-se desconsiderável a personalidade jurídica, quando esta servir de escudo para o abuso e a fraude, em detrimento dos credores. Surge a doutrina não para anular a personalidade, mas para não a considerar, ou considerá-la ineficaz, quando atrás dela se escondem fraudes, buscando incolumidade para seus fins ilegítimos.

Na Itália, o Professor PIERO VERRUCOLI, de Pisa, com a monografia *II Superamento della Personalità Giuridica delle Società*, na Alemanha, o Professor ROLF SERICH, Privat-Dozent, da Universidade de Tübingen, com sua “*Missachtung der Rechform des Juristischen Person*” e nos Estados Unidos, o professor WORMSER, com sua tese sobre a “*corporate entity*”, que estabeleceu a linha mestra da teoria, a que chamou *Disregard of the legal entity doctrine*, segundo a qual “*lifting the veil of the corporate entity... we discover the truth.*”

Estava implantada a teoria de que já havia notícias no caso citado pelo italiano VERRUCOLI como “*Salomon versus Salomon and Co.*”, julgado em Londres, em 1897, onde o juiz da causa afirmou que a “*company*” era apenas uma projeção, ou “agente” de *Salomon*, que era, na verdade, o efetivo proprietário do fundo de comércio.

Entre nós, versou primeiro o tema, doutrinariamente, o Professor RUBENS REQUIÃO, no artigo “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (*Disregard Doctrine*)” publicado na revista *Justitia*, pp. 13/24.

Também o Ministro CLÓVIS RAMALHETE, em seu artigo "Sistema de Legalidade, na Desconsideração da Personalidade Jurídica," (RT., 586/9) e o professor paulista RUI CELSO REALI RAPOSO, em "Da Desconsideração da personalidade jurídica," na revista *Justitia*, SP, 51/79, em 1989, entre outros.

Até então, para CLÓVIS RAMALHETE, indispensável seria que se encontrasse apoio, na aplicação da teoria, em algum texto legal, eis que filiado nosso ordenamento jurídico ao grande ramo latino-americano do Direito escrito, desconhecendo os princípios embaixadores da *common law*, fundado em *equity* e *stare decisis*.

Daí apontar ele, para a solução do conflito, o art. 10 da Lei de Sociedades por Cotas, o art. 2º da C.L.T, o art. 50 da Lei de Falências, o art. 8º do então vigente Decreto-lei nº 24.150/34, alusivo à retomada do imóvel pelo locador para entidade de que seja ele majoritário e alguns julgados de tribunais, inclusive a Ap. Cível nº 90.170, da 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator o eminente Desembargador Olavo Tostes, que arredou a personalidade jurídica de sociedade, por constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas, citando a jurisprudência francesa que fala, justamente, em "*abus de la notion de personnalité sociale*," conforme TULLIO ASCARELLI, citado no acórdão.

Hoje, a Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor), em seu art. 28, parece definir a legalidade da doutrina, reclamada por CLÓVIS RAMALHETE, aplicando-a quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social, como se lê:

"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."

III – Da legitimidade da parte

A primeira indagação que se há de fazer é a seguinte: visando a teoria da *disregard* não a anular ou desfazer a personalidade jurídica da entidade, mas tão-somente a desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem (REQUIÃO, *op. cit.*, p. 13), é possível declarar a ineficácia de determinado ato constitutivo da pessoa jurídica para atingir atos que, por fraude ou abuso de

direito, foram praticados em favor dessa sociedade, e não em seu detrimento?

Explique-se: a sociedade X, devedora, objetivando desatender a seus credores, transfere bens para um dos sócios, tornando-se insolvente, em situação análoga àquela em que o sócio se transforma em insolvente, transferindo bens à sociedade por ele controlada.

Nesse caso, o que se estará desconsiderando não é a juridicidade da pessoa coletiva, mas o ato por ela praticado, a demonstrar que sua personalidade, legalmente estatuída, serviu apenas de pretexto para a fraude, já agora pelo sócio!

Parece-nos caber, aí, o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso, *in RT.*, 511/199, onde se lê:

"A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça que outra não é a atitude do juiz, procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito."

Diverso não é o fundamento jurídico da própria Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), quando estabelece, em seu artigo 4º:

"A execução fiscal poderá ser promovida contra:
I – o devedor;
II – o fiador;
III – o espólio;
IV – a massa;
V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias, ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e
VI – os sucessores a qualquer título."

Por isso, tem entendido a jurisprudência que, ajuizada execução fiscal, contra sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, e não localizados bens desta, pode o processo ser redirecionado contra sócio-gerente, hipótese em que este deve ser preliminarmente citado em seu nome próprio, para se defender da responsabilidade imputada, cuja causa o credor deve traduzir em petição clara e precisa, como se vê do REsp nº 7.397 – MT – Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Turma, STJ, in DJU 30.X.95.

Em consonância com tal entendimento, o extinto TFR editou as Súmulas 184 e 112, que dizem:

“Em execução movida contra sociedade por cotas, o sócio-gerente, citado em nome próprio, não tem legitimidade para opor embargos de terceiro, visando a livrar da constrição judicial seus bens particulares.” (Súmula 184)

“Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente de sociedade por cotas, decorrente de violação da lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher.” (Súmula 112)

Também o egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o mesmo tema:

“O diretor citado para integrar o feito como litisconsorte passivo (art. 153, III, do CTN) é responsável, por substituição, pelo débito fiscal e por isso está abrangido na obrigação principal, razão pela qual deverá apresentar, em embargos à execução, a defesa que tiver (RT. 562/244).”

Daí porque, apresentando o entendimento de que não é absoluta a independência entre a entidade e seus sócios, afirma a jurisprudência:

“Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Execução Fiscal, com penhora em bens do sócio-gerente. Embargos de Terceiro.

Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo os restantes 0,8% de sua mãe e de um cunhado. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderado quando a sociedade é apenas um alter ego de seu controlador, em verdade comerciante em nome individual. Lição de Konder Comparato. Embargos de terceiro rejeitados. Apelação provida. (Ap. Cível nº 583018577 – 1ª Câmara Cível Lagoa Vermelha – TJERGS – Relator Des. Tulio Medina Martins).”

De outro lado, também no direito de família, ocorre o fenômeno, como bem notou ROLF MADALENO, Professor de UNISINOS (*Lex*, 42, p. 11) em seu *A Disregard no Direito de Família*:

“Já no Direito de Família, sua utilização dar-se-á, de hábito, na via inversa, desconsiderando o ato, para alcançar bem da sociedade, para pagamento do cônjuge ou credor prejudicado. É larga e produtora sua aplicação no processo familiar principalmente, frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns. É situação rotineira, verificar nas relações nupciais que os bens materiais comprados para uso dos esposos, como carros, telefones, móveis e mormente imóveis, dentre eles a própria alcova nupcial, encontram-se registrados, ou adquiridos, em nome de empresas de que participa um dos consortes.

Com este estratagema, controlam e manipulam ao seu talento, os resultados econômicos do desfazimento de suas núpcias, não sendo infreqüente a esposa descobrir que toda sua meação conjugal resvala das suas mãos, sob o pálio da personalidade jurídica que a deu em comodato...”

“Seria admissível manter-se o juiz, frente à hipótese de uma planejada transferência da vivenda nupcial à pessoa jurídica, sob o engodo da incrédula esposa, de que questões contábeis, financeiras e tributárias aconselharam dita transferência de propriedade para, em seguida, ela se ver despojada do uso e domínio do seu próprio lar? Sob fachada da personalidade jurídica seria aceitável permitir, sem qualquer reação jurídica, que o marido, já sequeioso por sua separação, viesse a promover sua retirada de determinada empresa, ou tratasse de ajustar a expressiva diminuição da sua participação social, tudo engendrado no propósito de diminuir a meação do cônjuge mulher, ou vice-versa?”

Efetivamente, tem sido muito difícil, senão impossível, no plano prático, preservar em nome da família, vale dizer do casal (marido e mulher), a titularidade de bens que um deles, geralmente o homem, desloca para a sociedade, ou em nome dela adquire, evitando trazê-lo para a meação uxória, (ou marital) com o evidente fito de não reparti-lo, ante eventual dissolução da sociedade.

E isto acarreta evidente prejuízo ao outro cônjuge porque sua cota no bem, não existente no patrimônio familiar, vai afinal engordar, se dissolvida a união,

o acervo da entidade e, por conseqüência, de outros sócios que a ele não faziam jus, em evidente fraude e má-fé, dificilmente abortável sem o emprego da teoria exposta.

E continua o mestre:

“Por sinal, este ato lesivo praticado sob o manto da pessoa jurídica, perpetrado em fraude à meação, haverá de servir como causa isolada ou suplementar do próprio pleito separatório, pela via expressa da conduta desonrosa, que no dizer de Yussef Said Cahali (Divórcio e Separação, ed. RT, 1978, pp. 167 e 168), importa numa obrigação de “agir” e “não agir,” ou em outras palavras – “que sejam igualmente observadas nas relações intersociais dos cônjuges, as normas de comportamento ético e jurídico, para evitar que, da sua inobservância, o desprestígio, o descrédito, a desconsideração, e a degradação moral, ou social, a que se exponha um dos cônjuges, venham a se refletir negativamente, como inexorável conseqüência, sobre a pessoa do outro cônjuge e da família.”

“Também no campo do direito alimentar é comum defrontar com demandas revisionais de redução ou majoração de pensões e onde o mote defensivo do devedor alimentar baseia-se na invencível diminuição da sua participação societária, quando não se torna um sócio oculto, com poderes de gestão conferidos por mandato, em claro acinte à capacidade intelectual do julgador e do alimentário.”

O mesmo se há de aplicar, agora desfavoravelmente à mulher, quando em seu nome estiver o bem, ocultando o do marido, com quem tenha constituído firma, daí resultando insuperável prejuízo ao credor:

“Quinhão condominial pertencente à mulher. Obrigação contraída em favor de sociedade constituída por marido e mulher. Aval dado pelo cônjuge varão. Penhora. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

Quinhão condominial em imóvel pertencente a mulher em acordo de separação consensual com o avalista de obrigação contraída em favor de sociedade constituída exclusivamente por ambos, sendo este o outro condômino – Penhora feita em execução promovida pelo cre-

dor contra avalistas e avalizado. Presença de circunstâncias que autorizam a presunção de que o crédito resultou em benefício para a embargante, e não ilidida – Aplicabilidade ao caso dos benefícios da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades. Legitimidade e subsistência da penhora.” (Ap. Cível 1960/93 – 7ª Câmara – Unânime – Relator Juiz Nascimento A. Póvoas Vaz – Julg. 31/3/93)

Assim, parece-nos plenamente jurídico que, objetivando a teoria da despersonalização desfazer atos praticados em fraude ou abuso de direito, possa ser possível atingir negócios que a beneficiam, de maneira espúria, no sentido de prejudicar terceiros, através do esvaziamento do patrimônio do indivíduo que, sendo seu controlador, possa da mesma forma valer-se dos benefícios do uso e gozo que tais bens possam proporcionar.

IV – Da via processual hábil

Como se vê, é a produção de efeitos novos, com a cessação dos espúrios praticados, envolvendo sociedade (*corporate*) o que se busca atingir, através da teoria da *disregard*, que não se destina a anular ou desfazer a personalidade jurídica dessa entidade, a qual continua viva e atuante, para os demais efeitos, mas apenas a tolher efeitos dos atos praticados.

Se assim é, cabe indagar, ante os expressos termos do art. 472, do digesto processual civil, segundo o qual não podem os terceiros sofrer efeitos de decisões proferidas em ações onde não foram partes, estabelecendo os conhecidos limites subjetivos da coisa julgada, qual seria a via processual hábil para a declaração da ineficácia desses atos írritos que se busca desfazer, para poder alcançar esses terceiros, exatamente por se ter olhos para a personalidade jurídica dos entes coletivos!

Não há dúvida de que a decisão por ela buscada é de efeitos declaratórios, ou seja, a afirmação de que anterior relação jurídica criada, modificada ou extinta pelo ato inquinado, não há de produzir efeitos perante outra pessoa, não se buscando a desconstituição desses atos.

Por isso, a enorme gama de possibilidades:

A) No Direito de Família (pág. 15), ROLF MADALENO assinala, devem ser os procedimentos desritualizados, com soluções justas, mas rápidas e eficazes, conquanto envolvam relações de ordem material e psicológica amiúde tensas e essenciais à própria sobrevivência moral e financeira daquelas pessoas nele envolvidas, de modo tão direto e intenso, já que não possuem o controle absoluto de suas tolerâncias e sentimentos (*op. cit.* p. 15).

Assim, diz ele:

“O processo é de rito ordinário e a ação poderá ser a da própria separação judicial que, litigiosa, terá por escopo desconstituir o casamento e desconsiderar a personalidade jurídica usada como instrumento de fraude ou abuso à meação do cônjuge promovente da ação. Cumulam-se as pretensões processuais, com separação, alimentos e desconsideração, para que nesta última, na mesma sentença, o juiz declare, episodicamente, ineficaz o ato societário lesivo à meação do consorte vitimado e ordene o retorno do bem espoliado ao rol conjugal ou, se já inviável, decrete a conseqüente compensação ressarcitória com outros bens que remanesçam no acervo matrimonial.”

Destarte, parece que a eficácia do ato judicial atingirá não só as partes envolvidas no litígio, como também aquele(s) que da fraude ou abuso tenham participado, beneficiando-se, muito embora não estejam em juízo nominadamente representados.

É esta também a nossa opinião.

E a razão jurídica é evidente.

Se o pressuposto da teoria reside exatamente em que a personalidade da entidade coletiva se imiscui com a do sócio ou controlador, aparentando diferenças e independência que, na realidade, não existem, é fora de dúvida que, sendo a mesma a massa patrimonial, ela já está representada em juízo por essa mesma pessoa, que será, *ipso facto*, seu representante legal. E através dele, a pessoa jurídica estará representada!

Daí a inexistência de qualquer irregularidade processual, já estando atendidos todos os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Dir-se-á, talvez, não ter sido atendido o devido processo legal (*due process of law*), o que certamente não ocorre, porque a declaração de ineficácia é incidental e o juiz natural é o da matéria versada, conforme o objetivo da desconsideração seja familiar, civil, comercial ou até fiscal e, de outro lado, inexistente qualquer procedimento legal previsto para esse tipo de prestação jurisdicional, de declaração da ineficácia do ato, o que não se confunde com a nulidade ou anulabilidade.

Vale aqui, como símile, o permissivo dos arts. 592, V e 593 do pergaminho processual civil, alusivos à *fraude à execução*, que pode ser declarada na própria execução, como se vê de já remansoso posicionamento dos Tribunais:

“Reconhecida a fraude na execução, a ineficácia da alienação de bens pode ser declarada incidentalmente no processo de execução, independente de ação específica (RT, 697/82).

E o devedor executado será legitimado para impugnar, através de recurso, a decisão monocrática que declara a fraude de execução e determina o desfazimento do ato fraudulento, ao menos em relação ao seu credor (STJ, REsp. 3338 – SC, Relator Ministro CLÁUDIO SANTOS).”

Assim, alcançado fica ato praticado por terceiro, que do feito não participa, mas sofre as conseqüências do que ali fica decidido, embora o negócio por ele praticado, *ab ovo*, seja válido, produzindo plenos efeitos entre as partes, sujeitando-se apenas àquela episódica eficácia da sentença ou decisão prolatada no processo em que não foi parte.

B) Em matéria fiscal, conforme se assinalou acima, a Lei de Executivos Fiscais já prevê, em seu art. 185, o seguinte:

“Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa, em fase de execução.

Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.”

E tal presunção de fraude, considerada absoluta ou *iuris et de iure*, como já afirmou o egrégio Superior Tribunal de Justiça (Rev. 57/175) ocorre desde que ajuizada a ação, mesmo antes da citação regular do devedor.

Daí o tranqüilo entendimento jurisprudencial, no sentido retro afirmado, do qual se colhe o voto do então Desembargador Athos Gusmão Carneiro, hoje ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

“Tenho para mim que o sócio-gerente é, em princípio, solidariamente responsável com a firma pelo não-recolhimento do tributo, podendo, entretanto, isentar-se caso possa provar que o não-recolhimento foi decorrente de uma situação anômala, de um caso de força maior, de

um incêndio, de um furto, de um grande desfalque e outras circunstâncias dessa ordem. Entretanto, fora disso, quando o dinheiro dos tributos é incorporado presumivelmente ao capital de giro, quer-me parecer que a defesa dos interesses fiscais, que são, em última análise, os interesses do povo, exige a responsabilização daquele que tem a obrigação e o dever de providenciar – ele, gerente – no recolhimento tempestivo dos tributos.

O STF, no Recurso Extraordinário nº 96.607, in RTJ, 103/1.274, já considerou que *'a execução fiscal pode incidir contra o devedor ou contra o responsável tributário, não sendo necessário que conste o nome deste na certidão da dívida ativa.'* E disse mais, que *'constitui infração da lei e do contrato, com a conseqüente responsabilidade fiscal do sócio-gerente, o desaparecimento da sociedade sem sua prévia dissolução legal e sem o pagamento das dívidas tributárias.'* É aresto de 27/4/82, da colenda 1ª Turma, unânime, Relator o eminente Min. Pedro Soares Muñoz."

C) Em temas civis, sobretudo no que pertine à execução de títulos, judiciais ou extrajudiciais, não discrepa, igualmente, a posição dos tribunais, ao decidir como no A.I. nº 366 – 6ª Câmara Cível TARJ, do qual funcionamos como Relator:

"Agravos de Instrumento. Execução por título extrajudicial. Despacho que rejeita bens ofertados pelo executado e acolhe a indicação do exequente, adotando a teoria da despersonalização (Disregard of legal entity doctrine).

1. *Sendo eles de valor insuficiente para enfrentar a execução e de difícil venda (guindaste industrial e terrenos de marinha), não é censurável a decisão que rejeita esses bens ofertados à penhora.*

2. *Aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tornando ineficaz à hipótese os direitos de titularidade de empresa, se a alienação de bens a ela, por seu Diretor-Presidente, se revelar objeto de abuso de direito, desviar-se da aplicação da lei e defraudar credores.*

3. *Não se aplica a teoria da Disregard, todavia, à transferência de telefones para particular, por ausente o*

pressuposto da existência de sociedade controlada pelo alienante.

Agravo parcialmente provido."

D) Em termos comerciais, sobretudo quando se cuida de insolvência, ou falência, de devedor comerciante, há pronunciamentos jurisprudenciais assegurando:

"Penhora de bens de terceiro. Desconsideração da personalidade jurídica.

Penhora em bens de terceira embargante. Sucessão de empresas não demonstrada. Invocação equivocada de doutrina da desconsideração da personalidade jurídica." (Ap. Cível nº 6535/95 – 2ª Câmara TACRJ – Unânime – Relator Juíza Marly Macedônio).

"Arresto sobre bem particular de sócio majoritário. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aplicação.

As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, torna-os ilimitadamente responsáveis pelas consequências de tais atos, sujeitando os seus bens particulares à apreensão judicial. Por isso, impedem os embargos de terceiros, interpostos por sócio para livrar seus bens do arresto, efetuado em cautelar contra a sociedade, que teve encerrada as atividades sem as indispensáveis formalidades legais." (Ap. Cível 204/94 – 4ª Câmara – TACRJ – Unânime – Relator Juiz Marlan de Moraes Marinho – Julg. 19/06/94).

"Bens de sócio. Teoria da Desconsideração.

É possível a penhora de bens de sócio, com predominância de capital na sociedade, que encerrou irregularmente suas atividades provocada por má administração." (A.I. 188/94 – 8ª Câmara Cível – TACRJ – Relator Juiz Jayro Ferreira – Julg. 06.04.94)

"Ação ordinária de indenização. Festival de Música Sacra. Responsabilidade das partes prevista expressamente em cláusulas contratuais. Compras indevidamente efetivadas em nome da autora, que se viu na obrigação de pagar as dívidas, inclusive em decorrência de aponte e

protesto de títulos, sem que contratualmente a isto estivesse obrigada. Aplicação, na espécie, da desconsideração da pessoa jurídica (disregard of legal entity), transação, contratos, idéias da realização do festival efetuadas com pessoa física, contrato assinado com uma sociedade da qual detém aquele 85% do capital, cabendo os restantes à esposa e filha. Pessoa jurídica em fase pré-falimentar. Ato ilícito caracterizado. Responsabilidade solidária. Inexistência de provas quanto ao abalo ao crédito da autora. Procedência da Ação. Recursos desprovidos.” (Ap. Cível 3822/95 – 5ª Câmara Cível TJRJ – Unânime – Relator Desembargador Miguel Pachá – Julgamento 22/08/95).

“Repetição do indébito. Empresas participantes do mesmo grupo econômico. Inexistência de ilegitimidade passiva em razão do princípio do “disregard doctrine.”

A prática do ato ilícito praticado por qualquer empresa pertinente ao mesmo grupo econômico faz presumir a responsabilidade do conglomerado, independentemente da forma jurídico-comercial eventualmente assumida por qualquer delas. Desprovemento do recurso.” (Ap. Cível 3856/94 – 8ª Câmara Cível TJRJ – Relator Des. Carpena Amorim – Julg. 06/12/94).

“Contrato. Assunção Liberatória de Dívida. Ações conexas intentadas pelos contratantes. Uma objetivando a declaração de ineficácia do instrumento firmado, por falta de anuência do credor e anulação de Assembléia Geral do cedente que admitiu o ingresso do assuntor na sociedade usando o valor da dívida ao credor, por mero ato escritural de contabilidade, para aumento de seu capital, cujas cotas foram subscritas pelo cedido e, posteriormente, estornado pelo cedente. Outra, em contraposição, buscando a declaração da validade do contrato e a desconsideração da pessoa jurídica do Assuntor, para responsabilizar seu sócio majoritário do qual pleiteia reparação de danos.

O acordo preparatório de caráter bilateral, entre cedente e cessionário, não produz, só de per si, salvo existindo uma manifestação de vontade alternativa, quaisquer efeitos definitivos. Como fase preliminar dum tipo

negocial em realização, ligam-se-lhe, apenas, alguns efeitos provisórios ou prodrômicos, típicos da formação progressiva de situações jurídicas complexas.

Na espécie, traduzem-se esses efeitos, desde logo, em estarem os sujeitos do acordo bilateral vinculados a solicitar o consentimento da outra parte, comunicando-lhe o seu acordo, em não dever o cedente dispor da posição contratual, enquanto o cedido se não pronunciar, rejeitando a proposta de substituição da sua contraparte. Se o cedido não manifesta, porém, o seu consenso, o negócio plurilateral em formação não desencadeia qualquer eficácia. A aplicação da doutrina do superamento não nega a existência da personalidade jurídica da sociedade de capital nem a distinção e separação entre o patrimônio desta e o dos sócios, mas despreza e supera tais conceitos e distinções se a pessoa jurídica é usada como escudo para a responsabilidade civil por ato ilícito para a prática de fraudes ou em detrimento do interesse público.” (Ap. Cível 4272/88 – 7ª Câmara Cível – TJRJ – Unânime – Relator Des. Waldemar Zveiter – Julg. 11/04/89).

E) Do mesmo modo, na aplicação do Código do Consumidor, cujo art. 28, como acima transcrito, estabelece, pela primeira vez, no direito brasileiro, a possibilidade de aplicação da teoria em exame.

“Apesar da vigência do artigo 20 do Código Civil, a superação da personalidade jurídica começou a entrar no Direito brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), sob o aspecto legislativo, uma vez que na jurisprudência já se notava sua invocação. Veio depois indicada a “Disregard of legal entity” na Lei nº 8.884/94, sobre infrações contra a ordem econômica, que adotou no artigo 18 disposição bem semelhante à do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Da legislação atual, vamos notar que muitas razões poderão provocar a aplicação da “Disregard Doctrine” ou desconsideração da personalidade jurídica, além dos casos da doutrina original: abuso de direito; excesso de poder; infração da lei; fato ou ato ilícito; violação do estatuto ou contrato social.

Os casos de aplicação são ainda ampliados quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou

inatividade da sociedade mercantil, tudo provocado por má administração. Naturalmente, a legislação refere-se apenas a casos em que a vítima seja um consumidor, ou quando se tratar de crime contra a ordem econômica. Poder-se-á entretanto apelar para analogia e estender a desconsideração da personalidade jurídica para outras áreas semelhantes, sendo mesmo possível na área falimentar.

Os vários parágrafos do artigo 28 colocam no âmbito da desconsideração as sociedades controladas, as sociedades integrantes de grupos societários, as consorciadas e as coligadas. Neste caso, o sócio de uma sociedade é outra sociedade. O grupo de sociedades está previsto na Lei das Sociedades Anônimas. Uma sociedade pode ser a principal acionista de outra e uma delas pode causar prejuízos a seus consumidores. Ao responder por esses prejuízos, constata-se que seu patrimônio foi diluído; nesse caso, o patrimônio da controladora ou da controlada ficará sujeito à penhora.

Não muito tempo depois, a reação contra a utilização de uma sociedade em benefício do sócio reforçou-se com a Lei do Abuso do Poder Econômico (Lei nº 8.884/94). O artigo 18 dessa lei alarga a aplicação da "Disregard Theory" a uma gama muito vasta de casos, elencados nos artigos 20 e 21 da mesma lei, em muitos incisos, mais precisamente 28. Esses incisos agrupam-se em aspectos vários, como domínio irregular do mercado, cerceamento à livre concorrência ou livre iniciativa, crimes contra a propriedade intelectual das empresas etc.

Nossos Tribunais sempre foram avessos à aceitação da "Disregard Doctrine", também chamada por alguns juízes de "doutrina de penetração". Baseavam-se no artigo 20 do Código Civil, que é lei vigente, e não cabe ao juiz fazer leis mas aplicá-las. Agora, porém, a doutrina ingressou na lei, com o Código brasileiro de Defesa do Consumidor e com a Lei do Abuso do Poder Econômico. Embora sejam legalmente aplicadas a casos específicos, pode-se estendê-las a outros casos semelhantes, por influência da analogia. Por que só se aplicam quando o interesse do consumidor é afetado e não o de outras vítimas? Não vigora mais o princípio de que todos são iguais perante a lei?

Entretanto, já se notava a aceitação de se desconsiderar a pessoa jurídica somente em relação à pessoa de quem se oculta sob ela e que a utiliza fraudulentamente. Tomaremos por base o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, com várias decisões repelindo a aplicação da doutrina em casos nos quais não foram bem caracterizados os fatores de fraude ou abuso de direito. Entretanto, seguindo o consagrado princípio jurídico de que "proibir o abuso é consagrar o uso", os próprios acórdãos consagraram a desconsideração da personalidade jurídica se porventura fossem constatadas fraudes ou então abuso de direito: passou ela a ser olhada com simpatia. As mais sugestivas ementas podem ser encontradas em Revistas dos Tribunais 711/117, 713/138 e 673/160.

Podemos deduzir de mais de uma dezena de acórdãos que a posição do Judiciário em nossos dias, no que tange à "Disregard", é a seguinte:

1. deve ser aplicada só a casos concretos;
2. a personalidade jurídica da sociedade fica preservada;
3. só deve ser invocada quando os sócios se utilizarem da sociedade com má-fé, comprovando-se fraude ou abuso de direito ou afronta à lei;
4. a responsabilidade dos sócios, na aplicação da 'Disregard', é solidária e ilimitada." (SEBASTIÃO JOSE ROQUE – in Revista Literária de Direito – Maio/Junho de 1997, p. 32)

"Sociedade anônima. Cisão. Obrigações resultantes. Responsabilidade. Código do Consumidor. Desconsideração da personalidade jurídica. Aplicação.

Alegação, da embarcante, sobre a sua ilegitimidade para responder pela obrigação em nome da firma não deliberou pela extinção da sociedade cindida, que passou a atuar com o nome da executada. Sentença de improcedência da ação. Apelação da requerente. A lei das sociedades anônimas, que orienta sobre a cisão das empresas, dispõe que cindida pode dispor, para a firma nascente, sobre a sua não responsabilidade pelos débitos anteriores, mas nenhum dispositivo legal autoriza a transferência dos encargos, sem que por eles se responsabilize. A

Lei 8078/90 (Código do Consumidor), no seu art. 28, dispõe, também, de modo a justificar a solução da causa, como adotada, com embasamento nos princípios que vieram da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, evitando-se a validade de deliberações que revelem abuso de direito, desvio da aplicação da lei, e defraudação a credores.” (Ap. Cível 5122/96 – 6ª Câmara Cível TACRJ – Unânime – Relator Juiz Ronald Valladares).

Muitas outras questões poderiam ainda ser levantadas, a propósito do tema, mas estaremos felizes se estas poucas linhas tiverem servido de estímulo a que isso venha a ser desenvolvido.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem que a assunção de dívida ou cessão de crédito, *Stellvertretung* do direito alemão, *aprove*, *traspas* ou *transfer* de *debt* do direito francês, *delegazione* e *cessione* do direito italiano, constitui a sucessão singular na dívida, pela qual um terceiro chama a si um crédito, assumindo a obrigação do devedor perante o credor.

Como salienta o professor Antônio Vazinas, a transmissão da dívida ocorre, desde logo, a título de que a obrigação se transfere, sem perda de sua individualidade, do primitivo devedor para o sucessor, ficando a parte causada do a partir do momento em que este se vincula perante o credor (As obrigações em Geral, vol. II, p. 321).

Destarte, o que caracteriza a assunção de dívida é o ingresso de um terceiro no lugar do devedor na relação obrigacional, a qual se converte, logo, sem sofrer qualquer modificação, além da alteração do sujeito passivo.

Enxerrina, no seu Direito das Obrigações, esclarece que “a assunção de dívida é um contrato pelo qual se estabelece, em colação, no lugar do devedor, um terceiro que toma seu lugar (Enxerrina, *Recht und Wort der Schuldverhältnisse*, tradução espanhola de 39 artigos alemães, Barcelona: Cast. Editorial Bosch, 1947, vol. I, p. 86, p. 417).

Como se sabe, a doutrina faz a distinção entre assunção de dívida e a novação, na qual se extingue a obrigação primitiva, e surge uma obrigação nova, enfatizando que naquela operação há, necessariamente, uma mudança de devedor.

Por outro lado, também não se confundirá a assunção de dívida com a chamada promessa de liberação, a assunção de compromisso ou a simples ad-

(*) JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
