

PARECER

TEMÁRIO:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

INADMISSIBILIDADE

AUSÊNCIA DE REQUISITOS

DEVEDORA TITULAR DE PATRIMÔNIO SUFICIENTE

FRAUDE INEXISTENTE

CITAÇÃO INDISPENSÁVEL E NECESSÁRIO CONTRADITÓRIO

CONSULENTE:

O SÓCIO NAS DUAS EMPRESAS

SUMÁRIO – PARTE I: O CASO, A CONSULTA, OS TEMAS – 1. antecedentes – as empresas e o sócio majoritário – 2. uma surpreendente desconsideração da personalidade jurídica – bloqueio de contas bancárias – 3. a consulta e os temas – PARTE II: A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – PRESSUPOSTOS NÃO OBSERVADOS – 4. a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – sua excepcionalidade na dinâmica da responsabilidade executiva – 5. sem insuficiência patrimonial não há razão para desconsiderar – ausência de interesse à desconsideração – 6. tornando ao caso – a Empresa 1 tem patrimônio suficiente – 7. sanção à fraude – também sem uma fraude demonstrada não se desconsidera – 8. tornando mais uma vez ao caso – completa ausência de fraude – 9. conclusão: uma desconsideração duplamente contrária à lei – PARTE III: GRAVÍSSIMAS INFRAÇÕES PROCESSUAIS – O ÔNUS DA PROVA – O CONTRADITÓRIO – 10. a fraude, a prova e o *onus probandi* – 11. a prova da fraude e o devido processo legal – 12. também indispensável uma instrução em contraditório – 13. é imperioso desfazer o mal causado – necessária consciência do caráter excepcional da desconsideração

PARTE I

O CASO, A CONSULTA, OS TEMAS

1 ANTECEDENTES

AS EMPRESAS E O SÓCIO MAJORITÁRIO

O consulente é sócio majoritário da Empresa 1, instalada em uma pequena cidade do Estado do Mato Grosso do Sul, bem próxima à fronteira com o Paraguai. Em virtude de graves divergências com os sócios, esteve afastado do comando dessa empresa durante vários anos, sendo inclusive impedido por eles de adentrar o estabelecimento por todo um longo período. Só reassumiu suas atividades quando uma R. decisão judiciária, já passada em julgado, julgou *improcedente* o pedido de sua exclusão da sociedade, deduzido em juízo pelos sócios, e *procedente sua reconvenção*, excluindo estes. Tal decisão ocorreu em junho de 2009 e a apelação interposta pelos sócios não progrediu porque deserta. Quando finalmente pôde reassumir suas funções na Empresa, em outubro de 2010, o ora consulente encontrou-a em completo abandono, ali nada existindo senão um prédio com suas atividades completamente paralisadas.

Antes dessa retomada, em setembro de 2010 o consulente constituiu, juntamente com outro sócio, *nova pessoa jurídica* empresarial, também aplicada ao segmento do comércio de carnes, que é a ora denominada Empresa 2. Tal empresa veio a ser instalada naquele prédio onde antes funcionava a Empresa 1, que então estava abandonado.

Para iniciar suas novas atividades ali, o Consulente enfrentou uma dificuldade adicional, representada pelo *corte de energia elétrica*, imposto pela fornecedora ENERSUL porque os sócios não pagaram pelo fornecimento realizado durante sua gestão. Foi necessária uma decisão judicial para que seu sistema elétrico voltasse a ser reativado. Para viabilizar a exploração do prédio e a ativação de seu giro empresarial na recém-criada Empresa 2, o Consulente locou a esta o prédio de propriedade da executada (Empresa 2) pelo aluguel mensal de 50 mil reais. Pretendeu com isso deixar clara a *separação patrimonial* entre as duas empresas, tendo em vista a previsível apuração de haveres a ser debatida com os ex-sócios.

2 UMA SURPREENDENTE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

BLOQUEIO DE CONTAS BANCÁRIAS

Estando as coisas assim, eis que em agosto de 2012 todos os ativos bancários do Consulente e da Empresa 2 vieram ser *bloqueados* em suas contas por determinação do MM. Juízo de uma Vara Cível da comarca de São Paulo. Tal constrição foi efetivada na fase executiva de um processo monitório promovido pelo BANCO SANTOS S.A., em razão de um débito contraído no ano de 2004 em nome da Empresa 1 pelos sócios que então estavam à sua frente – o que foi feito sem a mais mínima participação do ora Consulente, o qual sequer tinha conhecimento de tal operação bancária. Nessa época, como já se registrou, ele estava afastado da empresa e proibido de ingressar em suas instalações. O MM. Juízo que ordenou tais *bloqueios* fê-lo sem qualquer cautela prévia, não chamando os ora consulentes a pagar, não se esclarecendo sobre a situação patrimonial da Empresa 1 (devedora), não recolhendo prova alguma sobre uma possível e eventual *fraude* (que simplesmente *presumiu*) e, sobretudo, sem realizar a citação dos supostos responsáveis. A *desconsideração da personalidade jurídica* de ambos foi feita assim abruptamente, como se essa fosse uma providência ordinária na dinâmica dos direitos e na vida dos processos.

Atingidos por essa R. decisão, o ora Consulente e a Empresa 2 interuseram um *agravo de instrumento* com o objetivo de obter a sua reforma pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, levantando os pontos jurídicos de que a seguir se falará e solicitando-me parecer.

3 A CONSULTA E OS TEMAS

A consulta que me formulam concentra-se na irrisignação dos consulentes em face da *desconsideração da personalidade jurídica* que lhes foi imposta, questionando não só a sua *admissibilidade* no caso, que contestam, mas também o *modo processual* de sua imposição. Sustentam especificamente:

- a) que, sendo a *disregard of legal entity* uma medida extraordinária destinada a efetivar a responsabilidade patrimonial com vista à satisfação de obrigações, ela só tem razão de ser no sistema quando o patrimônio do obrigado não dispuser de *bens suficientes* para tanto – sendo que no presente caso a Empresa 1 e devedora é titular de bens mais que suficientes;
- b) que, sempre a partir desse caráter extraordinário, a *fraude* do obrigado e do terceiro é também um elemento indispensável para desconsiderar, porque a própria *disregard*

doctrine tem nessas condutas fraudulentas o seu indispensável substrato ético-jurídico;

c) que, para a efetividade das superiores garantias constitucionais do contraditório e *due process of law*, a imposição de medidas truculentas como essa deve obrigatoriamente ser precedida de razoáveis cautelas, mediante a prévia *citação* do terceiro, supostamente fraudador, e oferta de um mínimo de oportunidades para a verificação dos pressupostos da desconsideração.

Sobre esses temas discorrerá o parecer nos capítulos que a seguir se lêem, adiantando-se desde logo a convicção de que a R. decisão agravada não esteve atenta a tais severos mandamentos, merecendo pois *provimento* o agravo interposto pelos ora consulentes.

PARTE II

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

PRESSUPOSTOS NÃO OBSERVADOS

4 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

SUA EXCEPCIONALIDADE NA DINÂMICA DA RESPONSABILIDADE EXECUTIVA

A mais ampla das premissas indispensáveis à boa compreensão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é a sua *excepcionalidade* no sistema. Os nobres objetivos motivadores dessa sadia teoria não têm o poder de aniquilar uma das mais tradicionais e arraigadas categorias jurídicas do mundo ocidental, que é a *personalidade* dos entes corporativos e sua distinção da personalidade das pessoas físicas que os compõem. Essa distinção, que era ditada de modo direto no Código Civil de 1916 (“as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”), continua sendo observada no estatuto agora vigente: seu art. 50, ao estabelecer que os bens dos sócios *poderão* vir a responder por obrigações da sociedade sempre que houver abuso da personalidade jurídica desta ou confusão patrimonial, está claramente dispondo, *a contrario sensu*, que sem esse mau uso será sempre respeitada a autonomia patrimonial de cada um. Essa excepcionalidade é um verdadeiro dogma, ou um dos fundamentos basilares da personalidade jurídica dos entes coletivos, sem cuja observância sequer haveria como pensar nessa personalidade.

São arbitrárias e assistemáticas as descon siderações impostas sem a presença desses requisitos, e notadamente sem a verificação da *insuficiência patrimonial* do obrigado e de uma *fraude* concertada entre ele e o terceiro a dano dos credores.

Essa excepcionalidade apóia-se firmemente na observação de que a concepção e o prestígio da *disregard doctrine* tiveram origem e motivação no inconformismo do jurista e do juiz modernos, fartos de assistir passivos ao manuseio da personalidade jurídica como instrumento para *lesar*. Como venho destacando, houve no passado e vêm-se ainda no presente (como neste caso) arroubos de obcecada radicalização dessa proposta, mas a nobreza do *Durchgriff* paira acima desses fatores de banalização e, encarada equilibradamente pelo prisma de seus generosos objetivos, constitui fator mais que legítimo de busca de realização da promessa constitucional de uma tutela jurisdicional adequada e sobretudo *efetiva*. Sem pôr abaixo a sólida estrutura da distinção entre a personalidade jurídica dos entes coletivos e a dos sócios, repudiemos seu uso fraudulento a dano de terceiros inocentes. Estou a falar do dualismo *regra-exceção* proposto pela vanguardeiro ROLF SERICK, ao qual todos reconhecem o rigor científico e o pioneirismo de seu arrojado trabalho (LAMARTINE CORRÊA, RUBENS REQUIÃO, COMPARATO-SALOMÃO *etc.*).²⁰⁹

Nessa perspectiva de combate à fraude, a aplicação das novas idéias trouxe em si, desde o início, a marca da *excepcionalidade*: "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 até o seu próprio substrato e afete especialmente os seus membros".²¹⁰

Também por essa *excepcionalidade* foi o entendimento sumulado na histórica *Jornada de direito civil* promovida pelo Col. Superior Tribunal de Justiça no ano de 2003, onde se concluiu que "só se aplica a descon sideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e limitadamente aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido" (enunciado n. 7).

Estabelecida essa fórmula de equilíbrio estaremos aptos a examinar com serenidade os pontos vitais das polêmicas que vêm surgindo a propósito dessa teoria, assim equacionados: a) a exigência da *insuficiência patrimonial* e da *fraude* como motivos para descon siderar a pessoa jurídica; b) a necessidade de *comprovar* essa fraude, a qual não se presume; c) a atribuição do *ônus probatório* ao credor, porque é ele o interessado no reconhecimento desse fato extraordinário na vida dos negócios, que é a fraude; d) a ilicitude

²⁰⁹. *Cfr.* JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, S.Paulo, Saraiva, 1979; RUBENS REQUIÃO, "Abuso e direito e fraude através da personalidade jurídica", *in* RT n. 410, p. 13; COMPARATO-SALOMÃO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 4ª ed., Rio, Forense, 2005, p. 320.

²¹⁰. Foi o que disse o pioneiro ROLF SERICK, *apud* REQUIÃO, "Abuso e direito e fraude através da personalidade jurídica" *cit.*, n. 410, p. 13.

da imposição de constringências executivas sobre o patrimônio do sócio sem que antes houvesse ele sido parte em um *contraditório* estabelecido com vista a apurar sua responsabilidade.

5 SEM INSUFICIÊNCIA PATRIMONIAL NÃO HÁ RAZÃO PARA DESCONSIDERAR

AUSÊNCIA DE INTERESSE À DESCONSIDERAÇÃO

“Como conceito geral, interesse é *utilidade*.” Consiste em uma *relação de complementariedade* entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a satisfação de uma necessidade e sendo o bem capaz de satisfazer a necessidade da pessoa (CARNELUTTI). Há o *interesse de agir* quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira *tutela*, a tutela jurisdicional. “O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão”. Essas palavras minhas, escritas em sede doutrinária,²¹¹ são abertamente inspiradas em superiores lições de FRANCESCO CARNELUTTI, de perene atualidade na teoria processual.²¹² É muito natural que o Estado-juiz só se disponha a desencadear atividades em torno da pretensão de uma pessoa quando for razoavelmente previsível que a medida jurisdicional preparada por essas atividades será apta a produzir o resultado prático desejado e autorizado pelo direito. Antevendo-se a inexistência dessa utilidade, não há por que oferecer ou produzir medidas jurisdicionais e não há por que percorrer todos os caminhos de um processo ou de um específico incidente processual.

E agora, aviventados esses conceitos, tornemos à desconsideração da personalidade jurídica, podendo-se afirmar desde logo e com fundamento neles, que também essa medida de tutela ao credor depende de um especial *interesse deste* – ou seja, da utilidade que essa medida seja apta a lhe proporcionar. Essa utilidade reside na captação de novos bens, além daqueles insuficientes encontrados no patrimônio do devedor, para satisfazer o direito do credor. Daí por que, conforme anunciado ao início do presente tópico, sem insuficiência de bens no patrimônio da sociedade não é legítimo desconsiderar a personalidade desta para captar alhures outros bens. Sempre tendo em mente o caráter excepcional e extraordinário da

²¹¹. Cfr. minhas *Instituições de direito processual civil*, II, 6ª ed., S.Paulo, Malheiros, 2009, n. 544, pp. 509 ss.

²¹². Cfr. *Teoria generale del diritto*, Roma, *Foro it.*, 1940, § 35, pp. 58-61).

desconsideração, é imperioso reconhecer que só estará presente o interesse processual a esta quando o patrimônio do devedor for nulo ou insuficiente, a saber, quando ocorrer a *insuficiência patrimonial* a que chamamos *insolvência*.

A insolvência constitui pois, nesse quadro sistemático, um indispensável *requisito para desconsiderar* – porque, o devedor não sendo insolvente, essa medida excepcional não será apta a *acrescer vantagem alguma* à esfera de direitos do credor. “Somente portanto se a pessoa jurídica (ou o sócio, na desconsideração inversa) não tiver quantidade de patrimônio suficiente disponível é que haverá interesse na desconsideração” (PEDRO HENRIQUE TORRES BIANCHI).²¹³

A esse propósito é conveniente enfatizar que é *subsidiária* a responsabilidade executiva do patrimônio de terceiro, decorrente da desconsideração da personalidade jurídica – e esse é o motivo pelo qual só é possível reconhecê-la à falta de bens do devedor. Essa técnica destinada à satisfação do crédito, por meio da qual bens de terceiro são atingidos pela execução, não tem o condão de vinculá-lo à *obrigação*. Ele não participou da relação de direito material e não se torna *devedor* em razão da desconsideração. O instituto está relacionado exclusivamente com a *responsabilidade patrimonial secundária*, não primária e não suscetível de confusão com a *obrigação*, que é um fenômeno de direito material – e tal é a conhecida distinção entre *Schuld* e *Haftung*, muito frequente em doutrina.

Em consequência, “havendo bens da sociedade suficientes para honrar a execução, faltará ao exequente interesse na desconsideração, porque ele está chamando ao processo mais uma parte para satisfazer seu crédito, mesmo sendo desnecessário”.²¹⁴

6 TORNANDO AO CASO

A EMPRESA 1 (DEVEDORA) TEM PATRIMÔNIO SUFICIENTE

Chega a ser intuitivo que, sendo a insuficiência patrimonial um elemento indispensável sem o qual sequer haverá qualquer interesse jurídico ou prático para desconsiderar personalidades jurídicas, esse fato condicionante do direito a desconsiderar *precisa estar provado*, sob pena de não poder ser desconsiderado. Sem pôr ainda em discussão a *vexata questio* da pertinência desse ônus probatório, se ao credor, se ao terceiro, o

²¹³. Cfr. *Desconsideração judicial da personalidade jurídica no processo civil*, S.Paulo, Saraiva, 2011, n. 46, pp. 115-116.

²¹⁴. Cfr. PEDRO HENRIQUE TORRES BIANCHI, *op. cit.*, n. 67, esp. p. 172

fato é que o BANCO fez ao MM. Juízo uma afirmação falaciosa, dizendo que "determinada a busca de bens de declarações de imposto de renda existentes em nome dos executados, a exequente não logrou êxito na localização de quaisquer bens passíveis de constrição, sendo que somente foi enviada a declaração referente aos anos de 2004 e 2006 da empresa executada". Nesse momento não estavam na relação processual as pessoas a quem o BANCO pretendia estender a responsabilidade patrimonial, a saber, a pessoa jurídica Empresa 2 e seu sócio, ora Consulente – os quais, justamente por não estarem inseridos na relação processual, não tiveram a mais mínima oportunidade de contrariar tal alegação. O fato é que, conforme agora alegam os consulentes em seu agravo, (a) não só constava a existência de bens nas declarações de bens da Empresa 1 à Receita Federal, referentes aos anos de 2004 e 2006, como também (b) o cartório de registro de imóveis da comarca de Iguatemi, onde se localiza aquela empresa, atesta o registro de nada menos que cinco imóveis em nome desta. Um desses imóveis, ao qual se referem duas das matrículas indicadas, é aquele “onde está construído o prédio da Empresa 1 e avaliado em cerca de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais)”.

Daí a falácia da afirmação de insuficiência de bens, feita pelo BANCO. Daí a clara evidência de que o MM. Juízo *a quo* deveria ao menos determinar diligências junto à Receita e ao Cartório antes de deferir assim sumariamente a extensão da responsabilidade. E daí, conseqüentemente, a conclusão de que, existindo bens penhoráveis no patrimônio da devedora Empresa 1, a desconsideração da personalidade jurídica, deferida na R. decisão ora agravada, *foi uma arbitrariedade* porque realizada sem um mínimo de instrução probatória e sem contraditório algum; e também *foi uma ilegalidade* porque, como já se disse e é notório, havendo bens no patrimônio do devedor, é ilícita e rigorosamente desnecessária a desconsideração. Claramente, ou o credor falseou a verdade ao afirmar que não havia bens suficientes à penhora, ou ao menos deixou de esgotar os meios legais disponíveis para fazer tal verificação. Mostra-se, pois, inadmissível a constrição determinada em primeiro grau.

Em suma, à míngua de uma concreta insuficiência patrimonial social não há motivo para a desconsideração no presente caso.²¹⁵ Trata-se de solução excepcionalíssima, admissível apenas se configurada a utilização da pessoa jurídica para prejudicar terceiros²¹⁶ – e isso será

²¹⁵ Cfr. ARNOLDO WALD e LUIZA RANGEL DE MORAES, “Da desconsideração da personalidade jurídica e seus efeitos tributários”, in *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária* (obra coletiva), S.Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 244.

²¹⁶ FÁBIO SIEBENEICHLER ANDRADE, Anotações sobre a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil e na Lei de Defesa do Consumidor, in *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*,

faticamente impossível se porque a pessoa jurídica devedora tem patrimônio suficiente para pagamento de suas dívidas.

7 SANÇÃO À FRAUDE

TAMBÉM SEM UMA FRAUDE DEMONSTRADA NÃO SE DESCONSIDERA

Conforme lição incontestada dos próprios arautos da *disregard doctrine*, ela foi concebida e legitima-se no objetivo de afastar a fraude que por meio da personalidade jurídica se perpetra contra terceiros. Quem primeiro discorreu sobre o tema no direito brasileiro, transportando a tese vinda de plagas germânicas e da *common law* e cuidando de demonstrar sua compatibilidade com nosso direito positivo, advertiu desde logo: "a doutrina desenvolvida pelos tribunais norte-americanos [...] visa a impedir a *fraude* ou algum *abuso* através do uso da personalidade jurídica". Relata que já em 1912, em uma das primeiras exposições da doutrina nos Estados Unidos, ficara dito: "quando o conceito de pessoa jurídica (*corporate entity*) se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar 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 ativamente de tais atos e farão justiça entre as pessoas reais" (RUBENS REQUIÃO).²¹⁷

Também em sede pretoriana, na aplicação da *disregard of legal entity* desde o começo foi sempre a identificação de alguma fraude, ou intenção de lesar, que levou a doutrina e os tribunais brasileiros, caso a caso, a afastar os óbices que às vezes a personalidade jurídica poderia opor ao cumprimento dos desígnios do direito material e efetiva realização da justiça. Como informam SIMONE LAHOURGUE NUNES e PEDRO HENRIQUE TORRES BIANQUI, a primeira decisão brasileira que tratou da desconsideração da personalidade jurídica data do mesmo ano em que SERICK concluía seu doutoramento, em 1955. Trata-se de acórdão da lavra do notável magistrado EDGARD MOURA BITTENCOURT, proferido nos seguintes termos:

a assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é

obra coletiva, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 538.

²¹⁷. *Op. cit.*, nn. 2-3, pp. 13-14). O autor norte-americano referido é Wormser. Na doutrina subsequente, *cfi: ainda* JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica* cit. cap. VI, n. 3, pp. 608-609.

um princípio jurídico mas não pode ser um tabu a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito.²¹⁸

Ainda em sede pretoriana e em tempos mais recentes, na aplicação da *disregard of legal entity* é sempre a identificação de alguma fraude, ou intenção de lesar, que levou e tem levado os tribunais brasileiros, caso por caso, a afastar os óbices que às vezes a personalidade jurídica poderia opor ao cumprimento dos desígnios do direito material e efetiva realização da justiça. Disse o Col. Superior Tribunal de Justiça: “o juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros”.²¹⁹ No mesmo sentido, dissera o conceituado Min. RUY ROSADO DE AGUIAR que “é possível desconsiderar a pessoa jurídica usada para *fraudar* credores”.²²⁰ E também JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, associa a desconsideração da personalidade jurídica à “necessidade de maior atenção ao *elemento ético* na análise e interpretação do direito”.²²¹

Resta pois a rigorosa certeza de que o pilar fundamental da teoria da desconsideração consiste no *combate à fraude* e portanto sua imposição só será legítima quando houver uma concreta atitude fraudulenta cujos efeitos clamem por neutralização. Como vem observando a doutrina mais moderna, o fundamento dessa teoria está na função social da propriedade, de que a personalidade das sociedades constitui manifestação. Daí o “poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.”²²²

Por isso é que sem fraude não se desconsidera personalidade jurídica alguma, sendo *extraordinários* na ordem jurídica os casos de desconsideração precisamente porque *a fraude e a má-fé não são fatos ordinários* na vida das pessoas e no giro de seus negócios.

8 TORNANDO MAIS UMA VEZ AO CASO

²¹⁸. *Direito Societário Contemporâneo I*, A Desconsideração da Personalidade Jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e aplicação no Brasil, Quartier Latin, 2009, n. 5, p. 315.

²¹⁹. *Cfr.* STJ, 4^a T., REsp 63.652, j. 13.6.00, rel. BARROS MONTEIRO, v.u., DJU 28.8.00, p. 134. V. ainda STJ, 2^a Seção, AEREsp n. 86.502, j. 30.6.97, rel. MENEZES DIREITO, v.u., DJU 30.6.97, p. 30.508.

²²⁰. *Cfr.* STJ, 4^a T., REsp 86.502, j. 21.5.96, rel. RUY ROSADO DE AGUIAR, v.u., DJU 26.8.96, p. 29.693 (RISTJ 90/280).

²²¹. *Cfr.* *A dupla crise da pessoa jurídica* cit., cap. VI, n. 3, pp. 608-609.

²²² FÁBIO KONDER COMPARATO, “Função social da propriedade de bens de produção”, in *Direito empresarial*, S.Paulo, Saraiva, 1995, p. 34. No mesmo sentido, FLÁVIA LEFÈVRE GUIMARÃES, *A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor – aspectos processuais*, S.Paulo, Max Limonad, 1998, p. 24.

COMPLETA AUSÊNCIA DE FRAUDE

Também o indispensável requisito da fraude legitimadora do *disregard of legal entity* é inteiramente estranho ao presente caso, no qual o sócio Consulente ficara afastado durante anos do comando da empresa devedora (Empresa 1) por truculenta iniciativa dos minoritários. Como registrei de início, eles não só lhe moveram uma demanda em juízo com vista a excluí-lo da sociedade, como ainda o impediram fisicamente de sequer adentrar o estabelecimento da Empresa e o alijaram por completo de qualquer decisão. Durante esse período, o Consulente (a) não celebrou contratos, (b) não contraiu obrigação alguma, (c) não negociou com fornecedores ou distribuidores, (d) não comprou pela Empresa 1, (e) nada pagou, (f) nada recebeu e (g) sequer pôde estar presente no estabelecimento desta, porque disso o impediram os sócios. E, mais particularmente, o Consulente não teve participação alguma na captação do mútuo pelo qual o MM. Juízo *a quo* o responsabiliza.

Depois, quando criou a outra empresa que aqui também é parte (Empresa 2), agiu com toda lisura possível, não resguardando bens, não se valendo de presta-nomes, ou *laranjas*, mas simplesmente apresentando-se com toda transparência como sócio majoritário e líder dessa nova empresa. Inclusive, para bem caracterizar a *separação patrimonial* entre as duas empresas, na qualidade de diretor da Empresa 1 o Consulente realizou um contrato de locação entre esta e a Empresa 2, referente ao imóvel pertencente àquela. Esse contrato foi formalizado com toda transparência e os aluguéis mensais de 50 mil reais foram devidamente contabilizados na escrita de ambas. Sua conduta sempre foi, pois, radicalmente oposta a de um *abuso da personalidade jurídica* e não revela traço algum de um fraudulento *desvio de finalidade*. Nenhuma *confusão patrimonial* foi estabelecida.

Ora, o “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo *desvio de finalidade* ou pela *confusão patrimonial*”, é o quadro fático posto pelo art. 50 do Código Civil como motivo para o juiz desconsiderar a personalidade jurídica. Sem distorções como essas, desconsiderar personalidades é uma arbitrariedade. Como *fato constitutivo* de eventual direito do credor a essa desconsideração, tal abuso só pode ser reconhecido quando apoiado em fatos concretos e referendado por prova suficiente. No caso, o único liame entre as duas empresas é o fato do Consulente figurar como sócio em ambas. Nenhum outro fato foi alegado a esse respeito e muito menos provado. Sequer se alegou um *desvio de finalidade* e inexistente a mais mínima *confusão patrimonial* entre as duas empresas, até porque o ora Consulente, quando fundou a

Empresa 2, sequer exercia a gestão da Empresa 1. Em síntese, a desconsideração da personalidade jurídica não se justifica na situação ora examinada. Não foi apontado, sequer em tese, qualquer ato praticado pelo Consulente, destinado a desviar bens da antiga empresa. Não houve, por parte dele, *abuso da personalidade dessa pessoa jurídica*.

Toda a doutrina, reitera-se, é assente quanto à necessidade desse comportamento para tornar possível a desconsideração: “os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica só poderão incidir sobre os sócios e administradores que efetivamente praticarem abuso ou fraude na utilização da pessoa jurídica (CC, art. 50).²²³ Não se pode desconsiderar a função da *disregard doctrine*, a saber, a de afastar a fraude cometida pelo sócio de pessoa jurídica em detrimento de terceiro. Essa teoria não visa simplesmente a ignorar a autonomia da pessoa jurídica nem a responsabilidade limitada do sócio. É aplicada em caráter excepcional, apenas e tão-somente para coibir a fraude.²²⁴

9 CONCLUSÃO

UMA DESCONSIDERAÇÃO DUPLAMENTE CONTRÁRIA À LEI

Tornemos aos dois fundamentais pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica enunciados acima, a saber, (a) o pressuposto da necessária insuficiência patrimonial e (b) o da fraude perpetrada mediante abuso da personalidade jurídica.

Ausente a indispensável insuficiência patrimonial. Sendo o patrimônio do devedor suficiente para responder por suas dívidas não há sequer *interesse jurídico* em desconsiderar a personalidade jurídica, simplesmente porque o que se busca mediante esta é a oferta, ao credor, de bens aptos a suportar uma execução proveitosa. A desconsideração é uma medida extraordinária no sistema e, se não for para produzir tal fortalecimento patrimonial, a prática desse severíssimo mecanismo não será uma medida capaz de suprir eventuais deficiências do patrimônio do devedor. Se ali já existe o suficiente, por que desconsiderar? O direito e o Poder Judiciário não devem estar à disposição de meros *caprichos* do credor. Mas o MM. Juízo *a quo*, louvando-se em afirmações falaciosas como essa, deu como certa e provada a insuficiência patrimonial deste, açodando-se em uma arbitrária desconsideração jurídica. Esse é o primeiro dos motivos pelos quais tal desconsideração deve ser desfeita pelo E. Tribunal, mediante o provimento do agravo de instrumento interposto pelos ora consulentes.

²²³ Cfr. MANOEL QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, S.Paulo, Atlas 2003, pp. 158-160.

²²⁴ DINAMARCO, “Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório” cit., n. 263, pp. 534 ss.

Como ficou demonstrado e o parecer já registrou, a Empresa 1 é titular de ao menos cinco imóveis na cidade em que atua, todos regularmente matriculados (*supra*, n. 6). A massa credora limitou-se a afirmar, sem provar, que fizera buscas imobiliárias e nada encontrara registrado em nome do devedor.

Sem a prática de qualquer fraude. Ainda quando houvesse no presente caso aquele interesse jurídico do credor à desconsideração (e não há), ainda assim o credor não teria qualquer direito a esta, porque aqui não existe o mais mínimo sinal de fraude alguma, perpetrada pela devedora Empresa 1, pelo sócio Consulente ou pela Empresa 2. Como ficou enfatizado de modo minucioso em tópico mais acima, não houve qualquer abuso da personalidade jurídica da Empresa 1 devedora nem há qualquer confusão patrimonial entre esta e a Empresa 2. A desconsideração concedida pelo MM. Juízo *a quo* passou *ao largo do art. 50 do Código Civil*, ao desconsiderar uma personalidade jurídica sem lançar qualquer atenção aos requisitos postos por este. Essa é mais uma imperiosa razão para que sua R. decisão seja reformada pela Col. Turma Julgadora mediante o provimento do agravo interposto pelos ora consulentes.

Para dar uma consistência mais concreta a essa conclusão tomo a liberdade de repisar certos pontos, já enunciados acima, dos quais emerge a mais firme certeza de que o Consulente não agiu com fraude alguma e não exerceu qualquer abuso da personalidade da devedora (*supra*, n. 9). Estando totalmente ausente da Companhia e alijado por completo de sua administração, (a) ele não celebrou contratos em nome desta, (b) não contraiu obrigação alguma, (c) não negociou com fornecedores ou distribuidores, (d) não comprou pela Empresa 1, (e) nada vendeu, (f) nada pagou, (g) nada recebeu e (h) sequer pôde estar presente no estabelecimento desta, porque disso o impediram os sócios. E, mais particularmente ainda, o Consulente não teve participação alguma na captação do mútuo pelo qual o MM. Juízo *a quo* o responsabiliza.

Reitera-se ainda: eventual responsabilidade patrimonial de terceiros, com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica, dependeria de outros elementos. Como bem observado pela doutrina, a aplicação da teoria por nossos tribunais *tem sido bastante cautelosa*, exigindo se a presença de pressupostos bem explícitos, evidenciadores da fraude contra credores, do abuso do direito e do desvio de finalidade, para sua incidência.²²⁵ Todas as hipóteses de desconsideração aventadas pela doutrina referem-se a manipulações fraudulentas feitas pelos sócios ou administradores de pessoas jurídicas, com o objetivo de lesar os credores²²⁶— e nada existe nos autos que comprove eventual desvio de finalidade,

²²⁵ MANOEL QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, *Sociedade limitada no novo Código Civil* cit., pp. 163-164.

²²⁶ Cfr. FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial*, II, S.Paulo, Saraiva, 2000, pp. 31-34.

confusão patrimonial ou negócios simulados realizados em detrimento dos bens pertencentes à Empresa 1.

PARTE III

GRAVÍSSIMAS INFRAÇÕES PROCESSUAIS

O ÔNUS DA PROVA – O CONTRADITÓRIO

10 A FRAUDE, A PROVA E O *ONUS PROBANDI*

Aceito que o fato constitutivo do direito de alguém à desconsideração de uma personalidade jurídica é a *fraude*, segue-se que esta há de ser alegada por quem pede a desconsideração, pesquisada na instrução processual e reconhecida pelo juiz em decisão motivada. Assim é a vida comum das causas, das demandas em geral e de seu julgamento. Prosseguindo-se nesse raciocínio elementar, vê-se também que, por ser excepcional na experiência do convívio em sociedade, *a fraude não se presume*. O ordinário se presume e o extraordinário se prova, há muitos séculos ensinou NICOLÒ FRAMARINO DEI MALATESTA; é corrente a oposição entre a boa-fé, que se presume, e a má-fé, que não pode ser presumida. No direito positivo manda o art. 335 do Código de Processo Civil que, na apreciação dos fatos pertinentes às causas em julgamento, o juiz raciocine inteligentemente, levando em conta o que ordinariamente acontece (*quod plerumque accidit*), para aceitar com mais facilidade fatos de ocorrência mais freqüente na vida comum das pessoas e exigindo mais severamente a prova de fatos extraordinários. Na busca do que é ordinário, em confronto com o que não o é, ele deve levar em conta as *máximas de experiência*, que constituem significativos dados culturais a serem considerados na apreciação do material fático das causas em julgamento.

Continuando nesse elementar raciocínio sistemático, vemos em seguida que há um *onus de provar* esse fato constitutivo do direito à desconsideração da personalidade jurídica, que é a *fraude*, porque *allegatio et non probatio quasi non allegatio* – recaindo esse ônus no sujeito interessado em que a fraude seja reconhecida. Como é notório, o ônus da prova de um fato pertence sempre a quem tem *interesse* em seu reconhecimento. O ônus de provar a fraude é da parte interessada em obter o reconhecimento da ocorrência desta, com vista

à desconsideração da pessoa jurídica, porque, como dito, a fraude é o fato constitutivo do eventual direito à desconsideração (CPC, art. 333, inc. I).

11 A PROVA DA FRAUDE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Recolhidos os elementos comezinhos de técnica processual alinhados logo acima, ver-se-á também que, se a fraude deve ser provada sob pena de não se desconsiderar a personalidade jurídica, sua prova deve ser feita mediante alguma instrução prévia à medida judicial que impõe a desconsideração. Também a *necessidade de prévio pronunciamento judicial sobre a fraude* tem sido objeto de minhas afirmações em sede doutrinária, como se vê de ensaio publicado em meus *Fundamentos do processo civil moderno*.²²⁷ Nesse sentido, disse o E. Primeiro Tribunal de Alçada Civil paulista, pela voz de respeitadíssimo magistrado (des. JOSÉ ROBERTO BEDRAN):

a recorrente não comprovou a dissolução da sociedade. Fez meras conjecturas a respeito. Mas, caso positivada a circunstância, o chamamento à responsabilidade direta dos sócios só se justificaria se, em ação distinta e com esse propósito, ficasse demonstrado que a dissolução, sem o devido cumprimento das obrigações sociais, deu-se fraudulentamente e com o indisfarçável propósito de prejudicar terceiros, vale dizer, em flagrante violação da lei.²²⁸

Disse também o estudioso LAURO LIMBORÇO: “quem pretende atingir aquele que se serve de uma empresa para negociação pessoal, com prejuízo para terceiros, terá de utilizar o processo de cognição previsto nos arts. 282 e ss. do CPC, a fim de que, apurado o dolo, a simulação ou a fraude, possa responsabilizar pessoalmente o fraudador. E, certamente, se não dispuser de prova robusta, esbarrará na interpretação que tem sido dada ao *caput* do art. 20 do CC”.²²⁹

O contrário seria ultraje à garantia constitucional do *due process of law* porque implicaria submeter o patrimônio de uma pessoa diferente do devedor a constrições executivas destinadas à satisfação de obrigações deste, sem ouvir previamente o titular do patrimônio a ser constrito. “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, diz a Constituição da República (art. 5º, inc. LIV). Como *sistema de*

²²⁷. Cfr. “Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, I, 6ª ed., S.Paulo, 2009, n. 266, p. 541.

²²⁸. 4ª C., agr. instr. n. 368.700-8, j. 5.3.87, rel. JOSÉ BEDRAN, RT 621/126.

²²⁹. Cfr. “Disregard of legal entity”, RT 579, p. 25.

freios e limitações ao exercício do poder, essa cláusula impede que o juiz ceda a *ímpetos* ou que ele se permitisse chegar a resultados sobre a vida ou patrimônio das pessoas, sem antes ouvir os interessados e oferecer-lhe as reais oportunidades de defesa inerentes a uma outra seríssima garantia constitucional, que é a do *contraditório* (art. 5º, inc. LV). Tudo que o juiz pode e deve fazer no exercício do poder em sede jurisdicional, ele só pode fazê-lo mediante prévia observância do contraditório e ampla defesa, sob pena de transgredir a garantia que a Constituição oferece a esses valores e, indiretamente, sob pena de transgredir também a garantia do devido processo legal.

12 TAMBÉM INDISPENSÁVEL UMA INSTRUÇÃO EM CONTRADITÓRIO

Toda vez que se fala em *onus probandi* é obviamente necessário pensar também na existência de um processo ou ao menos de um *incidente processual* adequado para a realização da *prova*. É indispensável colocar em um prévio processo ou fase de conhecimento, ou *ao menos em un incidente idôneo* do processo ou fase executiva, os fatos que o credor afirme serem caracterizadores de abuso da personalidade jurídica. Nesse processo ou incidente o juiz, em *decisão preparada por regular contraditório*, declarará se realmente houve a fraude e conseqüentemente os bens do sócio responderão ou se, ao contrário, fraude alguma houve e nenhuma personalidade há a ser desconsiderada. A esse propósito foi dito, no mais elevado patamar de controle judicial das decisões em matéria infraconstitucional (STJ, Min. ELIANA CALMON):

resulta das garantias constitucionais do processo que, para desconsiderar personalidades jurídicas e atingir o patrimônio do responsável não-devedor, é indispensável oferecer a este prévia oportunidade para se defender em contraditório. Se a execução já foi instaurada, quer por título judicial ou extrajudicial, é indispensável *citá-lo*, como ordinariamente exige o Superior Tribunal de Justiça ao autorizar o *redirecionamento da execução* em caso de não serem encontrados bens da pessoa jurídica indicada no título”.²³⁰

E também disse eu próprio em sede doutrinária: “não basta a citação porque, sem um mínimo de oportunidade de defesa antes da captação de bens do sujeito, essa citação

²³⁰. Cfr: STJ, 2ª T., REsp n. 278.744, j. 19.3.02, rel. ELIANA CALMON, v.u., DJU 29.4.02, p. 220, *apud* NEGRÃO ET ALII, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 44ª ed., S.Paulo, Saraiva, 2012, nota 4 ao art. 4º LEF, p. 1.420.

não valeria mais que um convite a assistir ao próprio velório”.²³¹

Deve portanto ser oferecida *ao credor* a oportunidade de provar os fatos caracterizadores da fraude, sob pena de não poderem ser reconhecidos pelo juiz e, conseqüentemente, de *não poder ser desconsiderada a personalidade jurídica*. E é de igual modo indispensável oferecer idênticas oportunidades *ao suposto responsável*, antes da decisão que desconsidera, sob pena de a desconsideração ser nula por infringência à garantia constitucional do contraditório e também à cláusula, igualmente constitucional, do *due process of law*. Isso poderá ser feito já na fase de conhecimento, na qual a condenação do responsável terá o efeito de uma desconsideração da personalidade jurídica. Não feito isso, ou sempre que o título executivo for extrajudicial, é no procedimento executivo que se fará o accertamento da situação capaz de conduzir àquela desconsideração. Positivando-se que a sociedade não disponha de suficiente patrimônio responsável, a pedido do exeqüente citar-se-á o sócio supostamente responsável pela obrigação, abrindo-se em seguida uma *instrução* destinada a apurar sua responsabilidade patrimonial.

As disposições legais referentes aos procedimentos executivos não oferecem abertamente dilações dessa ordem mas é imperioso instituir um *incidente inicial* na execução, ainda que sem lei expressa a respeito, porque do contrário não se poderia chegar legitimamente à responsabilidade daquele cujo patrimônio o exeqüente pretende captar pela penhora. Como venho insistente e enfaticamente frisando, é preciso dar-lhe oportunidade para uma discussão acerca da alegada responsabilidade, procedendo-se a uma instrução, ainda que sumária, e concluindo-se com uma *decisão* no sentido de, se for o caso, incluir seus bens na execução. Feita a citação, realizado o contraditório, colhidas eventuais provas e afinal decidindo-se, aí então o sócio estará incluído no título executivo e, daí por diante, terá legitimidade para figurar no pólo passivo da execução (CPC, art. 568, inc. I).

Reiteradas manifestações do Superior Tribunal de Justiça proclamam a desnecessidade de *propor uma ação*, ou seja, a desnecessidade de um processo de conhecimento no qual se declarasse a extensão da obrigação ou responsabilidade ao sócio pelas obrigações da sociedade. Votos da Min. NANCY ANDRIGHI e do Min. EDUARDO RIBEIRO, no entanto, ao assim decidirem falam da suficiência de uma

²³¹. Cfr: DINAMARCO, “Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório” cit., n. 266, esp. p. 542.

decisão incidente ao processo, com legitimidade do terceiro atingido a recorrer e, em um sentido mais largo, defender seus interesses – com o que, obviamente, provocarão nova ou novas decisões do Poder Judiciário sobre a desconsideração inicialmente imposta.²³² Mais adequado, diante das garantias do contraditório e *due process*, será provocar a manifestação do terceiro antes decidir pela desconsideração ou ao menos antes que o patrimônio deste seja atingido por uma constrição dela decorrente.

Disse também o Col. Superior Tribunal de Justiça: “a desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada *após o devido processo legal*, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação” (Min. JOSÉ DELGADO).²³³ E, em doutrina, o monografista FÁBIO ULHOA COELHO: “simples despachos, em processos de execução movidos contra a sociedade, determinando a penhora de bens dos sócios importam flagrante desobediência ao direito constitucional e ao devido processo legal”.²³⁴

Mais recentemente a imperiosidade da observância do *due process* levou a Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Projeto de Novo Código de Processo Civil a propor a instituição de um “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, para que essa desconsideração possa ser imposta (arts. 62-65 c/c art. 719, § 4º). Esse incidente, que principia por iniciativa do credor ou do Ministério Público (art. 62), incluirá a *intimação* do sócio ou terceiro e da pessoa jurídica a “se manifestar e requerer as provas cabíveis” (art. 64) e terá fim mediante uma “decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento” (art. 65). Tais disposições, que atendem aos clamores da doutrina e das propostas surgidas no seio do próprio Superior Tribunal de Justiça confirmam que, mesmo *de lege lata*, aquela garantia constitucional é por si só suficiente para impor as exigências ali contidas. A Comissão nada mais fez do que trazer ao plano do direito positivo infraconstitucional preceitos que emanam daquela superior garantia constitucional.

13 É IMPERIOSO DESFAZER O MAL CAUSADO

NECESSÁRIA CONSCIÊNCIA DO CARÁTER EXCEPCIONAL DA DESCONSIDERAÇÃO

Não desconheço que, no afã de satisfazer créditos a todo custo, a jurisprudência mais atual vem desconsiderando tais exigências óbvias da ordem constitucional, preferindo penhorar bens de terceiro, especialmente de sócios em sede de execuções fiscais, independentemente de qualquer instrução e até mesmo sem a prévia citação do suposto

²³². Cfr: STJ, 3ª T., RMS n. 16.105, j. 19.8.03, rel. NANCY ANDRIGHI, v.u., DJU 22.9.03, p. 314.

²³³. STJ, AgRg no RESP n. 422583-PR, rel. JOSÉ DELGADO, 1ª T., v.u., j. 20.6.02, *in* RSTJ 161/54.

²³⁴. FÁBIO ULHOA COELHO, *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o devido processo legal*, Repertório de Jurisprudência – RJ 3, n. 2, 2000, pp. 48 ss.

responsável. Animo-me no entanto a insistir na tese, chamando os srs. juízes à realidade e conclamando-os a atuar equilibradamente, buscando sim a satisfação de créditos, mas não *a todo custo*.

De todo modo, neste caso em que nenhuma cautela dessa ordem se tomou e a desconsideração foi feita literalmente *a toque de caixa*, é indispensável que o E. Tribunal se disponha a desfazer o mal causado aos consulentes, tomando consciência daquelas indiscutíveis colocações sistemáticas. É indispensável, como premissa geral de raciocínio, tratar o *disregard of legal entity* como algo *extraordinário no sistema*, com a convicção de que a possível responsabilidade de patrimônio alheio, justamente por ser extraordinária, é sempre uma responsabilidade *subsidiária*. Vistas as coisas assim, é também imperioso analisar todos os casos em que um credor postula a desconsideração, em vista do duplice pressuposto legal da *insuficiência patrimonial* e da *fraude*. Sem aquela não há sequer interesse em desconsiderar e o pleito de desconsideração não é mais que um capricho, uma ato de ganância ou uma estratégia espúria destinada a haurir proveitos ilícitos(*supra*, n. 5). Sem esta a desconsideração é um ultraje ao *due process* e ao disposto no art. 50 do Código Civil, e também uma insuportável agressão arbitrária ao patrimônio do terceiro.

A sede natural e adequada para esse corretivo que alvitro é obviamente o próprio agravo de instrumento já interposto pelos ora consulentes e pendente de julgamento pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do qual se espera o total provimento desse recurso.

São Paulo, 8 de outubro de 2012.

Prof. Dr. Candido Rangel Dinamarco