

O ABUSO E FRAUDE DA FORMA DA PESSOA JURÍDICA

SUA DESCONSIDERAÇÃO

SANDRA MARIA LAZZARI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Não pouco comum, diria até com assídua freqüência, tem sido oposta ao credor tributário, na defesa de seu direito creditício, a inexpugnável barreira da personalidade jurídica da sociedade comercial, impedindo-o de traspassá-la, para alcançar as pessoas e bens que sob seu véu se encobrem.

Os postulados do direito brasileiro tais como:

A pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio.

Os bens dos sócios não se confundem com os bens da sociedade.

Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívida da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais, e somente nas hipóteses previstas em lei, têm sido instrumentos hábeis em mão inescrupulosas de burla ao direito do credor.

"Reduzida a pessoa jurídica a um puro conceito estrutural, a um mero recurso técnico, não se fez esperar a utilização desta figura formal pelos que queriam obter, através dela, certos objetivos que não são próprios da realidade social para que aquela nascera, senão outros, muito diferentes, privativos dos indivíduos que a integram, e que não podiam ser alcançados por outro caminho, ou cuja obtenção direta os tornaria mais arriscados ou gravosos. O conceito da pessoa jurídica, engenhoso mecanismo da vida moderna, sofre assim o assalto dos indivíduos e das sociedades, que se servem dele para a satisfação de suas conveniências particulares, a forma da pessoa jurídica tem valor de um procedimento técnico idôneo para obter os resultados mais vários e dispares." (Antônio Pereira Pinto — Juiz de Direito da 11.ª Vara Cível do Distrito Federal — Rev. Forense 188/277)

Contudo, o entendimento jurídico do absolutismo da pessoa jurídica, a barreira inexpugnável enfrentada pelo credor, tem a doutrina e a jurisprudência desestimado, através da desconsideração da pessoa jurídica, em que, penetrando sua forma externa, alcança seu substrato, responsabilizando os indivíduos que sob o seu véu se ocultam.

A teoria da "Desconsideração da pessoa jurídica", também, denominada "Disregard of legal entity" e/ou "Lifting the corporate veil"; para os italianos "Superamento da personalidade jurídica", tem por essência impedir a fraude ou abuso através do uso da personalidade jurídica, descerrando seu véu, para penetrar no substrato da sociedade e afetar especialmente a seus membros e bens.

WORMSER, jurista norte-americano, assim, conceituou a doutrina:

"Quando o conceito da pessoa jurídica — corporate entity — se empresa para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou con-

servar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinqüentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam de tais atos e farão justiça entre pessoas reais." (in Rubens Requião — Abuso e fraude através da personalidade jurídica — RT 410/12).

Os tribunais norte-americanos dimensionaram o conceito de Wormser, estendendo a aplicação da teoria às hipóteses do abuso de direito.

O insigne Prof. Rolf Serick, considerando a doutrina norte-americana, em sua obra "Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles — El abuso de Derecho por medio de la persona jurídica" tem expressado, assim, a sua doutrina:

"A jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros." (Rubens Requião — op.cit.)

Entendeu o Prof. Rolf Serick que a utilização da forma da pessoa jurídica, para através dela, buscar uma finalidade contrária ao direito, burla à lei, desrespeito de obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros, em ocorrendo conflito entre a pessoa jurídica e a finalidade desta, o elemento para a caracterização da desconsideração da pessoa jurídica é o subjetivo.

Todavia, o "elemento subjetivo" sofreu forte oposição de ordem doutrinária de estudiosos da teoria, dentre os quais destacaram-se REINHARDT e EREINGHAGEN. Entenderam estes que a aplicação da teoria funda-se no elemento objetivo — contradição entre a forma do ato e a finalidade do instituto da pessoa jurídica.

A doutrina italiana, magnificamente representada pelo Prof. Piero Verrucoli, em sua obra de excepcional conteúdo — Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali — aponta cinco hipóteses de aplicação da teoria: a) Direta realização do interesse próprio do Estado; b) Repressão à fraude de lei; c) Repressão à fraude de contrato; d) Prejuízo de terceiros por causas anteriores à constituição da sociedade ou estipulação do contrato; e) Realização de interesse do sócio "uti singuli"; entendendo que à caracterização das hipóteses das alíneas "b" e "c" é indispensável a existência do elemento subjetivo; para a hipótese da alínea "d", o elemento objetivo.

A sociedade comercial é o agrupamento de pessoas que, sob o ânimo societário, afetam um patrimônio e, sob uma direção comum, buscam o objetivo social, ou seja, o desenvolvimento de uma atividade econômica determinada.

A constituição da sociedade obedece ao ordenamento jurídico próprio, o qual lhe atribui eficácia legal; a pessoa jurídica assume ao mundo do direito por criação da lei.

A teoria da desconsideração não visa à desconstituição da pessoa jurídica, atingindo o ato de constituição da sociedade; também, é estranha aos atos de gestão de seus administradores no desenvolvimento do objeto social, quando resultantes da atividade da pessoa jurídica. Portanto, não busca responsabilizar o sócio que, na sua atividade social, exerce-a com excesso de poderes, infração à lei ou contrato social.

A teoria incide na contradição entre a finalidade do instituto da pessoa jurídica e a manifestação externa (atos e omissões) desta pessoa. É a manipulação da

forma da pessoa jurídica, para atingir fins pessoais, confundindo os interesses e patrimônio sociais com os dos sócios. O vínculo social é mera aparência, o qual dá lugar ao efetivo desenvolvimento de interesse individual dos sócios ou de um sócio. É a dissociação da aparência com a realidade da constituição e funcionamento da pessoa jurídica.

"Quando o diretor ou acionista se servir fraudulentamente da sociedade, para conseguir fins pessoais, será preciso prescindir da existência da sociedade e considerar o ato se fosse praticado diretamente pelo interessado." (Cook, Principles of corporation law, Ann Arbour, 1931, pág. 35, in R.E. N.º 88.591 — R.J. Ministro Relator Thompson Flores; RTJ 93/320)

Assim, a teoria visa à declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica, para determinado efeito — objetivamente aquele que aponta a contradição entre a finalidade do instituto da pessoa jurídica e a realidade da constituição e funcionamento desta, com relação ao prejudicado por aquela contradição — prosseguindo, todavia, a mesma incólume para outros fins jurídicos e para com outros que com a sociedade se relacionem.

A sua essência reside em desestimar, para o efeito desejado, o absolutismo da pessoa jurídica, permitindo que se alcance o sócio e seus bens, que sob o seu véu se escondem, cometendo abusos e causando prejuízos para terceiros. Desestimar é penetrar a forma externa da pessoa jurídica e fazer emergir de seu substrato as pessoas responsabilizando-as pelos atos (fraudulentos ou abusivos do direito) que sob a sua proteção praticaram.

"O que se pretende com a doutrina do DISREGARD não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)." (Rubens Requião, op. cit.)

O direito brasileiro, em sua sistematização, não prevê a desconsideração da pessoa jurídica.

Embora tenham alguns estudiosos do tema entendido que o ordenamento jurídico brasileiro tenha feito tímidas inserções, nos seus textos, de algumas hipóteses da desconsideração da pessoa jurídica, v.g. no Código Tributário Nacional, art. 135, inciso III e art. 134, inciso VII; na Lei n.º 6.024, de 13.03.1974, arts. 36 e 40; Decreto-lei n.º 7.661/45, art. 6.º; Decreto n.º 3.708, de 10.01.1919, art. 10; Lei n.º 6.404, de 15.12.1976, art. 117, em modesto entendimento, parece, s.m.j., que a essência da teoria, ainda, permanece ausente de disciplina legal.

A aplicação da teoria imprescindível é distinguir se os atos praticados, sob exame, foram pelos representantes das sociedades, como pessoa integrante da personalidade jurídica e, assim, não há manipulação da sua forma, e sim, má gestão; se os atos praticados constituem desvirtuamento da finalidade da pessoa jurídica.

Entende-se que os dispositivos legais citados não tipificam a manipulação da forma da pessoa jurídica, mas se trata de uma penalidade de ordem civil, a má gestão do substrato da sociedade comercial.

Diante da ausência, no ordenamento jurídico, de disciplina da matéria do abuso e da fraude no uso de forma da pessoa jurídica, e diante do desenvolvi-

mento social e industrial que tem transformado profundamente a fisionomia das relações jurídicas, de modo particular, as de direito comercial, cumpre ao Poder Judiciário, caso a caso, declarar o descerramento do véu societário, para penetrar seu substrato, responsabilizando as pessoas que sob ela se ocultam.

"Ora, diante do abuso de direito e da fraude, no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos." (Rubens Requião, op. cit.)

Ainda,

"A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na relação de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz, procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito." (RT 238/393).

Em conclusão:

a) A teoria da desconsideração da pessoa jurídica é prescindir da sua forma, para penetrar seu substrato, afetando seus membros e bens.

b) Reside a teoria na contradição entre a finalidade do instituto da pessoa jurídica e a realidade da constituição e funcionamento desta pessoa.

c) No exame de caso a caso, é imprescindível distinguir que a teoria não se aplica às situações que decorram de atos praticados pelos membros, enquanto estes integrantes da pessoa jurídica. São atos oriundos do uso ilegítimo da forma da pessoa jurídica, seja desviando-a da sua finalidade — abuso de direito — ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude). Desta forma, o descerramento do véu societário poderá oportunizar que venham a ser afetados não somente os membros da sociedade, quer pessoas físicas ou jurídicas — mais, ainda, o terceiro, elemento estranho à constituição da sociedade, que, contudo, faz do seu representante legal instrumento para a satisfação das suas conveniências particulares.

d) O remédio processual adequado para alcançar a ineficácia da forma da pessoa jurídica, para o efeito pretendido, é a ação de natureza declaratória.

PELOTAS, 10 de junho de 1985.

BIBLIOGRAFIA:

- SERICK, Rolf — Forma e realtà della persona giurídica — Milão; Ed. Dott. A. Giufrè; 1966.
VERRUCOLI, Piero — Il superamento della personalità giurídica delle società di capitali; Ed. Dott. A. Giufrè; Milão; 1964.
DOBSON, Juan M. — El abuso de la personalidad jurídica — Buenos Aires; Ed. Dapalma; 1985.
BATALHA, Wilson de Souza Campos — Direito processual societário; Rio de Janeiro; Ed. Forense; 1985.
R.T. 238/393; R.T. 579/25; R.T. 492/219; R.T. 484/149; R.T. 528/39; R.T. 560/109; R.T. 410/12; R.T.J. 93/321; R.T.J. 105/637