

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Abuso do Direito de Sócio

Mônica Gusmão

Coordenadora de Direito Privado e Professora de Direito Empresarial da EMERJ, da EMATRA, da Escola Superior da Defensoria Pública, da Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro, do Centro de Estudos Jurídicos, do Curso Pretorium, da Pós-graduação em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes e da Universidade Estácio de Sá.

O novo Código Civil cuida das sociedades como pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, II), um contrato celebrado entre pessoas físicas ou jurídicas objetivando, reciprocamente, contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica organizada (empresa), e a partilha, entre si, dos resultados. *Personalidade jurídica* é a aptidão de contrair direitos e obrigações na órbita civil. Começa com o arquivamento dos atos constitutivos no órgão competente (se sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis e se simples, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas) e termina pela via judicial ou extrajudicial (dissolução, liquidação, partilha e baixa dos atos no registro próprio).

Para Tavares Borba, a teoria da personalidade jurídica estaria melhor sistematizada se fosse compreendido que o simples contrato de formação da sociedade é suficiente para dar origem a uma nova pessoa jurídica, hipótese em que a personalidade jurídica adviria desta constituição e não do registro. Em princípio, e por conta da autonomia patrimonial, a pessoa física do sócio e seu patrimônio pessoal não se confundem com o da sociedade, mas isso não é cláusula pétrea na teoria da separação dos patrimônios jurídicos. Repudia ao direito a idéia de que a personalidade jurídica da sociedade possa servir de couraça aos sócios para acobertar situações antijurídicas.

O objetivo da **disregard of legal entity** não é outro senão o de desconsiderar momentaneamente a personalidade jurídica da sociedade para atingir esses bens particulares dos sócios, desde que comprovada a prática de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, entre outros, preservando-se, assim, os direitos e interesses de todos quantos negociem com a sociedade e se sintam potencialmente prejudicados pelo mau uso da sociedade. A teoria não visa a anular, desconstituir ou dissolver a sociedade, e sim desconsiderar, provisoriamente, a sua personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal do sócio. O objetivo é evitar o injusto e realizar a justiça. Sempre que houver fraude, dolo, má-fé, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, levanta-se o véu da sociedade (**lifting the veil**) para alcançar o patrimônio pessoal dos sócios, que, fosse de outra forma, estaria protegido por um verniz legal que de modo nenhum compraz ao direito ou ao sentimento mais comezinho de justiça. São exemplos da aplicação dessa teoria os arts. 50 do novo Código Civil, 18 da Lei nº 8.884/94, 4º da Lei nº 9.605/98 e 28 da Lei nº 8.078/90.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não tem aplicação quando a responsabilidade dos sócios advier de expressa previsão legal (exemplos: arts. 158 da L. nº 6.404/76, 135, III do CTN, 1.015, parágrafo único e incisos, 1.016 e 1.080 do novo Código Civil e 13 da Lei nº 8.620/93, entre outros). Segundo Giovanni Comodoro Ferreira, "há situações em que a utilização da pessoa jurídica é feita ao arrepio dos fins para os quais o Direito albergou o instituto. Em muitos casos, os integrantes de um ente coletivo se ocultam por detrás de sua autonomia formal para lesar direitos ou infringir norma legal ou estatutária, valendo-se da pessoa jurídica como instrumento de fraude ou ilicitude". A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o abuso do direito cometido por um sócio é pressuposto da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Sobre o tema:

*Sociedade comercial. Desconsideração da personalidade jurídica. **Disregard doctrine**. Fraude e abuso de direito. Existência de apenas indícios ou presunções.*

*"Inaplicabilidade do instituto por exigir prova inconteste. Com a teoria da **disregard doctrine** visa-se coibir o uso irregular da forma societária, geradora da personalidade jurídica, para fins*

contrários ao direito. Contudo, a fraude e o abuso de direito, que autorizam a adoção desta teoria, no caso concreto, hão de ser cabalmente demonstrados, não sendo suficiente a existência de indícios ou presunções, porque se cuida de uma excepcionalidade, demanda prova inconteste. A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser levada ao exagero, acabando por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento de eméritos juristas dos povos civilizados. Assim, a simples fatura em nome da empresa, de produtos das associadas não basta para adoção da **disregard of legal entity**, de molde a justificar a penhora de bens daquela execução movida contra associada. O que é devido pelos sócios não o é pela sociedade; e o que a sociedade deve não é devido pelos sócios" (TJBA, RT, 736/315).

Agravo de instrumento, decisão interlocutória que indefere a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica . Não demonstração cabal de fraude e ou abuso de direito.

"Não há como se examinar, nos estreitos limites do agravo de instrumento, a ocorrência dos requisitos exigíveis ex vi legis para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Mister faz-se a comprovação de que a pessoa formal, por intermédio de pessoas físicas esteja perpetrando atos fraudulentos e/ou em abuso de direito em detrimento de terceiros. Acerto da decisão hostilizada, à falta da demonstração dos pressupostos jurídicos do pedido. Recurso conhecido e não provido" (Agravo de Instrumento nº 2001.002.16788; Quarta Câmara Cível).

Desconsideração da pessoa jurídica. Falta de prova do Abuso do Direito ou de Fraude no Uso da Sociedade. Descabimento.

"A autonomia entre a sociedade e os seus membros continua sendo a regra, só estando o Juiz autorizado a desconsiderar a pessoa jurídica quando esta é utilizada para a realização de fraude ou abuso do direito. A simples insatisfação de um crédito não é suficiente, por si só, para o desprestígio da personalização. Desprovisionamento do recurso. "Agravo de Instrumento nº 1998.002.01243, Segunda Câmara Cível, Des. Sergio Cavalieri Filho.

Falência. Extensão dos seus efeitos às empresas coligadas. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Possibilidade. Re-

querimento. *Síndico. Desnecessidade. Ação autônoma. Precedentes da Segunda Seção desta Corte.*

"I - O *síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei n.º 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.* II – *A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses. Recurso especial provido*" (RESP 228357/SP – 3ª Turma).

É relevante remarcar que a noção de ato jurídico no Código Civil de 1916 era ampla, prevalecendo a divisão em *ato jurídico lato sensu* (que se partia em ato jurídico em sentido estrito, no qual as conseqüências do ato não eram determinadas pela manifestação de vontade do agente, mas pelo próprio ordenamento jurídico e *negócio jurídico*, no qual a manifestação de vontade do agente era determinante para a produção de efeitos do ato) e *atos ilícitos* (ato que viola direito subjetivo de outrem, responsabilizando-se o agente pelos danos causados). O art. 81 daquele álbum definia ato jurídico como todo ato lícito que tivesse por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Não havia distinção nítida de ato jurídico em sentido estrito e *negócio jurídico* e essa imprecisão conceitual sempre foi um incômodo complicador. Essa antiga imprecisão não escapara já à astúcia do iluminado Pontes de Miranda, como se lê em Luiz Edson Fachini quando diz que "promovendo tal distinção, Pontes se antecipou à proposta do novo Projeto do Código Civil, o qual, agora, em notória mora, acata (em parte) essa dualidade sob a rubrica *dos atos jurídicos lícitos (...)*". Segundo Caio Mário, "como, porém, a expressão ato jurídico é um valor semântico abrangente de um conceito jurídico mais amplo, compreensivo de qualquer declaração de vontade, individual ou coletiva, do particular ou do Estado, destinada à produção de efeitos, o *negócio jurídico* deve ser compreendido como uma espécie do gênero ato jurídico". O novo Código Civil não recepcionou a divisão clássica de ato jurídico e dividiu os *atos jurídicos* em *negócios jurídicos* (art. 104 e seguintes) e *atos jurídicos lícitos* (art. 185).

Passemos ao ato ilícito. Com a erudição de quem é íntimo das coisas do Direito, o Des. Sérgio Cavalieri Filho o define como todo “ato voluntário e consciente do ser humano, que transgride um dever jurídico”. Comete ato ilícito quem viola direito subjetivo de outrem, responsabilizando-se pelos danos causados. Para Zanobi, “a responsabilidade jurídica, por seu turno, pode ser definida como sendo a conseqüência imediata da infração de um dever normativo preexistente, causador da lesão ao interesse jurídico que se pretendia tutelar”. No Código de 1916, o ato ilícito era visto pelo prisma subjetivo (a prova da culpa do agente era o seu pressuposto caracterizador e assim estava no art. 159 ao dizer que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”). O novo Código Civil mitiga o elemento subjetivo do ato ilícito (culpa ou o dolo), antes pressupostos determinantes de sua caracterização, e permite a coexistência da responsabilidade objetiva e da subjetiva. Tanto é assim que o parágrafo único do art. 927 dispõe que a responsabilidade do agente na reparação do ato ilícito independe de culpa ou dolo, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade produzida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. O art. 187 do Código Civil diz que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Define-se abuso do direito a partir do art. 188, I, **contrario sensu**, isto é, comete abuso do direito quem pratica atos no exercício irregular de direito reconhecido. Sérgio Cavalieri Filho ensina que “o fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito”. Adiante, lembra que “enquanto no ato ilícito a conduta não encontra apoio em dispositivo legal e até é praticada contra dever jurídico preexistente, no abuso do direito a conduta é respaldada em lei, mas como já ressaltado, fere ostensivamente o seu espírito”.

A despeito de maciço entendimento em contrário, advogamos a tese de que naquelas situações em que o sócio agir com abuso do direito, vale dizer, abusar evidentemente dos seus direitos de sócio e exercê-

los de forma anormal, como, por exemplo, dispensar um empregado sob acusação de prática de falta grave (justa causa) por rixa ou capricho ou requerer imotivadamente a falência ou concordata da sociedade, entre outros, o prejudicado poderá demandar o sócio pessoalmente, tendo por fundamento a prática de ato ilícito em razão do abuso do direito cometido. A invocação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nesses casos, não é cabível nem consulta ao interesse do credor, e a razão é simples: o sócio que abusa do seu direito responde pelo dano independentemente da prova de fraude, diferentemente do que ocorre na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa em que, dada a sua concepção subjetiva, sua aplicação é restrita aos casos em que se comprova a fraude perpetrada pelo sócio.

Segundo Alvino Lima, “no ato abusivo há violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, de dolo ou culpa. Como se não bastasse, o E. nº 37 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal dispõe que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Para Tavares Borba, o art. 116 da L. nº 6.404/76 afasta o caráter institucional das sociedades anônimas, entendendo que controladores e administradores se encontram jungidos à obrigação de preservar os interesses dos acionistas, empregados e comunidade, sob pena de a inobservância gerar abuso de poder, propiciando ao interessado a prerrogativa de obter judicialmente a competente reparação.

Ainda aqui, é bem-vinda a observação do Des. Sergio Cavaliere Filho de que o fato de o novo Código Civil ter elevado o abuso do direito ao nível de princípio geral tem sido alvo de várias críticas em razão do perigo para a segurança das relações jurídicas se deixar os direitos individuais subordinados ao arbítrio judicial. Comungamos dessa opinião, especialmente por que o novo Código Civil traçou novas diretrizes e positivou princípios fundamentais como o da *eticidade*, amparado na proibição e boa-fé dos contratantes e da *socialidade*, mitigando o caráter individualista até então existente, como, por exemplo, a função social do contrato, em que os seus efeitos extrapolam as partes integrantes, repercutindo na sociedade como um todo, rediscutindo-se o

princípio da relativização dos contratos e autonomia da vontade das partes, gerando um equilíbrio entre o interesse privado e o social. Trocando em miúdos, sustentamos o cabimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica sempre que comprovados os pressupostos ensejadores de sua aplicação (fraude, má-fé, confusão patrimonial, desvio de finalidade etc.), mas repelindo-as quando a responsabilidade do sócio advier de lei, como no abuso do direito. Neste caso, e prevalecendo a responsabilidade objetiva, o credor poderá demandar o sócio pelo abuso cometido, sem necessidade da comprovação de culpa. ◆