

CAPA COM LOGOMARCA

OSMAR VIEIRA DA SILVA

**O ABUSO (NO EXERCÍCIO) DO DIREITO À
PERSONALIDADE JURÍDICA COMO ATO ATENTATÓRIO AO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
2007**

OSMAR VIEIRA DA SILVA

**O ABUSO (NO EXERCÍCIO) DO DIREITO À
PERSONALIDADE JURÍDICA COMO ATO ATENTATÓRIO AO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.**

Tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, PUCSP, para obtenção do Título de
Doutor em Direito.

**SÃO PAULO
2007**

OSMAR VIEIRA DA SILVA

**O ABUSO (NO EXERCÍCIO) DO DIREITO À
PERSONALIDADE JURÍDICA COMO ATO ATENTATÓRIO AO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.**

Tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, para obtenção do Título de Doutor em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Doutora Patrícia Miranda Pizzol
Orientadora

Prof^a. Livre Docente Tereza Arruda Alvim Wambier

Prof^o. Livre Docente Sergio Seiji Shimura

Prof^o. Doutor Daniel Assumpção Neves

Prof^o. Doutor Luiz Fernando Bellinetti

São Paulo, de de 2007.

Dedico este trabalho às minhas filhas Priscila e Ana Luíza, duas grandes razões e motivações para sonhar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas oportunidades que sempre me concedeu, em especial pelo acesso ao conhecimento, a quem peço escusas por algumas negligências no cumprimento das incumbências confiadas.

Agradeço à minha orientadora, mui digna Profa. Patrícia Pizzol, por não ter se restringido apenas à função de orientar a produção acadêmica, como quem apenas indica com um dos braços em certa direção, mas, também, por ter tido a sensibilidade de me ajudar a resistir em circunstâncias pessoais muito adversas e, ao mesmo tempo, exigir com muito vigor e zelo, o aperfeiçoamento da referida produção.

Agradeço à Unifil, na pessoa do seu Reitor, Dr. Eleazar Ferreira, por conferir as condições materiais necessárias e imprescindíveis.

Agradeço, também, às Dras. Gislaine Gobetti Mazur e Maria Cristina Vecili, e à estagiária Karen Klein que muito contribuíram durante minhas pesquisas, elaboração e conclusão deste trabalho.

Compreender um objeto de conhecimento é saber o que ele vale, e para o que ele vale. É descobrir o que ele é. Em suma, é entendê-lo. Os objetos desse mundo, nós os podemos explicar. Podemos descrevê-los e, muitas vezes, conseguimos descobrir as relações existentes entre eles, e traduzir, em palavras, as leis que ligam os efeitos às respectivas causas. O conhecimento do Mundo Físico se reduz à explicação dele. Porém, explicações são absolutamente insuficientes para revelar o Mundo Ético. Para conhecer o Mundo Ético, o Mundo Moral, o mundo do comportamento humano, é preciso *compreendê-lo*.

Goffredo da Silva Telles Junior

Para transformar o Mundo Social é preciso *compreendê-lo*. Compreender seu sentido existencial. Não apenas explicá-lo, mas compreender profundamente seus valores e sua dimensão objetiva e concreta. É preciso entender que o próprio Direito implica também contradições e conflitos. Não o Direito em si, mas dos homens que fazem o Direito, porque o Direito não faz nada por si mesmo, só os homens fazem o Direito, só os homens criam o Direito, realizam o Direito, praticam o Direito. Eles criam o Direito segundo seus interesses, segundo o *sistema* que estão inseridos: um sistema social que é profundamente desigual e injusto. Dos 6 bilhões que já habitam esse planeta, metade praticamente está em grandes dificuldades relacionadas com as condições de existência. O *sistema* parece não estar dando conta das necessidades humanas. A ditadura não é de feição meramente política, mas econômica: o ditador é o mercado. O mercado é seletivo e não universaliza as condições materiais de existência para todos. Não se pode ter absolutamente a visão da dignidade humana se não se tiver uma visão crítica da própria sociedade, se não se verificar quem explora quem, quem domina quem. O bolo da riqueza social é um só e uma boa parte dele é apropriada por uma minoria. E tudo isso é feito, inclusive, com o auxílio dos mecanismos do próprio Direito! É preciso mostrar que a utilização do Direito não é tão inocente assim. Só podemos ter um antídoto: a mobilização da coletividade consciente e organizada para poder oferecer uma oposição a essas forças perversas, que nos corrói e nos come.

Alaôr Caffé Alves

Olho esse *sistema*. Por fora é meu velho conhecido. O funcionamento é que eu não via! Alguns poucos em cima e outros muitos embaixo e os de cima chamando os de baixo: venham para o alto, para que todos estejamos em cima. Mas, olhando melhor você vê algo de encoberto entre os de cima e os de baixo. Algo que parece uma pinguela mas não é. E agora você vê perfeitamente que a tábua é uma gangorra. Este *sistema* todo é uma gangorra cujas extremidades são relativas umas à outra. Os de cima estão lá só porque e enquanto os demais estão embaixo. E já não estariam em cima se acaso os outros, deixando o seu lugar subissem, de sorte que, necessariamente, os de cima desejam que os de baixo não subam e fiquem embaixo para sempre. É necessário também que os de baixo sejam em número maior que os de cima, para que estes não desçam. Senão não seria uma gangorra.

Bertolt Brecht

SILVA, Osmar Vieira da. *O Abuso (no exercício) do direito à personalidade jurídica como ato atentatório ao exercício da jurisdição*. 2007. 251 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo – SP.

RESUMO

Em face dos embaraços à efetivação dos provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final (art. 14, V, do CPC), bem como nas execuções de títulos executivos extrajudiciais (2ª parte do § 1º do art. 656 do CPC), mormente quando o devedor comete abuso no exercício do direito da personalidade jurídica, em clara atitude atentatória ao exercício da jurisdição (art. 14, Parágrafo único, do CPC); o presente trabalho propõe a aplicação das penalidades contidas no enunciado do parágrafo único, do art. 14, do CPC, (multa e sanções criminais, civis e processuais), nos casos em que o juiz tiver que declarar a desconsideração da personalidade jurídica, para superar as dificuldades e embaraços à realização da penhora e conseqüente efetivação da tutela jurisdicional.

Palavras-Chave: Abuso de Direito. Personalidade Jurídica. Ato Atentatório. Multa. Desconsideração

SILVA, Osmar Vieira da. The Abuse (in the exercise) of the right to the corporate entity as offensive act to the exercise of the jurisdiction. 2007. 251 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo - SP.

ABSTRACT

In face of the embarrassments to the effective of provisionses judicial, of the end anticipation nature or (art. 14, V, of the CPC), as well as in the executions of extrajudicial executive headings (2^a part of § 1º of art. the 656 of CPC), mainly when the debtor commits abuse in the right of action of the corporate entity, in clear offensive attitude to the exercise of the jurisdiction (art. 14, only Paragraph, of the CPC); the present work considers the application of the penalties contained in the statement of the only paragraph, of art. 14, the CPC (criminal, courteous and procedural fine and sanctions), in the cases where the judge will have that to declare the disrespect of the corporate entity, to surpass the difficulties and embarrassments to the accomplishment of the distraintment and consequence effective of the jurisdictional guardianship.

Keywords: Abuse of Process. Corporate Entity. Offensive Act. Fine. Disrespect.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
CAPÍTULO I - O DIREITO, O PROCESSO E ALGUNS INSTITUTOS JURÍDICOS DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....	16
1 FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA.....	16
1.1 Proposição Metodológica.....	16
1.2 O Direito e sua Função no Sistema.....	20
2 O DIREITO MATERIAL E O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	24
2.1 Breves Considerações Introdutórias.....	24
2.2 A Instrumentalidade do Processo e a Necessidade de Produção de Efeitos.....	25
2.3 O Direito e o Processo.....	27
2.4 O Processo: Instrumento Ético.....	28
2.5 O Acesso à Ordem Jurídica Justa e o Tecnicismo.....	29
2.6 O Direito Material.....	31
2.7 Os Escopos do Processo.....	33
2.8 A Interdependência entre Direito e Processo e a Efetividade do Sistema.....	34
3 SUJEITO JURÍDICO.....	37
3.1 Pessoa Natural.....	38
3.2 Pessoa Jurídica.....	40
3.2.1 As Crises da Pessoa Jurídica.....	51
3.2.2 A Função da Pessoa Jurídica.....	52
3.2.3 Das Pessoas Jurídicas de Direito Público.....	54
3.2.4 Das Pessoas Jurídicas de Direito Privado.....	55

3.2.4.1 Das associações.....	56
3.2.4.2 Das fundações.....	56
3.2.4.3 Das sociedades.....	57
3.2.4.3.1 Sociedade em comum.....	59
3.2.4.3.2 Sociedade em conta de participação.....	59
3.2.4.3.3 Sociedade simples.....	60
3.2.4.3.4 Sociedade em nome coletivo.....	61
3.2.4.3.5 Sociedade empresária.....	61
3.2.4.3.5.1 Sociedade em comandita simples.....	62
3.2.4.3.5.2 Sociedade por cotas de responsabilidade limitada.....	63
3.2.4.3.5.3 Sociedade por ações.....	64
3.3 Personificação Societária.....	65
3.3.1 A Personificação e o Normativismo.....	65
3.3.2 A Pessoa Jurídica e o Direito de Propriedade.....	67
3.3.3 A Personalização da Pessoa Jurídica como Atividade Promocional do Estado ao Desenvolvimento Econômico Social.....	69
4 O ABUSO (NO EXERCÍCIO) DO DIREITO.....	73
4.1 Histórico.....	73
4.2 O Abuso do Direito na França.....	77
4.3 Na Alemanha.....	80
4.4 Na Itália.....	83
4.5 O Abuso do Direito em Outros Países.....	84
4.6 O Abuso do Direito no Brasil.....	85
4.7 Algumas Questões Sobre o Tema.....	87
4.8 Para uma Revisão Crítica da Teoria do Abuso do Direito.....	90

5 A BOA-FÉ PROCESSUAL.....	94
5.1 O Embate: Boa-fé x Ampla Defesa.....	94
5.2 Boa-Fé Processual Objetiva: uma conceituação necessária.....	99
6 A JUSTIÇA DAS DECISÕES: Uma utopia ou uma real possibilidade dentro das categorias essenciais?.....	102
7 A VERDADE NA PRAGMÁTICA PROCESSUAL.....	108
7.1 A Verdade Produzida nos Processos.....	108
7.2 A Verdade Parcial (das partes) do Processo.....	109
CAPÍTULO II - A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	112
1 CONCEITO.....	112
2 ORIGEM HISTÓRICA.....	117
3 A NATUREZA JURÍDICA.....	122
3.1 A Desconsideração e os Vícios Sociais (simulação e fraude contra credores).....	122
3.2 A Desconsideração e a Fraude à Execução.....	124
3.3 A Desconsideração e Teorias Afins.....	125
3.3.1 A Teoria <i>Ultra Vires</i>	125
3.3.2 A Doutrina dos Atos Próprios e a Teoria da Aparência.....	127
4 PRESSUPOSTOS FINALIDADES.....	130
5 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS.....	134
5.1 O Direito Anglo-Saxônico (<i>common law</i>).....	134
5.1.1 No Direito Inglês.....	135
5.1.2 No Direito Norte-americano.....	136
5.2. O Direito Romano-Germânico (<i>civil law</i>).....	137
5.2.1 No Direito Alemão.....	137

5.2.2 No Direito Argentino.....	140
5.2.3 No Direito Espanhol.....	141
6 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL.....	142
6.1 No Direito do Trabalho.....	142
6.2 No Direito Tributário.....	144
6.3 No Direito Comercial.....	146
6.4 No Código de Defesa do Consumidor.....	148
6.5 No Direito Ambiental (Lei 9605/98).....	153
6.6 No Direito Antitruste (Lei 8884/94).....	154
6.7 No Código Civil.....	156
7. QUESTÕES PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO.....	158
7.1 As Garantias do Devido Processo Legal: os princípios do contraditório e da ampla defesa.....	158
7.2 Os Limites Subjetivos da Coisa Julgada e a Legitimidade Passiva na Desconsideração.....	162
7.3 O Devido Processo Legal e a Desconsideração.....	166
CAPÍTULO III - O ABUSO (NO EXERCÍCIO) DO DIREITO, CONSIDERADO COMO ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.....	174
1 A ÉTICA PROCESSUAL NO CPC.....	174
2 O ABUSO (NO EXERCÍCIO) DO DIREITO PROCESSUAL E A GARANTIA FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA.....	178
3 O <i>CONTEMPT OF COURT</i> (desacato à ordem judicial).....	183
3.1 Breve Histórico do instituto nos países do <i>common law</i>	183
3.2 O <i>Contempt of Court</i> no Brasil.....	189
4 O DESCUMPRIMENTO DOS PROVIMENTOS MANDAMENTAIS.....	191
5 OS EMBARAÇOS À EFETIVAÇÃO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS.....	197
6 A MULTA DO PAR. ÚN., DO ART. 14, DO CPC.....	200

6.1 Os Destinatários e a Exclusão dos Advogados.....	200
6.2 O Valor da Causa como Parâmetro para a Definição do Valor da Multa.....	208
6.3 Cumulação de Multas.....	211
6.3.1 Cumulação do artigo 14 com o artigo 461.....	211
6.3.2 Cumulação do artigo 14 com o artigo 18.....	212
6.3.3 Cumulação do artigo 14 com o artigo 601.....	213
6.3.4 Quadro comparativo das multas do CPC.....	215
6.4 O Cabimento da Prisão.....	216
6.5 Exigibilidade.....	220
7 OS RECURSOS CABÍVEIS.....	223
8 A APLICAÇÃO DO <i>CONTEMPT OF COURT</i> NOS DIVERSOS PROCEDIMENTOS E EM FACE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	225
9 CONCLUSÃO.....	233
REFERÊNCIAS.....	239

INTRODUÇÃO

No presente trabalho tratar-se-á sobre as pessoas naturais e jurídicas e a concessão de um direito outorgado pelo ordenamento pátrio para que seja “considerada” a existência de personalidade (aptidão para exercer direitos e contrair obrigações) às sociedades de pessoas.

Prevê o ordenamento jurídico que, na hipótese de constatação de abuso no exercício do referido direito, poderá o juiz “desconsiderar” a existência de tal personalidade para atingir os bens pessoais do sócio, neutralizando o prejuízo causado a terceiros. Nesse passo, o presente estudo analisa o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, desde a sua teoria de origem anglo-saxônica até sua recente recepção plena no ordenamento brasileiro.

Como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa preservar o instituto da pessoa jurídica, pretende-se demonstrar neste trabalho que o problema não está propriamente no instituto, mas sim no uso inadequado que se faz dele. A teoria da desconsideração apresenta-se como tentativa de proteger a própria pessoa jurídica, atingindo apenas o episódio em que houver abuso, nunca devendo, portanto, atingir a validade de seu ato constitutivo.

O trabalho também analisa os institutos do abuso do direito e a boa-fé, além da desconsideração da personalidade jurídica em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros e, também, no Brasil. Trata também de algumas questões processuais relacionadas à desconsideração, tais como os limites subjetivos da coisa julgada, legitimidade passiva, das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal.

Ganha relevância a questão do desacato à ordem judicial, denominada no direito anglo-saxão como *contempt of court* e introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no art. 14, do CPC, através da Lei 10.358/2001 e, também, dos seus pressupostos, como o descumprimento dos provimentos mandamentais e embaraços à efetivação dos provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final.

Por final, acrescentar-se-a análise de várias questões relacionadas à multa, ao cabimento ou não de prisão, à relação entre as várias multas existentes no ordenamento processual civil, seus reflexos na desconsideração da personalidade jurídica e, também, de maneira perfunctória, da Lei 11.382, de dezembro de 2006.

CAPÍTULO I - O DIREITO, O PROCESSO E ALGUNS INSTITUTOS JURÍDICOS DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

1 FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA

1.1 Proposição Metodológica

Epistemologicamente, o estudioso do Direito se filia ao tridimensionalismo concreto professado por Miguel Reale¹, cuja concepção se entende ser a mais adequada, por partir do pressuposto de que o Direito ordena normativamente a realidade social, através de uma interação entre valores e fatos. O modelo normativo consiste na organização de uma tipificação de conduta, o que envolve escolhas de natureza axiológica e sociológica.

Nos sistemas consuetudinários, origem da *disregard doctrine* e do *contempt of court*, essa natureza tridimensional da norma jurídica evidencia-se ainda mais cristalinamente por entranharem-se, indissociavelmente em uma norma jurídica, a imposição imperativa da conduta autorizada, as valorações sociais e as circunstâncias culturais que conduziram a tal opção. Portanto, a norma jurídica, como entidade tridimensional, é realidade construída pela sociedade que, por sua dinâmica, vai edificando valores e vivências.

Quanto ao Direito, como assinala Bellinetti, também é visto como a “ordem concreta” (ordenamento jurídico-normativo) “que tem por finalidade regular a conduta humana” (solucionando conflitos e possibilitando a coexistência pacífica) “de maneira externa” (refletindo-se sobre os atos exteriorizados através da conduta humana), “bilateral” (é da própria essência do Direito o estabelecimento de direitos e deveres recíprocos entre indivíduos) “e coercitiva” (possibilidade de cumprimento não espontâneo).²

Quanto ao ordenamento, filia-se à teoria unitária do ordenamento jurídico por entender que o juiz, ao aplicar a norma geral, cria uma nova norma individual que se agrega ao conjunto da ordem jurídica (não normativa), com o mesmo valor de exigibilidade que possui a norma genérica, porém, para atingir diretamente apenas os indivíduos que deverão ajustar suas condutas aos seus preceitos.

¹ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 93 e ss.

² BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil* - perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 21/26.

Quanto à opção pela teoria unitária, é mais pela efetividade da prestação jurisdicional que se vislumbra na sua atuação do que propriamente pela plena coerência da sua elaboração científica, vez que a efetividade do processo é uma necessidade concreta e imediata. Já essa disputa acadêmica, por sua vez, já disse Candido Rangel Dinamarco, é estéril e não resolverá a polêmica³.

O que se verifica é a opção pela teoria unitária do ordenamento jurídico, a qual não vê uma mera aplicação da lei ao caso concreto, mas sim uma criação da norma individual, a partir dos fatos e valores frente ao comando da norma abstrata, tendo em vista que os juízes necessitam de maior liberdade para implementarem institutos jurídicos com origem em outros sistemas de direito e, portanto, ainda não devidamente sedimentados e adequados à realidade brasileira.

Para Piero Calamandrei⁴, o momento essencial da jurisdição é aquele em que o juiz transforma a norma abstrata (a qual se dirige a todos e ao mesmo tempo a ninguém) em comando concreto. A norma é em si mesma uma hipótese abstrata e inerte, que não pode tornar-se preceito concreto a “poder de magia” e, por isso, é necessário que o juiz, inserindo-se na realidade, desempenhe o seu papel de comandar e impor sanções.

Segundo Salvatore Satta⁵, o ordenamento jurídico é realizado através das atividades conjugadas do juiz e das partes no processo. Assim, é neste que se produz a norma concreta.

Para Mortara⁶, o direito subjetivo nasce no processo, pois “norma” e “pretensão”, ainda que estando bem próximas, não mantêm contato. A sentença opera como um interruptor de eletricidade, que dá passagem à faísca que as unirá, ocasionando o nascimento do direito subjetivo.

Sobre o escopo do processo e, quiçá, da jurisdição, Francesco Carnelutti⁷ ensina que ele existe para a justa composição da lide, pressupondo naturalmente que as normas jurídicas substanciais contidas na lei não têm por si sós aptidão para compô-la. O efeito da sentença é tornar concreto ou particular o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal.

³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 37.

⁴ CALAMANDREI, Piero, *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*. § 8, Pádua: Cedam, 1943, (Trad. livre).

⁵ SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. v. 2, 7. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 96.

⁶ MORTARA, Ludovico. *Comentário del código e delle leggi di procedura civil*. v.1, nº 18, *Apud* Dinamarco, *Fundamentos*, p. 18. Milão: Valardi, 1923,

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Nápoles: Editora Morano, 1958, p. 9. (Trad. livre)

E somente haverá concretização da norma quando houver controvérsia; pois, segundo Micheli⁸, sem esta, haverá mera atuação espontânea do direito através da atuação administrativa do juiz nos procedimentos de jurisdição voluntária. Do que se infere que não há que se falar de processo e, por conseguinte, de jurisdição, e sim de mero procedimento administrativo, vez que a relação jurídico-processual não se estabeleceu ante a inexistência da outra parte parcial, faltando, portanto, um dos elementos da ação: as partes.

Portanto, diante da realidade social veiculada através da ação no processo, não é dado ao juiz entender o processo como função meramente declaratória do direito preexistente e constituído de normas genéricas e abstratas que, por vezes, são molduras de formatos inflexíveis, diante do “homem” e suas realidades dinâmicas e multifacetárias.

Para Salvatore Satta⁹, o ponto de partida da concepção unitária do ordenamento jurídico é o dado moral homem – é sempre o homem, o qual mantém a sua originária soberania perante o Estado e de cuja atividade, através do exercício do direito constitucional da ação, depende a produção jurídica.

Ocorre que a legislação nem sempre se desenvolve no mesmo ritmo que a sociedade que regulamenta, de tal modo que esperar uma solução legal para as diversas situações vividas seria coadunar com a injustiça legitimada por uma lei estática. Deve o juiz, outrossim, através do processo, inserir sua sentença no ordenamento jurídico, com a função de complementá-lo e constituí-lo, como uma bússola jurisprudencial que poderá orientar novos julgamentos e gerar novas reflexões.

Segundo Bellinetti, ao se constituir uma norma concreta não se está simplesmente aplicando o ordenamento (o que se identificaria com a teoria dualista do ordenamento), mas sim o construindo, por entender mais adequada a teoria unitária do ordenamento.¹⁰

Atento a essa realidade e relativizando o binômio *substance-procedure*, Candido Rangel Dinamarco é enfático ao afirmar que “é inadmissível entender o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra. Essa neutralidade ideológica do processo é, na realidade, sobrecapa

⁸ MICHELI, Gian Antonio. *L'unità dell'ordinamento e il processo civile*, in *Rivista de Diritto Processuale*, 1968. (trad. livre)

⁹ Op. cit., p. 96.

¹⁰ BELLINETTI. Luiz Fernando, *Direito e Processo in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 826.

de posturas ou intuítos conservadores. Essa neutralidade ideológica incorpora e perpetua o liberalismo do século XIX.”¹¹

E prossegue para dar um enfoque crítico sob o prisma do sistema processual soviético e também para demonstrar o tímido encaminhamento dado no Brasil:

Na literatura processual soviética foi destacado que a tarefa da ciência do direito processual consiste em desmascarar o caráter "apolítico" das teorias burguesas do processo civil e por à calva a sua essência reacionária. Tais afirmações têm a intenção de inserir o processo num contexto social e político, com o rompimento da suposta barreira entre o jurídico e essa ordem mais ampla que reclama mudanças.

No Brasil, tais mudanças ideológicas ocorrem de forma tímida, mais parecendo que o Estado está a fazer experiências para ver se o juiz, por opção ideológica própria, possa trair o seu dever como agente estatal do regime capitalista, por natureza conservador dos interesses de quem detém o poder.

Exemplo clássico (Lei das Pequenas Causas - 7244/84, arts. 4º e 5º) é a patética recomendação dada ao juiz, para que não se retraia, para que participe da instrução, para que só se satisfaça com o resultado da experiência probatória quando o seu senso de justiça estiver tranqüilizado e para que se dê aos textos legais a interpretação que seja capaz de fazer justiça no caso concreto.¹²

É exatamente o que sugere Ascarelli¹³, ao observar que não é a norma que constitui objeto da interpretação, mas o texto (o qual uma vez interpretado revela a norma). O trabalho do intérprete é, assim, como que uma conexão entre o passado e o futuro, pois com a “aplicação concreta” ele projeta em direção deste a formulação abstrata, que é um dado pretérito. O intérprete deve escolher entre determinar a *ratio* do texto analisado ou identificar a hipótese legal abstrata em que o fato acertado se enquadra. E a formulação (concreta) da norma nasce justamente do concurso dessas escolhas, através das quais o intérprete se insere na produção do direito e através das quais os princípios se “positivam”, tornando-se imperativos.

Candido Rangel¹⁴ afirma que um dos grandes serviços que o processualista prestou ao direito e à justiça, nas últimas décadas, foi a enérgica afirmação do comprometimento axiológico das instituições processuais: ele repensou o significado e a medida da “indiferença inicial” a que é obrigado o juiz, o

¹¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 35/36.

¹² Idem, *ibidem*, p.36

¹³ ASCARELLI, Túlio. *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Rivista de Diritto Processuale*, 1957, *Apud* Dinamarco, *Fundamentos*, p. 19.

¹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 35/36.

qual, na realidade, precisa estar iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que sua decisão poderá conduzir. O erro (do nosso sistema) consiste em esquecer que o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem.

Certeiras e precisas são as palavras de Von Bülow¹⁵, quando afirma que a função do juiz não é a de reconhecer um direito preexistente, nem a do processo é a de tutelar um direito privado. As regras contidas na lei limitam-se a fornecer uma trilha obrigatória, mais ou menos precisa, para a formação da norma concreta, mas é o juiz, através do processo, quem vai completar o direito substancial, produzindo a norma concreta. O direito forma-se, escalonadamente, a principiar da norma incompleta contida na lei e consumando-se com a sentença que completa essa norma e faz nascer o direito subjetivo do caso concreto.

Nesse passo, pode-se concluir que o direito subjetivo, como pretensão de um interesse juridicamente tutelado pela ordem normativa (in abstrato) no plano individual, em contraposição com a norma produzida em juízo, não passa de mera expectativa de um direito individual, que somente o processo poderá consolidá-lo ou não.

1.2 O Direito e sua Função no Sistema

No início do século XIX, o Direito (então reputado como emanção da vontade do homem) orientava-se a proteger a liberdade contra as injunções indevidas por parte do Estado e do próximo e não se cogitava mais profundamente sobre uma função para ele.

A reorganização sócio-político-econômica ocorrida no curso do século XIX alterou, contudo, também esse ângulo de enfoque. A primazia deslocou-se do individual para o coletivo; da vontade para a norma jurídica; da liberdade para a cooperação. A sociedade humana socializou-se, na acepção de que se adquiriu consciência não somente da relevância da convivência humana social, mas, especialmente, da necessidade de promover a evolução das condições em que tal

¹⁵ BÜLOW, Oskar Von, *Die Lehre Von der Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Giesen, ed. Roth, 1968 (trad.: La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, por Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1964), Cap. I, nota 3, p. 17. Foi Von Bülow o primeiro a sustentar, para o direito moderno, a tese da unidade do ordenamento jurídico. Primeiro, foi um simples aceno a ela em sua obra famosa de 1868, nos limites de uma nota de rodapé. Citando autores alemães precedentes, afirmou que a lei vai do comando abstrato (*lex generalis*) ao concreto (*lex specialis* contida na sentença) e finalmente à realização deste (*execução*), tudo isso significando que o direito (não só o subjetivo, como também o objetivo) sofre uma fundamental transformação através do processo.

convivência se processava. A intangibilidade do individual, afirmada pelas concepções sócio-político-econômicas do século XIX e assumida pelo fundamento voluntarístico do direito, perdeu sua razão de ser.

Ideologicamente alterado, o Direito passa a deter uma “função ativa”. Trata-se de um instrumento fundamental de intervenção sobre a realidade a fim de realizar os interesses sociais pelo Estado (através do Direito). Não mais se destina a assegurar a manutenção da realidade, mas a interferir sobre ela. A finalidade é adequar a conduta humana à necessidade coletiva e obter uma melhoria das condições de convivência.

O mesmo fenômeno que se verificou quanto ao Estado e suas funções, no plano político, afirmou-se quanto ao direito no plano jurídico. Assim como o Estado Policial foi substituído pelo Estado Social, o direito repressivo foi seguido pelo direito promocional.¹⁶ O Direito adquiriu uma função, no sentido de que se tornou notável e evidente a sua instrumentalização para a realização dos fins sociais.

Se o Estado intervém sobre a realidade, através do Direito, para promover a consecução de finalidades coletivas; se a promoção de finalidades coletivas importa, geralmente, sacrifício de interesses individuais em benefício da generalidade das pessoas, a consequência é a de que o conteúdo e a extensão dos direitos subjetivos tornam-se delimitados pelo direito objetivo, em sujeição ao interesse coletivo. A realização dos interesses sociais, pelo Estado, faz-se também através do direito, no sentido de que o direito (objetivo) atribui ou suprime direitos (subjetivos) tendo em vista os interesses coletivos, assim como define os limites¹⁷ para os direitos.

A partir de então, segundo lição de Marçal Justen Filho¹⁸, a asserção assumida é a de que os limites e o conteúdo do direito subjetivo não mais se enunciem em função do direito natural, mas dependam do direito objetivo. A funcionalização do direito objetivo acarretou a funcionalização do direito subjetivo.

¹⁶ Sobre o tema, os melhores trabalhos foram desenvolvidos por Norberto Bobbio, encontrando-se reunidos na coletânea *Dalla Struttura alla Funzione*, Milão, Ed. Di Comunità, 1977.

¹⁷ TELLES JUNIOR, Goffredo, *A criação do direito*. vol. I, pp. 141 e 142, EGRT S/A, São Paulo, 1953, citando Descartes. “A vontade humana, contrastando com o conhecimento humano, é infinita, porque o homem terá sempre a liberdade de querer mais e mais. Mas querer significa, é claro, querer alguma coisa. Ora, não será percorrendo quaisquer descaminhos da vida que o homem haverá de atingir a coisa querida. Logo, para a liberdade humana existe uma disciplina, estabelecida em função dos fins visados pela vontade. Disciplina implica sujeição. Liberdade disciplinada é, pois, liberdade sujeita. Sujeita a quê? Evidentemente a uma ordem; uma ordem expressa numa lei ou num conjunto de leis de comportamento. E, de fato, o que se verifica é que os homens se acham sujeitos a uma grande quantidade de leis.”

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 41.

Assim se indica que o direito subjetivo não mais é acatado como um fim em si mesmo.

O limite e a extensão do direito subjetivo tornam-se externos a ele (e a seu titular). Seus parâmetros são extrínsecos: a coletividade e os fins do Estado (apenas e unicamente entendido como instrumento de efetivação das políticas de interesses sociais). O direito subjetivo passa a ser hetero-referido. A existência, o conteúdo, a extensão e o exercício do direito subjetivo não mais são produtos da arbitrariedade humana. Daí o nascimento da categoria do “abuso do direito”, incompreensível perante o enfoque anterior.

E conclui o professor paranaense que:

somente se possibilita a alusão a um ‘abuso de direito’ desde que se admita que o direito subjetivo não existe em função da vontade ou do interesse privado de seu titular - mas que é atribuído em função da realização de interesses e valores outros, transcendentais ao individual. Enquanto absoluto o direito, não há como referir-se a um abuso.¹⁹

Para Jossierand, um de seus principais sistematizadores, o “abuso de direito” tem como critério básico e concreto o teleológico, pois diz respeito à finalidade dos direitos, à sua relatividade em consideração e em função de seu fim. Dessa forma, o ato abusivo é o ato antifuncional, o ato contrário ao fim do instituto, ao seu espírito.²⁰ O abuso indica justamente a incompatibilidade entre o exercício inadequado de um direito subjetivo e os interesses coletivos ou supra-individuais em função dos quais o direito objetivo existe e aos quais busca realizar.

A “funcionalização”²¹ do direito importa, ao nível dos poderes jurídicos, a consagração do raciocínio de que a atribuição de tais poderes destina-se à realização de interesses que ultrapassam o círculo de interesses do próprio titular. O poder deixa de ser entendido como um fim em si mesmo, mas se justifica como instrumento de consecução de resultados outros. É impróprio focar o direito subjetivo e os poderes jurídicos, em termos genéricos, como um prolongamento corporal do homem. A justificação de sua existência é a convivência social, que não

¹⁹ Op. Cit., *Desconsideração*, p. 41.

²⁰ JOSSIERAND, L. *El espíritu de los derechos y su relatividad*, trad. Eligio Sanchez Larios e Jose Cajica Jr., México, Ed. Jose M. Cajica Jr., 1946, 313/22 (trad. livre).

²¹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2ª ed., Editora Forense, São Paulo, 1995, p. 66. “Função é a atuação própria de alguém ou de algo num sistema, isto é, num conjunto coordenado de partes em relação a um fim ou objetivo. Pode-se afirmar, então, que a função de um instituto jurídico é satisfazer determinadas necessidades compatíveis com o ordenamento jurídico, utilizando-se para tanto de uma forma também compatível com o mesmo”.

pode ser colocada em perigo pela utilização inconseqüente e perniciosa do instrumental por ela própria produzido.

Avoluma-se a concepção de que a atribuição de poderes e de direitos é acompanhada da consagração de deveres. O dever recai sobre o titular do direito ou do poder, na acepção de que o exercício desses últimos vincula-se à realização dos interesses sociais. A todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias.²²

²² COMPARATO, Fabio Konder. *S/A – O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1977, p. 283.

2 O DIREITO MATERIAL E O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

2.1 Breves Considerações Introdutórias

Segundo José Carlos Moreira Alves, a norma legal, ao prever situações da vida em abstrato, estabelece posições de vantagem e de desvantagem, determinando quais interesses devem prevalecer e quais serão sacrificados.²³ Nesse passo, direito subjetivo nada mais é do que essa posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma em seu favor.²⁴

Moreira Alves afirma, também, que “o direito subjetivo é um poder, atribuído pela norma jurídica, e tutelado pela ordem jurídica, de exigir de outrem determinado comportamento.”²⁵ O cerne da definição está na idéia de direito subjetivo como poder da vontade do titular.²⁶

A expressão “direito subjetivo” diz respeito sempre a determinado sujeito e indica uma certa posição favorável. Trata-se de situação concreta, que retrata genérica previsão normativa. Segundo Bedaque, nos precisos dizeres de José de Oliveira Ascensão²⁷ “o direito subjetivo é efectivamente uma dessas situações concretas, resultantes da aplicação de uma genérica previsão abstrata”.

A partir dessas noções de direito substantivo, é possível distingui-lo do direito processual. Enquanto aquele é constituído por um conjunto de normas destinadas a regular a conduta humana, com a finalidade de tornar possível a coexistência pacífica e o aperfeiçoamento dos indivíduos, o direito processual é formado por regras cuja finalidade é garantir a justa composição do conflito de interesses jurídicos, cuja pretensão do autor sofre resistência por parte do réu, configurando o interesse de agir daquele em face do surgimento da necessidade da tutela jurisdicional por parte do Estado.

²³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito subjetivo, pretensão e ação*, Revista de Processo 47/109-123, p. 110.

²⁴ Idem, *Ibidem*, p. 111. Para um maior aprofundamento sobre o assunto o autor sugere leitura de Elio Fazzalari, *Note in Tema*, p. 55/107.

²⁵ Idem, *Ibidem*, p. 113.

²⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação*, *Ajuris* 17/99/125. A importância desse conceito está no fato de apontar a necessária correlação entre um poder e um dever. Direito e dever são termos correlatos. Assim, a característica fundamental do direito subjetivo é exatamente esta: a de ser um poder correlato a um dever, ambos emanados da norma jurídica. O cerne da definição está na idéia de direito subjetivo como poder da vontade do titular, p. 99.

²⁷ BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, 2ª ed., Malheiros Editores, 1997, São Paulo, p. 10.

O objeto do processo é construir e aplicar o conjunto de normas destinado a regular a conduta humana, que se constitui, pois, por esse direito afirmado (direito objetivo) e não realizado espontaneamente que, uma vez identificado no processo (direito subjetivo), será assegurado pela tutela jurisdicional (que objetiva a justa composição dos conflitos de interesses jurídicos com base naquele conjunto de normas).²⁸

Tem natureza processual a pretensão a um provimento jurisdicional e tem como conteúdo, sempre e invariavelmente, outra pretensão, esta fundada no direito material, ou seja, o direito afirmado. A pretensão a esse provimento só tem sentido em função da pretensão fundada no direito material.

A própria razão de ser do direito processual consiste no objetivo a ser alcançado, que é assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas meios adequados para a defesa de seus interesses.²⁹

Em nenhum momento pode o processualista esquecer de que as questões meramente processuais devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele.³⁰

2.2 A Instrumentalidade do Processo e a Necessidade de Produção de Efeitos

Na evolução da ciência processual brasileira, a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados é identificada como “instrumentalista”. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.³¹

Torna-se imprescindível, pois, um retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova

²⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, Tradução espanhola. Barcelona, Editorial Labor, 1936, p.3. (trad. livre).

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual*. Vol 1 Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, p. 35/36.

³⁰ Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 271.

³¹ BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, 2ª ed., Malheiros Editores, 1997, São Paulo, p. 14/15.

visão desse ramo da ciência jurídica. A partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista, é imperioso “revisitar” os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição.³² É natural que a natureza essencialmente instrumental do processo (e da atividade jurisdicional de que aquele é o único veículo) faz que se espere dele resultado exatamente coincidente ao que a parte que dele necessite almeja.

Em função de intenso trabalho, o desenvolvimento do processo civil brasileiro tem sido verdadeiramente notável nos últimos anos, visando a subsidiar o legislador interessado em aparelhar o sistema de mecanismos sempre mais aptos ao alcance da desejada efetividade. No processo de conhecimento é que se pode ver, com nitidez impressionante, o conjunto de alterações voltadas a conferir maior efetividade e, por conseqüência, maior credibilidade ao sistema.

Houve progresso. Veja-se a criação de possibilidade genérica de obtenção de liminar no processo de conhecimento pela via da antecipação de tutela. Passou-se a conferir maior peso à “evidência” do direito do autor, ainda que em detrimento da “segurança” em relação à posição do réu. Porém, vale mencionar, com maior destaque, ainda, a chamada “tutela específica”, que estabelece como prioridade o cumprimento da obrigação *in natura*, isto é, exatamente da forma, modo e extensão pactuados pelas partes e previstos no plano do direito material. Para Wambier³³, o resultado “alternativo” (por exemplo: condenação do inadimplente ao pagamento de perdas e danos) que, até aqui, era a regra (e não o caminho alternativo, como deveria ser) cede espaço paulatinamente. São importantíssimas, nesse campo, as mudanças trazidas pelos arts. 461 e 461-A do CPC.

Esses instrumentos permitem ao juiz a efetiva tutela dos direitos da parte, nas obrigações de fazer e de não fazer (art. 461) e nas execuções para a entrega de coisa (art.461-A), mediante um sem-número de opções. Eis que os textos legais fazem referência apenas a algumas das condutas que pode o juiz determinar (de modo exemplificativo), deixando em aberto a adoção de outras tantas, as quais, desde que revestidas de legalidade, podem ser determinadas pelo juiz, visando ao

³² TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo. *O aprimoramento do processo civil como pressuposto de uma Justiça melhor*. Revista de Processo 65/162/173, p. 168. “Por essa razão, já se disse que a doutrina processual de ponta, nos últimos tempos, tem dirigido os seus estudos para aspectos mais relevantes que o simples conhecimento do processo como técnica de produção de atos e de julgamento.”

³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira. Revista de Processo nº 119. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2005, p. 41.

cumprimento espontâneo da obrigação por parte do réu ou à obtenção da tutela específica (e efetiva) dos direitos.

Presente no art. 5º da CF e, portanto, elevado à categoria de direito fundamental, o direito à tutela jurisdicional do Estado reveste-se de força “diferenciada”, que o afasta da superada noção de norma programática.

A adoção de regras como estas (arts. 461 e 461-A) e a criação de mecanismos de inibição do descumprimento ou de estímulo ao imediato cumprimento das ordens judiciais é absolutamente necessária e até mesmo imprescindível para o êxito da prestação jurisdicional.

2.3 O Direito e o Processo

No afã de instrumentalizar-se, a ciência processual passou a elaborar novos institutos. Com isso passaram os processualistas a se dedicar tanto a conceitos, muitos de extrema sutileza, que as discussões sobre temas de direito processual converteram-se em verdadeiros exercícios puramente dogmáticos.

Sobre esse período, afirma Francisco Ramos Méndez, que “quando voltamos os olhos para a realidade, porém, verificamos que o processo se encontrava muito distante dela”.³⁴ O cerne da questão está na necessidade de uma maior aproximação entre direito material e processo. As relações entre um e outro são intensas e o perfeito conhecimento do processo depende da correta identificação desse nexo.

A eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Vale dizer, a natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos e aplicados em conformidade com as necessidades sociais. De nada vale, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.³⁵

Como o atendimento do comando legal contido no ordenamento jurídico material e a pacificação da sociedade dependem, muitas vezes, da atuação

³⁴ MÉNDEZ, Francisco Ramos. El derecho procesal del futuro. Nuevos planteamientos y sus proyecciones. *Cuadernos de Análisis Jurídico* 23/101-116. Santiago do Chile, Escola de Direito da Universidade Diego Portales. Agosto/92, p. 102.

³⁵ DENTI, Vittorio. *Estudios de Derecho Probatorio*. Apresentação à trad. Argentina de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1974, p. 9, (trad. livre) . A propósito, Santiago Sentís Melendo reporta-se à indagação de Calamandrei sobre se concordariam os ingleses em trocar sua boa justiça pelo alto desenvolvimento científico dos italianos.

jurisdicional e, como esta desenvolve suas atividades por meio do processo, a preocupação fundamental daqueles que procuram estudar este instrumento está voltada para os resultados que ele deve produzir. E o objetivo é a efetividade do processo.

Do pressuposto de que o tecnicismo processual exacerbado, via de regra, cria obstáculos para a realização dos escopos do processo, a grande atenção que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo no plano do ordenamento material e da pacificação. Bedaque³⁶ entende que a valorização da técnica é justificável como meio de atingir fins. A precisão conceitual é necessária a qualquer ciência. Apenas não se pode transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual.

Das lições de Hernando Morales Molina extrai-se o ensinamento de que o que se pretende é demonstrar que todos os fenômenos inerentes ao processo devem ser concebidos em função do direito material. A técnica adequando-se ao objeto, com vistas ao resultado. As normas processuais estão à serviço do direito substancial pela sua própria natureza instrumental, sendo esta a sua única razão de ser, pois, em não sendo assim, é inaceitável um sistema processual (instrumento) não sintonizado com o seu objeto.³⁷

2.4 O Processo: Instrumento Ético

Para Mauro Capelletti, por sua natureza instrumental, o processo deve adequar-se ao objeto com que opera. Suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim a que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual.³⁸

Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária "identidade ideológica entre processo e direito substancial", permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus

³⁶ Op. cit. *Direito e processo*, p. 17.

³⁷ MORALES MOLINA, Hernando. *La prueba en el Derecho colombiano. Nuevas Orientaciones de la Prueba*. Coord. Sergio Dunlop Rudolf. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 18, (trad. livre).

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Trad. Argentina. Buenos Aires, EJE, 1974, p. 24.

escopos. O processo não é mero “instrumento técnico”, nem o direito processual constitui “ciência neutra”, indiferente às opções axiológicas do Estado.³⁹

Através da concepção valorativa de processo, como instrumento de garantia de direitos, a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e de justiça.⁴⁰ Os princípios gerais do direito processual sofrem nítida influência do sistema institucional e político do país.⁴¹

Nesse passo, precisas são as afirmações de Luiz Fernando Bellinetti⁴² quando diz que “o ordenamento é constituído por determinados regramentos que podem, sob certas circunstâncias, conduzir a injustiças, cabendo ao aplicador do ordenamento evitar que isso ocorra, tendo em mira sempre a consecução da Justiça”.

E prossegue o autor ao afirmar que:

O objetivo não é mais a pura aplicação do direito positivo, mas sim o oferecimento de soluções justas às questões que lhe são postas (em face da aludida convergência que se deve buscar na aplicação do ordenamento). Para obtenção de tais soluções, naturalmente deveria em primeiro lugar procurar apoio no direito positivo (concordo que ele traz insita a presunção - relativa - de que concretiza justiça); todavia (e aqui o ponto radical da mudança), se ele não apresentasse uma solução justa, seria o caso de utilizar-se do direito intrinsecamente válido, a fim de adequar a decisão à evolução social e aos parâmetros de justiça então reinantes na sociedade.⁴³

2.5 O Acesso à Ordem Jurídica Justa e o Tecnicismo

O princípio da igualdade formal, tal como concebido pelo pensamento liberal-individualista, constitui exemplo típico da necessidade de mudança. Não se pode mais admitir que o legislador e o intérprete ignorem que a pobreza constitui óbice intransponível à sua efetividade.⁴⁴

Atento à problemática processual de que é preciso reconhecer que a norma processual, no seu significado mais real e profundo, está intimamente relacionada às principais alterações culturais dos povos, postulou o método

³⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 35/36.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua Unidade-II*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, p. XV.

⁴¹ Bedaque, Op. Cit., p. 19. (citando Jorge W. Peyrano)

⁴² BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil - perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 60.

⁴³ Idem, Ibidem, p. 60.

⁴⁴ CAPELLETTI, Mauro. *Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad*. Revista de Processo 64/ 146. O autor fala em "cinismo desta concepção formal", defendendo visão mais social e efetiva da liberdade, igualdade e dignidade humana.

instrumentalista do processo a eliminação dos impedimentos ao efetivo acesso à Justiça, tais como a pobreza econômica e cultural, a visão individualista da legitimidade, a postura passiva dos juízes, etc.⁴⁵

Assegurar o ingresso em juízo, isto é, a mera possibilidade de utilização do processo não é o bastante. Impõe-se a efetividade da proteção jurisdicional e da ordem constitucional. Trata-se do acesso à ordem jurídica justa, a que se refere prestigiosa doutrina nacional.⁴⁶

Encontrar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos é a principal missão do processualista moderno, sem prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja o seu resultado. Critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo.⁴⁷

Para José Carlos Barbosa Moreira, a principal missão do processualista consiste em tentar contribuir para o aperfeiçoamento das condições em que vive o mundo encarnado dos pleitos judiciais.⁴⁸ Processo é instrumento de justiça material. A regra da instrumentalidade das formas, por exemplo, introduz vida ao processo. Afirma ainda que, com isso, não se quer, evidentemente, reduzir a relevância daquilo que autorizada doutrina denomina de "dimensão técnica" do direito processual.⁴⁹

O desenvolvimento da ciência processual exige a concepção de um instrumento perfeitamente adequado aos fins a que se propõe. Daí a necessidade de - diante da realidade material, das novas conquistas verificadas no plano dos direitos - criar modelos processuais compatíveis, aptos a solucionar essa gama

⁴⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 270.

⁴⁶ WATANABE. Kazuo, *Da cognição no processo civil*. São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 15.

⁴⁷ GARTH, Bryant, e Mauro Cappelletti. *Acesso à justiça*. Trad. bras. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 10. Como advertem os autores, a preocupação dos estudiosos era de mera exegese abstrata do sistema, quando muito com enfoques históricos e com a utilização de situações hipotéticas para verificar a operacionalidade do sistema. Encontravam-se os estudiosos afastados das preocupações reais da maioria da população.

⁴⁸ BARBOSA MOREIRA. José Carlos, *O processo civil hoje: um Congresso da Associação Internacional de Direito Processual. Reflexões sobre o Direito e sobre Processo*. Rio de Janeiro, 1992, p. 16.

⁴⁹ Idem, *Ibidem*, p. 16. Para o autor "Nenhuma ciência ou arte prescinde de uma técnica própria, e não se concebe que o direito processual constitua aqui exceção. A técnica fornece mediação necessária entre a inspiração e a execução. Tampouco se quer, no trato das questões processuais, fazer tábua rasa da dimensão técnica. Quer-se, isto sim, dar-lhe o justo lugar na economia da matéria. Tomado como um fim em si próprio, o uso da técnica ameaça converter-se em exercício estéril de narcisismo intelectual. Encarado como instrumento de trabalho, vale como precioso auxiliar do processualista que se esforça por apreender com exatidão a realidade do seu objeto de estudo, na esperança de poder atuar sobre essa mesma realidade".

enorme de novos conflitos, até então inconcebíveis. Para ser justo, não pode o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas.⁵⁰

Barbosa Moreira sugere a volta ao interior do processo para reconstruir conceitos como atitude imprescindível⁵¹. Virtuoso é o processualista que consegue harmonizar os dois aspectos, conciliando a técnica processual com os seus escopos, nem utilizando o tecnicismo exagerado, nem abandonando a técnica totalmente, porém, construindo um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada.

O tecnicismo exacerbado, aprende-se à custa de muitos erros, esteriliza o direito; o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata. Tolerar que o Direito seja tratado atecnicamente é abrir a porta ao diletantismo frívolo, quando não ao mais desbragado charlatanismo. Sabem todos em que excessos de aviltamento caíram, vítimas da sem-cerimônia de amadores despreparados, alguns setores da ciência jurídica mais acessíveis a esse gênero de impostura.⁵²

2.6 O Direito Material

Na medida em que se reconhece a necessidade de o instrumento se adequar ao objeto, o processo e seus institutos fundamentais devem ser moldados à luz das necessidades sociais, que fazem surgir novas relações jurídicas.⁵³

Tais adequações à realidade visam proporcionar acesso efetivo e eficiente à ordem jurídica, para tutelar juridicamente as novas condutas humanas. Aliás, de nada adiantaria a constatação dessa nova realidade sem que houvesse mecanismos processuais adequados para sua efetiva proteção.⁵⁴

Tendo sido constatada a existência de novos direitos e situações não abrangidas pelo processo clássico no campo das relações, tornou-se imperioso

⁵⁰ MORELLO, Augusto Mario. *Proceso y realidad*. Revista de Processo 56/65.

⁵¹ Idem, *Ibidem*, p. 20. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira cita curioso exemplo: "O bom músico, exímio na interpretação dos mais avançados compositores de nossos dias, não hesita em retornar, de vez em quando, ao repertório tradicional e tocar uma peça de Mozart ou Beethoven. Apenas, provavelmente, sua execução já não será a mesma: ele há de ler a partitura com outros olhos. Assim também podemos nós outros, processualistas, revisitando lugares veneráveis, divisar na paisagem cores até então despercebidas, e escolher as tintas adequadas para revelar novas tonalidades".

⁵² BARBOSA MOREIRA. José Carlos, *O transitório e o permanente no Direito. Reflexões sobre Direito e Processo*. Rio de Janeiro, 1992, p. 5.

⁵³ WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*, Revista de Processo 67, p. 15. "Exemplo disso vemos na ação civil pública para defesa do meio ambiente e do consumidor, em que foram introduzidas noções inéditas de legitimidade e de coisa julgada. Esse conjunto de leis constitui, aliás, significativo avanço no campo dos direitos coletivos, conferindo-lhes uma tutela mais efetiva, principalmente pela ampliação da legitimidade para agir, então predominantemente individual e fragmentada, nos termos do disposto no art. 6º do Código de Processo Civil".

⁵⁴ GARTH, Bryant, e Mauro Cappelletti. *Acesso à justiça*. Trad. bras. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 11.

criar instrumentos adequados à sua proteção. É o processo se adaptando aos seus escopos.

A desobstrução dos acessos à Justiça, a fim de torná-la efetiva, foi objeto de preocupação dos processualistas do mundo inteiro, que passaram a propor soluções. Resultou daí verdadeiro movimento destinado a eliminar os obstáculos ao acesso, elencados em três momentos: "as três ondas renovatórias". Inicia-se pela assistência judiciária aos menos favorecidos, passa-se à representação jurídica para os interesses meta-individuais e se encerra com "o novo enfoque do acesso à Justiça".

Imperioso reconhecer a grande influência da natureza do litígio na determinação de novos mecanismos procedimentais que tornem efetiva a proteção aos novos direitos (v.g. ambiental, do consumidor, etc.). É o processo se adaptando às peculiaridades do conflito, que se distingue de outro por características próprias. Nesta medida, também diversos podem ser os óbices ao acesso e as medidas para eliminá-los de maneira eficiente.⁵⁵

Da necessidade de outorgar proteção específica a essas novas categorias de direitos retro referidas advêm a questão preliminar da adequação da tutela através de também adequado instrumental processual ao objeto da prestação jurisdicional, o direito material.⁵⁶

É imprescindível que haja instrumentos adequados à proteção desses assim chamados novos direitos, nascidos com a evolução social, visando a efetivá-los praticamente. Constata-se, portanto, que as modificações ocorridas no âmbito do direito material não podem ser ignoradas pelo processualista, tendo em vista a necessidade de coordenação destes dois ramos do Direito.⁵⁷

Segundo Proto Pisani, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, ter-se-á um instrumento absolutamente ineficaz. É preciso tomar consciência de que instrumentalidade não se compatibiliza com a neutralidade ou indiferença quanto às necessidades verificadas no plano material. Não basta a

⁵⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 24.

⁵⁶ ARMELIN, Donaldo. *Tutela jurisdicional do meio ambiente*. Revista do Advogado 37 e ss. p. 49.

⁵⁷ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Anotações...*, Revista de Processo 64, p. 12/13. "Por isto é que dissemos que, sem a articulação do direito processual civil ao direito material na ordem prática, a proteção somente desta última revelar-se-ia sem grandes objetivos práticos, porque não ancorada numa tábua de instrumentos destinados a tornar eficaz o direito material construída em torno de valores sociais contemporâneos, em que se pretende traduzir um sentimento mais adequado de justiça. Por isso, é insuficiente proteger no plano do direito material, se inexistirem formas de viabilizar essa proteção."

previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar o acesso à tutela jurisdicional efetiva, ao titular de uma situação substancial carente de proteção.⁵⁸

Como já se advertiu com propriedade, o processo não pode ser colocado no vácuo, sendo imprescindível o reconhecimento, pelos juristas, de que as técnicas processuais servem a funções sociais.⁵⁹

2.7 Os Escopos do Processo

No exclusivo exercício da jurisdição por parte do Estado, este visa três ordens de escopos; o social, o político e o jurídico. No escopo social está compreendida a educação do cidadão para o exercício dos seus direitos; no escopo político compreende-se a liberdade, a oferta de meios para a participação nos destinos da nação e a preservação do ordenamento jurídico; no escopo jurídico está a justa composição dos conflitos de interesse instaurados no seio da sociedade.

Os escopos social e político estão compreendidos no escopo jurídico da justa composição da lide, e parecem muito mais ligados ao próprio direito material a ser aplicado pelo juiz. O escopo jurídico deve servir como canal de comunicação entre a regra e a sociedade, a fim de adequá-la à realidade e às necessidades de seu tempo. Esse escopo social, todavia, configura fenômeno muito mais próximo do direito material. Resulta da interpretação a ser dada pelo juiz.

Vê-se que a teoria unitária do ordenamento jurídico é mais coerente com essa necessidade em razão de que, diferentemente da teoria dualista do ordenamento jurídico, cuja função jurisdicional resume-se em declarar o direito aplicável ao caso concreto. Para Bellinetti, na teoria unitária o juiz faz mais do que declarar o direito, identificando também uma função constitutiva na sua atividade e, ainda, com a possibilidade de a jurisdição, ao declarar o conteúdo de uma norma abstrata preexistente, concretizar uma regra (norma) individual, que passará a integrar o ordenamento.⁶⁰

⁵⁸ PROTO PISANI, Andréa. *Appunti Sulla Giustizia Civile*. Bari, Cacucci Editore, 1982, p. 39.

⁵⁹ GARTH, Bryant, e Mauro Cappelletti. *Acesso à justiça*. Trad. bras. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.

⁶⁰ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil - perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, pp. 62/65.

2.8 A Interdependência entre Direito e Processo e a Efetividade do Sistema

A tutela jurisdicional precisa tornar-se cada vez mais flexível, no sentido de adaptá-la às necessidades do desenvolvimento eficaz do processo, como instrumento efetivo de proteção das situações de direito substancial.⁶¹

Para Pisani, a previsão de tutela jurisdicional para determinar a situação de vantagem sobre o bem da vida não é o bastante. É imprescindível que o titular dessa situação de vantagem, e que precise da tutela estatal jurisdicional para assegurá-la, possa valer-se dela e ver satisfeito o seu direito⁶². Dessume-se disso que os questionamentos dos processualistas não podem limitar-se ao aspecto puramente processual. A elaboração de conceitos e regras de processo deve atender à realidade social e às necessidades dos jurisdicionados.⁶³

Sobre a referida flexibilização encontram-se evidentes exemplos em novos instrumentos processuais como mandado de injunção, ação civil pública para a defesa dos interesses difusos e coletivos e os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.⁶⁴

Verifica-se, pois, a necessidade premente de conscientização do processualista no sentido de que sua ciência só tem sentido se servir de maneira eficaz a seu objeto. Segundo Proto Pisani, pode se afirmar, mesmo, ser o direito substancial indispensável ao direito processual, que não existiria sozinho. Tal circunstância não o coloca, todavia, em situação de inferioridade, pois também não se pode conceber o direito material sem o instrumento para torná-lo efetivo. Existe evidente relação de interdependência entre os dois ramos do Direito.⁶⁵

O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isso somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das

⁶¹ BIDART, Adolfo Gelsi. *Tutela procesal diferenciada*, Revista de Processo 44/104.

⁶² *Appunti sulla Giustizia Civile*, p. 11.

⁶³ CAPELLETTI, Mauro. *Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad*. Revista de Processo 64, p. 148-149.

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos do consumidor brasileiro*. Comunicação apresentada nas XIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de 9 a 13/8/92. Cuernavaca, México, p. 3. “A preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação do seu acesso à Justiça. Isso demandava, de um lado, o fortalecimento do consumidor em juízo – até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual – exigindo um novo enfoque da *par conditio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, exigia a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à Justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo, sem jamais olvidar as garantias do “devido processo legal””.

⁶⁵ *Appunti sulla Giustizia Civile*, p. 10.

relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência.⁶⁶

Impossível negar a integração existente entre o direito substancial e processo, posto que é parâmetro para o exercício da ação e da jurisdição⁶⁷. Nos dias atuais não se discute mais sua independência e autonomia. Debate-se, todavia, a respeito da sua efetividade, que, em última análise, significa que o processo deve proporcionar a total proteção ao direito substancial.

Somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de uma pretensão, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa.

Questiona-se sobre adequada proteção jurídica como um dos direitos inalienáveis da pessoa humana, incluindo-se nesse rol o direito a um processo adequado e justo, que assegure ao titular da pretensão fundada no direito material a possibilidade de tutela efetiva.⁶⁸

O instrumento somente será eficaz se ele for adequado ao fim pretendido. A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui um meio para garantir a aplicação do direito. De acordo com Pisani, o Estado deve, pois, apresentar um meio idôneo para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional adequado às necessidades verificadas no plano das relações jurídicas que envolvem a conduta humana.⁶⁹

A finalidade do direito material, entendida esta não como mera previsão abstrata de situações da vida, mas como possibilidade de proteção efetiva dos interesses jurídicos abstratamente tutelados, depende do direito processual como instrumento.⁷⁰

Quanto mais houver procedimentos às especificidades da tutela pleiteada, mais próximos se estará da justa composição dos interesses em conflito, isto é, mais o direito processual concretizará o direito material abstrato e genérico, com vista a assegurar, com eficiência, a efetividade deste.

⁶⁶ ARMELIN, Donaldo. *Tutela jurisdicional do meio ambiente*. Revista do Advogado 37 e ss. p. 49.

⁶⁷ FAZZALARI, Elio. *Note in Tema di Diritto e Processo*. Milão, Giuffrè Editore, 157, p. 113 (trad. livre).

⁶⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il modelli di garanzia costituzionale del processo*. Riv. Trim. Di Dir. e Proc. Civ. 3/683, (trad. livre).

⁶⁹ *Appunti sulla Giustizia Civile*, p. 43.

⁷⁰ *Idem*, Ibidem, p. 11.

Fala-se hoje, no aspecto negativo da instrumentalidade do processo, que corresponde exatamente à posição aqui sustentada, no sentido de colocar um ponto final nas distorções causadas pelos excessos cometidos na fase autonomista.⁷¹ Não há como se vislumbrar, mesmo em perspectiva, a autonomia de um instituto que não tem razão na sua existência isoladamente.

A partir do momento em que houver normas processuais adequadas à realidade social e interpretadas em consonância com sua natureza instrumental, certamente se estará muito perto do objetivo tão almejado pela ciência processual: a efetividade da tutela jurisdicional.⁷²

⁷¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 267. “Como vem sendo dito, é relativizar o binômio *substance-procedure*. Não se trata de renunciar a autonomia do direito processual e muito menos aos princípios solidamente instalados em sua ciência a nível de garantias constitucionais. É que a autonomia do processo não implica o seu isolamento e o seu culto como se fosse um valor em si mesmo.”

⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, 2ª ed., Malheiros Editores, 1997, São Paulo, p. 63.

3 SUJEITO JURÍDICO

Sujeito de direito é aquele a quem cabe o dever de cumprir ou o poder de exigir, ou ambos – de acordo com o art. 1º do Código Civil. Direito, quanto ao sujeito, é a faculdade, ou o poder de agir, conferida a um sujeito ou titular. Todo sujeito de direito é pessoa. A palavra “pessoa” tem sua origem etimológica no latim *persona*, emprestada da linguagem teatral na antigüidade romana⁷³ que significava uma máscara facial de cera.

Na Grécia, berço da criação e desenvolvimento da arte teatral, tal máscara era usada para configurar e caracterizar os tipos ou personagens e destinava-se a dar eco às palavras e maior ressonância à voz. Posteriormente, o vocabulário veio expressar o próprio indivíduo que representa papéis (personagem). *Personare* queria dizer ecoar, fazer ressoar. Modernamente, no sentido jurídico, todo ser humano é pessoa. Sujeito de direito é a pessoa a quem a lei confere a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres.

Não obstante, para Kelsen é sujeito jurídico quem é sujeito de uma pretensão ou titularidade jurídica⁷⁴. Para esse autor o conceito de sujeito de direito é auxiliar à descrição do direito. Pessoa é a unidade personificada que representa um complexo de direitos e deveres; é a unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõe deveres e lhe confere direitos.

O direito positivo admite duas espécies de pessoas: “naturais e jurídicas”. Pessoas naturais são os seres humanos; as pessoas jurídicas podem ser de direito público ou de direito privado, sendo essas as associações, as sociedades (civis e comerciais) e as fundações, e aquelas, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias no âmbito interno.

As pessoas jurídicas de direito público externo constituem-se pelos organismos internacionais. Tanto as pessoas naturais quanto as jurídicas são sujeitos de direito; entretanto, cada qual tem sua particularidade, sendo disciplinadas diversamente. A personalidade jurídica é atribuída pelo Direito tanto ao homem (pessoa física ou pessoa natural), ao nascer com vida⁷⁵, como à pessoa jurídica.

⁷³ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*, vol 1, 3 ed., Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1960, p. 253. "A palavra *pessoa*, em Roma, servia para designar a máscara trágica que engrossava a voz do ator."

⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p.188.

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito*. 12ª ed., atual. Por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 142. "A proteção jurídica do nascituro de ordem patrimonial está subordinada a uma condição suspensiva do nascimento com vida. O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica.

Para Vicente Rão,⁷⁶ a personalidade consiste, pois, na aptidão que a ordem jurídica reconhece às pessoas físicas, ou outorga às pessoas jurídicas, para serem sujeitos de direitos. Os homens, quando se unem para alcançar determinados fins, nada mais fazem do que realizar, materializando-a, uma tendência que de sua própria natureza resulta. De um lado a limitação de suas forças materiais e, de outro, os impulsos ditados pelos elementos intelectuais, morais e espirituais que formam a sua personalidade, justificam e determinam sua interdependência social e os levam a associar-se: neste sentido, o direito de associação é comumente incluído entre os direitos essenciais do homem, garantidos e assegurados pelas normas constitucionais.⁷⁷

Entre o sujeito jurídico e o direito ou o dever está presente um nexo que os une. À união entre o sujeito e seu direito denomina-se “titularidade”. O sujeito de determinado direito é seu titular, como também a pessoa que é sujeito de certa obrigação. No entanto, o sujeito de direito pode ser titular de um direito sem poder exercê-lo. A idoneidade para o exercício de um direito é definida como “legitimação”. A legitimação pode corresponder a pessoa distinta ao titular do direito, como o procurador.

Presente determinado direito existirá um sujeito que tenha titularidade. Sujeito de um direito é a pessoa, natural ou jurídica, com personalidade jurídica atribuída pelo Direito, podendo ter direitos e contrair deveres. Sujeito de direito é a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou o dever de agir ou a pessoa a quem cabe o dever a cumprir.

3.1 Pessoa Natural

No Direito brasileiro é corrente a expressão “pessoa natural”, a qual encontra aceitação na grande maioria dos escritores e é adotada no Código Civil – pessoa encontrada como tal na natureza. Entretanto, a denominação corrente no

Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Não basta o nascimento. É necessário que o nascituro nasça vivo. Sendo assim, adquire personalidade, e os direitos que lhe foram reservados retrotraem ao momento de sua concepção. Se nascer com vida, a aquisição ocorre a partir do momento da concepção.”

⁷⁶ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, 5^a ed., anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999, p. 722.

⁷⁷ Idem, *Ibidem*, p. 734

Direito francês, italiano e outros, e até na legislação brasileira do imposto de renda, é “pessoa física”.⁷⁸

Apesar das divergências encontradas na doutrina sobre a denominação a ser adotada para pessoa individual, segue-se aqui a corrente civilista brasileira, que utiliza a expressão “pessoa natural”, tal como a empregada no Código Civil, mas sem deixar de fazer alusão à denominação “pessoa física”.

Todo homem é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Como o homem é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a aptidão reconhecida pela ordem jurídica para o exercício de direitos e para contrair deveres a ele reconhecidos, diz-se que todo homem é dotado de personalidade.⁷⁹ Personalidade é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres; capacidade é a aptidão para exercer pessoalmente esses direitos.

Todo homem tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico como sujeito de direitos e deveres. A personalidade tem sua medida na capacidade. A personalidade jurídica é ampla, enquanto a capacidade jurídica é sua medida. Os sujeitos de direito precisam de capacidade para exercer direitos e para contrair deveres.

Para Paulo Dourado de Gusmão⁸⁰, no que concerne ao homem, pode-se dizer que, se toda pessoa tem personalidade e capacidade jurídica, nem toda pessoa tem capacidade de fato ou capacidade de exercício que a habilite a exercer por si seus direitos e a obrigar-se. A impossibilidade de exercício traduz-se tecnicamente por incapacidade. As limitações da capacidade de fato produzem a incapacidade absoluta ou relativa.

Não é somente o homem, individualmente que tem essa aptidão. Aos agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de um fim econômico ou social em comum e às pessoas jurídicas de direito público, o Direito atribui, igualmente, personalidade. São conferidas a tais entidades autonomia e independência relativamente às pessoas naturais de seus componentes e dirigentes.⁸¹

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. V.1, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.155. Tal expressão, no entendimento do ilustre professor Caio Mário da Silva Pereira, “não é precisa porque dá realce ao aspecto material e físico do homem, sem atentar para as suas qualidades morais e espirituais, tão integrantes de sua personalidade que o direito os reconhece e protege”.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. v.1, p.154.

⁸⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 286.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p.154-155.

Ser pessoa ou ter personalidade jurídica é o mesmo que ter deveres e direitos. A pessoa natural ou jurídica, como portadora de deveres e direitos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos, cuja unidade é expressa no conceito de pessoa.

Para Batalha, toda personalidade é jurídica. Pessoa física e pessoa jurídica são criações da juridicidade, que estabelece os pressupostos para sua aquisição.⁸² Pessoa só é pessoa porque assim o Direito a considera. E isto vale tanto para pessoa física como para pessoa jurídica. Nesse sentido, seria acertado dizer que também a personalidade física é uma personalidade jurídica.⁸³ Por fim, conclui, que pessoa, para o Direito, é o centro de imputação de direitos e deveres.⁸⁴

Como dito, a personalidade da pessoa natural inicia-se do nascimento com vida, protegendo-se desde a concepção os direitos do nascituro. A existência da pessoa natural termina com a morte, preservando a personalidade adquirida ao nascer até a morte. A personalidade, recebida com o nascimento, só se perde com a própria vida, sendo esse o momento da extinção da personalidade natural. O Código Civil brasileiro distingue pessoas naturais e pessoas jurídicas: a pessoa natural é o homem, enquanto a pessoa jurídica pode ser de direito público (interno ou externo) e de direito privado.

3.2 Pessoa Jurídica

Possivelmente por se desconhecer a complexidade do tema da pessoa jurídica em toda a sua plenitude, porém, desafiados por essa dúvida e dificuldade que se antevê na empreitada, o presente trabalho tratará o assunto nos limites da apreensão, em razão da indispensabilidade de tal abordagem para a compreensão da desconsideração em seu plano ontológico.

Embora o Direito Societário gire em torno do instituto da pessoa jurídica, os comercialistas brasileiros, em geral, são avessos a enfrentar uma discussão acerca da sua ontologia, ou, como preferem alguns, da sua natureza. E há, ainda, posições, como a de Rubens Requião, de desqualificação da questão. Para ele,

⁸² BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito: filosofia, história e ciência do direito*. v.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 869

⁸³ Idem, *Ibidem*, p. 872.

⁸⁴ Idem, *Ibidem*, p. 869

o problema da personalidade jurídica das sociedades comerciais comporta um tratamento prático. Daí por que nos afastamos das abstratas preocupações científicas e doutrinárias, a respeito das teorias, dissertação imprópria em um compêndio de Direito Comercial. Valemo-nos, por isso, da destemida afirmativa de Messineo, que alheando-se das querelas que tanto afadigaram os juristas, considerou de somenos importância o problema sobre a realidade ou ficção das pessoas jurídicas, satisfazendo-se com a circunstância de possuírem elas uma realidade no e para o mundo jurídico.⁸⁵

Ou, segundo o que Requião pronunciou em sua famosa conferência sobre a teoria da desconsideração: “Não é nosso objetivo, nem comporta o âmbito resumido deste estudo, digressões sobre as fatigantes polêmicas a respeito da teoria da pessoa jurídica, máxime quando elas, segundo o testemunho de Cunha Gonçalves “longe de esclarecerem o problema, só têm servido para o tornarem mais confuso”...”⁸⁶

Assiste razão a Lamartine Correa de Oliveira⁸⁷ quando afirma que não renunciou à tarefa teórico-cultural, por jamais entender, ao contrário do ilustre Pinto Falcão, “ser a pesquisa da exata conceituação da pessoa jurídica equivalente à busca da solução do insolúvel”, sem qualquer significado prático. Afirma Lamartine que, ao contrário, julga fundamental uma posição jurídico-filosófica coerente, integrada em uma visão geral do Direito e do Mundo, e em que tenha seu lugar a solução do problema conceitual da pessoa jurídica.

Embora possa ser preocupação também da Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito ou de outras disciplinas, a pessoa jurídica, por sua significação dentro do Direito Negocial, não pode deixar de ser examinada, sob todos os seus múltiplos e ricos aspectos, mormente no que tange à sua desconsideração como interessa.

A forma pela qual, tradicionalmente, sintetiza-se a questão ontológica é através da indagação do caráter “real” ou “fictício” da pessoa jurídica. Porém, ao analisar o assunto, discorda Fabio Ulhoa Coelho⁸⁸, para quem essa não é a melhor forma de ser esquematizado o problema, pois na verdade, a questão envolve mais a natureza “pré-jurídica” ou “jurídica” daquele sujeito de direito, que, propriamente, a primeira alternatividade referida.

⁸⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v.1, Saraiva, São Paulo, 1977, p. 260/261.

⁸⁶ REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial. Sociedades comerciais (a desconsideração da personalidade jurídica no agrupamento de empresas)*, v.1, Saraiva, São Paulo, 1977, p. 70.

⁸⁷ OLIVEIRA, J. Lamartine Correa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1979, p. 4.

⁸⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*, Ed. RT, São Paulo, 1989, p. 65.

Para o referido autor a melhor maneira de se proceder à classificação das diversas teorias, acerca da ontologia da pessoa jurídica, é a de agrupá-las em dois fundamentais segmentos: as defensoras da idéia de que a pessoa jurídica, como realidade pré-jurídica, existia, lógica e cronologicamente, antes do direito reconhecer-lhe a personalidade; e as defensoras da idéia, segundo a qual a pessoa jurídica é uma criação do direito.⁸⁹

As pessoas jurídicas, como sujeitos de direitos, estão ao lado das pessoas naturais. Podem resultar da união de várias pessoas naturais para atingir um fim comum, com autonomia, independente de seus sócios (sociedade), como podem resultar da destinação de um patrimônio para determinado fim (fundação).⁹⁰ O Direito permite a essas entidades atuar no campo jurídico, reconhecendo-lhes existência; faculta-lhes adquirir direitos e contrair deveres; assegura-lhes o exercício de direitos subjetivos.⁹¹ O homem será sempre sujeito de direito, entretanto os entes criados pela vontade humana para servir aos seus interesses e preencher finalidades sociais também poderão ser sujeitos de direito.

Para que haja o nascimento da personalidade jurídica do grupo não é suficiente apenas que indivíduos se agrupem; é necessário que se estabeleça também uma vinculação jurídica específica, imprimindo-lhe unidade orgânica. Com isso assume a entidade formada sua própria existência, que a distingue dos elementos (pessoas naturais) que a compõem. Pessoas jurídicas são, nos dizeres de Orlando Gomes, “entes formados pelo agrupamento de homens, para fins determinados, que adquirem personalidades distintas dos seus membros. Reconhece-lhes, a lei, capacidade de ter direitos e contrair deveres”.⁹² No mesmo sentido entende Maria Helena Diniz.⁹³

A essência da pessoa jurídica, contraposta à pessoa natural, fica mais clara a partir da análise do caso típico de determinada pessoa: a sociedade dotada de personalidade jurídica. Sociedade pode ser entendida como uma comunidade de indivíduos a que a ordem jurídica impõe deveres ou direitos subjetivos que não podem ser vistos como deveres ou direitos dos indivíduos que

⁸⁹ Idem, *Ibidem*, p. 65/66.

⁹⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993 p. 287.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 208.

⁹² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 191.

⁹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 113.

formam essa sociedade como seus membros, mas deveres e direitos que competem a essa sociedade.⁹⁴

Para o funcionamento da sociedade é necessária certa organização, que dependerá da atuação das pessoas naturais ou jurídicas que a compõem. Tal organização é vista nas sociedades de pessoas de forma simplificada, em que alguns ou todos os sócios desfrutam o poder de direção. Nas sociedades anônimas, a administração torna-se complexa, com uma distribuição de poderes. O direito positivo adotou a “teoria organicista” para explicar a natureza dessas entidades como centros de poderes sociais. “Os administradores não representam propriamente a sociedade, pois dela são órgãos. A sociedade, pessoa jurídica, se faz presente através deles.”⁹⁵

Aos sócios que exercem o poder de direção e aos administradores (diretores e conselheiros da sociedade anônima), na qualidade de órgãos da sociedade, são impostos pela ordem jurídica direitos e deveres, interpretados como da própria sociedade. Os direitos e deveres da sociedade não seriam direitos e deveres de tais sócios ou administradores; entretanto, é, através dessas pessoas naturais, como órgãos da sociedade, que ela se faz presente.

Pode-se concluir que, basicamente, as posições doutrinárias a respeito da natureza das pessoas jurídicas estão reunidas em dois grandes grupos: os que negam a personalidade e os que a afirmam. As teorias negativistas não explicam a natureza das pessoas jurídicas, pois não admitem a personificação, possuindo valor puramente ilustrativo.

Na posição oposta, a personificação é explicada por diferentes maneiras. Há, basicamente, duas teorias. Na primeira – a teoria da realidade, as pessoas jurídicas são tratadas como entes reais, dividindo-se em “realidade objetiva”, segundo a qual a personalidade é apenas reconhecida pelo ordenamento jurídico, e “realidade técnica”, para a qual a pessoa jurídica é uma criação técnico-judiciária correspondente à necessidade social, sendo um fim normal da atividade social. A outra teoria – a da “ficção” – trata as pessoas jurídicas como criações do ordenamento jurídico; são, pois, instrumentos para atender à consecução de objetivos práticos, como a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidades.

⁹⁴ Embora o jusfilósofo Kelsen utilize aqui a expressão “corporação”, utilizou-se neste estudo a expressão “sociedade”. Op. Cit., p. 194.

⁹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 18^a ed., São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 140.

A teoria da realidade técnica distingue-se da teoria da ficção no que tange à criação. Enquanto na segunda a criação é arbitrária da lei, constituindo os agrupamentos meras criações do Estado, inventadas do nada; na primeira, a criação ocorre em função de uma necessidade social, a cuja satisfação a técnica judiciária atribuiu forma adequada, correspondendo a um fim normal da atividade social.

Na realidade técnica, o direito encara os agrupamentos de indivíduos com a finalidade de realizar interesses ou preencher exigências sociais de forma destacada de seus membros. Ou seja, a ordem jurídica considera tais agrupamentos (entidades) como seres dotados de existência própria ou autônoma, inconfundível com a vida das pessoas naturais que os criaram. A ordem jurídica atribui-lhes personalidade jurídica suscetível de ter vontade própria e de defender seus próprios interesses.

Encarar a natureza da pessoa jurídica como realidade técnica significa aceitá-la com sua personalidade sem qualquer artifício. Não se pode defender que essa personalidade e essa capacidade sejam fictícias por provirem da lei, uma vez que a própria personalidade jurídica do homem é criação do Direito, e não da natureza, e atribuída pelo ordenamento jurídico. Não se trata de criação artificial da lei, mas de uma realidade técnica.⁹⁶

Para Orlando Gomes⁹⁷, a expressão "realidade técnica", bem analisada, não tem sentido.

A técnica jurídica é um conjunto de processos por meio dos quais a política jurídica se realiza. Dentre esses processos, encontra-se a ficção, que é eminentemente artificial, consistindo, como consiste, em apresentar como verdadeira uma situação que é imaginária. A atribuição de personalidade ao agrupamento de indivíduos sob os pressupostos já mencionados é, essencialmente, esse processo técnico da ficção pelo qual se imagina esse grupo como se fosse um ente humano, do mesmo modo que se poderia imaginá-lo em outra dimensão. (...) A chamada realidade técnica nada explica, se tem o significado da realidade jurídica, como se lhe empresta.

Para Hauriou, adepto da visão pré-normativista⁹⁸, a pessoa jurídica possui existência e personalidade anterior ao direito, que, no caso, limita-se a reconhecê-las. Ao Direito, inclusive, não seria possível ignorar alguns desses

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit., p. 209.

⁹⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1965, p. 164.

⁹⁸ HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, Traducción del francés, prólogo y bibliografía del autor por Arturo Enrique Sampay, Editora Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 36. Aquí o autor melhor explica o significado da expressão "pré-normativista". "En esto reside todo el problema: se trata de saber dónde se encuentra, en la sociedad, el poder creador; si son las reglas de derecho, las que crean las instituciones, o si son mas bien las instituciones las que engendran las reglas de derecho, gracias al poder de gobierno que contienen."

atributos do referido ser, assim como não seria possível ignorar, p.ex. a personalidade jurídica do próprio homem. Embora não seja um ser idêntico ao homem, e sim, análogo a ele, não seria correto afirmar tratar-se de uma ficção. O mesmo reconhecimento opera uma “transposição” de qualidades próprias de ser humano ao ser coletivo. Nessa visão, há que se fazer referência ao entendimento institucionalista de Hauriou, que privilegia a idéia de utilidade social da pessoa jurídica a justificar o seu reconhecimento pelo direito.

A já referida visão da pessoa jurídica, como uma “realidade técnica”, é adotada, entre os juristas contemporâneos nacionais, por Caio Mário da Silva Pereira. Para ele, o Direito sempre reconheceu a autonomia e independência da pessoa jurídica em relação aos seus componentes, encarando-o como um sujeito de direito. Daí a “conveniência” de o jurista aceitar a personalidade real destes seres, admitindo que possuem personalidade “jurídica”. Adverte, contudo, que não se adota a figura de uma personalização antropomórfica (ou na linguagem de Clémens, de uma personalização analógica), recusando a solução da teoria da realidade “objetiva”. As pessoas jurídicas existem no mundo de direito, e existem como seres dotados de vida própria, de uma vida real.⁹⁹

Fabio Ulhoa Coelho¹⁰⁰, ao comentar as afirmações retro referidas de Caio Mario, afirma que, embora em alguns pontos da passagem acima transcrita do jurista pátrio, haja algumas pequenas obscuridades, o que é certo, nesta teoria, são duas marcas distintas em relação às outras concepções ontológicas da pessoa jurídica. De um lado, frente àquilo que ela denomina de teoria da realidade objetiva, como sendo a visão da pessoa jurídica enquanto um dado anterior e independente do Direito. De outro, frente à teoria da ficção, atribuindo à pessoa jurídica uma realidade, embora cingida à realidade jurídica.

Kelsen¹⁰¹, ao elaborar a teoria da “pessoa jurídica como conceito auxiliar da ciência jurídica”, alcançou o extremo oposto da concepção “pré-jurídica.

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v.I, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 267. Outro autor adepto desse entendimento entre os nacionais é Washington de Barros Monteiro, para quem “entre duas posições antagônicas (teoria da ficção e teoria da realidade), interpõe-se a da *realidade técnica* ou *jurídica* e que fornece a verdadeira essência jurídica da pessoa jurídica” in *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 100.

¹⁰⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*, Ed. RT, São Paulo, 1989, p. 69. “Entendo ser um ponto de partida válido. Rejeita-se, de um lado, a solução pré-juridicista, que é fantasiosa, e de outro, a teoria da ficção, insuficiente para explicar a natureza da pessoa jurídica, embora, substancialmente, correta, dentro de seus limites. Mas a chamada teoria da realidade jurídica, a meu ver, não deixa de ser apenas um ponto de partida, seja em função das críticas à expressão “realidade técnica”, seja porque, abstraindo-se dos elementos que a distanciam das soluções pré-juridicistas e ficcionais, pouco acrescenta à compreensão da natureza da pessoa jurídica.”

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 264. Para o grande jusfilósofo “quando se diz que a ordem jurídica confere a um indivíduo personalidade jurídica, isso apenas significa que a ordem jurídica torna a conduta de um indivíduo conteúdo

Para o autor, quando se diz que a ordem jurídica confere a uma corporação (sociedade) personalidade jurídica, isso significa que a ordem jurídica estatui deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de indivíduos que são órgãos e membros da sociedade constituída através de um estatuto, sendo, portanto, ambas as pessoas “realidades” exclusivamente jurídicas ou mais precisamente: criação da ciência jurídica.

Ainda na linha dos autores que consideram a pessoa jurídica como exclusiva criação do Direito, encontra-se o emérito comercialista italiano Tullio Ascarelli, que a concebe como uma expressão resumida de um conjunto de normas.¹⁰² Essa concepção de Ascarelli, reduzindo a pessoa jurídica a uma expressão resumida de uma disciplina jurídica que regula, na verdade, relações entre homens, contrapõe-se, naturalmente, à concepção pré-jurídica, que confere à pessoa jurídica o estatuto de um “não-homem”. E se contrapõe, igualmente, às teorias da ficção, do patrimônio separado, e mesmo à teoria da realidade, na medida em que estas partem da idéia de personalização da pessoa jurídica como um atributo jurídico e não como uma forma de resumir certa disciplina jurídica.¹⁰³ É evidente a proximidade com a concepção de Kelsen.¹⁰⁴

Fabio Ulhoa Coelho¹⁰⁵ coloca interessante questão. A idéia de que a pessoa jurídica pode ser desconsiderada, ignorada, não obriga ao afastamento da concepção pré-jurídica? E a resposta é trazida pelo autor, com a conclusão de que é necessário que se recupere a lição de Kelsen, segundo a qual, também a pessoa física é criação da ciência jurídica, para perceber que, no caso, ignorou-se a pessoa física e não o homem. Ou seja, a pessoa jurídica, se pode ser ignorada, é porque possui a natureza de algo que pode ser ignorado. E o que pode ser ignorado, desconsiderado, afastado, é somente o próprio conceito, o que reduz a pessoa jurídica a uma “idéia”.¹⁰⁶

de deveres e direitos. É a ciência jurídica que exprime a unidade destes deveres e direitos no conceito – diferente do conceito de homem – de pessoa física, conceito do qual nos podemos servir, como conceito auxiliar, na descrição do Direito, mas do qual não temos que, necessariamente de nos servir, pois a situação criada pela ordem jurídica também pode ser descrita sem recorrer a ele.” A teoria ontológica da pessoa jurídica em Kelsen é a exata contraposição da teoria dos pré-normativistas. Se para esta é possível identificarem-se pessoas física e jurídica como entidades pré-jurídicas, para a concepção Kelseniana ambas as pessoas são “realidades” exclusivamente jurídicas (mais precisamente: para Kelsen, criação da ciência jurídica).

¹⁰² ASCARELLI, Tullio. *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi Giuridici*, v. 1, Giuffrè, Milão, 1959, p. 237, (trad. livre).

¹⁰³ Idem, *Ibidem*, p. 240.

¹⁰⁴ Reconhecida pelo próprio Ascarelli na nota 3 da p. 238 da obra retro-citada e, também, por Fabio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, 1977, p. 260.

¹⁰⁵ Op. Cit. *Desconsideração*, p. 72.

¹⁰⁶ Idem, *Ibidem*, p. 73.

E prossegue Coelho, ao afirmar que a pessoa jurídica não é um ser pré-jurídico, que o direito se obriga a reconhecer, mas, antes, uma idéia acerca de relações de interesses humanos, que uma parcela da sociedade, a comunidade jurídica, tem, para atribuir certas conseqüências a essas relações. Na essência, as diversas concepções que entendem a pessoa jurídica como realidade exclusivamente jurídica se identificam, faltando-lhes, contudo, a percepção de que o elemento comum de aproximação é a redução da pessoa jurídica a uma idéia, compartilhada pela comunidade jurídica. Como de resto são todas as “realidades” jurídicas, inclusive a pessoa física.¹⁰⁷

Tentando excluir a possibilidade da existência “pré-jurídica” da pessoa jurídica, Fabio Ulhoa Coelho afirma que

pode-se constatar que a teoria da desconsideração é um dado a mais, na discussão da natureza da pessoa jurídica, a afastar a solução pré-jurídica. Afinal, se ela pode ser desconsiderada em certas circunstâncias, é porque nada há, em sua natureza, que obrigue o Direito a reconhecê-la, senão a sua própria relatividade. Essa é a contribuição que a disregard of legal entity pode trazer à discussão da questão ontológica da pessoa jurídica, superando tênues limites entre as diversas concepções exclusivamente jurídicas, ao apontar para a sua natureza ideal, aspecto comum a todas elas, e afastando a concepção pré-jurídica.¹⁰⁸

A relatividade do princípio da autonomia da pessoa jurídica, porém, mostra que esta é uma entidade criada pelo ser humano e não alguma coisa independente. O homem pode existir sem pessoa jurídica, mas o inverso é impossível. É o espírito humano que imaginou, criou, desenvolveu e deu forma à pessoa jurídica, que deve sua existência jurídica ao ordenamento jurídico. O estudo da natureza das pessoas jurídicas é relativamente importante para a realização deste trabalho, pois as principais teorias que lhe dão embasamento não afastam a possibilidade da aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Nenhuma das teorias referentes à natureza da pessoa jurídica pode ser considerada como a mais adequada para justificar ou fundamentar a aplicação daquela doutrina.¹⁰⁹

O elemento essencial para tal é a existência de personalidade jurídica, e as teorias mais modernas, como já visto, atribuem personalidade à pessoa

¹⁰⁷ Idem, *Ibidem*, p. 73.

¹⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 73.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 58-59.

jurídica. Como bem salientou Verrucoli, não existe vínculo necessário entre o conceito de pessoa jurídica e o problema da desconsideração.¹¹⁰

Para Marçal Justen Filho¹¹¹, ao se adotar a concepção ficcionista, ou seja, reconhecendo-se as pessoas jurídicas como uma criação da lei, pode-se afirmar que esta, da mesma maneira que criou a pessoa jurídica, poderá suspender os seus efeitos, desconsiderando-a. Já, ao adotar-se a teoria realista, a desconsideração é enfocada, por seus defensores, como um instrumento do Direito positivo para ajustar as construções jurídicas a seus referenciais extrajurídicos.

A personificação tem por objetivos unificar uma coletividade de pessoas e limitar ou, até mesmo, suprimir as responsabilidades individuais, juntamente com a separação dos patrimônios das pessoas naturais e das pessoas jurídicas por elas formadas. As pessoas jurídicas podem ser entendidas como um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos. Fábio Konder Comparato¹¹², no entanto, entende que a personificação não recobre toda a esfera da subjetividade em Direito, justificando com o fato de a lei reconhecer direitos e deveres a certos agregados patrimoniais - à massa falida, ao espólio, à herança jacente, ao condomínio - sem personificá-los, levando à conclusão de que “nem todo sujeito de direito é pessoa”. Dentre esses entes, aos quais é reconhecida a capacidade de ser parte em juízo sem ser reconhecida a personalidade jurídica, encontram-se também as sociedades de fato, conforme art. 12, VII, do Código de Processo Civil.

Para Fran Martins¹¹³, quer a sociedade tenha os atos constitutivos escritos e não arquivados, quer resulte apenas de atividade comercial em comum, com ânimo societário, há uma sociedade de fato e não uma sociedade irregular. A sociedade de fato não chega a possuir personalidade jurídica, por não ter arquivado os seus documentos constitutivos no Registro do Comércio, enquanto que a irregular “será a sociedade que se organiza legalmente, arquivando os seus atos constitutivos no Registro de Comércio, mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social ...; ou que funciona sem cumprir as obrigações impostas pela lei”.¹¹⁴

Esse brilhante jurista cita como exemplo uma sociedade em comandita simples por prazo determinado que ultrapassa esse prazo sem renovar o

¹¹⁰ VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella “common law” e nella “civil law”*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 6-7, (trad. livre).

¹¹¹ Op. Cit., p. 58-59.

¹¹² COMPARATO, Fábio Konder. *S/A – O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 258-293, *passim*.

¹¹³ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 6ª ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, p. 237.

¹¹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 237.

contrato social, passa a funcionar irregularmente, acabando por tornar os sócios comanditários ilimitadamente responsáveis. Aponta, ainda, que uma sociedade que não possui livros obrigatórios ou não levanta balanço anual também será “irregular”.

Fran Martins justifica sua mudança de opinião pela possibilidade de aplicação da “teoria da aparência” às sociedades de fato, que se apresenta perante terceiros como uma sociedade comercial, e estes, estando de boa-fé, serão amparados pela aparência da sociedade, e assim poderão agir contra os sócios na defesa dos seus direitos. Esclarece que, “para as sociedades irregulares, como se concebe hoje, não se aplica o princípio da aparência, pois os terceiros poderão a qualquer instante certificar-se da existência da sociedade mediante consulta no Registro do Comércio.”¹¹⁵

A aplicação prática dessa orientação leva ao entendimento de que as sociedades de fato não possuem personalidade jurídica por não arquivarem os atos constitutivos no Registro do Comércio, enquanto as sociedades irregulares têm sempre personalidade, uma vez que uma pessoa jurídica só deixa de existir quando extinta (CC, art. 21).¹¹⁶

Os terceiros que transacionam com as sociedades de fato podem intentar ação contra a sociedade, caso consigam provar sua existência, ou contra os sócios, que serão responsáveis de forma ilimitada e solidária. Nas sociedades irregulares, os sócios serão responsáveis de forma ilimitada e subsidiária, devendo ser primeiramente executada a sociedade para, na falta de bens, realizar a responsabilidade ilimitada dos sócios.

Fábio Ulhoa Coelho¹¹⁷ entende que a razão se encontra com os autores que afirmam a personalidade da pessoa jurídica anteriormente ao registro e desde a celebração do contrato de sociedade. Afinal, conclui, se a personalização consiste em uma autorização genérica à prática de atos jurídicos, não há que se negar que as sociedades irregulares (ou “de fato”, como propõem alguns) possuem personalidade jurídica, posto que realizam contrato de trabalho, de compra e venda, emitem e aceitam títulos de crédito e podem, enfim, realizar quaisquer atos jurídicos, sem necessidade de um dispositivo legal que expressamente habilitem-nas a isso. Decorre a personalização da pessoa jurídica não registrada do próprio conceito de

¹¹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 238.

¹¹⁶ Idem, *Ibidem*, p. 238.

¹¹⁷ COELHO. Fábio Ulhoa, *Desconsideração da personalidade jurídica*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 85.

pessoa jurídica. A personalização é uma implicação lógica, inafastável do conceito de pessoa jurídica.¹¹⁸

Para concluir, a pessoa jurídica é uma realidade técnica; é a personificação conferida pela ordem jurídica a entes dotados de existência própria ou autônoma, inconfundível com a vida das pessoas naturais que os criaram, com vontade própria e capacidade de defender seus interesses: “As pessoas jurídicas existem no mundo do direito, e existem como seres dotados de vida própria, de uma vida real”.¹¹⁹ Atuam no mundo jurídico como as pessoas naturais. Dessa forma, o ordenamento jurídico não pode “ignorar” (para usar o termo empregado por Marçal Justen Filho à desconsideração da personalidade jurídica) a existência da pessoa jurídica ou afastar, sem fundamento e sem respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, os seus efeitos.

Como no atual desenvolvimento das relações comerciais, inclusive com a quase total eliminação de fronteiras ou limites geográficos, as grandes companhias, com suas atividades, envolvem direta ou indiretamente, uma gama imensa de pessoas e, portanto, de interesses, a coibição das fraudes e abusos de direito viabilizados com uso de sua personalização deve ser feita de tal maneira que não acabe por prejudicar pessoas inocentes (cotistas e/ou acionistas minoritários, empregados, etc.) em relação ao ilícito. A *disregard* possibilita a expropriação patrimonial exclusiva do responsável pelo uso inadequado da pessoa jurídica, embora não deixe de considerá-la, em sua validade, em relação aos demais atos praticados em suas relações no mundo jurídico.¹²⁰

A consequência específica da teoria da desconsideração – a ineficácia episódica do ato constitutivo da pessoa jurídica – é o aspecto relevante, na conjugação teórica que a sua formulação objetiva tencionou realizar.

A idéia de que o ato constitutivo da pessoa jurídica pode, em determinadas situações, ter a sua eficácia suspensa, deixando assim de gerar consequências jurídicas o princípio da autonomia patrimonial, deve ser tomada como característica natural da pessoa jurídica. Necessário, portanto, faz-se a superação do entendimento da teoria da desconsideração como apêndice da teoria geral da pessoa jurídica, posição que lhe confere inegável caráter de excepcionalidade, a

¹¹⁸ Idem, *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁹ PEREIRA, Cáo Mario da Silva. *Op. Cit.*, p. 209-210.

¹²⁰ Lamartine Correa de Oliveira (*A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 611), ensina que *é característica essencial da técnica do Durchgriff a provocação de uma mera suspensão de eficácia da personalidade jurídica, que de resto continua viva, atuante e capaz, fora do caso concreto.*

armar, com excessivas cautelas, doutrinadores e magistrados. Nesse sentido, completando-se o conceito de pessoa jurídica, poder-se-ia consignar que esta é “o sujeito de direito personalizado, incorpóreo e cujo ato constitutivo pode ser episodicamente ineficaz, se servir de instrumento de fraude ou abuso de direito”.¹²¹

3.2.1 As Crises da Pessoa Jurídica

Através da expressão usualmente utilizada pela ciência do direito denominada de “crise da pessoa jurídica”, busca-se evidenciar um descompasso entre concepções tradicionais sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica e as circunstâncias do mundo social e jurídico circundante. Cada vez com maior frequência, os juristas reconhecem a inadequação das teorias acerca da pessoa jurídica, formuladas para explicar e justificar esse fenômeno. E, na medida em que tais teorias foram consagradas pelo direito positivo, sente-se a dificuldade de subsumir os fatos sociais aos modelos abstratos construídos pelas normas.

Fabio Ulhoa Coelho¹²² ressalta que Lamartine Corrêa de Oliveira (o jurista brasileiro que mais se aprofundou sobre o tema) anotou que o impasse atingia a dogmática jurídica, no que tange à teoria da pessoa jurídica, sob dois aspectos: O primeiro, envolvendo a construção do sistema normativo sobre a pessoa jurídica, porquanto inúmeros agrupamentos humanos tinham formalmente negada a condição de pessoa jurídica – muito embora acabassem por receber tratamento jurídico coerente apenas com a personificação (sociedades de fato, condomínio em edifícios, etc.). O segundo aspecto da crise consiste, ao ver de Lamartine, na incompatibilidade, por vezes, entre os fins do Direito e a conduta específica e concreta de agrupamentos personificados.

Ocorreria o que se pode chamar de “desvirtuamento” da sociedade personificada, conduzindo a atingir-se resultado imoral ou antijurídico através da aplicação das regras sobre pessoas jurídicas. A crise de função significa “a utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos” – ou seja, com os princípios básicos e fundamentais que informam o ordenamento jurídico.

¹²¹ Ulhoa, Op. Cit., p. 89.

¹²² Fabio Ulhoa Coelho, *Desconsideração da personalidade jurídica*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 85.

Ao presente trabalho interessa o estudo de um dos ângulos da crise da pessoa jurídica. Trata-se do aspecto da crise de função, na terminologia consagrada por Lamartine.

3.2.2 A Função da Pessoa Jurídica

Instituto jurídico é toda unidade de ordenação conscientemente construída e em cujas normas os diferentes princípios jurídicos se cristalizam. Portanto, é possível concluir que, ao satisfazer determinadas necessidades compatíveis com o ordenamento jurídico, sob a forma também compatível com o ordenamento jurídico, o instituto jurídico cumpre a sua real função.¹²³

No que diz respeito à determinação da função da pessoa jurídica de Direito Privado, o referido autor entendeu que a necessidade básica a que tal instituto procura dar resposta é a de conciliação entre dois interesses opostos, quais sejam: a) o dos membros, que desejam uma vinculação tão frouxa quanto possível, de modo a assegurar fácil dissolução de seu vínculo com a entidade, e limitação de seu risco individual e; b) e o interesse de manutenção de uma continuidade do grupo, de sua base financeira, e de sua mobilidade econômica, pois tudo isso é necessário à consecução dos fins coletivos do grupo, considerados relevantes para a ordem jurídica.

Segundo Lamartine Correa de Oliveira, o caminho adequado para essa conciliação de necessidades opostas foi encontrado em uma autonomização que se concretiza tecnicamente pelo caráter autônomo reconhecido à organização e ao patrimônio, que são destinados ao serviço das finalidades do grupo. A responsabilidade limitada não é decorrência inevitável da personalidade jurídica, pois o próprio sistema brasileiro conhece exemplos de pessoas jurídicas nas quais existem membros com responsabilidade ilimitada. É sem sombra de dúvidas, porém, que a chamada limitação de responsabilidade é apenas a expressão máxima do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoas-membros, expressão da noção de pessoa jurídica levada às últimas exigências de coerência lógica.¹²⁴

Fundamental era a regra contida no artigo 20 do Código Civil de 1916 (“As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”), princípio

¹²³ Lamartine, *A dupla crise da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1979, p. 259.

¹²⁴ OLIVEIRA, J. Lamartine Correa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1979, p. 260-61.

que domina todo o campo das pessoas jurídicas, de Direito Público ou Direito Privado, e sem o qual não seria compreensível, do ponto de vista lógico, o instituto pessoa jurídica. Embora o novo Código Civil não tenha repetido tal redação, deduz-se do enunciado do art. 50, que a pessoa jurídica e as pessoas dos sócios são distintas. Afinal, preceitua a citada norma que, em casos em que houver abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, para o cumprimento das obrigações da pessoa jurídica, serão estendidos os efeitos aos bens dos sócios.

Esse princípio impõe reflexos não apenas no campo da responsabilidade por dívidas como em outros múltiplos aspectos, pois pessoa jurídica é ponto de imputação (para usar linguagem kelseniana) de direitos e deveres distintos da dos sócios, têm patrimônio distinto, nacionalidade distinta, domicílio distinto, e isso para ficar em mera exemplificação. Por essa razão, a autonomização do grupo em face de seus membros tem particular relevo para a determinação das funções que o instituto “pessoa jurídica” desempenha na vida jurídica e econômica.

O que se pretende demonstrar neste trabalho é a existência de uma crise de função da pessoa jurídica do Direito Privado. Em particular, da função das sociedades e, de modo ainda mais especial, das anônimas e das por quotas de responsabilidade limitada, cujas funções encontram coordenadas na preocupação de limitação do risco empresarial.

A problemática é comum a todo e qualquer sistema jurídico em que vigore o princípio básico da separação entre a pessoa jurídica e a pessoa-membro. Pois, da mesma forma que em todos os países pode surgir o fenômeno da utilização da pessoa jurídica no contexto da busca de finalidades distintas daquelas que inspiram o conjunto do sistema jurídico, nesses países pode surgir (como de fato tem surgido) a reação jurisprudencial e, por conseguinte, a doutrinária, tendente a impedir que a pessoa jurídica seja utilizada com sucesso para finalidades imorais ou antijurídicas.

Ensina Lamartine que não se trata de uma simples alteração de necessidades novas, não previstas pelo legislador. Tal fenômeno é sempre possível, desde que as novas necessidades e a sua satisfação guardem relação de conformidade com os grandes princípios informadores do ordenamento jurídico. Trata-se ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas

em contradição com tais princípios básicos. E, da reação que os tribunais desenvolveram através de um conjunto de julgados que tiveram por ponto comum uma espécie de suspensão de vigência – para o caso concreto em vigência – do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Esse fenômeno é conhecido pelo pensamento jurídico moderno pelas expressões “desconsideração da pessoa jurídica” (tradução aproximada da expressão norte-americana “disregard of legal entity” ou “penetração” na pessoa jurídica (aproximada tradução do alemão *Durchgriff*).¹²⁵

3.2.3 Das Pessoas Jurídicas de Direito Público

As pessoas jurídicas de direito público se dividem em duas categorias: pessoas de direito público interno e externo. As pessoas jurídicas de direito público interno estão elencadas no artigo 41 do Código Civil e são regidas pelas normas de Direito Administrativo e Constitucional. União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios têm suas funções, atribuições e responsabilidades reguladas, principalmente na Constituição Federal.

A administração pública sujeita-se a regras rígidas, devendo o administrador respeitar os princípios basilares, pregando o legislador Constitucional que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, seguindo diversas regras que, se não observadas, inquinam o ato de nulo e acarretam a responsabilidade pessoal do administrador.

A responsabilidade de tais pessoas será sempre objetiva, quer por imposição do legislador constitucional (artigo 37, § 6º), quer pelas disposições do Código Civil (artigo 43). Portanto, o ente público responde perante os administrados de modo objetivo. Todavia, o agente público ou político somente responderá perante o ente público nas situações de ocorrência de culpa ou dolo, estando resguardado o direito regressivo da pessoa pública contra seus agentes.

As pessoas jurídicas de direito público externo são consideradas os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional

¹²⁵ OLIVEIRA, J. Lamartine Correa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1979, p. 262-3.

público (artigo 42 do Código Civil). Essas pessoas são reguladas pelo direito internacional e abrangem as nações estrangeiras, Santa Sé e organismos internacionais (ONU, OEA, UNESCO, FAO etc.).

3.2.4 Das Pessoas Jurídicas de Direito Privado

As pessoas jurídicas de direito privado possuem interesses e objetivos absolutamente contrários às de direito público. São instituídas por particulares e adquirem personalidade, iniciando sua existência legal com a inscrição de seus atos constitutivos no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do poder executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passam o ato constitutivo (artigo 45 do Código Civil).

O Código Civil de 2002 alterou profundamente a regulamentação das pessoas jurídicas, considerando como tais as associações, as sociedades e as fundações (artigo 44). Assim, as pessoas jurídicas poderão constituir-se ou como grupo de pessoas, caso das associações e sociedades, ou como massa de bens, situação das fundações. O que as diferencia, entre outras coisas, é principalmente a finalidade para que são constituídas.

O administrador somente responderá se ultrapassar os limites dos poderes que lhe foram conferidos, isto é, responderá pessoalmente todas as vezes que agir fora (desvio) ou além (excesso) dos poderes que lhe foram conferidos, diante da aplicação da regra da responsabilidade direta (artigos 47 a 49 do Código Civil).

Compreende-se tal regra, posto que o administrador deve respeitar os limites do mandato que lhe foi conferido, e se agir contra ou além de tais limites, seus atos não podem obrigar a pessoa jurídica que não lhe deu autonomia para tanto, resultando na responsabilização pessoal do administrador por ter agido com abuso de poder. Por fim, o legislador cuidou de dar proteção à personalidade das pessoas jurídicas, permitindo que as regras sobre o direito da personalidade sejam-lhes aplicadas (artigo 52 do Código Civil).

3.2.4.1 Das associações

As associações são pessoas jurídicas de direito privado, caracterizadas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos e lícitos. São entidades, por assim dizer, de interesse social. A Constituição Federal garantiu o direito de associação, vedando qualquer forma de restrição à sua criação (artigo 5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI). Elas adquirem personalidade com o registro de seus estatutos no Cartório de Títulos e Documentos e formam-se por categorias econômicas, profissionais ou diferenciadas.

Como pessoa jurídica que é, a associação deve possuir órgão que permita sua exteriorização de vontade a fim de tornar viável a consecução de suas finalidades. Há, assim, órgãos que são necessários numa associação, quais sejam: a assembléia geral, diretoria administrativa e conselho fiscal, cujas funções virão designadas no estatuto.

A responsabilidade das associações não foge à regra geral. É pessoa jurídica, dotada de personalidade, respondendo por seus atos. Os administradores, e não a assembléia, é que respondem pelos atos que eventualmente vierem a cometer com excesso de poder ou contrários aos estatutos. Tal conclusão decorre da interpretação do artigo 47 do Código Civil e da Teoria acerca da pessoa jurídica e sua personalidade.

3.2.4.2 Das fundações

As fundações são caracterizadas por não se constituírem de reunião de pessoas. Serpa Lopes sintetiza de forma excepcional que “as fundações assentam numa finalidade a realizar. O seu sopro de vida parte da vontade do instituidor ou fundador”.¹²⁶ Calcado na finalidade e especialidade desta pessoa, o legislador nacional dispõe que para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la (artigo 62 do Código Civil). O legislador adotou um rol taxativo restringindo a finalidade da instituição, que somente poderá ser formada para realização de fins religiosos, morais, culturais ou de assistência (parágrafo único do artigo 62 do Código Civil).

Os estatutos devem respeitar a vontade do instituidor, e os administradores, tão logo saibam de seu mister, deverão cuidar para que suas bases

¹²⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. 8ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 376

sejam formuladas. Após aprovação pela autoridade competente, a fundação estará criada e se tornará detentora de personalidade jurídica própria.

É o Ministério Público que irá aprovar ou não os estatutos e formalidades para aprovação de uma fundação. Se esse órgão opinar pela rejeição da aprovação dos estatutos, o interessado deverá buscar o suprimento da aprovação, mediante requerimento ao juiz.

A responsabilidade das fundações, igualmente, não foge à regra geral. Como pessoa jurídica que é, dotada de personalidade, responde por seus atos. Os administradores, e não o instituidor, é que respondem pelos atos que cometerem com excesso de poder ou contrários aos estatutos.

Observe-se que o Ministério Público vela pela fundação, mas não necessariamente a administra. A função aqui é meramente fiscalizadora, podendo, inclusive, responsabilizar os administradores por atos que praticarem contra as finalidades da fundação ou com excesso de poder ou abuso de mandato. Os bens da fundação são inalienáveis. Todavia, havendo necessidade absoluta, o juiz poderá autorizar a venda, sempre depois da oitiva do Ministério Público.¹²⁷

3.2.4.3 Das sociedades

Uma das mais profundas alterações trazidas pelo Código Civil de 2002 refere-se às sociedades. O legislador trouxe a regulamentação do direito de empresa para o Código Civil, revogando a primeira parte do Código Comercial (artigo 2045 do Código Civil).

Havia, no Código de 1916, as sociedades civis, com a possibilidade de terem ou não finalidade econômica. O Código de 2002 não faz mais distinção entre sociedades civis com fins lucrativos e não lucrativos. Prevê que as pessoas jurídicas serão associações, fundações e sociedades, sendo aquelas duas primeiras, pessoas sem finalidade econômica e as sociedades civis passam a ser tratadas no Capítulo de direito de empresa, colocando-as entre o que foi chamado de sociedades simples.

Diferencia-se a sociedade civil da sociedade empresarial. O nome ordenamento civil regula a empresa a partir da definição de empresário, centrando o conceito na organização interna da empresa, visando à função social da empresa e

¹²⁷ VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 292.

levando-a em conta (artigo 966) e dividindo a sociedade em empresária e simples. A sociedade simples terá finalidade econômica ou não e será sempre civil, justamente para se diferenciar da empresarial, restando claramente demonstrada esta intenção legislativa.

Torna-se difícil estabelecer um critério definitivo sobre a caracterização da empresa comercial, de modo que o legislador pátrio preferiu partir do conceito de empresário e, assim, caracterizá-la pelo exercício da atividade profissional, sem olvidar que o próprio legislador cria, por exclusão, uma forma de diferenciar esta pessoa, qual seja, o empresário daquele que não é empresário (artigo 966 do Código Civil).

As sociedades comerciais se formam através da constituição de diversas pessoas para a execução de um objetivo comum, de sorte que o que as constituem é um contrato, designado pelo legislador como contrato de sociedade (artigo 981 do Código Civil) e que deve obedecer às disposições acerca da formação dos contratos em geral, normas estas estatuídas a partir dos artigos 421 e seguintes do Código Civil.

Após a aquisição da personalidade jurídica, as sociedades adquirem autonomia suficiente, a ponto de ser o seu patrimônio separado do patrimônio das pessoas que as constituem. No mais das vezes, as pessoas jurídicas acabam tendo vida muito mais longa do que a das pessoas que as criaram. São pessoas diferentes que não se confundem. Cada sócio terá a responsabilidade determinada de acordo com o tipo social existente. Observe-se que no sistema legislativo brasileiro permite-se a criação de pessoas jurídicas com características diversas e para finalidades distintas. Dependendo do tipo social, os sócios que as formam terão responsabilidade em comum com elas, ou seja, seus patrimônios pessoais responderão solidariamente com os das sociedades, ou não. O sócio será ou de responsabilidade limitada ou de responsabilidade ilimitada. Assim, por exemplo, se a pessoa jurídica contrai determinada dívida, não pode conceber a probabilidade de que a pessoa física responda por obrigações que ela não assumiu. Nada mais que a aplicação dos princípios contratuais básicos de que cada contratante responde por aquilo que ele próprio firmou, não se estendendo a obrigação a pessoa diversa da relação negocial firmada.

A seguir os tipos sociais previstos na lei brasileiro.

3.2.4.3.1 Sociedade em comum

A regulamentação da pessoa está nos artigos 986 a 990 do Código Civil. Observe-se que não se lhe pode atribuir a condição de pessoa jurídica personificada, já que o próprio ordenamento jurídico reconhece esta condição àquele que tem seus atos inscritos no registro respectivo. A sociedade em comum, também chamada irregular ou de fato, caracteriza-se por indicar uma reunião de pessoas que praticam atos inerentes às sociedades simples ou empresárias, sem que tenham cumprido a formalidade do registro de seus atos, o que lhe daria a condição de pessoa jurídica.

O direito não poderia continuar ignorando a regulamentação de tais sociedades, já que inúmeras são as situações em que se depara com tais constituições. Observe-se que estas pessoas formadas irregularmente, ou seja, em desrespeito às disposições legais de constituição das pessoas jurídicas, firmam negócios jurídicos de toda ordem, como a contratação de empregados para a consecução de seus fins.

Característica importante é que os sócios serão solidariamente responsáveis pelas dívidas e bens sociais. A regra geral, portanto, é que, sendo a sociedade em comum sujeito de direito, certamente responde pelas negociações e atos travados, seja em nome dela própria, seja por seus sócios em atos de gestão da sociedade.

3.2.4.3.2 Sociedade em conta de participação

Esse tipo social não adquirirá personalidade jurídica, ainda que seus estatutos sejam registrados. Isso porque o artigo 993 do Código Civil dispõe que o registro não lhe conferirá personalidade jurídica. Observe-se que é um tipo social constituído sem nenhuma formalidade, mas é regular, não possuindo personalidade tão somente por força da lei.

Haverá sociedade em conta de participação quando se reunirem para realização de operações comerciais duas ou mais pessoas. Caracteriza-se pela existência de duas figuras de sócios: um oculto e outro ostensivo. Na omissão ou necessidade de interpretação subsidiária quanto às sociedades em conta de participação, o intérprete deverá valer-se das disposições relativos às sociedade

simples. Sabendo-se que o sócio ostensivo é quem age em seu próprio nome e o responsável por todas as obrigações que contrair, é dele a responsabilidade pelos atos ou omissões na concepção de seus objetivos.

3.2.4.3.3 Sociedade simples

As sociedades simples são a grande novidade da nova legislação. Isso porque o legislador prevê no título de direito de empresa dois tipos sociais com finalidades diversas: um, relativos às sociedades empresárias; outro relativo às sociedades cuja finalidade não poderá ser empresarial, sem que isso impeça que tenham finalidade econômica (artigo 982 do Código Civil).

Nelson Nery e Rosa Nery¹²⁸ a elas se referem como sociedades regulares, que não se submetem a regramentos especiais. Pode ocorrer, por exemplo, de decorrer o lucro de uma sociedade civil da prestação de serviços técnicos ou exercício de certas profissões, o que ocorre nas sociedades de advogados, sendo que tais sociedades constituídas através de contrato particular ou público, serão inscritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Os sócios participarão dos lucros e perdas sociais nos limites de suas cotas. Observe-se que pode haver sócios beneficiados tão-somente pelos lucros. Isso ocorre com o sócio que participa da sociedade apenas com serviço, ocasião em que lhe será vedado empregar-se em atividade estranha à sociedade.

Aquele a quem competir a administração responderá perante a sociedade e terceiros (artigos 1015 a 1017 do Código Civil), por perdas e danos, por culpa no desempenho de suas funções, se praticar qualquer ato com excesso de poder ou desvio de finalidade, se aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou, ainda, se agir em qualquer operação com interesse contrário ao da sociedade.

A sociedade responde, ainda, perante terceiros que com ela contratam. Sabendo-se que a sociedade é pessoa jurídica, distinta dos sócios que a compõem, todos os compromissos que assumir serão por ela honrados. Possibilita-se, no entanto, que os bens dos sócios respondam por suas obrigações, impondo a lei limites para tanto. Assim, os bens que primeiro devem honrar as obrigações são os sociais, cabendo aos sócios benefício de ordem (artigo 1024 do Código Civil).

¹²⁸ NERY JUNIOR, Nelson.; NERY ANDRADE, Rosa Maria de. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.352

Apenas nas hipóteses em que restar configurado que os bens sociais não cobrem suas dívidas é que os sócios responderão pelo saldo. Todavia, a responsabilidade estará limitada à proporção estabelecida no contrato social em relação às perdas sociais (artigo 1023 do Código Civil).

3.2.4.3.4 Sociedade em nome coletivo

Caracteriza-se a sociedade em nome coletivo justamente por ser formada apenas por pessoas físicas, em que os sócios que a compõem respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Considerando o caráter abosultamente pessoal deste tipo social, somente poderá ser administrada por sócios e a firma deverá apresentar-se com o nome de pelo menos um sócio e em seguida pela denominação & Cia (artigo 1.157 do Código Civil). O contrato social dirá qual o limite de utilização da firma, observando-se na sua utilização o uso privativo daqueles que possuem poderes para tanto. A mesma poderá ser por prazo indeterminado e se dissolver, por exemplo, pela morte de um dos sócios ou por meio de dissolução que não o advendo do prazo. Na omissão de regras a respeito de regulamentação desses tipos sociais, aplicar-se-ão as normas existentes quanto às sociedades simples (artigo 1.040 do Código Civil).

3.2.4.3.5 Sociedade empresária

Chama-se sociedade empresária toda aquela que é constituída para um fim empresarial. Tais sociedades sempre terão personalidade jurídica, a qual será adquirida através da inscrição de seus atos constitutivos no registro do comércio.

Segundo Waldo Fazzio Junior¹²⁹, sabendo-se que a sociedade empresária é pessoa jurídica, disso decorrem três efeitos: 1) “titularidade jurídica negocial” (quando um sócio atua, representando uma sociedade empresária, é esta quem celebra negócios jurídicos, já que é sujeito de direito autônomo, ou seja, pessoa); 2) “titularidade jurídica processual” (a pessoa jurídica é capaz de titularizar ativa e passivamente ações em juízo, podendo ser parte em sentido processual) e;

¹²⁹ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 159.

3) “titularidade jurídica patrimonial” (dotada de patrimônio próprio e inconfundível com os dos sócios, a sociedade responde, com ele, pelas obrigações que assumir).

Tem-se assim, que um dos elementos fundamentais da sociedade empresarial é sua autonomia patrimonial e se classificam de acordo com a responsabilidade dos sócios, dizendo-se que são ilimitadas aquelas em que os sócios assumem responsabilidade ilimitada e solidária relativamente às obrigações sociais (sociedade em nome coletivo) e limitadas, às nascidas de pacto social que limita a responsabilidade dos sócios ao valor de suas contribuições (sociedades anônimas) ou à integralização do capital social (sociedades limitadas) e mistas, quando o contrato social combina a responsabilidade ilimitada e solidária de alguns sócios com a responsabilidade limitada de outros sócios (sociedades em comandita simples e sociedades em comandita por ações).¹³⁰

3.2.4.3.5.1 Sociedade em comandita simples

É o mais antigo tipo societário e tem origem no tráfego marítimo no contrato denominado *comenda*. Caracteriza-se este tipo social por possuir dois tipos de sócios: os comanditários e os comanditados. É uma sociedade de pessoas, em que os primeiros obrigam-se somente pelo valor de suas cotas e os segundos de forma solidária e ilimitada. O sócio comanditário que, porventura, for administrar a sociedade ou participar de qualquer ato de gestão ficará sujeito as mesmas responsabilidades que possui o sócio comanditado.

A firma da sociedade somente poderá ser utilizada pelos comanditados, devendo ser constituída pelo nome de um, alguns ou todos eles, sempre acrescida da denominação & Cia, o que é indicativo de que possuem responsabilidade ilimitada, nos termos do artigo 1.047 c/c 1.045 do Código Civil).

3.2.4.3.5.2 Sociedade por cotas de responsabilidade limitada

Regulada pelo Decreto nº 3.708 de 10/01/1919, sofreu alterações pelo Código Civil, passando a ser regida, também, pelos artigos 1.052 a 1.087. A denominação sociedade limitada não corresponde exatamente à figura social tratada. O que é limitado é a responsabilidade de seus sócios e não da sociedade, a

¹³⁰ Op. cit., p. 180

qual, como pessoa jurídica, é responsável pelos atos e omissões que pratica e responde de forma ilimitada por todas as relações assumidas.

Os sócios terão sua responsabilidade limitada ao valor da quota, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, o qual será dividido em cotas, em número igual ou desigual. Cumpre lembrar que as cotas indicam o patrimônio da sociedade representado por tudo aquilo que cada sócio contribuiu para sua formação. Tem natureza de direito patrimonial e pessoal.

Se houver distribuição de lucros com prejuízo ao capital social, os sócios serão obrigados a repô-lo, ainda que isso tenha sido autorizado regularmente pela administração (artigo 1.059 do Código Civil). A administração da sociedade será feita por sócio, sendo permitido que o contrato preveja a possibilidade de se dar por terceira pessoa, estranha ao quadro social.

Segundo Thereza Christina Nahas¹³¹, o fato de ser a responsabilidade limitada não quer dizer que tal declaração represente a irresponsabilidade dos sócios em face dos negócios realizados em nome da sociedade e em seu benefício. Desta forma, os sócios ou administradores poderão responder pessoalmente perante a sociedade e para com terceiros:

- a) quando agirem com excesso de mandato ou violação do contrato ou da lei (artigo 10 do Decreto nº 3.078/19); o excesso somente poderá ser oposto a terceiros se: a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; provando-se que era conhecida do terceiro; tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade (artigo 1.015 do Código Civil);
- b) quando usarem indevidamente a firma ou dela abusarem (artigo 11 do Decreto nº 3.087/19);
- c) quando deliberarem contra preceitos legais ou contratuais ou infringirem o contrato social (artigo 17 do Decreto 3.078/19 e artigo 1.080 do Código Civil);
- d) quando não averbarem o ato de nomeação de administrador à margem da inscrição da sociedade (artigos 1.012 do Código Civil);
- e) quando realizarem operações que sabem, ou deveriam saber, ser contrárias à vontade da maioria (artigo 1.013, §2º do Código Civil);

¹³¹ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 95.

- f) quando agiram com culpa no desempenho de suas funções (artigo 1.016 do Código Civil);
- g) quando não restituírem à sociedade as aplicações de crédito ou bens sociais que tenham aproveitado a si próprios ou a terceiro (artigo 1.017 do Código Civil) e;
- h) pelas obrigações tributárias nos casos dos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional.

3.2.4.3.5.3 Sociedade por ações

As sociedades por ações fazem parte do tipo conhecido como sociedades anônimas, cuja denominação referem-se ao fato de serem formadas por divisões do capital e frações, de acordo com a Lei nº 6.404/76, alterada pela Lei nº 10.303/01.

Os sócios que a compõem terão responsabilidade limitada ao preço das ações que subscrevem ou adquirem. Diferencia-se, assim, da responsabilidade de que se revestem os sócios na limitada, justamente porque nesta, o sócio responderá sempre até o limite de sua cota e, até que esta seja integralizada, sua responsabilidade é solidária e ilimitada, não obstante seja subsidiária, isto é, primeiro responde a sociedade e depois os sócios. Aqui, nas sociedades por ações, os sócios respondem tão somente até o limite do preço da emissão das ações subscritas ou adquiridas (artigo 1º da Lei 6.404/76).

Admitindo o governo a existência de uma sociedade aberta, disposta a captar recursos no mercado, sob fundamento institucionalista, exige que o Estado tenha certo controle e intervenha a fim de proibir abusos. Criou-se, assim, a comissão de valores mobiliários (CVM).¹³²

3.3 Personificação Societária

¹³² www.cvm.gov.br “É uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária” (redação dada pela Lei 10.411/2002).

3.3.1 A Personificação e o Normativismo

Até o início do século XIX e excetuadas as atípicas figuras das companhias ultramarinas, o direito continental europeu desconhecia agrupamentos personificados com fins mercantis. A doutrina, conforme a tradição romanista, só considerava pessoas as entidades que tinham vida independente de seus membros e eram de interesse público.¹³³ A noção de pessoa jurídica, até então vigorante, abrangia exclusivamente as entidades que transcendessem à individualidade, tanto no tocante à duração quanto aos fins perseguidos (Igreja, Corporação, Comuna, Fundação, etc.).

A abrupta modificação ocorrida no século XIX, no campo da teoria da pessoa jurídica, consistiu na generalização do conceito. O século XIX conheceu a ampliação da aplicação do conceito para agrupamentos contigentes, situacionais. Deixou de exigir-se a transcendência para a admissão da personificação. Entidades não dotadas de transcendência (quer quanto a estrutura, quer quanto aos fins) tornaram-se personificáveis.

A filosofia do direito é sacudida pela concepção de que o Estado é não apenas titular de poderes, mas sujeito de deveres. O nascimento do Estado de Direito reflete-se no nascimento do direito público, reorganizando-se a dicotomia tradicional. Sob esse prisma, a relevância para o direito privado é indireta.¹³⁴

O século XIX foi orientado pelo predomínio do movimento pandectístico, que objetivava a conceptualização. A dita Jurisprudência dos Conceitos colimava formular um trabalho de natureza lógica, construindo referências intrínsecas e essenciais para figuras jurídicas. Até então, os pensadores jurídicos – desde os romanos até os pós-glosadores – não buscavam racionalizar abstratamente o fenômeno jurídico. O trabalho dogmático desenvolvia-se com noções externas e descritivas das peculiaridades de cada figura perante o direito.¹³⁵

O privilégio à noção de vontade individual corresponde, no plano estatal, a uma ideologia política liberal. Exatamente porque a vontade humana é fonte de todas as coisas, ao Estado não cabe senão a função de assegurar a liberdade de manifestação individual, através de sua função primordial – realizar a

¹³³ CASTRO Y BRAVO, Federico de. *La persona jurídica*. 2^a ed., Madri, Civitas, 1984, p. 23 (trad. livre).

¹³⁴ Vai manifestar maior relevância pela supressão e pelo repúdio a privilégio e monopólios, com o que acaba por alterar-se a sistemática da personificação (até então, tipicamente, um privilégio).

¹³⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Essai d'Analyse dualiste de l'Obrigation en droit privé*. Paris, Ed. Dalloz, 1964, p. 21 (trad. livre).

segurança jurídica – sob todo e qualquer ângulo. Esse quadro se integra com o predomínio filosófico do individualismo, com o direito individualista e com a política do liberalismo.

A partir da Revolução Francesa, todos esses dados se organizam em um universo que produz a generalização da personificação societária, especialmente a partir da institucionalização da sociedade anônima que foi utilizada como instrumento primordial e fundamental para o exercício da atividade econômica privada no curso do século passado (XIX). Para que tal fosse possível, liberou-se da natureza publicística (companhias ultramarinas) que o regime de monopólio e de concessão lhe impregnavam.

A adoção do sistema normativo, em que a criação, a personificação e o objeto social da companhia independiam de prévia escolha arbitrária estatal, significou a liberação do capital privado para o exercício da atividade empresarial.

A distinção entre a pessoa dos sócios e a pessoa da corporação está no cerne do conceito de personificação. Mas a grande dificuldade residia na justificação dogmática para tal fenômeno, especialmente tendo em vista o conceitualismo vigente no continente europeu.

Pôs-se em questão a natureza jurídica da pessoa jurídica, especialmente na Alemanha – exatamente porque ali se polarizava a Jurisprudência de Conceitos. Foi muito menor a polêmica no restante do continente e sem nenhuma expressão nos países do sistema anglo-saxão.

Marçal Justen Filho¹³⁶ afirma que a polêmica ficção-realidade da pessoa jurídica inseriu-se dentro desse contexto específico, construído a partir de uma cosmo-visão jurídica toda peculiar, balizada por ideologias políticas definidas e por uma ambientação cultural inconfundível. O intuito professado pelos primeiros partícipes da polêmica, dirigia-se a descobrir o que era a pessoa jurídica, a por-lhe a nu a essência.

3.3.2 A Pessoa Jurídica e o Direito de Propriedade

No campo do direito privado, a funcionalização atingiu com maior rigor exatamente àquele que se reputava o mais absoluto dos direitos subjetivos: o

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 24.

direito de propriedade. Considerado como a mais perfeita emanção da personalidade, o direito de propriedade foi conceituado como a possibilidade de gozar e de fruir de uma coisa da maneira mais plena e absoluta. Mas a história dos séculos XIX e XX é a narrativa do reconhecimento da funcionalidade do direito de propriedade, assegurado na medida exata em que se destaca sua função social, como, inclusive prevê a Constituição.¹³⁷

Os reflexos desse fenômeno de funcionalização e da socialização do direito não podiam deixar de operar-se também sobre a pessoa jurídica. Mas a repercussão é ainda mais intensa por outro motivo. É que existe íntima vinculação entre o direito de propriedade e a pessoa jurídica de direito privado, orientada à realização de atividades econômicas. Tem-se notado que a personificação societária corresponderia - senão juridicamente, ao menos econômica e filosoficamente - a uma modalidade especial de exercício do direito de propriedade.¹³⁸

Tendo o proprietário, contudo, participado de uma sociedade personificada e entregue a ela um bem até então de propriedade pessoal, o fenômeno não corresponde exatamente à alienação. A alienação significa a impossibilidade de o então proprietário fruir, direta ou indiretamente, do bem alienado. O direito de fruir, inerente ao direito de propriedade, é transferido por decorrência da alienação.

Na personificação societária em que ocorra a transferência de bens para integralização de seu capital, o proprietário não recebe, em contrapartida, um valor econômico monetário, recebe ações (ou cotas) e não perde a possibilidade de fruir dos resultados propiciados pelo uso do bem - formalmente pertencente a outro sujeito, inconfundível com o sócio.

A personificação societária assegura essa dissociação entre propriedade e controle, especialmente porque o sócio, embora não proprietário, mantém o controle sobre os bens e a atividade empresarial desempenhada através da pessoa jurídica. A função social e jurídica reconhecida para a propriedade não é eliminada por decorrência da constituição da sociedade e de sua personificação. A grande peculiaridade da personificação societária reside exatamente aí. Inexistindo pessoa jurídica, concentram-se sobre a mesma pessoa a propriedade e o controle. Com o surgimento da pessoa jurídica, a propriedade e o controle tornam-se

¹³⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 485.

¹³⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *S/A – O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 81 e ss.

distinguíveis.¹³⁹ Portanto, devem incidir sobre o titular do poder de controle¹⁴⁰, todos os mesmos deveres que forem visualizados relativamente à propriedade - exatamente porque esses deveres e essa funcionalização não apanharam o direito de propriedade, exclusivamente enquanto tal, mas também o fenômeno sob o ângulo do controle.

Para Ascarelli não, existem em Direito, interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, toda a disciplina jurídica concernente às pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina de interesses dos homens que as compõem (*uomini nati da ventre di donna*), como enfatizava. O chamado interesse social não pode deixar de ser o dos sócios e somente deles. Toda e qualquer abstração ou ficção, aí, é de rejeitar-se. A esse respeito Ascarelli relembra a sua conhecida interpretação da sociedade como um contrato plurilateral e afirma que as ações, em que se divide o capital de uma sociedade anônima, nada mais são do que "bens de segundo grau".¹⁴¹

Vale dizer, a funcionalização de todo o direito e, especialmente, do direito de propriedade, não é aspecto isolável da questão da personificação. Muito pelo contrário, a funcionalização atinge também a pessoa jurídica.

Até meados do presente século, não se estabelecia um vínculo imediato sobre a questão da função (e da relatividade) dos direitos e a da função (e da relatividade) da pessoa jurídica. E se mantinha a impostação do século passado. Em suma, sobreviveu o tão criticado enfoque absolutista da pessoa jurídica, inobstante tivessem sido arquivadas todas as concepções acerca do absolutismo dos direitos subjetivos.

Para Justen Filho, a explicação mais plausível para tal fenômeno é a ontologização da pessoa jurídica e sua identificação com a idéia de "pessoa física". Ao que supõe, estenderam-se à "pessoa jurídica" os atributos de ser humano. Daí o cunho absoluto do ser humano, conquistado como valor inafastável da civilização humana, haver sido transplantado para a pessoa jurídica.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 44.

¹⁴⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *S/A – O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 258. “Tudo isso demonstra que a expressão "pessoa jurídica" designa apenas um complexo de normas jurídicas com um mesmo centro de imputação. Ela nada mais é do que a expressão abreviada desse conjunto de normas. O que não significa - acrescenta - negar, mas, ao contrário, acentuar o valor instrumental dessa noção enquanto indicação de situações subjetivas, ditadas para os homens que compõem essas pessoas jurídicas”.

¹⁴¹ Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo, Saraiva, 1945 (obra esgotada) *Apud* Comparato, op. cit., p. 236.

Concluindo, afirma o referido autor que, por considerar-se, contudo, que a pessoa jurídica é conceito relativo, histórico e funcionalizado, torna-se viável (senão obrigatório) reconhecer que o regime jurídico aplicável não é idêntico àquele previsto para pessoa física e que os poderes jurídicos atribuídos a tal "pessoa jurídica" têm extensão e conteúdo que não são nem necessária nem ontologicamente idênticos - quer quanto à pessoa física, quer quanto às diversas situações usualmente agrupadas como "pessoas jurídicas". A pessoa jurídica é e só pode ser um instrumento para a obtenção de resultados proveitosos para toda a sociedade. A personificação societária afigura-se como funcionalmente envolvida na consecução de valores e não se encerra em si mesma.¹⁴²

3.3.3 A Personalização da Pessoa Jurídica como Atividade Promocional do Estado ao Desenvolvimento Econômico e Social

Com o normativismo, restou ao Estado aplicar as devidas sanções pelo descumprimento às normas postas, denominada tal atividade como "função repressiva". Trata-se de um "mal", cominado hipoteticamente como decorrência imposta a certas condutas tidas como socialmente indesejáveis – o que corresponde à noção de pena. É bastante eficiente a idéia de sanção negativa, de "mal" cominado à atuação comissiva. Trata-se de obter a inação, para o que o mais eficaz é ameaçar agressivamente a ação.

O termo "sanção positiva" foi trazido à dogmática jurídica através de Norberto Bobbio¹⁴³ que, segundo sua proposição, corresponde ao vocábulo "pessoa jurídica". Com grande sensibilidade, enunciou a fundamental dicotomia quanto à função e à análise do direito. Trouxe à luz novas perspectivas do direito. O conceito de "sanção positiva" insere-se dentro de um contexto intelectual mais amplo.

Em síntese, o Estado busca evitar a adoção de certas condutas através da ameaça. Intenta-se coagir os cidadãos a certos comportamentos através do expediente de sancionar a conduta oposta. Em contraposição à função repressiva do Estado, a função intervencionista ativa corresponde a uma função promocional do direito. Ao invés de o direito intentar a omissão, o ordenamento tenta

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 45.

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milão, Ed. Di Comunità, 1977, p. 79. Bobbio afigura-se como o grande nome da filosofia do direito após a segunda metade do séc. XX. Depois de uma vinculação inicial ao pensamento kelseniano, adotou posicionamento renovador e original. Reunidos em *Dalla struttura alla funzione* encontram-se esses estudos mais recentes (trad. livre).

impelir à ação. Enquanto o Estado passivo e o direito repressivo querem o indivíduo inerte, o Estado intervencionista e o direito promocional querem o indivíduo atuante, praticando as condutas necessárias ao resultado modificador e novo que se visualiza como desejável.¹⁴⁴

Para o direito promocional é totalmente ineficaz a noção de sanção como “mal”. A solução é oferecer recompensas e benefícios. Ao invés de reprimir (punir quem adota o comportamento indesejado na esfera negocial), a proposta é o incentivo (premiar quem adota o comportamento desejado).

Enfatiza Bobbio¹⁴⁵ que, “partindo de uma situação jurídica em que a atividade empresarial é qualificada como atividade lícita, a incentivação tende a induzir certos empresários a mudar a situação existente, a desincentivação tende a induzir certos outros empresários à inércia”. Para ele, essa distinção corresponde uma duplicidade de enfoques no campo dogmático. Sublinha que a “consideração” quanto aos fins do direito produz um enfoque “funcionalista”, inconfundível com o enfoque estruturalista tradicional.

Tanto para o estruturalismo como para o funcionalismo, o direito se identifica frente a outros fenômenos por se tratar de instrumento de controle social.¹⁴⁶ A abordagem em face do funcionalismo dá-se em outro nível, já que o fundamental é o fim do direito e o que o identifica é um alargamento dos seus fins. O direito é tomado como instrumento de controle social - mas, enquanto o estruturalismo adotava controle em sentido de “fiscalização”, o funcionalismo acata a acepção de controle como direcionamento de política social.

A conjugação de esforços entre indivíduos e a concentração das riquezas afigura-se um resultado desejável não em si mesmo, mas como meio de atingir outros valores e ideais comunitários. O desenvolvimento cultural e econômico propiciado pela união e pela soma de esforços humanos interessa não apenas aos particulares, mas ao próprio Estado.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milão, Ed. Di Comunità, 1977, p. 80. Como observa Bobbio, “o fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva; ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país, em seu complexo, em direção a este ou aquele objetivo; a passagem do Estado somente protecionista ao Estado programador”.

¹⁴⁵ Op. Cit, p. 31, (trad. livre).

¹⁴⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *S/A – O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 12. Embora o mestre paulista trate especificamente à respeito da sociedade anônima, o seu pensamento remete à utilização do direito como instrumento de controle social pelo Estado e da manipulação desse instrumento (ou seja, do controle do controle).

É que o fenômeno associativo produz resultados que nem o próprio Estado poderia atingir por si só. O desenvolvimento da atividade econômica, especificamente, sob forma associativa, permite a multiplicação da riqueza privada e pública, com repercussão sobre terceiros (empregados, comunidade etc.). A associação é meio de obtenção de benefícios não só para seus integrantes como para a generalidade do grupo humano.¹⁴⁷ Eis a função da pessoa jurídica em face da qual deve a mesma ser “considerada”.

Para estimular a realização dessas associações e incentivar os seres humanos à concentração de recursos e esforços, o Estado vale-se da “personificação societária”. A atribuição de personalidade jurídica corresponde, assim, a uma sanção positiva ou premial, no sentido de um benefício assegurado pelo direito a quem adotar a conduta desejada.¹⁴⁸ Em razão dessa política fiscal o Estado desenvolve um regime jurídico peculiarmente benéfico para o exercício associativo da atividade econômica. Por conseqüência, torna-se juridicamente mais compensadora e atraente a conjugação de esforços e recursos para o exercício da atividade econômica.

Institui-se uma conseqüência jurídica para a adoção da conduta escolhida. E o regime mais favorável consiste justamente em tal conseqüência jurídica. O aspecto favorável do regime reside, fundamentalmente, em afastar as regras jurídicas que seriam aplicáveis caso a atividade fosse exercida isoladamente, individualmente.

A previsão de regime mais benéfico significa fundamentalmente: a) a não atribuição à pessoa dos sócios das condutas praticadas societariamente; b) a não atribuição à pessoa dos sócios dos direitos e poderes envolvidos na atividade societária e c) a não atribuição à pessoa dos sócios dos deveres envolvidos na atividade societária.

Para Justen Filho, para melhor adequar os termos às práticas do Estado, o conceito de privilégio, porém, pode ser substituído por outro, que melhor revela a fenomenologia ocorrente. Trata-se, como visto, da idéia de “incentivo”. Dentro dessa concepção, visualiza-se a personificação societária como envolvida na atividade promocional do Estado.¹⁴⁹

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 49.

¹⁴⁸ Op. Cit., p. 49.

¹⁴⁹ Op. Cit., p. 51.

Por final, importa ressaltar, que as condutas lícita ou ilícita da pessoa jurídica, no campo “premier”, são vistas de forma diferente do pensamento de Kelsen, porquanto se identifica a ilicitude por uma qualidade inerentemente indesejável (portanto, desconsiderável) da conduta e não por ser pressuposto de uma sanção. Assim, enquanto em um sistema repressivo o esquema corresponde a “ato ilícito – sanção” e “ato lícito - irrelevância”, no caso de sistema promocional o esquema é “ato ilícito – irrelevância” (desconsidera-o) e “ato lícito – prêmio”.¹⁵⁰

A utilização das prerrogativas do artigo 45 (existência autônoma das pessoas jurídicas) do Código Civil, na verdade é um prêmio conferido aos empreendedores que fizerem uso da sociedade de acordo com as funções a ela previstas pelo legislador.

4 O ABUSO (NO EXERCÍCIO) DO DIREITO

A questão central que dirige a pesquisa sobre o abuso dos direitos diz respeito à existência de “limites” à atuação daqueles que, em tese, agem em conformidade com a norma legal. O abuso do direito é um problema bem conhecido na ciência jurídica e reconhecido pela sociedade como algo a coibir. Desde já, porém, é imperioso notar que no direito privado

o abuso do direito entrou, no último meio século, em decadência progressiva. Enquadrado nos parâmetros contrapostos franceses e alemães, exigia, para a sua sobrevivência evolutiva uma síntese que não surgiria. O fenômeno tem passado despercebido, apesar da multiplicidade de sinais que o atestam; tem porém, uma importância que transcende o

¹⁵⁰ Essa concepção do caráter de *privilegio* é a que se vislumbra na obra de Federico Castro y Bravo, *La persona...*, cit., p. 25 e ss. e que podemos abstrair, (trad. livre).

problema do abuso, estendendo-se a áreas largas da ciência do direito. Há, pois, que determiná-lo, explicá-lo e valorá-lo¹⁵¹.

4.1 Histórico

A vedação dos atos emulativos, ou seja, aos atos praticados com intenção de prejudicar, sem utilidade pessoal ou com utilidade mínima, mostra-se como simples afirmações feitas por antigos autores, de decisões judiciais ou de formulações doutrinárias, com as quais se buscam mitigar o *jus abutendi*.¹⁵² Os textos que promovem a proibição dos atos emulativos surgem a partir do séc. II do Império, com lastro em considerações éticas e humanitárias.

A doutrina mesma do abuso do direito não encontra fundamento no direito romano, na *aemulatio*, embora existam ali alguns casos de vedação da prática de “atos lesivos sem utilidade própria, mas antes com interesse de lesar”.¹⁵³

Segundo Luiz Sergio Fernandes de Souza, somente se pode falar de uma teoria do abuso do direito no contexto histórico-social do liberalismo capitalista da segunda metade do séc. XX, que coincide com a derrocada do formalismo jurídico.¹⁵⁴

No Código Civil da Prússia (1794), Primeira Parte, Título VI, §§ 36 e 37, também é possível encontrar dispositivos genéricos acerca dos atos emulativos: “o que exerce seu direito dentro dos limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente das circunstâncias que, entre algumas maneiras possíveis de exercícios de seu direito, foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano”.¹⁵⁵

No campo da construção do conceito de abuso do direito, aumenta a percepção, ainda na Idade Média, da existência de limites no exercício dos direitos, que é consequência das novas relações de vizinhança. Assim, ao lado da teoria da emulação, de viés subjetivista, surge uma nova concepção, de natureza objetivista, que não leva em conta a intenção de lesar, mas sim o efetivo resultado lesivo. Trata-se da teoria das imissões, entendida esta última expressão como penetração de ruídos, calor, fumaça, odores, enfim, de toda sorte de incômodos que extrapolem o

¹⁵¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. A boa fê no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984. v.2, p. 697.

¹⁵² SESSAREGO. Carlos Fernández, Abuso del derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 96, (trad. livre).

¹⁵³ ROTONDI. Mario, Instituciones de Derecho Privado, Arcelona, Labor S.A, 1953, p. 99; Fernández Sessarego (op. Cit., op. 97) e Pontes de Miranda, Tratado, Tomo LIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966, p. 66.

¹⁵⁴ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 22.

¹⁵⁵ Alvino Lima, op. cit., p. 328.

limite da normalidade e da utilidade. Com isso, a idéia de ilicitude vai-se alargando e a noção de responsabilidade também.¹⁵⁶

A despeito mesmo da concepção individualista e idealista do Código Civil napoleônico, que supunha não deixar nada ao arbítrio do intérprete, é interessante perceber como essa concepção mais elástica da figura do abuso do direito foi, pouco a pouco, ganhando corpo. Foi exatamente esse espírito individualista que gestou a concepção moderna do abuso do direito, como forma de temperar, mantida a aparência de legalidade, o excessivo egoísmo liberal-burguês, por mais paradoxal que possa parecer.

Segundo Luiz Sergio Fernandes de Souza¹⁵⁷, Charmont já afirmava no início do século passado, que o interesse pela doutrina do abuso do direito ressurgira, havia então quinze anos, na base do caso concreto. Ela é o repositório das expectativas de uma sociedade em ebulição, de mudanças que interferem na maneira de ser e de viver dos povos, influenciando o campo das ciências culturais, particularmente a concepção do direito.

Os romanos diziam que aquele que exercia um direito não agia com culpa, tampouco poderia incorrer em responsabilidade – *neminem laedit qui iure suo utitur*. Essa também era a concepção que prevaleceu por alguns anos após o Código de Napoleão – até o momento em que os Tribunais Franceses começaram a aceitar a teoria do abuso do direito. Nessa época, o direito era visto como ciência objetiva, tendo os direitos subjetivos como paradigma máximo. O direito de propriedade e o direito de crédito tinham um caráter rígido e absoluto, podiam ser exercidos ilimitadamente, sem se discutir se causavam prejuízos aos outros ou se eram exercidos com o intuito de causar danos. Não importava, os direitos subjetivos levavam em si mesmos e em seus titulares a sua finalidade.

Nos ideais da Revolução Francesa, a propriedade foi reconhecida como um atributo natural e inviolável, quase sagrado, da personalidade humana. No Código Civil francês, a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta. Irrestritamente. Assim era a concepção de direito subjetivo na época em que surgiu com a jurisprudência francesa a teoria do abuso de direito,

¹⁵⁶ ROTONDI, Mario. Instituciones de derecho privado. Traducción por Francisco F. Vilavicencio. Barcelona, Ed. Labor. 1953, p 99, (trad. livre).

¹⁵⁷ Op. cit., p. 27.

ou da “relatividade dos direitos”.¹⁵⁸ Em outras palavras, o exercício de um direito excluiria a responsabilidade.

O exercício ilimitado de um direito subjetivo poderia causar danos e prejuízos que, diante da concepção posta, o causador do dano estaria isento do dever de indenizar. As circunstâncias, contudo, exigiam mudanças e flexibilizações. Os tribunais franceses, em terreno propício, semearam as idéias do abuso do direito, posteriormente adotadas no mundo inteiro.

Segundo Menezes Cordeiro, em reprimenda ao exercício imotivado da propriedade, causador de prejuízos a terceiros, são proferidos os primeiros julgamentos. Verifica-se, a partir de então, que legisladores e operadores do direito esforçaram-se para reprimir o exercício do direito de propriedade que havia nascido com uma força indefinida. As primeiras decisões datam logo da vigência do Código de Napoleão; em 1808, foi condenado o dono de uma fábrica de chapéus que emitia gases com odores desagradáveis nas vizinhanças; em 1822, foi condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho.¹⁵⁹

De todas as decisões, a mais famosa, que na verdade demonstra o surgimento da “teoria” condena o proprietário que deliberadamente – com a intenção de causar dano – constrói uma imensa chaminé falsa somente para escurecer a propriedade vizinha. A Corte de Colmar condenou o proprietário a derrubar a chaminé em 1855, pois fora construída sem interesse sério e legítimo.

Procurou-se assemelhar as situações a hipóteses de Direito Romano, para desenvolver a teoria do abuso de direito. Assim, em pesquisa histórica os juristas tomaram por base brocardos como *summun ius summa iniuria*, *non omne quod licet honestum est e matius non est indulgendum*. Essas fórmulas serviriam para justificar que, desde Roma, o exercício abusivo do direito subjetivo enseja a responsabilização de seu titular pelos danos causados. Vários são os autores que se utilizam desses “princípios gerais” do Direito Romano para justificar a teoria. Menezes Cordeiro¹⁶⁰, diversamente, entende que a origem do instituto não está no Direito Romano, pois “os trechos citados em seu apoio ganham relevo geral porque desinseridos dos contextos onde se encontram; acresce que, normalmente, têm, nas fontes, uma presença esporádica”.

¹⁵⁸ JOSSERAND, Louis. *Relatividad y abuso delos derechos: del abuso de los derechos y otros ensayos*. Colômbia: Editorial Temis, 1999. p. 8, (trad. livre).

¹⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, V. 2, p. 671.

¹⁶⁰ Op. Cit. v. 2, p. 672.

Tentou-se, ainda, a conexão com institutos específicos, como a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a regulação das relações de vizinhança. A *aemulatio* é o exercício de um direito sem utilidade própria e com a intenção de prejudicar a outrem. A base textual é fraca e não permite dizer que houve uma teoria dos atos emulativos no Direito Romano. No direito medieval, contudo, houve alargamento dos atos emulativos, especialmente no que diz respeito ao direito de vizinhança. Tal se deve, principalmente, ao espírito humanista-cristão da época, que reprova esse tipo de conduta, fazendo incidir a responsabilidade e a reparação dos danos causados. A *exceptio doli*, como forma de defesa, permitia interromper uma *actio* manifestamente injusta. Não havia, contudo, o exercício generalizado ou institucionalizado da exceção como forma de coibir o abuso no Direito Romano.¹⁶¹

Para Brunela Vieira de Vincenzi¹⁶², as relações de vizinhança são, na verdade – desde o Direito Romano - limitações expressas ao direito de propriedade. Tanto em Roma como no direito civil do século XIX, tratou-se de limitar o uso da propriedade para possibilitar a convivência pacífica nas cidades que cresciam em número de habitantes sem um proporcional aumento de seu tamanho, considerando as circunstâncias políticas e sociais de cada época.

Para Menezes Cordeiro, as relações de vizinhança, ao contrário de constituir uma teoria autônoma, são circunstâncias negativadoras dos direitos reais que as suportam, os quais, em face de outros direitos reais, relativizam-se. Mesmo que se quisesse utilizar a expressão abuso de direito, nessas situações não se faria necessário, pois se trata de violação a norma previamente estabelecida, ficando sua aplicação em aberto somente para casos não expressos. Em suma: “a idéia de que, no exercício dos direitos, deve ser tida em conta a posição das outras pessoas, não era estranha ao direito romano, como demonstram as relações de vizinhança. O que contudo não coincide com o abuso de direito”.¹⁶³

Pode-se concluir que o instituto, pragmática e cientificamente, surgiu na França, diante de casos concretos tutelados pelos tribunais e posteriormente estruturados pela doutrina, espalhando-se de diferentes formas pelo mundo.

4.2 O Abuso do Direito na França

¹⁶¹ VINCENZI, Brunela Vieira De, *A boa-fé no processo civil*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 144.

¹⁶² Op. cit. p. 145

¹⁶³ Idem. p. 675.

Relata Brunela Vieira De Vincenzi¹⁶⁴, que o Código de Napoleão não trouxe qualquer limitação ao exercício de direitos. Ao contrário. Por tal motivo, as decisões dos tribunais que acataram a teoria do abuso não mencionavam qualquer norma expressa. As decisões foram baseadas: nos princípios da moral e da equidade; na inexistência de utilidade própria no exercício do direito; na utilização do direito com o fim diverso daquele atribuído pela lei; na intenção de prejudicar ou na ocorrência de falta grave.

Ao contrário do que possa parecer, todavia, a aceitação da teoria do abuso do direito não importava na ruptura com o pensamento jussubjetivo. Com isso, era possível limitar o exercício de um direito subjetivo por meio de outro direito, sem quebrar a harmonia sistêmica reinante na época. “A novidade é de entender a nível cultural. Incapaz de, imediatamente, gerar novas sínteses o jussubjetivismo origina, apenas um avanço tímido, por negação: o abuso do direito”¹⁶⁵.

O desenvolvimento da teoria segue basicamente por dois caminhos: os negativistas, tendo como maior expoente Planiol, que não aceitam sequer a possibilidade de abuso do direito; e outras tendências e concepções em que se dividiram os que defendiam a teoria. Planiol, o grande crítico da idéia de abuso do direito, dizia que a expressão era uma contradição em termos, *logomaquia*. É célebre sua expressão: “o direito cessa onde começa o abuso” e, portanto, se se usa o direito, o ato é lícito; se ultrapassado o limite, o ato é ilícito e incide a regra da responsabilidade civil, ensejando a reparação dos prejuízos, demonstrada a culpa do causador do dano.¹⁶⁶

Sob a ótica desse formalismo jurídico, ou se exerce um direito, pelo que não se pode cogitar de abuso, ou então se está praticando um ilícito, razão pela qual também não há de se falar em abuso. Nestes termos, a discussão aponta para a dificuldade em separar o direito e a moral, a norma e a aplicação do direito, distinções que surgem somente quando o pensamento jurídico se dá conta do contraste entre o ordenamento normativo e os fatos, esferas que aparecem imbricadas na elaboração dos romanos.

¹⁶⁴ Op. Cit., p. 147.

¹⁶⁵ Menezes Cordeiro, op. cit., p. 682.

¹⁶⁶ Brunela, op. cit., p. 147.

Segundo relata Luiz Sergio Fernandes de Souza¹⁶⁷, para a Escola de Bentham e de James Mill, o direito não é mais do que um meio de legitimar e satisfazer interesses, vez que a Inglaterra dá maior importância ao aspecto utilitário. Na França, sob a influência da filosofia do século XVIII, procurou-se o fundamento do direito na idéia de liberdade; o direito é, ao mesmo tempo, a consequência e a condição da liberdade; é uma faculdade de agir, uma garantia contra o Estado, inerente à natureza humana.¹⁶⁸ Mas, com a crise do liberalismo, percebeu-se a quantas injustiças uma tal idéia de liberdade, de expressão absoluta, rendia ensejo.

De acordo com Luiz Sergio Fernandes de Souza, Saleilles entendia que o abuso do direito é o exercício contrário ao destino econômico ou social do direito subjetivo, aquele reprovado pela consciência pública, já que todo direito, do ponto de vista social, é relativo. Saleilles chama a atenção para uma particular evolução da teoria da responsabilidade civil, delineada pela jurisprudência francesa no terreno dos fatos industriais e no domínio do direito administrativo. Trata-se da teoria do risco, segundo a qual a responsabilidade não está fundada na noção da culpa, derivando do simples exercício de atividade que, pela sua própria natureza, são potencialmente ofensivas, conquanto lícitas. A configuração desta prática pressupõe a intenção de prejudicar: “um ato cujo efeito só pode ser o de prejudicar o outro, sem interesse apreciável e legítimo, não pode nunca constituir exercício lícito de um direito”.¹⁶⁹

Reafirmando o reconhecimento da destinação social do direito, o anteprojeto do novo Código Civil francês, no seu art. 147, considera abusivo todo ato ou fato que exceda manifestamente, pela intenção do seu sujeito, pelo seu objeto ou pelas circunstâncias em que é realizado, o exercício normal de um direito. De maneira idêntica, trata o Código Civil espanhol.¹⁷⁰

¹⁶⁷ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 27.

¹⁶⁸ Everardo da Cunha Luna, ao lado da referência ao liberalismo econômico inglês e ao idealismo alemão, campo fértil para o absolutismo dos direitos individuais, também faz alusão ao individualismo dos anglo-saxônicos. Diz, entretanto que, para Luiz Legaz y Lacambra, a noção de abuso é devida ao utilitarismo de Bentham (Everardo da Cunha Luna, *Abuso do Direito*, 2 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 44 e 90). Em outra passagem, considera que “o equilíbrio britânico não poderia deixar-se esvaziar por um individualismo feroz, a ponto de prejudicar as boas relações dos indivíduos típicos, ninguém melhor que ingleses tem a consciência do social. O social, entre britânicos, é uma extensão do individual, e, não como entre latinos, uma pedra no meio do caminho”.

¹⁶⁹ SALEILLES. *De l'abus de droit – rapport presente a la première sous-commission de la commission de revision du code civil*, in *Bulletin de la Société D'Études Législatives*, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1905. *Apud* Luiz Sergio Fernandes de Souza. *Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 30.

¹⁷⁰ Assim dispõe o art. 7º, alínea 2, do Código Civil espanhol: “A lei não ampara o abuso do direito ou seu exercício anti-social. Todo ato ou omissão que, pela intenção do seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que se realize, ultrapasse manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com dano para terceiro, dará lugar à

Vale ressaltar que a orientação objetivista não se esgota na conformidade do exercício do direito à sua finalidade econômica. Também na elaboração de Saleilles encontra-se outro critério, de inspiração finalista, que tem em conta a conformidade do exercício do direito aos fins para os quais ele foi conferido ao seu titular. Abusa do direito quem o exerce com escopo diverso daquele previsto em lei, ainda que inexista o ânimo de prejudicar.¹⁷¹

Josserand, um dos principais defensores da teoria do abuso do direito, contestando as afirmações de Planiol, esclareceu que

un acto sí puede ser la vez conforme y contrario al derecho, porque la palabra envuelve dos acepciones muy diferentes. El acto abusivo es el que, cumplido en virtud de un derecho determinado, de un derecho subjetivo, como la propiedad, es sim embargo contrario al derecho considerado en conjunto, a la juridicidad (...) del mismo modo que con armas lícitas se puede cometer delitos, y hasta crímenes (...) Pero puede suceder y sucede con frecuencia que un acto sea conforme a determinado derecho y sea, no obstante, ilícito, por ser contrario a la buena fe, a esas reglas que dominan todo el derecho y que constituyen lo que Maurice Hauriou llamaba la superlegalidad.¹⁷²

Com efeito, Josserand considerava que os direitos têm, assim como a lei, seus motivos e fins próprios. O abuso do direito seria o exercício que não correspondia à função preconcebida, o direito não atendia a seu fim social. O jurista francês coloca o direito subjetivo num contexto muito maior do que o do jusprivatismo da época; pretende colocá-lo em conflito com o sistema social, adequando-o à realidade e ao momento histórico. A princípio, também sustenta uma posição objetiva, filiando-se ao ponto de vista da finalidade social do direito subjetivo. Assim, abusa do seu direito aquele que o exerce em desrespeito à sua finalidade e espírito próprios, em contrariedade às regras sociais.

correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência do abuso”, (trad. livre).

¹⁷¹ O Código Civil da Bolívia tem pelo menos dois dispositivos de inspiração nitidamente objetivista: “Art. 107: O proprietário não pode realizar atos com o único propósito de prejudicar ou de molestar outros, e, em geral, não lhe é permitido exercer seu direito de forma contrária ao fim econômico ou social em razão do qual foi conferido; art. 1279: Os direitos se exercem e os deveres se cumprem conforme a sua natureza e conteúdo específico, que resultam das disposições do ordenamento jurídico, das regras de boa-fé e do seu destino econômico-social”.

¹⁷² JOSSERAND, Louis. Op. Cit. p. 24. “um ato pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito, porque a palavra envolve duas acepções muito diferentes. O ato abusivo é aquele que, cumprido em virtude de um direito determinado, de um direito subjetivo, como o de propriedade, é contrário ao direito considerado em seu conjunto, à juridicidade (...) do mesmo modo que com armas lícitas se pode cometer delitos e até crimes (...) Porém, pode suceder e sucede com frequência que um ato seja conforme a determinado direito e seja, não obstante, ilícito, por ser contrário à boa-fé, e essas regras que dominam todo o direito e que constituem o que Maurice Hauriou chamava de superlegalidade” (trad. livre).

Relata Brunela Vieira De Vincenzi¹⁷³ que, atualmente, contudo, o que se verifica é que a doutrina e a jurisprudência francesa aproximaram o abuso do direito à falta e à responsabilidade civil. As decisões mais recentes referem-se ao art. 1.382 do *Code*, tendem a fazer do abuso *une dépendance de la responsabilité civile: l'abus des droit c'est la faute dans l'usage des droit*¹⁷⁴. A consequência, portanto, para a prática de um ilícito é a mesma para o abuso do direito: a indenização dos prejuízos.

4.3 Na Alemanha

Os traços marcantes do desenvolvimento da teoria do abuso na Alemanha, segundo Luiz Sergio Fernandes de Souza, são o imperativo e a ação coercitiva que asseguram o respeito à norma. A força e o direito acabam por se confundir. Já a Inglaterra dá maior importância ao aspecto utilitário, a Itália impõe a obediência ao princípio da boa-fé, enquanto que na França procura-se o fundamento na idéia de liberdade¹⁷⁵

Segundo relato de Patrícia Carla de Deus Lima, entre os países que se posicionaram expressamente contra o abuso, estão a Suíça e a Alemanha, que, no entanto, seguiram caminhos diversos para identificar os elementos caracterizadores do abuso de direito por seu titular. Na Suíça existe a previsão legal no sentido de que o titular do direito deve agir de acordo com o princípio de boa-fé, não sendo tutelado pela lei o “manifesto abuso” do próprio direito. No ordenamento alemão, outro foi o critério adotado para identificar e coibir o abuso. Preferiu o legislador tedesco tutelar as hipóteses nas quais o exercício do direito tem por escopo único provocar danos a outrem.¹⁷⁶

Relata Brunela Vieira De Vincenzi¹⁷⁷ que, na Alemanha, não havia, como no direito francês, uma tão arraigada concepção jussubjetivista. Os influxos franceses sobre o abuso do direito fizeram-se sentir somente a partir da década de 30 do século XIX. O ambiente diverso não permitiu adoção do sistema francês;

¹⁷³ VINCENZI. Brunela Vieira De, *A boa-fé no processo civil*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 148-149.

¹⁷⁴ “Tendem a fazer do abuso uma dependência da responsabilidade civil: o abuso do direito é a falta no exercício dos direitos”, (trad. livre).

¹⁷⁵ Op. cit., p. 27.

¹⁷⁶ LIMA. Patrícia Carla de Deus, O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana, *Revista de Processo*, nº 122, São Paulo: RT, 2005, p. 98-99.

¹⁷⁷ *A boa-fé no processo civil*, p. 149

observou-se no modelo alemão de abuso uma teoria nova, com características marcadamente próprias tendentes para o objetivismo germânico.

Segundo a autora, além das concepções filosóficas diferentes que não permitiram a simples migração da teoria do abuso do direito para a Alemanha, algumas das hipóteses identificadas na França como abuso do direito eram naquele país enquadradas basicamente em dois institutos, a *exceptio doli* e a *chicana*. A *exceptio doli* é usada no direito alemão para impedir o exercício de um direito perante o judiciário, o qual infrinja por alguma circunstância a boa-fé e por isso não pode ser admitido. Com exceção, na verdade, a *exceptio doli* somente impede o exercício de uma ação judicial, sem maiores conseqüências na relação jurídico-material.

Assevera Brunela que, no direito alemão, existiam para as mesmas situações verificadas pela jurisprudência francesa válvulas de escape (institutos tópicos) que permitiam aos tribunais sancionar os atos abusivos. Assim, além da *exceptio doli*, as relações de vizinhança eram reguladas de forma mais genérica, abarcando grande número de casos que no direito francês – para o qual a propriedade originariamente era direito absoluto – seriam tidos como abuso do direito. Por tais razões, sucintamente expostas, o Código Civil Alemão (BGB) – fruto de um novo momento histórico-filosófico, chamado de segunda codificação – para coibir a prática abusiva de direitos tutelou especificadamente a *chicana* em sentido restrito. Destarte, o BGB, em seu § 226, estabelece que “o exercício é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir um dano a outrem”.¹⁷⁸

A concepção restritiva da *chicana* era tecnicamente perfeita: incluída na parte geral do Código, permitia sua aplicação “a todo o direito privado libertando o problema, em definitivo da propriedade e dos conflitos de vizinhança”, dispensando, ainda, qualquer pesquisa sobre a culpa do agente ou outro critério subjetivo. Contudo, verificou-se um grave problema, ao indicar que o exercício só pudesse ter o fim de prejudicar alguém, ou seja, somente o fim de causar danos a outrem, restringia por demais seu campo de aplicação. Afinal, ao exercer um direito, vários são os escopos de seu titular, alguns justificáveis outros não. A proibição da *chicana* falhou. Como medida tópica que era, por demais restritiva, não possibilitou sua aplicação sistemática para todo o direito privado; o pensamento sistemático da época tinha outros interesses.

¹⁷⁸ VINCENZI. Brunela Vieira De, *A boa-fé no processo civil*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 149.

Segundo Brunela, buscou-se a partir de então vedar o exercício inadmissível de direitos pela cláusula dos bons costumes contida no § 826 do BGB: “Aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indenização do dano”. A aplicação do parágrafo em questão também não foi bem-sucedida. Dessa maneira, exigia-se a comprovação do dolo, ficando sem tutela uma série de situações praticadas culposamente. Por outro lado, a sanção expressamente predeterminada para a prática do abuso, qual seja a indenização do dano, não permitia a cessão do abuso, em outras palavras, a execução específica da tutela jurídica. Diante dessas circunstâncias, foi preciso apelar para a cláusula geral da boa-fé contida no § 242 do BGB: “O devedor está obrigado a executar a prestação tal como o exige a boa-fé, com consideração dos costumes do tráfico”. A boa-fé possibilitaria o controle do exercício abusivo em todos os setores do direito, indicava um dever positivo de conduta e possibilitava reprimir o exercício inadmissível de posições jurídicas antes que ocorressem danos, e não somente a indenização pelos prejuízos causados.¹⁷⁹

Sobre a evolução da teoria do abuso do direito na Alemanha, conclui Menezes Cordeiro que

a condenação jurídica do exercício inadmissível dos direitos derivou, inicialmente, da ponderação pontual de casos concretos, à luz de normas e princípios jurídicos. Presente uma série de decisões, em prática jurisprudencial consagrada, pôde passar-se à elaboração duma teoria do abuso. A vida percorrida é, com clareza, a da Ciência do direito. Opõe-se, metodologicamente, a uma outra, traduzida no pensar do abuso a partir de considerações gerais, políticas ou sociais como ocorreu na França. Neste sentido, a evolução do abuso do direito na doutrina da segunda codificação, conduziu à cientificação do conceito¹⁸⁰.

4.4 Na Itália

Segundo os relatos de Patrícia Carla de Deus Lima, a adoção da boa-fé, como parâmetro de valoração do modo de exercício de um direito, fica evidente, no ordenamento civil italiano, na disciplina que regula a formulação de

¹⁷⁹ Op. cit., p. 150.

¹⁸⁰ Op. cit. p. 695.

contratos (extensível a todas as atividades negociais, na forma do art. 1.324, do Código Civil italiano). De fato, várias regras atinentes à realização desse negócio jurídico se reportam à necessidade de obediência ao princípio geral da boa-fé. Por esse viés, a dúvida seria quanto a tal exigência para realização de direitos pertencentes a outras categorias.¹⁸¹

A resposta à dúvida mencionada está justamente no teor das normas contidas nos arts. 833 e 1.175, do Código Civil italiano. O primeiro dispositivo proíbe expressamente a prática de atos emulativos, proibição esta válida não apenas para o direito de propriedade, mas para toda a classe de direitos reais. Já o segundo dispositivo mencionado impõe ao sujeito passivo da relação obrigacional – o credor – o comportamento segundo noções gerais de idoneidade, o que vem a traduzir o apelo à boa-fé.¹⁸²

De acordo com Patti, considerando que as regras mencionadas atinem, respectivamente, aos direitos reais e obrigacionais, seria possível concluir que o exercício de todos os direitos patrimoniais, no ordenamento jurídico italiano, está condicionado à observância da regra moral da boa-fé. E, por esse viés, abusivo pode ser considerado o comportamento de quem exercita um direito contrariando tal noção, ou seja, agindo de má-fé.¹⁸³

É essa posição defendida pela corrente subjetivista da teoria do abuso, para a qual, portanto, a configuração do abuso pressupõe elemento subjetivo, isto é, depende da intenção do agente. Assim, para os subjetivistas, “o exercício de um direito é abuso, e torna-se ilícito, se aquele que o exerce apenas teve em vista prejudicar terceiros, sem nenhum ou com insignificante proveito para si”.¹⁸⁴

Como parece intuitivo, a corrente objetivista sustenta exatamente o contrário, isto é, que o abuso do direito pode ocorrer independentemente da intenção do agente de prejudicar outrem. Não se repele a possibilidade de configuração do abuso de direito a partir de comportamento tendente a prejudicar terceiro. Mas, por se constatar a dificuldade de apurar, na via prática, tal intenção, julgam mais eficaz a adoção de critério objetivo para tanto, qual seja o desvio de finalidade no exercício do direito.

¹⁸¹ LIMA, Patrícia Carla de Deus, O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana, *Revista de Processo*, nº 122, São Paulo: RT, 2005, p. 97

¹⁸² Op. cit., p. 97.

¹⁸³ PATTI, Salvatore. *Abuso del diritto*. Digesto Italiano, 4ª ed., Torino, UTET, 1987, p. 231.

¹⁸⁴ CASTRO FILHO, José Olímpio. Op. Cit. p. 26.

4.5 O Abuso do Direito em Outros Países

Em brilhante e atualizado relato a respeito da teoria do abuso, no direito comparado, Luiz Sergio Fernandes de Souza ensina que o Código suíço (1907) prevê, em seu artigo 2,^o que cada um deve exercer seus direitos e cumprir suas obrigações de acordo com as regras da boa-fé; o abuso manifesto de um direito não está protegido pela lei. “trata-se de um princípio geral que outorga uma ampla margem de apreciação ao órgão jurisdicional, que terá de decidir, em um caso particular, se houve violação da regra moral ou desvio das finalidades perseguidas pela lei”.¹⁸⁵

De maneira sintética, Luiz Sergio Fernandes de Souza descreve o perfil característico do tratamento dado pelos ordenamentos jurídicos em diversos países:

- a) de cunho objetivista é o Código Civil vigente na China (1999), no qual o legislador, inspirando-se no direito português, dispõe que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.
- b) o atual Código Civil da Polônia (1964), de feição objetivista, em seu art. 5^o estabelece: “não se pode usar um direito em proveito pessoal, se isto não estiver de acordo com as finalidades sociais e econômicas desse direito ou em conformidade com o bem comum”.
- c) o Código Civil argentino, dispunha que “o exercício de um direito próprio, ou em cumprimento de uma obrigação legal, não constitui ilicitude de nenhum ato”. Com alteração promovida pela lei 17.711, de 1968, fez-se ao artigo 1.071 do Código Civil o seguinte acréscimo: “A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Como tal será considerado o que contrarie os fins que aquela teve em vista ao reconhecê-los ou que exceda os limites impostos pela boa-fé, moral e bons costumes”.
- d) no Código Civil da Colômbia (1873) não há dispositivos específicos para regular o abuso do direito. Apenas o Projeto, que está em tramitação desde 1980, disciplina a questão, dispondo que o exercício dos direitos não pode ser contrário a sua função social e econômica (art. 33 §1^o).¹⁸⁶

Escrevendo antes do fim do império soviético, Cunha de Sá ensinava que o Código Civil da antiga Rússia disciplinava o abuso do direito de maneira nitidamente subjetivista. Os direitos subjetivos, no ordenamento jurídico soviético, devem ser exercidos com observância das finalidades do Estado e não pode se contrapor aos objetivos perseguidos por uma sociedade socialista, em

¹⁸⁵ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 55.

¹⁸⁶ Op. cit., RT, 2005, p. 55-59.

estágio de edificação do comunismo, pelo que haverão de ter sempre em conta o desenvolvimento das forças produtivas. Esta é a interpretação que se retira do artigo 1º do Código Civil de 1922, que serviu de modelo à codificação civilista das demais repúblicas socialistas soviéticas: “Os direitos civis são tutelados pela lei, salvo nos casos em que sejam exercidos em oposição à sua destinação econômica e social”.¹⁸⁷

4.6 O Abuso do Direito no Brasil

Coube ao Ministro Alfredo Valladão, a propósito do Projeto de Clóvis Beviláqua, que se discutia no Senado, levantar o problema do abuso do direito. Em artigo publicado no *Jornal do Commercio*, de 04 de fevereiro de 1912, o Ministro chamava a atenção para o tema, que já se inscrevera nos códigos da Alemanha e da Suíça. Noticiando a viva polêmica travada entre Saleilles e Josserand, de um lado, Planiol e Esmein de outro, Alfredo Valladão sustentava que não existem direitos absolutos, concepção que deveria orientar o Código brasileiro, sob pena de a legislação já nascer ultrapassada. Dizia no artigo – “o absoluto do direito caracteriza-se pela anormalidade de seu exercício, pelo seu exercício anti-social. Esta há de ser apreciada objetivamente, embora, em muitos casos, a apreciação objetiva envolva a necessidade de se conhecer o elemento psicológico”.¹⁸⁸

Mas a inserção do abuso do direito nos limites da teoria geral dos atos ilícitos também é objeto de muita controvérsia. Há aqueles que consideram o ato abusivo um simples ilícito, categoria não autônoma, com repercussões no campo da responsabilidade civil.

Clóvis Beviláqua, Plínio Barreto e Carvalho Santos praticamente identificam os conceitos de “abuso do direito e ilícito”, contudo, isto implicaria praticamente a negação do abuso do direito como conceito ou doutrina autônoma, segundo reconhece Alvaro Lima.¹⁸⁹

¹⁸⁷ CUNHA DE SÁ. *Abuso do direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 70., entretanto, escrevendo antes do fim do império soviético, chama a atenção para o fato de que, o dispositivo acha-se praticamente em desuso, por reconhecer-se que o caráter provisório do direito na construção de uma sociedade socialista tornaria a proibição supérflua.

¹⁸⁸ Alfredo Valladão, *O abuso do direito*, RT, São Paulo, p. 330-338. *Apud* Haroldo Valladão, *Condenação do abuso de direito* in *Arquivo do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro: ano XXVI, setembro de 1968, vol. 107, p. 12.

¹⁸⁹ LIMA. Alvaro. “não fossem distintos os campos do abuso do direito e da responsabilidade civil, bastaria o preceito do artigo 159 do Código de 1916” in *Abuso do direito*. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, vol. I, p. 346. Veja-se, com redação um pouco diversa, o artigo 186 do Código Civil vigente.

Pontes de Miranda, inspirando-se em Charmont, diz que o direito não cessa onde o abuso começa; o que dá ensejo à reparação é a existência de dano.¹⁹⁰ Segundo Pontes de Miranda, “exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito”. Por isso, “o estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos que os direitos fazem”.¹⁹¹

No Brasil, o instituto vem sendo utilizado constantemente na doutrina e jurisprudência, que se valem do abuso do direito como uma espécie de princípio geral, aplicando a teoria a vários ramos do direito, o que acontece com as figuras do abuso do poder econômico e a concorrência desleal, as relações de vizinhança, as práticas e cláusulas abusivas contra o consumidor, o abuso de posições jurídicas processuais e o dano processual, os crimes cometidos com o abuso de poder, o peculato e o abuso de autoridade.

Ocorre que para a configuração de cada um desses institutos, além do próprio “abuso do direito”, há de estar presente um elemento subjetivo do agente, ou seja, deve ter ele agido com dolo ou culpa, causando um dano a alguém. Esse alguém que teve seu patrimônio ou sua esfera moral violados exige do direito a reparação dos prejuízos sofridos e a punição do causador do dano. Em suma, equipara-se o abuso, como aconteceu na França, à responsabilidade civil. Aplica-se o art. 927 do Código Civil, ou, em caso de dolo, o ato praticado é anulado e a parte prejudicada, indenizada.

Tal tendência transparece nos tratados dos juristas mais respeitados do país. Pontes de Miranda, apesar de nomear o critério do art. 160, I, de objetivo, e subjetivo o alemão (referindo-se ao § 226 do BGB), demonstra a tentativa de conduzir a idéia de abuso à responsabilidade civil, dependente da verificação da culpa (ou da vontade de alguma forma manifestada) e da ocorrência de dano quando comenta que, “no direito civil brasileiro, não se precisa indagar do propósito único de lesar; basta que lese com culpa”.¹⁹²

Caio Mário da Silva Pereira, ao comentar o instituto do abuso do direito, noticia que

¹⁹⁰ Idem, p. 62

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, vol. LIII, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1966, p. 67-68.

¹⁹² Op. cit., v. 53, p. 291.

é comum situar a teoria do abuso de direito no campo do ato ilícito, pela similitude de efeitos, e, não encontrando outra localização adequada, procura-se partir de que, se o abuso de direito gera para o agente o dever de reparar o dano, da mesma forma que o ato ilícito, a aproximação dos efeitos leva a justificar a inclusão de uma na doutrina legal do outro.¹⁹³

A jurisprudência parece aplicar a tese do abuso do direito às mais diversas situações da vida, determinando sempre a indenização ao sujeito que tenha causado dano no exercício abusivo. De qualquer sorte, quando é aplicada a teoria, o fundamento jurídico nunca é somente o abuso do direito; os julgadores procuram assimilar o abuso à responsabilidade civil, aplicando a regra do art. 927 do Código Civil, ou combinar como abuso uma norma expressa, seja ela legal seja contratual, como se fosse uma forma de limitar a incidência do “sobre-princípio”. Ou, na verdade trata-se de uma espécie de temor em aplicar a teoria do abuso de direito, diante de seus critérios e limites tão rarefeitos e difíceis de identificar.

A redação final do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, estabelece em seu art. 187 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”. Tentou, assim, o legislador aproximar institutos inconciliáveis: de um lado, a assimilação do abuso à responsabilidade civil, como fazem a doutrina e jurisprudência francesa, e, de outro lado, utiliza a regra da boa-fé como limite ao exercício abusivo, proveniente do modelo alemão, o que, possivelmente, tornará difícil sua aplicação prática, o que, afinal, já acontece hoje.

4.7 Algumas Questões Sobre o Tema

Alguns problemas que interessam ao presente estudo são verificados na equiparação do abuso ao ato ilícito. O primeiro, de ordem científica, poderia levar às mesmas conclusões das teorias que negam o abuso do direito: se se pretende adotar uma figura jurídica e aplicar a ela os mesmos requisitos e efeitos de outras já existentes, talvez não seja necessário seu desenvolvimento. Sua aplicação torna-se incontrolável e, por vezes, inexplicável e injustificável. Como saber se se trata de abuso de direito ou de ilícito civil, se os requisitos e as conseqüências para um e para outro são os mesmos?

¹⁹³ Responsabilidade Civil, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 254.

O segundo diz respeito à necessidade de ter agido o causador do dano com culpa ou dolo; a necessidade de perquirir o íntimo do titular do direito subjetivo para saber se ele tinha a consciência de que estava abusando de seu direito e com isso estava causando dano a outrem ou, ainda, que sua conduta poderia vir a prejudicar alguém ou até a coletividade, também leva à assimilação ao ilícito civil, já tutelado pelo Código Civil. Isso, ademais, impõe uma demanda específica com ampla instrução probatória, a fim de perquirir a existência da culpa ou dolo, para somente ao final obter a condenação do causador do dano em sua reparação.

Ainda em decorrência desse segundo fator, surge um terceiro problema sobre o qual se deve refletir: as dificuldades na comprovação da vontade de causar o dano, ou a consciência da prática do abuso. Tais circunstâncias não só dificultam a tutela imediata e inibitória do ato abusivo, como também impõem grande fardo probatório e desestímulos ao prejudicado, principalmente se se trata de atos processuais. Por essas razões, aliás, as recentes evoluções na doutrina da responsabilidade civil, com especial enfoque na questão da culpa e sua comprovação.

Além dessas conseqüências expostas, outra tem especial relevo: é preciso possibilitar uma forma efetiva de sancionar o “abuso do direito”. A responsabilidade civil e a reparação dos prejuízos não cumprem mais sua função inibidora e reparadora. Não se pode deixar o ato acontecer, é preciso criar um dever positivo cuja violação enseja a imediata coibição. Se mantido esse entendimento, a repressão para evitar o dano será impossível, pois, sempre, num primeiro momento, o sujeito estará agindo amparado pelo direito. Não se trata de um ilícito. A vítima só terá direito ao ressarcimento do prejuízo material sofrido após comprovar a ocorrência dos prejuízos, da culpa ou do dolo do agente causador do dano e o nexo de causalidade entre essa conduta e os prejuízos.

Outra questão tortuosa: para o recebimento de uma indenização deve a parte prejudicada percorrer um longo processo de conhecimento com todas as mazelas causadas pelo tempo – o “inimigo tempo” nas palavras de Carnelutti – ao fim do qual irá obter uma sentença condenatória. A sentença condenatória deverá passar pela fase de cumprimento (Lei 11.232/05), a não ser que o causador do dano espontaneamente resolva cumprir o julgado. No entanto, ao processo de execução pode o condenado opor-se por meio incidental, de impugnação. Não se deve

esquecer de que, nesse ir e vir, vários são os recursos interpostos e as decisões proferidas.

Entende Brunela Vieira, que é clara a necessidade de que a sanção ao “abuso” seja efetiva e não simplesmente a condenação em perdas e danos, sob pena da insuficiência da teoria em face da responsabilidade civil. Nesse sentido, necessárias seriam medidas que viessem impedir a ocorrência do ato injusto e iminente. Essas medidas teriam uma função exclusivamente preventiva e não ressarcitória, como a indenização por perdas e danos, a qual, frise-se, é a sanção mais comumente aplicada ao abuso do direito, pois, estando este assimilado à responsabilidade civil, a sanção imposta pelos tribunais a quem abusar do direito, causando prejuízos a outrem, é a reparação dos danos causados pela conduta “abusiva”.¹⁹⁴

Torna-se necessário reconhecer que a superação da corrente subjetivista constitui fator indispensável ao desenvolvimento da noção de abuso em qualquer âmbito do direito. Para transpor o referido obstáculo, a jurisprudência francesa tentou presumir a intenção de prejudicar o titular do direito, se provado que o titular não agiu com vistas à satisfação de um interesse sério e legítimo.¹⁹⁵

Tal posicionamento é criticado por Patti, para quem, em última instância, essa presunção representa a adoção de um elemento ficto, sendo necessário superar as concepções baseadas sobre aspectos morais do comportamento do sujeito agente e valorar o abuso a partir de parâmetros objetivos em cada hipótese concreta.¹⁹⁶

Não há dúvida de que a missão do jurista, voltada à individualização de parâmetros a partir dos quais seja possível individuar o comportamento abusivo, é das mais complexas, sobretudo porque, em cada hipótese prática, o abuso pode ser cometido de forma diversa. E ao se eleger um padrão comportamental genérico, pode-se estar deixando de lado situações peculiares nas quais o abuso pode implicar em graves danos contra terceiro. Por outro lado, a dificuldade de estabelecer critérios gerais implica em impunidade do agente que pratica o abuso em inúmeras situações.

¹⁹⁴ VINCENZI, Brunela Vieira De, *A boa-fé no processo civil*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 155.

¹⁹⁵ Patrícia C. Lima, *Revista de Processo* 122, 2005, op. cit., p. 100.

¹⁹⁶ PATTI, Salvatore. *Abuso del diritto*. Digesto Italiano, 4ª ed., Torino, UTET, 1987, p. 08.

Se inúmeros são os obstáculos enfrentados para a construção de uma teoria do abuso no direito privado, igual ou maior dificuldade existe no âmbito do direito processual civil.

4.8 Para uma Revisão Crítica da Teoria do Abuso do Direito

Em que pese o emprego de expressões genéricas, tais como: exercício irregular, abuso, excesso, é de se entender que o direito exercido abusivamente, por definição, pressupõe que o agente atue dentro dos limites objetivos da norma, porém, desviando-se dos fins econômicos e sociais perseguidos pela regra legal. É neste sentido que a teoria do abuso do direito ganha autonomia, buscando um nicho próprio, distinto daquele reservado à teoria dos atos ilícitos.¹⁹⁷

A importância da autonomia do conceito de abuso do direito, como categoria distinta do ilícito, reside precisamente em saber se é possível acontecer de alguém colocar-se à margem do direito, na dependência da maneira como exerce uma faculdade que por ele lhe é assegurada. Essa discussão remete, em outras palavras, ao paradoxo apontado por Planiol: ou bem se exerce um direito, pelo que não se pode cogitar de abuso, ou bem se está praticando um ilícito, pelo que não há razão para falar em abuso.

Para Luiz Sergio Fernandes de Souza, a posição dos objetivistas que, como Sessarego, reduzem o abuso do direito ao ilícito, tem de ser entendida, no entanto, como uma terceira opção dentro deste aparente dilema. É que a ilicitude, aqui, tem uma conotação mais ampla, a incluir outras propriedades que, historicamente, o conceito não comporta.¹⁹⁸

Com efeito, a teoria geral do ato ilícito, como visto, é fruto de uma concepção individualista, que não tem em conta a alteridade, a solidariedade e a coexistência das potencialidades humanas.

Dentre os valores sociais estão o individualismo e o estatismo, que o solidarismo procura conciliar, como solução de justiça. É dentro desse quadro que se tem de considerar a questão do abuso do direito, no entendimento de Dourado de

¹⁹⁷ MARTIN BERNAL, José Manoel. El abuso Del derecho (exposicion, descripcion Y valoracion Del mismo) Madri, Ed. Montecorvo, 1982, p. 247.

¹⁹⁸ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 73.

Gusmão.¹⁹⁹ Com efeito, se o direito busca a justiça, e se esta varia em função dos valores espirituais coletivos, a tipicidade normativa, que é a regulamentação abstrata de uma dada relação, também varia, mas não com a mesma velocidade. Cabe, assim, aos princípios gerais do direito recolher as fontes constitutivas não absorvidas pela norma.²⁰⁰

Dourado de Gusmão insere a questão do abuso no desvio do exercício do direito por parte do titular que, preferindo as finalidades individuais às finalidades sociais do direito, excede os limites latentes na consciência coletiva, invocando a norma retrógrada, desconforme ao “direito atual”, ao “sentimento histórico da justiça”.²⁰¹

Da doutrina exposta, que busca fundamentos em Gurvitch, Durkheim e Geny, importa considerar a questão da consciência jurídica coletiva e a noção de princípios gerais de direito, ambas inseridas no quadro do descompasso entre as expectativas sociais e a norma.²⁰² Genaro Carrió²⁰³ aponta sete focos de significação para a palavra princípios: a) propriedade fundamental ou parte integrante de alguma coisa; b) regra, guia ou orientação; c) causa, origem; d) finalidade, propósito; e) premissa, axioma, essência; f) regra prática de conteúdo; g) máxima, aforismo. Os princípios gerais do direito, segundo Carrió, fazem referência a todas essas idéias.

Com frequência, fala-se em certos princípios legais, tais como o da separação dos poderes (primeiro significado), ou na essência dos conceitos jurídicos, considerados como entidades, nos moldes da jurisprudência dos conceitos (quinto significado). Fala-se também no princípio da bagatela ou no princípio da insignificância, que expressam generalizações ilustrativas, obtidas com o recurso à estrutura do sistema, já que, da mesma forma, não têm previsão normativa. Os princípios também fazem referência aos juízos de valor, tal como a idéia de consciência jurídica popular (segundo e terceiro significado) ou às máximas que provêm da tradição jurídica (sétimo significado).

¹⁹⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 50.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 73/74.

²⁰¹ *Op. cit.*, p. 56.

²⁰² SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 75.

²⁰³ CARRIÓ, Genaro, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s.d., p. 33-38.

Os princípios são obtidos através de uma *analogia juris*, fundada no emprego de um argumento indutivo (relação de semelhança), cuja conclusão resulta na segunda premissa integrante de um silogismo dedutivo.²⁰⁴

No caso dos princípios gerais que informam a noção de abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro, surgem eles de várias disposições particulares, existentes em diversas codificações. São *standards* que orientam o intérprete na compreensão do sentido histórico e social de justiça, extraídos do texto da norma.²⁰⁵ Expressões tais como “moralidade, utilidade, finalidade, adequação, limite ou limitação, moderação, motivo justo, motivo legítimo, prática equitativa, função social, excesso, desnecessidade, exercício irregular, exercício anormal, mau uso, uso abusivo”, são indicativas de condutas que, na dependência das circunstâncias sociais e econômicas, ingressam na esfera da iliceidade (expressão que ora se passa adotar como referência a um conceito mais amplo de ilicitude, ainda que de origem normativa, segundo alguns, porque fundado nos princípios gerais de direito).²⁰⁶

Hoje, muitos são os dispositivos na legislação brasileira que encampam a noção de abuso do direito, como espécie do ilícito. Pedro Baptista Martins, já na década de 30, registra esse movimento legiferante, através do qual as hipóteses de limitação ao direito vão assumindo o caráter de ilegalidade normativa expressa.²⁰⁷ O importante, ainda nas palavras do autor, é que se entenda que o reconhecimento de uma situação abusiva não depende de expressa previsão legal.²⁰⁸

²⁰⁴ Enneccerus, op. cit., Tomo I, Parte Geral, volume 1, § 53, p. 212.

²⁰⁵ A propósito, escreve Fernández Sessarego: “o direito, como a vida, é temporal e histórico e, por conseguinte, lábil e fluido. As condutas humanas, inseridas na temporalidade, portanto, reflexos fenomênicos da liberdade, podem ser ou deixar de ser valiosas de um momento para outro, sem solução de continuidade. Podem ser justas até certo momento para, logo depois, transformar-se em injustas. Podem ser solidárias durante um lapso, para, no átimo seguinte, converter-se em anti-sociais. Não vemos, pois, inconveniente para que uma conduta potencialmente lícita, no momento inicial, transforme-se, em certo instante, em ilícita, ao transgredir algum dever imposto pelo ordenamento jurídico. É indiferente que o dever imposto seja específico ou genérico, como seria aquele previsto em um princípio ou cláusula geral do direito” (op. cit., p. 313)

²⁰⁶ Alvino Lima, op. cit., p. 329.

²⁰⁷ MARTINS, Pedro Baptista. Comentários ao código de processo civil, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 48).

²⁰⁸ Idem, p. 81 e 82.

E nem se argumente com o princípio da reserva legal (art. 5º da Constituição da República), portanto, como visto, as limitações do uso abusivo resultam de outros princípios também extraídos do sistema jurídico.²⁰⁹

Para uma teoria crítica do abuso do direito, o conceito tem de ser encontrado no desencontro entre a realidade e a norma, entre a consciência jurídica coletiva e o ordenamento jurídico vigente, entre a legalidade e aquilo que Hauriou chamou de superlegalidade.²¹⁰ À idéia de “abuso” basta o conceito de “antijuricidade”, vale dizer, um juízo de valor, uma estimativa ético-social da conduta humana, que está no campo metajurídico.²¹¹

Compartilhando dessa mesma visão, Warat também recorre à noção de uma consciência jurídica coletiva, ou seja, de uma normatividade metajurídica que se orienta sempre por critérios de justiça e que busca reconhecimentos pela ordem legal. Isto dissolve o paradoxo apontado por Planiol, porquanto há de se reconhecer que a expressão abuso não é unívoca, comportando um campo intensional (conotação) e extensional (denotação) bastante amplo.²¹²

Para Mario Rotondi, que recorre, igualmente, à idéia de uma “consciência jurídica coletiva”, não se pode negar a importância da noção de abuso do direito como categoria metajurídica, “bandeira de vanguarda” das transformações do direito posto.²¹³

Luiz Alberto Warat diverge da opinião de alguns juristas, no sentido de que a consagração legislativa do “abuso do direito” possa banalizar o conceito, que é regra tópica. Sustenta, entretanto, que a alteração do campo de significação do direito não reside no simples fato de ter-se alterado a letra da lei. A positivação permite apenas que o juiz tenha “o respaldo legal necessário para desenvolver plenamente o momento intuitivo do ato de decisão,”²¹⁴ que assim se verá legitimado, sob o ponto de vista da racionalidade formal.

²⁰⁹ Interessante, aliás, a relação entre o critério finalista, defendido por Josserand e Champion – no sentido de que o exercício do direito deve conformar-se à finalidade para a qual foi instituído ou a natureza mesma de determinada instituição jurídica – e a teoria constitucional das garantias institucionais. Escrevendo sobre essas garantias, na base de princípios que são normas-chave de todo o sistema jurídico, Paulo Bonavides observa que o Estado Social alterou o perfil individualista das antigas disposições constitucionais, que tinham fundamento na noção de direito subjetivo, com o que ganhou relevo a idéia de dar amparo a certas instituições (sindicato, família, maternidade, ensino etc.), de fundamental importância para a sociedade (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 6. Ed., 1996, pp 492 e 498).

²¹⁰ Maurice Hauriou, *Evolutions et actualités de droit civil*, Paris, 1936, p 89. *Apud* Alvino Lima, op. cit., p. 338.

²¹¹ GOLDSCHMIDT, Roberto, A teoria do abuso do direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano XXI, vol. XCVII, fasc. 487, 1994, p. 27-30.

²¹² Warat, op. cit., p. 60, 66 e 83.

²¹³ ROTONDI, Mario. *Instituciones de Derecho Privado*, México, Editorial Labor S.A. 1953, p. 99-101.

²¹⁴ WARAT, Luiz Alberto. *Abuso del derecho e lagunas de la lei*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1969, p. 85 e 86.

5 A BOA-FÉ PROCESSUAL

5.1 O Embate: Boa-fé x Ampla Defesa

A utilização de expedientes processuais escusos, diante da morosidade do judiciário é uma preocupação que assumiu a condição de drama social: já faz parte da cultura popular o mito de aquele que tem o melhor advogado será vitorioso no processo, de rito complexo e linguagem incompreensível, comparado freqüentemente a um verdadeiro carnaval, onde os foliões, com insaciável volúpia por vitória a qualquer custo, desfilam na avenida com fantasias e alegorias, travestindo suas reais intenções em múltiplos recursos e requerimentos protelatórios, quando não fraudando ou manipulando fatos e documentos.

Se há arsenal normativo para combater esse cenário, por que não o fazemos? Para Antonio do Passo Cabral²¹⁵, a primeira das razões para a fraca incidência do princípio da probidade no cotidiano empírico do processo brasileiro é a carga de subjetivismo de que é impregnada a normativa acerca do tema. Larga é a margem de apreciação subjetiva que exigem as disposições legais que versam sobre a conduta ética e processual. Desse modo, a aplicação de sanções dependerá da tolerância de cada magistrado e de seus critérios na aferição do comportamento das partes. Expressões como “resistência injustificada”, “intuito protelatório”, “proceder de modo temerário”, “incidentes manifestamente infundados”, “cientes de que são destituídas de fundamento”, importam em alto de grau de abstração e subjetivismo dos ilícitos descritos nesses preceitos normativos éticos.

A segunda razão que merece consideração no que tange à inoperância prática das normas éticas é a parcimônia com que os juízes tratam a matéria, benevolência até festejada, no sentir sem razão, por parte da doutrina. Para Leonardo Greco, por exemplo, não pode haver aplicação constante das sanções à litigância de má-fé ou aos atos atentatórios da dignidade de justiça, pois pode haver violação à ampla defesa ou uma ingerência indevida na estratégia processual traçada pela parte.²¹⁶

²¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé objetiva. Revista de Processo nº 126, Ed. RT, São Paulo, 2005, p. 70

²¹⁶ GRECO, Leonardo. O Processo de Execução. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1990, p. 293. Afirma o autor que “isso comprometeria a aura de tolerância, que todos nós nos acostumamos a exortar como uma das mais elevadas virtudes do magistrado”. E continua, pregando que a “sanção ao litigante de má-fé sempre soaria como uma descabida censura do juiz à conduta do advogado, que definiu a estratégia defensiva do seu cliente”.

Para Francisco Ramos Mendez, existem duas posições doutrinárias, sendo que qualquer intervenção do juiz pode tentar assemelhar o processo a um certame cavalheiresco, sem estridências e com abundantes *bouquets* de flores, não se parecendo em nada com os conflitos de interesses da vida.

Quisiera concluir mi breve exposición con una reflexión final. Em el fondo de la cuestión sobre el abuso de derecho em el proceso se reflejan dos tendencias de signo contrario:

1. Uma autoritária, que pretende convertir al juez em un guardián del *fair play* procesal. Para ello se afana por identificar conductas desproporcionadas de los litigantes o de sus representantes y echa mano de un catálogo de sanciones y mecanismos disuasorios para impedir las. Según esta orientación, la contradicción procesal debiera asemejarse a un certamen caballeresco, sin estridencias y con abundante derroche de flores. No es mi modelo.

2. Frente a esta concepción, existe otra de corte más liberal. Ya que al ciudadano se le obliga a utilizar los Tribunales estatales em la mayoría de los casos, hay que reconocerle amplia libertad em el uso del sistema procesal. El proceso no es un juego de niños, ni un ejercicio académico. Es un instrumento para la creación del derecho. No hay razón alguna para implantar em este sector normas de cortesía o comportamiento distintas de las que rigen em otros sectores sociales. Em el proceso, que encarna la lucha por el derecho, se reflejan las mismas tensiones que em el resto de la sociedad. Lo razonable es asumir las. Los verdaderos protagonistas del litigio son los ciudadanos, no los Tribunales. Dejémoslos desahogarse a sus anchas. No estrechemos innecesariamente el marco de las garantías procesales.²¹⁷

Posicionamentos doutrinários semelhantes também puderam ser sentidos na experiência italiana no que tange à punição da conduta abusiva dos advogados. Segundo Augusto Morello²¹⁸, dentre as tentativas de reformar o antigo Código de 1865, o denominado Projeto Solmi de 1937 julgava ser essencial estabelecer graves sanções civis (pecuniárias) e penais contra o litigante que quebrasse os deveres de veracidade ou de atuar com lealdade. Ainda, segundo Morello²¹⁹, o referido projeto repercutiu imediatamente e a doutrina, liderada por Carnelutti, Calamandrei, Liebman, dentre outros, respondeu em massa com a indignação e repúdio às disposições do projeto. O texto que originou o *Código* peninsular seguiu, portanto, outros rumos.

Existe a possibilidade de prolação de um outro decreto condenatório ao litigante que, além de ter sido vencido na lide, tenha ainda transgredido as normas éticas processuais (e então se fala em responsabilidade “agravada” porque

²¹⁷ MENDEZ, Francisco Ramos. ¿Abuso de derecho en el proceso? in BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). Abuso dos direitos processuais. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, pp. 05/06.

²¹⁸ MORELLO, Augusto. La eficacia del proceso. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2ª ed., 2001, pp. 225/226.

²¹⁹ Op. cit. 226.

já pesa sobre ele a condenação acerca da *res in iudicium deducta*). Trata-se da responsabilidade agravada prevista no art. 96.²²⁰

Como se vê, a legislação italiana é acanhada a respeito, já que esta punição somente se impõe ao vencido, quando se sabe que, no processo, também o vencedor pode litigar contra a boa-fé.

Importa ressaltar que a responsabilidade por dano processual somente pode ser pronunciada pelo juiz se a parte contrária o requerer, o que denota ideologia privatista, como se a eficácia do processo pudesse depender da vontade de qualquer das partes. O art. 456 do CC português também demonstra idêntica timidez.²²¹ Tais opções doutrinárias e legislativas não se deveriam observar, na medida em que a sanção tem caráter educativo, pedagógico, no sentido de desestimular a repetição da conduta que se tenta reprimir mediante sua imposição. Deve-se realizar o escopo sancionatório de tais normas e, por conseguinte, *romper la timidez de los jueces para aplicarlas*.²²²

Outro ponto assinalado por parte da doutrina é a peculiaridade do princípio dispositivo no Processo Civil. Liebman²²³ afirma que o Processo Civil, em que às partes cabe argumentar em torno de suas próprias razões “é refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento daquelas”, ressaltando, no entanto, que a habilidade das partes não pode ultrapassar limites impostos pela ética profissional.

Diverge Marinoni, afirmando que o princípio dispositivo não impede que o juiz conduza a marcha processual dentro dos trilhos procedimentais forjados pelo legislador. Trata-se das “faculdades processuais” do magistrado, ou seja, aquelas referentes à direção do processo, seu impulso e desenvolvimento regular, poderes jurisdicionais desvinculados da pretensão ou da atividade probatória – onde têm lugar as denominadas faculdades materiais. E entre as faculdades processuais inserem-se as chamadas “faculdades coercitivas”, que permitem ao Judiciário exigir

²²⁰ CABRAL, Antonio do Passo, O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo* 126, São Paulo: RT, agosto de 2005, p. 71.

²²¹ Art. 456: 1. Tendo litigado de má-fé, a parte será condenada em multa e numa indenização à parte contrária, se esta a pedir. 2. Diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave: a) tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) tiver alterado a verdade dos fatos ou omitido fatos relevantes para a decisão da causa; c) tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) tiver fim de conseguir objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão. 3. Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má-fé.”

²²² QUIJANO, Jairo Parra. Abuso de derechos processales in BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). Abuso dos direitos processuais Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 91.

²²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1984, p. 123.

colaboração dos particulares com os juízes e tribunais e que sejam punidos comportamentos processuais antiéticos.²²⁴

Os argumentos contrários à punição da litigância de má-fé são baseados na proteção quase egoísta da atuação privada no processo, e qualquer interferência seria autoritária e descabida. A punição é necessária, mas decerto que o repúdio a atos contrários à boa-fé processual não pode resultar em uma incursão desmedida na estratégia processual das partes, devendo haver um equilíbrio entre o princípio dispositivo e a repressão das condutas das partes, de modo a preservar os instrumentos processuais e não ingressar indevidamente na ampla defesa e na iniciativa da parte no processo civil.

Inexiste qualquer contradição entre a punição do abuso do direito de manifestação processual e o princípio dispositivo: na verdade, o princípio existe para imprimir a neutralidade no labor do magistrado, para que haja o distanciamento necessário dos interesses em conflito visando à prolação de uma decisão mais precisa e afastada das paixões, o que não impede a correção sancionatória da infringência das regras do jogo.²²⁵

Segundo Antonio do Passo Cabral, a doutrina alemã aponta neste sentido do equilíbrio entre os interesses públicos no processo e a estratégia e iniciativa das partes ao examinar o dever de integridade ou de completude (*Vollständigkeitspflicht*), também estampado no § 138 da ZPO, e que proíbe a sonegação de fatos e circunstâncias relevantes para a discussão. Afirma-se que o dever de integridade, apesar de representar um postulado de colaboração, impondo às partes que tragam ao processo fatos relevantes para a descoberta da verdade real, deve ser circunscrito por certos limites.²²⁶

Tais assertivas, em nenhuma hipótese, significa a obrigação da parte de expressar todos os fatos que conheça de uma só vez e muito menos impõe o dever de trazer aos autos fatos desfavoráveis à própria parte, o que, obviamente, nenhum dos litigantes faz espontaneamente. Também não pode representar uma imposição de conduzir ao processo fatos desonrosos, que possam gerar auto-incriminação ou proporcionar ao adversário a vitória na lide ou oportunidade de

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2004, p. 58

²²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 110.

²²⁶ CABRAL. Antonio do Passo, O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo* 126, São Paulo: RT, agosto de 2005, p. 74.

reconvir. Não obstante, o dever legal proíbe a alteração fraudulenta das circunstâncias efetivamente alegadas. Concluindo: deve persistir o respeito à ampla defesa e ao princípio dispositivo sem descuidar da sanção ao abuso no exercício dos direitos e às ilegalidades.

Diante de tantas resistências, no mínimo a aferição objetiva da litigância de má-fé já seria um significativo avanço para a efetividade das sanções que visam a punir as condutas prejudiciais ao bom andamento do processo.

São de pouca aplicação os dispositivos como do art. 14, IV, do CPC, que proíbe que a parte pratique atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, já que é tênue a linha que separa os atos desnecessários dos que são imprescindíveis à argumentação das partes. Ao fundamentar neste dispositivo da legislação processual uma eventual sanção ao comportamento de uma das partes, o magistrado poderia lesionar o direito, igualmente fundamental, da ampla defesa, vez que o conceito de abuso de direito processual é fluído e qualquer tentativa de defini-lo na lei, de improvável acerto científico.

Contudo, o enunciado contido no preceito do art. 17, I, do CPC, fornece ao julgador parâmetros um pouco mais objetivos para mensurar a malícia empregada na conduta das partes, pois os conceitos de “texto expresso de lei” ou “fato incontroverso” são facilmente verificáveis. Igualmente se verifica no inciso V, do art. 14, quando se impõe às partes: “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimento judicial de natureza antecipatória ou final”.

Eis aqui o cerne do trabalho, vez que o abuso no exercício do direito à personalidade jurídica (art. 50, do CC)²²⁷ constitui embaraço à efetivação de provimento judicial de natureza antecipatória ou final (art. 14, V, do CPC)²²⁸.

Daí também sugerir a aplicação da multa de até vinte por cento do valor da causa, com base no enunciado do parágrafo único do mesmo art. 14, do CPC, que preceitua que:

²²⁷ Art. 50, CC: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

²²⁸ Art. 14, CPC: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.

Art. 14, Parágrafo único, do CPC: a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta....

Vale lembrar que a legislação processual não é hermética em relação aos casos faltosos, visto que o próprio CPC brasileiro contém cláusula genérica da ética processual no art. 14, II, como visto, o que torna as enumerações apenas exemplificativas.

Em todo ordenamento que possua preceitos abertos e conceitos considerados vagos e não tão precisos, assume cabal importância a atuação diretora do juiz, comparado freqüentemente a um maestro de uma orquestra, que deve zelar pela completa harmonia e o bom resultado do processo, identificando as condutas que sejam contrárias à boa-fé ainda que não estejam expressamente previstas ou enumeradas no texto legal. Deve-se pensar esse dever, no Brasil, como cláusula geral constitucional, diretamente decorrente do contraditório. Dessa forma, torna-se prejudicada a alegação de inconstitucionalidade da sanção por ofensa à ampla defesa e à estratégia das partes, já que estão ambos – contraditório e ampla defesa – contidos no contexto constitucional. A questão passa a envolver colisão de preceitos igualmente constitucionais, abandonando-se o critério hierárquico para solucionar essa antinomia normativa.

5.2 Boa-Fé Processual Objetiva: uma conceituação necessária

Pode-se sustentar, como faz parte da doutrina latino-americana²²⁹, a existência de uma verdadeira boa-fé processual objetiva, para utilizar o termo consagrado pelos civilistas, contra essa indeterminação conceitual e na esteira de considerar a boa-fé uma cláusula geral. O fortalecimento da boa-fé processual objetiva significa o abandono da concepção subjetivista do comportamento das partes e seus procuradores. Com efeito, o conceito de boa-fé não é novo no ordenamento jurídico brasileiro nem no direito comparado, mas seu desenvolvimento sempre dependeu da iniciativa dos magistrados e juristas.

²²⁹ GREIF, Jaime. El abuso del derecho y la responsabilidad civil emergente em el derecho uruguayo in BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). Abuso dos direitos processuais Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 156.

A boa-fé subjetiva é baseada na intenção e na consciência de que o comportamento é contrário ao direito. Trata-se de um estado psicológico do agente, do seu convencimento de agir sem prejuízo dos demais. A boa-fé subjetiva está, portanto, ligada ao voluntarismo e ao individualismo e sempre foi contraposta à má-fé, do que decorre a dificuldade dúplice de extirpar das normas éticas processuais o elemento anímico (o dolo) e de punir as condutas lesivas sem considerações psíquicas – sem indagar se a parte “desejou” prejudicar o curso do processo.

Ao contrário, a chamada boa-fé objetiva é baseada em padrões de conduta social, voltada para a proteção às expectativas de que os demais membros do conjunto social nutrem de todos nós. Vale dizer, protegem-se os interesses do *alter*, a confiança de que todos pautem suas condutas de acordo com as convenções sociais, aquilo que legitimamente é esperado de cada parte.

Nas palavras de Mauricio Jorge Mota,²³⁰ é a idéia de um “arquétipo moral”, passando a proteção processual da boa-fé, nos dias de hoje, da tradicional e insuficiente tutela subjetiva da vontade para a necessária “tutela objetiva da confiança”. Permite-se, portanto, com a sedimentação do conceito de boa-fé processual objetiva, a responsabilização por atos contrários à boa-fé e ao dolo das partes e seus procuradores.

Portanto, desnecessária é a aferição subjetiva do conhecimento da parte acerca da ilicitude de sua conduta, subjetivismo que, além de implicar dificuldades no campo probatório, pode, ao mesmo tempo, tornar iníquas as normas repressoras da má-fé processual e perpetuar a utilização do processo para fins escusos. Dessa forma, permite-se a punição de quaisquer condutas contrárias à boa-fé processual e não apenas os comportamentos dolosos.

De acordo com a corrente subjetivista da teoria do abuso, portanto, a configuração do abuso pressupõe elemento subjetivo, isto é, depende da intenção do agente. Assim, para os subjetivistas, “o exercício de um direito é abuso, e torna-se ilícito se aquele que o exerce apenas teve em vista prejudicar terceiros, sem nenhum ou com insignificante proveito para si”.²³¹

A corrente objetivista sustenta exatamente o contrário, isto é, que o abuso do direito pode ocorrer independentemente da intenção do agente de

²³⁰ MOTA, Mauricio Jorge. “A pós eficácia das obrigações” in TEPEDINO, Gustavo (Org) Problemas de Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp.194/195. A expressão “arquétipo moral” é atribuída a Judith Martins-Costa.

²³¹ CASTRO FILHO, José Olímpio. Op. Cit. p. 26.

prejudicar outrem. Não se repele a possibilidade de configuração do abuso de direito a partir de comportamento tendente a prejudicar terceiro. Mas, por se constatar a dificuldade de apurar, na via prática, tal intenção, julgam mais eficaz a adoção de critério objetivo para tanto, qual seja o desvio de finalidade no exercício do direito.

Na fórmula utilizada pelo legislador suíço, a expressão boa-fé tem um significado objetivo. Trata-se de uma forma tópica, de um princípio geral de direito que se reporta aos padrões sociais e morais vigentes, às expectativas do cidadão comum.²³²

²³² Neste sentido, v. Carlos de La Veja Benayas, *Teoría, Aplicación y Eficacia en las Normas del Código Civil*, Madrid, Ed. Civitas, S.A. 1976, p. 249 e ss., apud Martín Bernal (op. cit., p. 193 e 194).

6 A JUSTIÇA DAS DECISÕES: Uma utopia ou uma real possibilidade dentro das categorias essenciais?

Os fatos são o que são, sem que possam deixar de ser o que são. A ordem natural é insuscetível de “valoração”, conseqüentemente, carece de sentido pensá-la justa ou injusta. Pensar-se o justo é aceitável apenas quando pensar a liberdade seja também possível. Portanto, porque só em relação ao homem se põe a liberdade, “o problema da justiça é um problema especificamente humano e só pelo homem pode ser pensado e apenas por intermédio dele será resolvido (ou não), quer em sua dimensão individual, quer em termos sociais”.

Ser injusto é ter privado o outro de algo que lhe não podia ser negado, por isso mesmo nenhum sentido tem falar-se do justo quando inexistente interferência de condutas, isto é, quando não conflitam os interesses dos sujeitos da relação, por convergirem para um mesmo bem, de que não podem ou não querem compartilhar, para satisfação da necessidade ou do desejo que experimentam. O sentimento de injustiça nasce no homem a partir do desconforto que experimenta em face de alguma falta ou privação cuja causa é a ação de um outro homem. Inviável, por outro lado, pensar-se o justo sem que o agir do homem seja referido ao agir de outro homem.

A sensação de injustiça se dá ao experimentar a carência de algo de que se necessita e de que se foi privado. As regras da justiça assentam nessa premissa e por isso mesmo precisam, forçosamente, ser referidas aos sistemas de necessidades. Somente quando se põe para o homem o desafio de responder à indagação de como agir quando há um conflito de interesses é que adquire relevo o problema da Justiça.

A definição de quem perde e quem ganha e em que extensão isso se dá, quem se priva e quem será satisfeito, quem desfrutará de uma situação de vantagem e quem sofrerá as conseqüências da desvantagem correspondente é problema de justiça. Neste crucial momento da convivência humana é que o problema se apresenta e para solucioná-lo buscam-se respostas de natureza ética. Neste espaço também opera o Direito.

Refletindo sobre a justiça, Perelman²³³ acentua que de todas as noções prestigiosas, a de justiça parece uma das mais eminentes e a mais

²³³ PERELMAN, Chaim, *Ética e Direito*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1996, p.4-67.

irremediavelmente confusa, pela forte carga emocional que sempre carrega consigo. Buscando escapar a essa contingência, ou reduzi-la ao máximo, começa por analisar as concepções mais correntes de justiça e demonstra como são inconciliáveis e carecedoras de operacionalidade. Alinha as seguintes:

- a) a cada qual a mesma coisa;
- b) a cada qual segundo os seus méritos;
- c) a cada qual segundo suas obras;
- d) a cada qual segundo suas necessidades;
- e) a cada qual segundo sua posição e
- f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Se se der a todos a mesma coisa, a homens serão injustos para os que têm como correto, precisamente, um tratamento diferenciado, como se depreende de todas as subseqüentes posições, sem esquecer que a mesma coisa não proporcionaria a todos os homens a mesma satisfação.

Se se eleger, por exemplo, o mérito de cada um como fundamento, por que modo definir este mérito e que critérios devem ser levados em conta para sua determinação?

Adotando-se a regra de atribuir a cada qual o que for devido segundo suas obras, além da dificuldade de se definir a escala de valor capaz de medir estas obras, as mais diversificadas que seriam, ainda se estaria diante de um critério que não é moral, pois deixa de levar em conta a intenção e os sacrifícios realizados, considerando unicamente o resultado da ação.

Optar pela regra de dar a cada qual segundo suas necessidades coloca o homem diante do óbice de termos que definir essas necessidades, para o que seria forçado a adotar critérios meramente formais, porquanto as divergências a respeito ocasionariam inúmeras variantes da mesma fórmula.

Impensável admitir-se como regra de justiça dar a cada qual segundo sua posição, fórmula aristocrática, privilegiadora e necessariamente desigualizadora. A última regra, dar a cada um o que a lei lhe atribui resultaria, necessariamente, em transferir, de modo absoluto, o poder de definir o justo para quem é investido do poder de ditar a lei.

Diante disso, três atitudes são possíveis, diz Perelman. A primeira consistiria em declarar que essas diversas concepções de justiça não têm absolutamente nada em comum e não estão unidas por nenhum vínculo conceitual,

donde o dilema de ter que rejeitar todas, em nome da justiça, ou ter que eleger uma dentre elas, e esta escolha já se demonstrou ser insatisfatória e não operacional. Evitar esse dilema é o que leva Perelman a tentar uma terceira solução. Afirma o autor ser possível superar o impasse, procurando-se pesquisar o que há de comum nas diferentes concepções de justiça precedentemente referidas. Conclui por encontrar esse elo na idéia de “igualdade”, subjacente a todas as posições precedentemente analisadas. A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a idéia de certa igualdade. A igualdade perfeita, porém, todo mundo percebe imediatamente, é irrealizável e constitui apenas um ideal para o qual se pode tender, um limite do qual se pode tentar aproximar na medida do possível.

É imprescindível existir certa semelhança entre os seres aos quais se aplica a justiça, pois, inexistindo uma medida comum, isto é, não havendo identidade, a questão da realização da justiça nem sequer tem de ser colocada. E se hoje se reivindica tratamento justo para todos os homens, é porque o homem reconheceu semelhança em todos os outros homens, é porque a noção de humanidade foi ficando pouco a pouco evidente.

Ocorre que esta igualdade essencial dos homens está emoldurada por inúmeras e complexas diferenças. Daí o dilema – há que se tratar a todos da mesma forma ou devem existir formas diferenciadas de tratamento, para assegurar, precisamente, o igual tratamento que se deseja? E se formas diferenciadas forem necessárias, o que se deverá levar em conta para tornar justo o tratamento diferenciado? Recai-se, então, nas divergências e inconciliabilidades antes referidas.

É possível, entretanto, superar esse impasse, diz Perelman. Em todas as concepções de justiça há uma atitude comum – trata-se igualmente os iguais. Quem pretende leve em conta o mérito de igual tratamento para os que têm “igual” mérito, valendo o mesmo para necessidades, posição social, etc. Seja qual for a divergência sobre outros pontos, todos estão de acordo sobre o fato de ser justo tratar da mesma forma os seres que são iguais de certo ponto de vista, que possuem uma característica comum, “a única que se deve levar em conta na administração da justiça”.

Propõe seja esta característica qualificada de “essencial” e os que a tiverem em comum pertencem a uma mesma categoria, à mesma categoria essencial. Portanto, pode-se definir a justiça formal ou abstrata como “um princípio

de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.

Abandonar-se-ia, de uma vez por todas, a improfícua procura da “justiça material” como algo suscetível de prévia determinação. Conclui, portanto, que “o único meio que temos de dizer sobre a justiça ou injustiça de um ato consiste na igualdade de tratamento que reserva a todos os membros de uma mesma categoria essencial”.

A partir daí, pode-se definir a noção de “eqüidade” como técnica de superação das antinomias da justiça, decorrentes do desejo de se aplicar simultaneamente várias regras de justiça incompatíveis.

É infinitamente mais delicado, acrescenta, dizer quando uma lei é justa. A única exigência que se pode formular acerca da lei é de que não seja arbitrária, sim suscetível de justificativa que decorra de um sistema normativo. Todo sistema normativo, entretanto, seja ele qual for, contém sempre um elemento arbitrário, o valor afirmado por seus princípios fundamentais que, eles, princípios fundamentais, não são justificados. Esta última arbitrariedade é logicamente impossível de ser evitada. A eliminação de toda arbitrariedade que não seja a implicada pela afirmação dos valores que se encontram na base do sistema é a única pretensão que se pode ter.

Como a arbitrariedade desse sistema normativo sanciona desigualdades naturais, que tampouco são suscetíveis de justificação, conclui-se que inexiste justiça perfeita e necessária, um “justo absoluto”, atemporal, ahistórico, ponto de referência a ser necessariamente considerado para a definição do justo no caso concreto.

Se, de uma perspectiva formal, o pensamento de Perelman oferece diretrizes que parecem fundamentais, permanece irresolvido o problema de como reduzir o espaço da arbitrariedade na definição dos princípios fundamentais de todo sistema jurídico.

Destarte, se é exato que só pela ordem jurídica se assegura, em última instância (com impositividade), a justiça relativa, contingente, possível em determinado momento histórico e em certo espaço político, isso implica o problema da legitimidade desta ordem jurídica, sempre em permanente questionamento.

Toda ordem jurídica é tão mais legítima quanto mais amplamente possibilita a explicitação das necessidades pelos indivíduos e grupos que sob seu

império se colocam, a par de viabilizar-lhes a organização para tê-las atendidas (PROCON, Juizados Especiais, etc). É mais justo o ordenamento que menos necessidades deixa insatisfeitas e mais injusto o que maior número de necessidades deixa desatendidas.

O Direito é, portanto, e sempre, uma forma possível de realização histórica e social da justiça, não de uma justiça absoluta, nem necessariamente a mais perfeita. Ele apenas formaliza e busca implementar o projeto de justiça possível nos limites da contingência que lhe dita e lhe põe a correlação real das forças operantes na sociedade. Pode-se, pois, dizer que toda ordem jurídica realiza alguma justiça e que ela será tanto mais quanto menos necessidades deixar insatisfeitas e menos expectativas desatendidas instituir. E tanto mais injusta quanto mais desigual, privilegiando, com o que agrava o número dos excluídos e dos insatisfeitos. Portanto, a medida da justiça ou injustiça de uma ordem jurídica se afere pelo maior ou menor grau de coerção que o poder político institucionalizado precisa exercer para assegurar a paz social, ou em outros termos, paradoxalmente, o Direito é tão mais necessário quanto mais injustiça determina a ordem social existente, donde as sociedades mais perfeitas serem aquelas menos necessitadas da coerção do Direito e, conseqüentemente, dos juristas.

Daí se concluirmos, tomando de empréstimo as palavras de Calmon de Passos²³⁴, quando afirma que inexiste “pureza” no Direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político, o econômico e o ideológico. Toda teoria jurídica tem motivações ideológicas, inclusive a que se pretende “teoria pura” do Direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, dito estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também, e principalmente ele, está carregado de intenções políticas e tem múltiplas implicações econômicas e mil disfarces ideológicos.

E prossegue para afirmar que não se trata de um problema de super ou infra-estrutura, assegurada a prioridade do econômico ou do político. Há sinergia, à semelhança do que acontece com o ser humano. Vários sistemas, nervoso, respiratório, digestivo, circulatório, muscular, etc. Há comandos provindos do cérebro que incidem nos órgãos e funcionamentos dos outros sistemas, mas ele próprio se

²³⁴ PASSOS, JJ Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 66.

coloca sob a influência dos sentidos e sobre o impacto da fisiologia e da patologia dos órgãos integrantes dos outros sistemas. O somático e o psíquico interagem, mutuamente se influenciando. Em resumo: “o que existe é uma pluralidade convergindo para uma única realidade essencial: o homem”.

Impõe-se, destarte, a compreensão do Direito integrando-o no universo da condição humana. Não só a do Direito, mas a de qualquer fenômeno. O homem fragmenta o todo e analisa o que dele foi dissociado para crescer em “conhecimento”, mas só adquire “sabedoria”, que é a “compreensão” em sua plenitude, quando reintegra no todo a parte analisada e passa a conhecê-la em função desse todo. Não se deve alimentar a pretensão estulta de estar “fora ou acima” do Todo. Apenas tragicamente todos estão destinados a ser a consciência desse Todo.

7 A VERDADE NA PRAGMÁTICA PROCESSUAL

7.1 A Verdade Produzida nos Processos

Para Luiz Sergio Fernandes de Souza, a noção de abuso do direito no processo judicial está relacionada ao dever da verdade. Importa saber como a dogmática processual elabora o conceito de “verdade” e como os sujeitos processuais o utilizam, na tentativa de reconhecer significados que indicam determinadas atitudes culturais. E o processo judicial é campo fértil para toda essa reflexão, porque nele estão registradas formas particulares de compreensão das coisas, que se revelam no julgamento do produto cultural de cada época. O processo é, assim, fato social, flagrante de um determinado momento histórico.²³⁵

A verdade, como fórmula metafísica, como um ideal de justiça, conspira contra a exigência social da rápida solução dos litígios. Daí porque os processualistas entendem que a verdade, dentro de uma perspectiva social do processo, é sempre relativa e não absoluta.²³⁶

A Reforma de 1994 e 1995 tratou de sublimar a concepção social do processo, que tem em conta um modelo de justiça distributiva. O processo, como instrumento de composição dos conflitos, terá de realizar, a um só tempo, a pacificação social e a justiça. Longe do valor mágico da palavra, do simbolismo da forma, o processo desenvolve-se no terreno da discussão, do debate e da controvérsia, que encontram limite na regra, posta por convenção. Daí porque a verdade é sempre um construído, parcial, relativa e limitada à perspectiva das partes.²³⁷

A idéia de processo, como busca da verdade, surge apenas – como já se adiantou – no final do séc. XII e no transcorrer do séc. XIII. As repercussões, no campo científico, dessa nova forma de investigação judicial refletem a importância do Renascimento, com movimento de retomada dos valores da cultura greco-romana. Subsiste na prática judiciária da Idade Média a monopolização do processo, como instrumento dos poderosos, tal qual ocorria no período bárbaro.

²³⁵ Op. Cit. p. 136/137

²³⁶ Giuseppe Chiovenda (Instituições de Direito Processual Civil, 2. Ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 43 e 44)

²³⁷ Op. Cit. p. 140-143.

Essa nova figura interfere na forma de solução dos litígios. Surge a sentença, que tem base no flagrante delito ou na *inquisitio*. E que, quando a apuração do fato se dava tempos depois, era preciso reconstituir as coisas.

Era através de perguntas, longe do aspecto da violência, da pressão ou da tortura, que se buscava a verdade.²³⁸ Todo o grande movimento cultural que começa a preparar o Renascimento, a partir do século XI, pode ser definido, em parte, como desenvolvimento do inquérito, forma geral de saber.

7.2 A Verdade Parcial (das partes) do Processo

É certo que o processo tem por objetivo a manutenção da paz social. Mas isto só pode ser garantido quando o Estado-jurisdição fortalece a confiança dos jurisdicionados na vitória da causa. O Judiciário, portanto, deve ter em conta não só a necessidade de colocar fim ao litígio, mas também a necessidade de uma solução justa,²³⁹ que depende do descobrimento da verdade.²⁴⁰

A inteligência, quando não comprometida com interesses ou apetites, tende sempre a considerar a verdade como um fim em si. No entanto, não é esta a posição que sempre convém ao direito processual, que é, antes de tudo, uma ciência eminentemente prática.²⁴¹

Admite-se que a ordem jurídica procura a solução dos conflitos dentro da justiça e da verdade. “Mas, pelas contingências da falibilidade humana, é possível que a solução judicial não corresponda, na realidade, nem à justiça e nem à verdade... A sentença injusta é uma fatalidade na vida processual, mas que, mesmo assim, surte efeitos, não permitindo nem mesmo a ação rescisória, que é restrita à sentença ilegal”.²⁴²

Vê-se, assim, que não há necessária correspondência entre verdade material e ideal de justiça. Por outro lado, a verdade formal compreende a noção de justiça como imperativo de ordem prática, mas não se esgota neste conceito. De acordo com o senso comum dos processualistas, a verdade material é aquela

²³⁸ FOUCAULT. Michel, A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, (1996, p. 71). a origem da *inquisitio*, do saber por inquérito, remonta às chamadas vistas eclesiais que se faziam nas paróquias, dioceses e comunidades.

²³⁹ Esta – como visto – também é a posição de Chiovenda (Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 37-46).

²⁴⁰ OLMEDO. Jorge A. Clariá, (Derecho Procesal, vol. 2, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983, p. 48). todo processo judicial persegue finalidade específica imediata a fixação dos fatos fundamentais das pretensões das partes, mediante a busca e aquisição da verdade

²⁴¹ ARRUDA ALVIM. José Manoel, Curso de Direito Processual civil, vol. 2, RT, São Paulo, 1972, p. 205.

²⁴² BARBI. Celso Agrícola, Comentários ao Código de processo Civil, vol./ 1, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 174 e 175.

correspondente ao que efetivamente ocorre. A verdade formal, por sua vez, é aquela que vale no processo, retrato mais ou menos perfeito da verdade material.²⁴³

Conforme distinção corrente, a verdade formal é perfeitamente adequada ao princípio dispositivo. Vale dizer, se é certo que a verdade é premissa necessária da aplicação da justiça, certo também é que ao demandante, segundo o princípio dispositivo, compete dar ao juiz o conhecimento dos fatos (*Da mihi factum, dabo tibi jus*).²⁴⁴

Segundo Luiz Sergio Fernandes de Souza, não se pode negar à parte, naturalmente parcial, o direito de apresentar os fatos conforme sua ótica e interesse, diferentemente do que ocorre quando se aplica o princípio inquisitivo, apropriado ao tratamento das matérias de ordem pública (questões de estado da pessoa, pátrio poder, tutela e curatela, declaração de ausência, disposição de última vontade, etc)²⁴⁵, em que se procura a verdade material.²⁴⁶

Assim, sob este ponto de vista, nos processos, regidos pelo princípio dispositivo, não se pode cogitar do *dever de completude*, ou seja, da obrigação de apresentar em juízo fatos francamente desfavoráveis à parte.

Ademais, como observa Piero Calamandrei, a prova está voltada à demonstração da semelhança e não da verdade, o que neste ponto também se aplica à verdade histórica.²⁴⁷ Ainda que exista concordância entre os diversos testemunhos, acerca de determinado fato, poderá o juiz, quando muito, concluir que, diante da uniformidade dos relatos, é bem possível que as coisas tenham se passado mesmo daquela forma. Somente em casos excepcionais, como é a hipótese da inspeção judicial, poderá o magistrado conhecer os fatos na sua dimensão empírica.²⁴⁸

Está claro que todo juízo de probabilidade e verossimilhança tem um caráter eminentemente relativo. Assim, o direito processual opera com graus de aproximação progressiva da verdade.²⁴⁹ Isto levaria a crer que a distinção entre

²⁴³ Carlo Furno, Teoría de la Prueba Legal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 16, apud Arruda Alvim, Curso de Direito Processual Civil, vol II, São Paulo, RT, 1972, p.206.

²⁴⁴ SANTOS. Moacyr Amaral, Contra o processo autoritário, in Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, 1959, vol. 54, fasc I, p. 226.

²⁴⁵ Luiz Sergio Fernandes de Souza, op. cit., p. 157.

²⁴⁶ SATTA. Salvatore, Direito Processual Civil, 7. ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, p. 198 e 199.

²⁴⁷ CALAMANDREI. Piero, Derecho Procesal Civil, vol 3, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, p. 319).

²⁴⁸ Idem, p. 317-319 e 349.

²⁴⁹ MELENDO, Santiago Senti. La prueba – los grandes temas Del derecho probatório. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-America, 1978, p. 40-59.

verdade e verossimilhança, muitas vezes feita pelo legislador (art. 273, caput, do CPC, v.g), é um *non-sens*.

A doutrina considera, entretanto, que a verossimilhança diz respeito à alegação da parte, ao passo que o juízo de verdade (ainda que reduzido, em última análise, a um juízo de semelhança, sob o ponto de vista psicológico e sociológico) é uma estimativa final que versa sobre toda a prova produzida. A alegação da parte é a interpretação que ela retira dos fatos. Serve, no processo dispositivo, para fixação do *thema probandum*. Não é prova, mas delimitação dos fatos a serem provados. O juízo definitivo de verdade, de outra forma, está pautado no exame da prova que nestes limites foi produzida.²⁵⁰

²⁵⁰ Piero Calamandrei, Derecho Procesal Civil, vol. 3, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1973, p. 326-330.

CAPÍTULO II - A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1 CONCEITO

Atualmente presente no ordenamento brasileiro, principalmente no art. 50²⁵¹, do Código Civil e no art. 28, do CDC, a doutrina da desconsideração foi desenvolvida pelos tribunais norte-americanos para impedir abuso por meio do uso da personalidade jurídica. É conhecida pelas designações no Direito inglês e no americano, como *disregard of legal entity*, *disregard of corporate entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil*, *cracking open the corporate shell*; no Direito Italiano, *superamento della personalità giuridica*; no Direito alemão, *Durchgriff der juristischen Person*; no Direito argentino, *teoría de la penetración o desestimación de la personalidad*; no Direito francês, *mise à l'écart de la personnalité morale*.

A *disregard of corporate entity* é definida no *Black's Law Dictionary* como desconsideração da personalidade da companhia, que significa “tratar uma companhia como se não existisse para efeitos fiscais ou certos outros propósitos de responsabilização. Em tal evento, cada acionista responderia pela distribuição das ações em todas as transações da companhia referentes a tributação ou outras responsabilidades conseqüentes”.²⁵²

²⁵¹ Art. 50, CC: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

²⁵² BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6^a ed. Centennial Edition (1891-1991). Reprint. St. Paul: west, 1994, p. 472. Texto original: Disregard of corporate entity. To treat a corporation as if did no exist for tax or certain other liability purposes. In such event, each shareholder would account for allocable share of all corporate transactions possessing tax or other liability consequences. (trad. livre)

E ao tratar de *piercing the corporate veil* continua a conceituá-la como

perfurando o véu da companhia. Processo judicial por meio do qual o tribunal desconsiderará a imunidade habitual dos administradores da companhia ou de outras companhias pela responsabilidade das atividades delituosas da companhia; por exemplo quando a companhia existe com o propósito de somente perpetrar fraude. Doutrina que se assegura que a estrutura da sociedade com responsabilidade limitada pode ser desconsiderada impondo-se responsabilidade pessoal no caso de fraude ou outra injustiça aos acionistas, administradores e diretores que agem em nome da sociedade. Porém, o tribunal só pode olhar além da forma da companhia para anular a fraude, o erro ou corrigir a injustiça.²⁵³

Utiliza-se a expressão "desconsideração da pessoa jurídica" (ou outra equivalente, como "superação", "penetração", "levantamento do véu societário", etc.) para indicar ignorância para um caso concreto, da personificação societária. Analisa-se uma situação jurídica como se a pessoa jurídica não existisse, o que significa que se trata a sociedade e o sócio como se fossem uma mesma e única pessoa.

A formação do conceito de desconsideração depende da conjugação dos seguintes elementos:²⁵⁴

a) Existência de uma ou mais sociedades personificadas

O problema central situa-se justamente na personificação, que importa distinção jurídica entre os sujeitos envolvidos. A regra da personificação acarretaria a necessidade de tratar como sujeitos distintos a sociedade e seus sócios (pessoas físicas ou pessoa jurídica) ou várias sociedades personificadas, mas entre si vinculadas por laços de coligação ou controle (grupos de fato ou de direito).

b) Ignorância dos efeitos da personificação

A desconsideração indica a suspensão da incidência das regras da personificação societária. Opõe-se ao regime formal e comum previsto para as sociedades personificadas como que uma barreira. Afasta-se a aplicação dos

²⁵³ BLACK, 1994, p. 1147-8. Texto original: Piercing the corporate veil. Judicial process whereby court will disregard usual immunity of corporate officers or entities from liability for wrongful corporate activities; e.g. when incorporation exists for sole purpose of perpetrating fraud. The doctrine which holds that the corporate structure with its attendant limited liability of shareholders may be disregarded and personal liability imposed on stockholders, officers and directors in case of fraud or other wrongful acts done in name of corporation. The court, however, may look beyond the corporate form only for the defeat of fraud or wrong or the remedying of injustice. (trad. livre)

²⁵⁴ Estes cinco elementos que formam a composição do conceito da desconsideração da personalidade jurídica foram extraídos da obra de Marçal Justen Filho, *Desconsideração*, p. 55-57.

preceitos de direito societário. Ou melhor, trata-se a questão tal como se inexistisse a personificação societária.

c) Ignorância de tais efeitos para o caso concreto

Tal ignorância não tem cunho permanente. Ou seja, não se confunde com uma invalidação da personificação societária, com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Não é definitiva e não retira, por isso, o cunho de pessoa jurídica à sociedade. Reconhece-se como válida a constituição da sociedade, como também válida é a sua existência. A desconsideração significa tão-somente a suspensão dos efeitos da personificação relativamente a algum ato específico, a algum período determinado da atividade da sociedade ou ao relacionamento específico entre a sociedade e certa(s) pessoa(s).

d) Manutenção da validade de atos jurídicos

A desconsideração não significa a invalidação, diretamente, de qualquer ato jurídico. Reputam-se válidos todos os atos jurídicos, tomando em vista, tão somente, a inoccorrência dos efeitos da personalidade jurídica. Eventualmente, contudo, poderá produzir-se a invalidação de ato jurídico, como decorrência indireta da aplicação da teoria da desconsideração. Assim, por exemplo, quando a ignorância dos efeitos da personificação e a consideração exclusivamente das demais pessoas envolvidas permite a verificação da ocorrência de um vício na realização do ato. Mas, em suma, desconsiderar a personalidade jurídica não significa invalidar atos jurídicos.

e) Finalidade de evitar o perecimento de um interesse (função)

Aspecto fundamental do conceito de desconsideração reside no tópico da finalidade da pessoa jurídica. O ângulo teleológico é fundamental para apreender adequadamente a natureza do conceito. Trata-se, basicamente, de ignorar os efeitos da personificação para um caso concreto, tendo em vista o risco que conduta oposta traria no sentido de sacrifício de um interesse tutelado pelo direito.

É inviável a tentativa de elaborar uma teoria da desconsideração tomando em vista o ato ou a série de atos, em si mesmos, relativamente aos quais se processará a desconsideração. Embora seja indispensável ter em vista tais circunstâncias, é fundamental avaliar as conseqüências que serão produzidas em caso de aplicação dos princípios atinentes à pessoa jurídica.

O que justifica toda a teoria da desconsideração é o risco de uma utilização anômala do regime correspondente à pessoa jurídica acarretar um efeito indesejável. Portanto, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser conceituada nos termos seguintes: "É a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica."²⁵⁵

Em sua conceituação, Lamartine²⁵⁶ enfatiza outro importante aspecto. Sustenta, com apoio na doutrina germânica, a necessidade de distinguir as operações de imputação de atos jurídicos e a desconsideração propriamente dita. Segundo o eminente professor paranaense, não se trataria de desconsideração quando a questão fosse de atribuir a prática de ato ilícito a quem tenha responsabilidade solidária para com a sociedade. Haveria desconsideração somente quando o caso fosse de responsabilidade subsidiária de uma pessoa pelo débito alheio.

Rubens Requião entende que, como ponto de partida para conceituar a doutrina do *disregard* ou da penetração, é necessário convir que as pessoas jurídicas, sobretudo no que concerne ao direito brasileiro, constituem uma criação da lei. Como criação da vontade da lei refletem uma realidade, mas uma realidade do mundo jurídico, e não da vida sensível.²⁵⁷

Wilson de Souza Campos Batalha²⁵⁸ observa que a "a *disregard doctrine* é apenas uma formulação moderna do velho brocardo – *fraus omnia corrumpit*. É preciso afastar as cortinas conceituais quando se trata de apanhar a realidade que se oculta sob as máscaras do formalismo jurídico"

Afirma Rolf Serick que: "se se abusa da forma da pessoa jurídica, o juiz pode, a fim de impedir que se alcance o objetivo ilícito perseguido, não respeitar

²⁵⁵ Idem, ibidem, p. 56/57.

²⁵⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de, *A dupla crise da pessoa jurídica*, Editora Saraiva, São Paulo, 1979, p. 610/611. "Para que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de um a concepção dualista de obrigação: responsabilidade subsidiária por dívida alheia.... não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles casos de mera imputação do ato... quando se aplique a noção de imputação, a responsabilidade não será dominada pelo princípio da subsidiariedade, essencial nos autênticos casos de desconsideração, em que se supõe a prévia demonstração da insolvência do primeiramente responsável".

²⁵⁷ REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial*, Saraiva, 1977, p. 156.

²⁵⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista – responsabilidade dos sócios em execução trabalhista, Ltr, 58-11/1295.

a forma, afastando-se, por conseguinte, o princípio que estabelece a distinção entre o sócio e a pessoa jurídica”.²⁵⁹

Para Suzy Elizabeth Cavalcanti Koury²⁶⁰, o operador do direito deve partir do pressuposto de que o caráter básico de desconsideração reside no desvio de função da pessoa jurídica e que, no exame do caso concreto, deve-se ter sempre em conta os valores que inspiram o ordenamento, a fim de, em face desses valores, afastar-se o princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoas-membros, sempre que isso for necessário para evitar resultados juridicamente condenáveis.

Suzy Koury ainda afirma que a *Disregard Doctrine* consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizando, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.²⁶¹

Por final, Maurice Wormser,²⁶² jurista norte-americano, procurou delinear o conceito da doutrina demonstrando que “quando a pessoa jurídica é empregada para defraudar credores, evitar uma obrigação existente, tirar vantagem da lei, alcançar ou perpetuar monopólio, ou proteger a desonestidade ou o crime, os tribunais irão colocar de lado a pessoa jurídica, irão considerar a sociedade como uma associação ativa de homens e mulheres, e irão fazer justiça.

²⁵⁹ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 275. Texto original: Se si abusa della forma della persona giuridica il giudice può, al fine di impedire che venga raggiunto lo scopo illecito perseguito, non rispettare tale forma, allontanandosi quindi dal principio della netta distinzione tra socio e persona giuridica, (trad. livre).

²⁶⁰ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2ª ed., Editora Forense, São Paulo, 1995, p. 111.

²⁶¹ Op. Cit., p. 80.

²⁶² WORMSER, Maurice. *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*. New York: Baker, Voorhis and Company, 1929, p. 84. Texto original: When the conception of corporate entity is employed to defraud creditor, to evade an existing obligation, to circumvent a statute, to achieve or perpetuate monopoly, or to protect knavery or crime, the courts will draw aside the web of entity, will regard the corporate company as an association of live, up-and-doing, men and women shareholders, and will do justice between real persons. (trad. livre)

2 ORIGEM HISTÓRICA

No século XIX, diante das mutações necessárias ao Direito, a doutrina e a jurisprudência passaram a se preocupar com a utilização da pessoa jurídica de maneira diversa daquelas consideradas pelo ordenamento jurídico para o reconhecimento desses seres dotados de existência própria e autônoma. Com o mau uso da pessoa jurídica, passou a existir a necessidade de utilização de outros meios para que isso fosse reprimido como forma de preservar o próprio instituto da pessoa jurídica.

Para Verrucoli,²⁶³ a chamada teoria da soberania, que foi elaborada pelo alemão Haussmann e desenvolvida, na Itália, por Mossa, constituiu um precedente da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Essa teoria tinha como objetivo imputar ao controlador de uma sociedade de capitais as obrigações assumidas pela sociedade controladora e por ela não satisfeitas, relevando-se, assim, a substância das relações em detrimento de sua estrutura formal.²⁶⁴ Tal teoria, apesar dos avanços encontrados, não alcançou repercussão no plano prático.

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica desenvolveu-se e foi amplamente difundida na *common law*, principalmente nos Estados Unidos da América. Entretanto, a maioria dos doutrinadores acredita que essa doutrina teve sua origem na Inglaterra, no célebre caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado pela *House of Lords* - última instância – em 1897.²⁶⁵

Trata-se do caso de um comerciante de couros e calçados, Aaron Salomon, que fundou, em 1892, a *Salomon & Co. Ltd.* tendo como sócios fundadores ele mesmo, sua mulher, sua filha e seus quatro filhos. A sociedade foi constituída com 20.007 ações, sendo que a mulher e os cinco filhos tornaram-se proprietários de uma ação cada um, e as restantes 20.001 foram atribuídas a Aaron Salomon, das quais 20.000 foram integralizadas com a transferência, para a sociedade, do fundo de comércio que Aaron já possuía, como detentor único, a título individual.

²⁶³ VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella "common law" e nella "civil law"*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 02. (trad. livre)

²⁶⁴ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2ª ed., Editora Forense, São Paulo, 1995, p. 63.

²⁶⁵ OLIVEIRA. José Lamartine Correa de, *A dupla crise da pessoa jurídica*, Editora Saraiva, São Paulo, 1979, p. 456.

Aparentemente, de acordo com as narrativas dos fatos existentes em várias obras que tratam do assunto, o preço da transferência desse fundo seria superior ao valor das ações subscritas: pela diferença, Aaron Salomon, era ainda credor da *Salomon & Co. Ltd.*, com garantia real em seu favor constituída. Com a sociedade, entretanto, vindo a entrar em insolvência e a ser dissolvida, estabeleceu-se o litígio judicial entre o próprio Aaron Salomon e ela. Tanto a *High Court* quanto, em grau de recurso, a *Court of Appeal* deram ganho de causa à sociedade, condenando Aaron Salomon a pagar-lhe certa soma em dinheiro, ressaltando as decisões de que a sociedade seria apenas um outro nome para designar o próprio Aaron Salomon.

A *High Court* acreditava ser um estratagema de que Aaron se serviu para ter lucro de uma atividade econômica sem os riscos e a responsabilidade pelas dívidas. A sociedade seria um representante (*agent*) de Aaron Salomon e teria direito, como todo representante, a obter do representado a soma necessária à satisfação dos débitos contraídos no interesse do representado. A *Court of Appeal*, embora preferindo falar em uma relação fiduciária, de *trust*, e não em *agency*, chegou ao mesmo resultado.

Em seu relato histórico, conclui Lamartine que, contudo, a *House of Lords*, reformando as decisões e aferrando-se aos princípios ortodoxos em matéria de pessoa jurídica, censurou asperamente aquilo que considerou incoerência das decisões recorridas. A *House of Lords* ponderou que, uma vez que se admite a sociedade, por seu liquidante, possa fazer valer determinados direitos contra seu sócio principal, está-se, evidentemente, a reconhecer sua personalidade jurídica distinta; que a circunstância de estarem quase todas as ações em nome de Aaron e de estarem poucas ações restantes em mãos de pessoas de sua família não tinha por si só o condão de afetar o fato de que a sociedade fora validamente constituída, nem o de fazer nascer contra a pessoa dos sócios deveres, que, de outra forma, inexistiram; que, também, a circunstância de virem as ações a serem transferidas durante a vida da sociedade a uma só pessoa não afeta em nada a existência nem a capacidade de uma sociedade cuja personalidade jurídica foi reconhecida.²⁶⁶

É importante ressaltar a influência negativa desse caso para o desenvolvimento da *Disregard Doctrine* na Inglaterra, que, desde então, vem aplicando rigorosamente os princípios da separação das personalidades jurídicas

²⁶⁶ Op. cit., p. 457.

entre sócio e sociedade e da responsabilidade patrimonial nele consagrado. Para Verrucoli, a jurisprudência inglesa preserva bastante o privilégio da personificação das pessoas jurídicas, em que a teoria da desconsideração somente é utilizada em casos extremos.²⁶⁷

Constata-se que o caso inglês *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, de 1897, exerceu influência negativa no Direito inglês, onde as cortes passaram a aplicar com maior intensidade o princípio da separação subjetiva e patrimonial dos sócios e da sociedade. Verifica-se nesse caso que somente as cortes inferiores aplicaram a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto a *House of Lords* intensificou o princípio da separação subjetiva e patrimonial, o que não pareceu correto.

Suzy Koury afirma haver inverdades com relação ao caso inglês *Salomon v. Salomon & Co.*, pois ele foi julgado em 1897, 88 anos após a primeira manifestação da jurisprudência norte-americana, que, em 1809, “no caso *Bank of United States v. Deveaux*, o Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre *corporation*, já que a Constituição Federal americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados, conheceu da causa”.²⁶⁸

Nesse caso, não considerou o foro da sede da empresa (*corporation*) e, ao considerar que os seus sócios residiam em vários Estados, estimou tão somente as pessoas dos sócios para definir a competência da Corte Federal.

Simplemente por dar conhecimento à causa, acabava por aplicar a *Disregard Doctrine*. Para Wormser²⁶⁹, não interessa a discussão da decisão em si, mas cabe aqui ressaltar que em 1809 os tribunais desconsideraram a personalidade da sociedade e observaram as características dos sócios individuais.

É evidente a diferença temporal entre o caso inglês *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* e o caso norte-americano *Bank of United States v. Deveaux*, e destacada a influência negativa do primeiro na jurisprudência inglesa. Ao se analisar o caso norte-americano, não se constatou que ele é um *leading case* (principal caso)

²⁶⁷ VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di dapitali nella “common law” e nella “civil law”*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 90-103. (trad. livre)

²⁶⁸ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2ª ed., Editora Forense, São Paulo, 1995, p. 64.

²⁶⁹ WORMSER, Maurice. *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*. New York: Baker, Voorhis and Company, 1929, p. 496-518.

no Direito norte-americano; contudo, pode-se afirmar que é a primeira manifestação da *Disregard Doctrine* nos tribunais daquele país. Wormser comenta esse caso em sua obra *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*.

Para o autor norte-americano, o certo é que a pessoa jurídica não pode ser comparada a um cidadão de determinado Estado. Se uma companhia é pessoa jurídica, e se ela só está vestida com invisibilidade e intangibilidade, esta não pode, é claro, ser um cidadão de um estado. A constituição federal, entretanto, no artigo 3º, seção 2ª, limita entre as partes a jurisdição das cortes federais “para controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados”. Em 1809, o juiz Marshall, *Chief Justice*²⁷⁰, conseqüentemente, a fim de preservar a jurisdição dos tribunais federais sobre as sociedades anônimas, foi compelido a olhar além da pessoa jurídica “para o caráter dos indivíduos que compõem a sociedade anônima”. O tribunal proclamou que “substancialmente e essencialmente” as partes do processo são os acionistas, e que seus direitos e deveres como cidadãos reconhecidos podem ser alcançados.²⁷¹

Na seqüência, Wormser afirma que

é simplesmente necessário para o presente propósito notar que, em 1809, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos não considerou razoável que o conceito de pessoa jurídica pudesse permitir desalojar os tribunais federais de sua importância e seu alcance jurisdicional sobre as sociedades anônimas, um resultado que qualquer um por mais zeloso e condizente com a teoria da pessoa jurídica poderia inevitavelmente vincular. Já naqueles dias, as cortes colocaram de lado a personalidade que protege a sociedade anônima e olharam para as personalidades individuais dos membros que a compõe.²⁷²

Verifica-se que a aplicação da teoria da desconideração é realizada no Direito norte-americano com bastante cautela, mas sem a preocupação presente no Direito inglês. Entretanto, pode-se constatar que no Direito norte-americano a teoria é aplicada em obediência às razões de justiça social sem que haja atenção

²⁷⁰ Chief Justice, no Blacks dictionary, "é o presidente, o mais antigo, ou o principal juiz da corte". Texto original: The presiding, most senior, or principal judge of a court.

²⁷¹ WORMSER, Maurice. *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*. New York: Baker, Voorhis and Company, 1929, p. 45. Texto original: Now, if a corporation is merely a legal entity, if it is clothed only with invisibility and intangibility, it could not, of course, be a citizen of a state. The federal constitution, however, in article three, section two, limits, inter alia, the jurisdiction of the federal courts to controversies between citizens of different states. In 1809, Chief Justice Marshall, therefore, in order to preserve the jurisdiction of the federal courts over corporations, was compelled to look beyond the entity to the character of the individuals who compose the corporation. The court proclaimed that substantially and essentially the parties to the suit are the stockholders, and that of their several citizenships cognizance would be taken. (trad. livre)

²⁷² Idem, Ibidem, p. 46. Texto original: It is simply necessary for present purposes to note that as early as 1809, the United States Supreme Court did not regard it as reasonable that the operation of the concept should be permitted to oust the federal courts of their important and far-reaching jurisdiction over corporations, a result which any overzealous adherence to theory of corporate entity would inevitably entail. Already at that day, courts have drawn aside the veil and looked at the character of the individual corporators. (trad. livre)

exagerada à qualificação jurídica do meio aplicado. Nota-se aí certa flexibilidade da jurisprudência norte-americana na admissão da desconsideração.

3 A NATUREZA JURÍDICA

Há que se buscar semelhanças entre a desconsideração e outros casos constantes do direito brasileiro, como os vícios do ato jurídico, a simulação e fraude contra credores ou a fraude à execução, desde que bem esclarecido que as semelhanças não pressupõem a coincidência dos institutos.

A desconsideração, ao contrário dos vícios dos atos jurídicos, não ocorre quando há discordância entre a norma legal e o ato praticado, e sim quando os atos da pessoa jurídica conflitam com os próprios objetivos atribuídos a esta, ou seja, quando há um desvio da finalidade da sociedade.

Para uma diferenciação entre os vícios dos atos jurídicos e a desconsideração é salutar verificar a distinção da importância do ato e do sujeito para estes institutos. Como bem especifica Marçal Justen Filho²⁷³

Na desconsideração, toma-se em vista preponderantemente a pessoa jurídica e/ou pessoa física, pois que é através da análise da atuação do sujeito que se individualiza a abordagem superativa. Já, quando se considera o vício do ato, voltam-se os olhos preponderantemente para a conduta exteriorizada.

Portanto, o ato é relevante, para a teoria da desconsideração, na medida em que é evidência de um desvio de função na conduta do sujeito. E o sujeito é relevante, para a teoria dos vícios, na medida em que um elemento ou pressuposto de validade e de regularidade do ato não se encontra presente.

Quanto aos efeitos produzidos, deve-se salientar que, como visto anteriormente, a desconsideração não invalida a sociedade, mas o vício anula o ato jurídico. Deste modo, enquanto para este ocorre a nulidade dos efeitos do ato, naquele se transfere o responsabilidade para a figura dos sócios.

3.1 A Desconsideração e os Vícios Sociais (simulação e fraude contra credores)

Na simulação, no entender de Silvio Rodrigues²⁷⁴

²⁷³ FILHO, Marçal Justen. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 69-70.

²⁷⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1976. p.173.

a declaração reveladora de intenção negocial não difere da vontade que os simuladores tiveram intento de externar”, enquanto que na fraude contra credores se “manifesta pelo procedimento deliberado e consciente do devedor, que no intuito de prejudicar seus credores, diminui maliciosamente seu patrimônio.

Deste modo, na dissimulação os atos praticados visam a criar, em detrimento de direitos de terceiros, uma mera aparência, uma máscara, com a qual encobrem um fato considerado ilegal ou reprovável pelo sistema normativo.

Já na fraude contra credores, o objetivo é provocar conscientemente a insolvência da sociedade, dispondo de seus bens com o conseqüente impedimento de satisfação dos credores. Há, portanto, dois elementos que caracterizam esse instituto: um subjetivo, consubstanciado na má fé; e um elemento objetivo, que é o ato capaz de levar o devedor à insolvência.²⁷⁵

Nesse mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco considera a existência de fraude contra credores quando presentes a insolvência, considerada como *eventus damni* resultante do aumento do passivo sobre o ativo, e o *consilium fraudis*, caracterizada pela intenção fraudulenta de praticar o ato.²⁷⁶

Questiona-se: pode-se afirmar que surge ao credor ou terceiro prejudicado a possibilidade de se buscar a ineficácia dos atos praticados mediante a Ação Pauliana ou desconsiderar a personalidade jurídica, ficando a seu critério decidir por um ou por outro?

A princípio, quando houver dúvida entre a propositura entre a Ação Pauliana e a possibilidade de pedir a desconsideração, desde que presentes os requisitos para propor a pauliana, deverá prevalecer a opção pela anulação do ato jurídico, pois para se aplicar a teoria da desconsideração é necessária a validade do ato, porém, com a utilização da pessoa jurídica desviada das suas funções previstas no ordenamento jurídico.²⁷⁷

Com a declaração judicial de fraude contra credores, o ato de alienação é anulado e o bem retorna à empresa. Ora! para se propor a desconsideração da personalidade jurídica deverá inexistir bens em nome da sociedade para, subsidiariamente atingir-se o patrimônio do sócio.

²⁷⁵ RODRIGUES, Op. cit., p.219.

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 262-263.

²⁷⁷ JUSTEN FILHO, Op. cit., p. 83.

3.2 A Desconsideração e a Fraude à Execução

A fraude à execução é considerada, tanto para a lei quanto para os autores, um evento mais danoso que a fraude contra credores, e, antes de tudo, uma afronta à entrega da prestação jurisdicional, eis que a alienação de determinados bens, neste caso, ocorre na pendência de um julgamento, podendo levar o devedor à insolvência, o que frustraria a efetividade da prestação jurisdicional.

Na fraude à execução, ao contrário do que ocorre na fraude contra credores, a prova de que a alienação não fora fraudulenta pertence ao devedor, uma vez que há a presunção da insolvência.

Expressa o art. 593 do CPC que se considera em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - quando sobre elas pender ação fundada em direito real;

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.

A declaração da fraude pode ser requerida e reconhecida nos próprios autos mediante simples despacho, sem que exija autos apartados como na Ação Pauliana.

Na fraude à execução se declara a ineficácia do ato jurídico, de tal modo que os efeitos do ato praticado são ignorados, enquanto que na desconsideração o que é ignorado é a personalização societária. Pode-se afirmar que, enquanto na fraude à execução os atos são declarados ineficazes, na desconsideração os atos são considerados válidos e eficazes, mas os sócios respondem com seus bens.

Incontestável, portanto, que a opção pela declaração de fraude à execução é a mais interessante e juridicamente correta, desde que já pendente a ação, seja pela facilidade do seu processamento, seja pela imposição da aplicação de dispositivo legal que, na ocorrência de seus pressupostos, deve o mesmo ser aplicado para tornarem ineficazes os efeitos do ato antijurídico.

Ressalte-se que, com a declaração de ocorrência de fraude à execução, a alienação torna-se ineficaz e o bem patrimonial poderá ser expropriado

pelo credor, sem necessidade, portanto, de atingir bens do sócio via desconsideração.

3.3 A Desconsideração e Teorias Afins

3.3.1 A Teoria *Ultra Vires*

De origem anglo-saxônica, a teoria *ultra vires* se refere aos limites impostos à sociedade pela cláusula do objeto social. Considerando que a sociedade existe apenas para a realização do objeto social, são perigosos os atos que violam esse mesmo objeto tanto para os sócios como para os credores, devendo, por isso, ser considerados nulos os atos praticados *ultra vires*.²⁷⁸

A doutrina veio aparecer no Direito inglês apenas no início do Século XVII, quando se afirmou que a pessoa jurídica criada por Carta Real possuía capacidade igual à de uma pessoa física desde que pudesse exercer materialmente seus atributos. Porém, isso não poderia fazer com que a sociedade se excedesse dispondo de seus fundos para objetivo não previsto pela própria sociedade.

Vigorou, todavia, durante anos a idéia de que o consentimento unânime dos sócios pudesse ratificar um ato fora do objeto social e que a pessoa jurídica teria plena capacidade para agir sofrendo apenas restrição prevista pelo legislador. A doutrina, entretanto, evoluiu, tendo se firmado com uma decisão da Câmara dos Lords em 1875. Diretores de uma sociedade de mecânica e negócios gerais pretenderam que a sociedade financiasse a construção de uma estrada de ferro na Bélgica, o que não se enquadrava no contrato social. A Câmara dos Lords, em grau de recurso, afirmou que a ratificação da decisão dos diretores era ineficaz porque o contrato não se enquadrava no projeto social.

Com o tempo, a necessidade de expansão das sociedades fez com que o a teoria fosse atenuada, passando a ser admitido que a sociedade pudesse exercer qualquer atividade desde que, de acordo com o Conselho de Administração da sociedade, ela pudesse ser vantajosa para a empresa.²⁷⁹

Sem adentrar em considerações a respeito de variantes da teoria por serem impertinentes ao propósito do presente trabalho, deve-se considerar, de

²⁷⁸ BULGARELLI, Waldirio. *A teoria ultra vires societatis perante a lei das sociedades por ações*, RF 273/69.

²⁷⁹ Idem, *Ibidem*, p. 70.

forma ampla, que a atuação *ultra vires* da sociedade consiste na não observação da atribuição da personalidade jurídica de acordo com a atividade para a qual foi constituída e o próprio ordenamento reconheceu titularidade de direitos e obrigações. Em conseqüência, o ato praticado *ultra vires* está impregnado de vício por ser um ato estranho ao objeto social, fora da capacidade da sociedade, dos poderes de representação dos administradores.

Ao tratar do tema Caselli²⁸⁰ destaca que, no desenvolvimento da doutrina *ultra vires*, além do exame da capacidade como limite do poder da sociedade, *ultra vires the company*, o princípio se estendeu aos atos que exorbitavam o poder de representação da administração, *ultra vires the directors*.

Doutrinariamente ainda se discute sobre a possibilidade ou não da assembléia extraordinária da sociedade por ações ratificar os atos *ultra vires*, estranhos ao objeto social.

De acordo com Caselli não se pode sancionar de nulidade a deliberação que viola a tutela do interesse dos sócios, mas, sim, ela é passível de anulabilidade como conseqüência de atuar apenas no âmbito da administração.²⁸¹

No Brasil, o Código Comercial determina, no art. 312, § 4º, necessidade de conter no contrato, a designação do objeto social como elemento indispensável à existência da sociedade, vedando, pelo art. 331, que os sócios pratiquem operações diversas das convencionadas no contrato sem o consentimento unânime de todos os sócios.

Ao discorrer sobre o uso da firma pelo sócio-gerente das sociedades por quotas, Requião destaca que os limites de sua ação são fixados pelo objetivo social. Ultrapassando esses limites, está caracterizado o ato *ultra vires*. Adverte ainda que, tanto no caso de abuso ou uso indevido da firma social, cabe ação de perdas e danos contra o sócio-gerente, promovida pela sociedade ou pelo sócio individualmente, sem prejuízo da responsabilidade criminal.²⁸²

Sendo escassa a Jurisprudência acerca do assunto, Bulgarelli observa que a validade dos atos *ultra vires* em relação à sociedade tem sido admitida com base na teoria da aparência. Todavia, como bem coloca o comercialista, a simples solução de manter a sociedade responsável pelos atos de seus administradores praticados *ultra vires* como sucedâneo da teoria da aparência,

²⁸⁰ CASELLI, Giovanni. *Oggetto Social e Atti "ultra vires"*, Itália, Pádua, 1970, p. 9. (trad. livre)

²⁸¹ Idem, *Ibidem*, p. 194/195.

²⁸² Requião, *Curso...*, v.1, p. 364.

respondendo a sociedade perante terceiros e o administrador perante a sociedade, não resolve a questão de saber se é ou não permitida a prática de atos *ultra vires*.

O reconhecimento da invalidade das decisões e atos fora do objeto social é a solução apontada por Bulgarelli, pois assim, referindo-se especificamente à sociedade por ações, proteger-se-ia a sociedade e os acionistas, fazendo com que o terceiro tomasse cautela ao contratar com sociedade personificada. Defende ainda Bulgarelli a ressalva à ratificação unânime da Assembléia Geral que só seria válida se não prejudicasse terceiro que permaneceria com a faculdade de invocar a teoria *ultra vires* para não ser prejudicado.²⁸³

Observa-se, portanto, que a teoria da *ultra vires* não se confunde com a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*). Nesta, se desconsidera a pessoa jurídica para atingir aquele que agiu em fraude à lei ou com abuso de direito; na *ultra vires* se anula somente o ato praticado que tenha se desvirtuado do objeto social para o qual foi criada a sociedade. Ambas, porém, procuram dar uma solução justa às distorções que foram surgindo em torno da pessoa jurídica.

3.3.2 A Doutrina dos Atos Próprios e a Teoria da Aparência

No sistema jurídico anglo-saxônico há também uma teoria que merece breve exame na linha da desconsideração dos atos praticados pela pessoa jurídica, é a doutrina dos atos próprios, apresentada, no Direito Comparado, por Puig Brutau.²⁸⁴

A partir do exame da unidade fundamental no plano do direito privado, debaixo da dispersão de conceitos jurídicos formalmente vinculados à legislação de cada Estado, Brutau visualiza a noção básica do direito institucional. Para ele é desnecessária a coincidência absoluta de conceitos nos diferentes sistemas, basta a identificação de soluções encontradas para os mesmos interesses protegidos.

Entre as semelhanças de soluções relevantes para o exame da desconsideração da pessoa jurídica, há, na doutrina anglo-saxônica, a teoria do

²⁸³ Ob. cit., p. 77.

²⁸⁴ in *Estudios de derecho comparado - la doctrina de los actos propios*

estoppel e, nos sistemas do Direito romanizado, há o princípio do *venire contra factum proprium non valet* ou a doutrina dos fatos próprios.

Aponta Brutau que, um dos princípios gerais mais freqüentes em invocação na prática forense é o que está contido na regra *venire contra factum proprium non valet*, quer dizer, não pode ser permitido o que está contra os seus próprios atos, não há precisão acerca de seu fundamento. Nesse passo, é importante o estudo da função que corresponde ao arbítrio judicial e o reconhecimento de seu caráter integrador da ordem jurídica para aquilatar em que casos terá fundamento invocar frente a alguém a regra geral de que não lhe é permitido contrariar os próprios atos.²⁸⁵

Sobre o conceito da doutrina dos atos próprios, afirma o autor que:

A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.²⁸⁶

Pela doutrina dos fatos próprios fica paralisada a atuação de uma pessoa sem que por parte desta haja manifestação de renúncia de direitos subjetivos ou posições jurídicas vantajosas. Por isso, segundo Brutau, não há como confundi-la com a renúncia. O fundamento está relacionado com a proteção jurídica à boa fé manifestada na confiança depositada na aparência.

Vê-se, aqui, a aproximação com a teoria da aparência que se aplica para a proteção do terceiro de boa fé. Pela aparência, uma pessoa considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa fé. Há, assim, a prevalência da aparência.

Segundo Brutau, ao descrever a teoria da aparência, afirma que:

los actos realizados por una persona engañada por una situación jurídica que es contraria a realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera, son definitivos y oponibles, como lo seriam los actos fundados en situaciones absolutamente regulares.²⁸⁷

²⁸⁵ BRUTAU, José Puig. *Estudios de derecho comparado - la doctrina de los actos propios*, Ed. Ariel, Barcelona, 1951, pp. 97/98.

²⁸⁶ Op. cit., p. 101.

²⁸⁷ Op. cit., p. 103.

Tanto em um como em outro caso, trata-se de situação jurídica aparente. Quem deu motivo a uma situação enganosa, mesmo sem o propósito deliberado de induzir outrem em erro, não pode fazer valer o direito sobre aquele que confiou na aparência. Por isso, os juristas anglo-saxônicos afirmam que alguém está *stopped* ou *barred*, impedido de fazer valer o direito que em outro caso poderia exercitar.

Embora seja uma característica dos sistemas do *common law*, Brutau admite que há uma coincidência entre a doutrina do *estoppel* e a doutrina dos fatos próprios. Trata-se de aplicação de uma doutrina mais geral que existe para dar proteção à confiança depositada na aparência.

A aplicação do princípio *venire contra factum proprium non valet* equivale a regra do *estoppe*. Ambas são técnicas sociais à consecução de um mesmo ideal de justiça.

Dessa forma, embora, não se confundam de maneira alguma com a teoria da desconsideração, as colocações sobre a teoria da aparência, a doutrina dos atos próprios e sua relação com a teoria do *estoppel* se tornam pertinentes na medida em que ampliam a possibilidade de exame da pessoa jurídica e dos enfoques possíveis na análise do fato concreto.

4 PRESSUPOSTOS E FINALIDADES

Pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que esta é manipulada na realização de fraudes. Os pressupostos escolhidos pelo Código Civil para a desconsideração da pessoa jurídica são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial (CC, art. 50). Desse modo, se o sócio envolve a sociedade em negócios estranhos aos seus fins ou não separa rigorosamente os patrimônios dela e o seu, verifica-se o abuso da personalidade jurídica da sociedade.

Nas duas teorias preponderantes a respeito da desconsideração, a maior (subjetiva) e a menor (objetiva) existem divergências quantos aos pressupostos para a aplicação da teoria ao caso concreto. Para a teoria maior, basta o uso fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica, enquanto que a teoria menor considera como pressuposto a inexistência de bens da sociedade para responder pela reparação dos prejuízos causados.²⁸⁸

É necessário frisar que existem inúmeros casos em que diretores, sócios ou gerentes são considerados como responsáveis diretos por seus atos, como nos arts. 134, VII e 135, III do Código Tributário Nacional, a Lei 5172/66 e o artigo 10 do Decreto 3708/19. Tais hipóteses não podem ser interpretadas como casos de desconsideração da pessoa jurídica, pois não há um desvio de finalidade da sociedade, e sim imputação direta sobre as pessoas dos sócios ou diretores por atos próprios.

Não se pode, portanto, confundir a responsabilidade de sócios ou dirigentes por má administração com a teoria da desconsideração, que não tem como objetivo responsabilizar este ou aquele, e sim, nas palavras de Alexandre Couto Silva²⁸⁹ “desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem.”

Em suma, se não houver obstáculo à responsabilização dos dirigentes ou sócios, o caso não será de desconsideração, pois a pessoa jurídica nesses casos não precisará ser desconsiderada para a imputação da responsabilidade. É pressuposto da desconsideração, portanto, que existam barreiras para a responsabilização dos agentes que se utilizaram da autonomia

²⁸⁸ Fabio Ulhoa Coelho, *Curso...*, p. 43.

²⁸⁹ COUTO SILVA, Alexandre. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. 1.ª ed. São Paulo: LTR, 1999. p. 28

patrimonial para praticar o desvio de função da sociedade personificada. Outros pressupostos podem ser encontrados em outras doutrinas.

Alexandre Couto Silva²⁹⁰ considera como pressupostos para a desconsideração que o ordenamento jurídico faça distinção entre a personalidade jurídica dos sócios e da sociedade e a existência de responsabilidade limitada dos sócios, o que restringiria a desconsideração para as sociedades anônimas e para as de responsabilidade limitada.

Marçal Justen Filho²⁹¹ considera que “não existe pressuposto da desconsideração, mas há pressupostos para a desconsideração, variáveis na medida em que variam as ‘pessoas jurídicas’ de que se cogita, os ramos do direito, os interesses tutelados, etc”..

E, em linhas gerais, Justen Filho assinala apenas um ponto em comum aos casos de desconsideração, como a atuação da sociedade em “contradição entre os resultados visualizados como desejáveis pelo ordenamento jurídico e os resultados que seriam atingidos se mantida a incidência do regime jurídico personificatório”.²⁹² Eis um pressuposto inafastável.

Suzy Elizabeth²⁹³, em síntese que merece ser transcrita, afirma que

nos casos em que a aplicação do regime da personificação societária desvie a sociedade da finalidade que o ordenamento jurídico vise a alcançar por seu intermédio; nos casos em que tal aplicação conduza a situações de injusto prejuízo ao Estado ou à coletividade nele organizada; e, ainda, quando a sua aplicação produza efeitos contrários aos valores que inspiram o ordenamento jurídico, poder-se-á subestimar os efeitos da personalidade jurídica, utilizando-se assim, a Disregard Doctrine.

Entende-se que o instituto da desconsideração só tem como razão de ser, o fato de que existe um credor à busca de bens do devedor, o qual os desviou para uma outra pessoa sob o seu controle. Portanto, todo embaraço à satisfação do credor e, quiçá, à efetivação dos provimentos judiciais, reside na confusão patrimonial.

E, segundo a formulação objetiva, o pressuposto da desconsideração se encontra, fundamentalmente, na confusão patrimonial. Se, a

²⁹⁰ Ibid., p. 26

²⁹¹ FILHO, Marçal Justen. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 95

²⁹² Op. cit., p. 97

²⁹³ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2ª ed., Editora Forense, São Paulo, 1995, p. 77.

partir da escrituração contábil, ou da movimentação de contas de depósito bancário, percebe-se que a sociedade paga dívidas do sócio, ou este recebe créditos dela, ou o inverso, então não há suficiente distinção no plano patrimonial, entre as pessoas. Outro indicativo eloqüente de confusão, a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, é a existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa. Ao eleger a confusão patrimonial como o pressuposto da desconsideração, a formulação objetiva realmente facilita a tutela dos interesses de credores ou terceiros lesados pelo uso fraudulento do princípio da autonomia.

Caracteriza-se a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro lado, a fraude²⁹⁴.

Fabio Ulhoa cita uma fraude aparentemente coberta de legalidade, quando a pessoa jurídica reveste forma associativa ou fundacional, ao seu integrante ou instituidor não é atribuído nenhum bem correspondente à respectiva participação na constituição do novo sujeito de direito. Quer dizer, o sócio da associação ou o instituidor da fundação, desde que mantenham controle total sobre seus órgãos administrativos, podem concretizar com maior eficácia a fraude do desvio de bens.²⁹⁵

Quanto aos objetivos ou finalidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica eles são explícitos: coibir a fraude e o abuso do direito, garantir o direito de receber do credor e proteger o instituto da pessoa jurídica.

Chega-se a essa finalidade quando se verifica que, no caso concreto, a pessoa jurídica permanece intacta em seus fundamentos, mas excepcionalmente a regra que declara ter a sociedade existência distinta dos sócios que é momentaneamente desconsiderada, respondendo os sócios com seus bens particulares.

Quando se desconsidera a personalidade jurídica, ocorre a convalidação do ato fraudulento que ocasionou a desconsideração, mas

²⁹⁴ Exemplo de uma fraude que não tem relação com a confusão patrimonial: o sócio que integraliza um vultoso capital social através de depósito de um cheque sem fundos. Com um capital social potencializado essa empresa não terá dificuldades para obter um crédito considerável perante seus futuros fornecedores, induzindo-os em erro mediante fraude.

²⁹⁵ COELHO. Fabio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol II, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

concomitante se transfere a responsabilidade para os sócios ou para outra pessoa jurídica.²⁹⁶

Como adverte Rubens Requião²⁹⁷:

[...] a disregard doctrine não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É o caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo-se, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos.

Vale ressaltar a diferenciação entre desconsideração e despersonalização da pessoa jurídica. Enquanto aquela prima por manter o máximo possível a sociedade constituída, desconsiderando-a somente no caso concreto, esta busca a anulação absoluta da personalidade, ou seja, *erga omnes*.

Portanto, os pressupostos inafastáveis da desconsideração são o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e o obstáculo ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores e ao meio ambiente, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados.

²⁹⁶ FRIGERI, Márcia. A responsabilidade dos sócios e administradores e a desconsideração da pessoa jurídica. RT 793/53.

²⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 69.

5 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

5.1 O Direito Anglo-Saxônico (*common law*)

O direito inglês desenvolveu-se em duas correntes: o *common law*, elaborado pelos Tribunais de Westminster, e o *equity*, elaborado pelo Tribunal da Chancelaria. Ambas possuem em comum o fato de formarem um direito fundado na jurisprudência (*case law*).²⁹⁸

Para René David²⁹⁹, "A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial."

O espírito desse sistema reside na idéia de que os litígios devem ser resolvidos com a ajuda dos princípios obtidos, por indução, da experiência jurídica do passado – e não por dedução das regras estabelecidas arbitrariamente por uma vontade soberana; a razão e não a vontade soberana, deve ser a justificação profunda da decisão.

Trata-se de um sistema eminentemente consuetudinário, cujas normas se revelam através dos órgãos judiciais, em decisões com muito maior possibilidade de aderência às exigências do caso concreto que aquelas fundadas em norma escrita, a qual por sua própria natureza é muito mais rígida que o costume.

Nesse sistema, certos julgados enunciam normas de eficácia vinculativa para o futuro (*holding* se chama a parte da sentença que as contém), e às quais fica daí em diante adstrito o tribunal.

Assim, o *common law* prescinde de leis que regulem o conjunto de atividades humanas, bastando que se note que a constituição federal norte-americana possui 7 artigos e 23 emendas, enquanto que a Inglaterra nem ao menos possui uma Carta Magna.

²⁹⁸ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 331.

²⁹⁹ *ibid.* p. 341.

5.1.1 O Direito Inglês

Entre os diversos sistemas jurídicos conhecidos, deve-se ao inglês a primeira notícia acerca de uma norma regulamentando a aplicação da teoria da desconsideração³⁰⁰. Trata-se do "*Companies Act*" de 1929 que prescrevia na seção 279 o seguinte:

se no curso da liquidação de sociedade constata-se que um seu negócio foi concluído com o objetivo de perpetrar uma fraude contra credores, dela ou de terceiros, ou mesmo uma fraude de outra natureza, a Corte, a pedido da liquidante, credor ou interessado, pode declarar, se considerar cabível, que toda pessoa que participou, de forma consciente, da referida operação fraudulenta será direta e ilimitadamente responsável pela obrigação, ou mesmo pela totalidade do passivo da sociedade.³⁰¹

Casillo³⁰², lembrando Wortley, enumera algumas circunstâncias no direito inglês em que se permite a desconsideração da personalidade jurídica, citando exemplos.

1. Casos de fraude e declarações inexatas - O primeiro caso foi conhecido como "Salomon & Salomon & Co." (1897), cabendo notar que a primeira instância e a Corte de Apelação deram pela desconsideração, fazendo com que os bens da pessoa física de Aaron Salomon respondessem pelas dívidas da "company". Mas finalmente, a House of Lords manteve a distinção. Em todo caso, foi o primeiro passo.
2. Controle em tempo de guerra - No chamado caso "Daimler" (1916), discutiu-se sobre "a nacionalidade" da pessoa jurídica, principalmente em caso de guerra. A empresa tinha a quase totalidade de suas ações nas mãos de cidadãos alemães, que também detinham o controle direcional. A House of Lords, apesar de a "company" ter sua sede na Inglaterra, constituída segundo as leis inglesas e sem qualquer vínculo formal com a Alemanha, considerou-a "estrangeira" e, portanto, "inimiga". Posteriormente, a tese da Casa dos Lordes foi transformada em texto legal ("Trading with the Enemy Act", 1929).
3. Direito Fiscal - Quando há subordinação de uma empresa a outra, com controle de fato, deixando claro que as duas empresas caracterizam-se como "partners" (espécie de associadas) ou, mesmo, "joint enterprise" (empresas com administração comum), pode haver responsabilidade de uma pelo débito de outra. Várias leis tratam do caso, havendo, ainda, matéria sobre imposto de renda e impostos progressivos, bem como imposto sobre sucessão ("death duties").
4. Ainda as sociedades subordinadas - Em função de alguns benefícios fiscais e outros interesses, mormente de ação global, há uma tendência, cada vez maior, na Inglaterra, de que empresas maiores controlem outras menores.

³⁰⁰ COELHO. op. cit. p.48.

³⁰¹ Ibid., p.48.

³⁰² CASILLO, João. *Desconsideração da pessoa jurídica*. RT-528, p.24-41, outubro. 1979. p.26.

5.1.2 O Direito Norte-americano

A construção jurisprudencial norte-americana vem criando diversos precedentes em que se permite aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tendência esta que vem se ampliando para as situações em que se exija a boa-fé ou em que se interpreta uma declaração de vontade.³⁰³

Nos casos em que se postula a aplicação da teoria da desconsideração, Alexandre Couto Silva³⁰⁴ esclarece que geralmente são usadas as regras ditadas pelo juiz Sanborn, no caso *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* Referido juiz decidiu que “uma companhia será considerada jurídica como regra geral, e até que suficiente razão contrária apareça; mas quando a noção de pessoa jurídica é usada para derrotar a ordem pública, justificar o injusto, proteger a fraude, ou amparar o crime, o direito irá considerar a companhia como uma associação de pessoas”.

Como em todo o sistema que adota o *common law*, nos Estados Unidos inúmeras são as razões em que são fundadas as sentenças que optam pela desconsideração. Alexandre Couto Silva³⁰⁵ adverte que as cortes norte-americanas têm ampliado os objetivos da teoria para os casos de prevenir opressão ou evitar ilegalidade, além daqueles casos já previstos por Hamilton, quais sejam: o de prevenção de fraudes e realização de justiça. E prossegue o autor ao afirmar que os critérios tradicionais articulados pelos tribunais para a desconsideração da personalidade jurídica são para prevenir fraude, opressão ou ilegalidade e realizar a justiça. Esses critérios proporcionam alguma orientação. Além disso, os tribunais freqüentemente referem-se a considerações e a fatores particulares, apesar de nenhum deles aparecerem como determinantes.

Ainda de acordo com Alexandre Couto Silva³⁰⁶, desenvolveram as cortes norte-americanas as expressões *alter ego*, “mera instrumentalidade” ou “identidade”, para verificar se pode ou não ser aplicada a teoria da desconsideração.

Ocorre o *alter ego* quando os interesses da companhia e do acionista se confundem, não existindo qualquer tipo de separação entre os dois. Ocorre a “instrumentalidade” quando o acionista detiver todo o poder sobre a

³⁰³ CASILLO, p.27.

³⁰⁴ COUTO SILVA, p. 58-59.

³⁰⁵ COUTO SILVA, Alexandre. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. 1.ª ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 59

³⁰⁶ COUTO SILVA, p. 61-62.

companhia, levando-a a uma conduta tida como ilegal ou injusta, ferindo direitos de terceiros. Quando presentes esses fatores, têm-se decidido pela desconsideração da personalidade jurídica.³⁰⁷

Fabio Ulhoa Coelho³⁰⁸ esclarece que nos Estados Unidos são utilizados quatro princípios morais que, se desobedecidos, permitem a aplicação da teoria da “veracidade (o devedor não pode enganar o credor acerca de suas reais intenções), primazia (os credores devem ser satisfeitos antes da distribuição de dividendos ou mesmo da remuneração do acionista-administrador) paridade (os credores devem ser tratados sem discriminação injustificada) e desobstrução (o devedor não pode dificultar a execução da dívida pelo credor)”.³⁰⁹

5.2 O Direito Romano-Germânico (*civil law*)

Em sentido contrário ao *common law*, tem-se o sistema adotado no Brasil, o romano-germânico, cujos fundamentos encontram-se na legislação escrita, que tudo deve reger, possibilitando a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito apenas quando a lei for omissa.

O sistema do *civil law* tomou grande impulso na sociedade moderna após a Revolução Francesa, quando a lei, emanada dos órgãos legislativos, passou a ser vista como única expressão da vontade de uma Nação.³¹⁰

Divide-se em direito público e direito privado, fato que não ocorre com o *common law*. O direito público trata das relações entre os particulares e o Estado, enquanto que o direito privado regula as relações entre os particulares.

5.2.1 O Direito Alemão

Se foi dentro do sistema jurídico anglo-americano que se tiveram as primeiras manifestações que levaram à teoria da *disregard of legal entity*, foi um alemão, Rolf Serick, quem de maneira mais completa coligiu um vasto material, sistematizando doutrinariamente o que se denominou de *durchgriff der juristischen Personen*. Em sua obra, denominada *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, o

³⁰⁷ COUTO SILVA, p. 62.

³⁰⁸ COELHO, op. cit., p. 49.

³⁰⁹ Ibid., p. 49.

³¹⁰ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1987.

Professor da Universidade de Heidelberg, analisando a parca doutrina e os inúmeros casos já existentes do Direito anglo-americano e somando a isto a experiência também da doutrina e da jurisprudência, dá um estudo completo sobre o tema.

Lamartine Correa de Oliveira,³¹¹ partindo da noção de “jurisprudência de interesse”, diz que, havendo um conflito de normas, este deve ser solucionado seguindo-se o interesse da lei em atender à ordem pública. O conflito, no caso, seria da norma que prevê a separação entre pessoa jurídica e pessoa física e a norma que protege o interesse público. Prevalece esta. Ao contrário de Serick, que procura uma solução unitária, Muller-Freienfels diz que o interesse da lei deve ser estudado em caso por caso, segundo, principalmente, cada tipo de pessoa jurídica, pois, dependendo da variação de tipo de uma para outra, as soluções também deverão variar. Também Muller-Freienfels recusa, como quer Serick, principalmente em sua primeira proposição, a utilização do elemento subjetivo (querer utilizar-se indevidamente da forma da pessoa jurídica) para a aplicação da teoria do *durchgriff*.

Segundo ainda Lamartine Correa de Oliveira³¹², a posição de Serick sofreu críticas, na Alemanha, de dois outros autores, Reinhardt e Erlinghagen. Concordando inicialmente com o professor de Heidelberg e discordando da posição de Muller-Freienfels, estes dois autores dizem que a pessoa jurídica tem uma regulamentação própria e unitária, não sendo necessário doutrinariamente distinguir, caso por caso, segundo as várias espécies de pessoas jurídicas. Além de não ser necessária esta distinção sob o ponto-de-vista doutrinário, ela seria muito difícil e com conseqüências perigosas. Mas com o que não concordam Reinhardt e Erlinghagen é com o critério subjetivo de Serick. Afirmam eles que, para aplicação da teoria do *durchgriff*, toda vez que houver um conflito entre a pessoa jurídica e a finalidade dela, a desconsideração deve ser aplicada. Toda vez que houver abuso do instituto, e este abuso é verificado pelo critério objetivo (contradição entre a forma do ato e a finalidade do instituto), aplica-se a teoria da desconsideração. Esta última posição - a objetiva - é que tem sido a da jurisprudência do Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*).

³¹¹ Lamartine, op. cit., p. 609.

³¹² Op. cit., p. 612.

Analizando as decisões jurisprudenciais anglo-americanas, Rolf Serick sentiu a necessidade de sistematizar doutrinariamente o tema, utilizando-se do termo *durchgriff*, que pode ser traduzido, segundo Casillo³¹³, por “penetração”, ou literalmente, “ato pelo qual se agarra alguma coisa fazendo a mão passar atrás da outra”.

De acordo com Casillo, Serick³¹⁴ estabelece quatro princípios que deveriam ser respeitados para a aplicação da teoria da desconsideração:

Primeiro princípio - Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario al Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios.

Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

“ Por tanto, sólo procederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que se prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados.

Segundo principio - No basta alegar que si no descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico.

Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción .

Terceiro princípio - Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma.

Quarto princípio - Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que se hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva.

Outro importante autor alemão é Rehbinder, que analisando as correntes teóricas alemãs, concluiu pela existência de três principais modos de entendimento ou teorias acerca da teoria da desconsideração: a teoria subjetiva, a de jurisprudências de interesses e a intermédia.

³¹³ CASILLO. p.29

³¹⁴ CASILLO, Op. cit., p.30.

A teoria subjetiva entende a pessoa jurídica como única, negando a distinção entre sociedades unipessoais ou pluripessoais, e afirma que independentemente da forma como está constituída (uni ou pluripessoalmente), deve ser mantida a autonomia patrimonial, admitindo-se a desconsideração quando o elemento subjetivo que valora essa autonomia for desrespeitada, através do abuso de direito³¹⁵.

A teoria da jurisprudência de interesses considera a pessoa jurídica como símbolo para relações jurídicas complexas, não aceitando o conceito unitário de igualdade entre as sociedades uni e pluripessoais ou entre essa e as sociedades com milhares de membros.³¹⁶

Já a teoria intermédia busca solucionar a questão da autonomia patrimonial através de critérios imanentes, reconhecendo a separação, mas afirmando que a pessoa jurídica é relativizada por princípios não escritos, passíveis de conhecimento pela pesquisa da função, dos tipos e da estrutura do instituto.³¹⁷

5.2.2 O Direito Argentino

A Argentina, na reforma do *Código de Comercio* de 1983, introduziu em seu direito a teoria da desconsideração, valendo-se de uma original e interessante formulação, segundo a qual a personalidade jurídica da sociedade é “inoponível” se demonstrado que a atuação dela, pessoa jurídica, encobriu a consecução de fins extra-societários, constituiu mero recurso para violar a lei, a ordem pública ou a boa-fé ou ainda para frustrar direitos de terceiros.³¹⁸

Formulada em termos de inoponibilidade da personalidade jurídica, restam devidamente elucidados os aspectos processuais relacionados à teoria da desconsideração: o credor demanda diretamente o sócio, alegando o uso indevido do instituto da autonomia patrimonial, e este não pode, em defesa, opor a existência da sociedade, caso reste provada a alegação. Trata-se, a nosso ver, de uma contribuição preciosa do direito argentino, que o brasileiro deveria adotar.³¹⁹

³¹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p.295.

³¹⁶ *ibid.*, p.295

³¹⁷ *ibid.*, p.296

³¹⁸ MASCHERONI, Fernando H. *Regimen jurídico del sócio*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, p. 59/60 (tradução livre)

³¹⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol II, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

5.2.3 O Direito Espanhol

Para o Direito Espanhol, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação, assim como no Direito Português, na chamanda *doctrina de terceros*. O objetivo da utilização da referida doutrina é evitar a fraude à lei e aos contratos, afastando as pretensões de supostos terceiros, em manifestações semelhantes ao *disregard*.³²⁰

Lamartine Correa de Oliveira, por sua vez, explicita que, tratando-se de sociedades unipessoais, a jurisprudência espanhola admite, na hipótese de ocorrer a concentração de todo o capital em mãos de um único sócio, que a sociedade é tida como temporariamente subsistente, enquanto for possível sua volta à pluripessoalidade.³²¹ Note-se que no Direito Espanhol, ao contrário do brasileiro, não há prazo para a sociedade retornar à pluripessoalidade, muito embora haja limites a serem observados enquanto perdurar essa condição, ou seja, é vedado o abuso de direito e a violação do princípio da boa-fé.

Lembra Lamartine³²² que a aplicação das regras da sociedade limitada deveria ser observada também, em relação às sociedades unipessoais limitadas “sempre que dito sócio se mantenha na linha de representação do interesse corporativo e respeite os princípios da vinculação do patrimônio social e da intangibilidade do mesmo”.

Não se pode negar a estreita correlação desse posicionamento do direito espanhol com os princípios ensejadores da teoria da desconsideração.

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme e LIMA JUNIOR, Marcos Aurélio de. *Fraude. Configuração. Prova. Desconsideração da personalidade jurídica*, Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, vol 15, 2000, p. 152.

³²¹ Op. cit. p. 489.

³²² Op. cit. p. 497.

6 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

6.1 No Direito do Trabalho

A admissibilidade da desconsideração da personalidade jurídica é bem conhecida daqueles que atuam no direito do trabalho. A aplicação da teoria, contudo, apresenta algumas diferenças em relação aos demais ramos do direito.

A Consolidação da Leis do Trabalho, em seu artigo 2.º, parágrafo 2.º estabelece expressamente que

Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas

Tal determinação é decorrente dos próprios princípios informadores do direito do trabalho, que consideram o trabalhador, e com razão, sempre a parte hipossuficiente na relação jurídica entre empregador-empregado.

Há que se lembrar a lição de Casillo³²³, para quem, em inúmeros casos a insolvência da sociedade reclamada não deriva de ato fraudulento praticado com a intenção de prejudicar os empregados, mas sim do próprio risco inerente à atividade comercial, não tendo que se falar, portanto, em desconsideração.

Sendo assim, muitas vezes o que ocorre não são casos de desconsideração, e sim de uma interpretação que considera o crédito trabalhista um tipo especial, privilegiado em relação aos demais.

Os direitos do empregado, assegurados pela constituição federal em seu artigo 7º, não podem ser obstados pela personificação societária, mesmo porque o empregador, seja pessoa física ou jurídica, somente atinge o seu propósito comercial em razão do trabalho desenvolvido pelo empregado, que deve receber uma contraprestação na forma de salário.

³²³ CASILLO, p. 36.

Marçal³²⁴ afirma que a "desconsideração da personificação societária, no direito do trabalho, tem por pressuposto a verificação de sacrifício de faculdade assegurada ao trabalhador."

Desta forma, a solidariedade visa a preservar o empregado de arcar com uma eventual insolvência do seu empregador original, arcando a empresa controladora ou controlada com todos os encargos da empresa insolvente, independentemente da insolvência ser decorrente de fraude ou não.

Na realidade, o texto consolidado (CLT) em seu parágrafo 2º, artigo 2º, não é caso de desconsideração da personalidade jurídica e sim exemplo clássico de responsabilidade solidária, em que pese a teoria também poder ser aplicada no direito do trabalho pelos seus próprios e peculiares fundamentos, particularmente em relação aos sócios cotistas da empresa de responsabilidade limitada ou os diretores das sociedades anônimas.

Em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 205, para excluir de responsabilidade patrimonial, a empresa membro de grupo econômico que não tenha participado da formação do título judicial na fase de cognição, como se vê:

SUMULA 205 TST: Grupo Econômico. Solidariedade. O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.

Tal súmula tem sido a tábua de salvação para todas as empresas em cuja reclamatória trabalhista não tenha sido instaurada uma relação litisconsorcial passiva na fase de cognição, o que tem gerado algumas dúvidas em relação à aplicação da desconsideração quanto aos sócios, somente na fase de cumprimento da sentença.

Alguns juízes mais legalistas aplicam a Súmula 205 e não incluem o sócio no pólo passivo na fase de cumprimento. Outros entendem que os sócios sempre tiveram conhecimento de tudo o que ocorria no processo, escondidos por trás do véu da pessoa jurídica, cujos atos processuais conduziam, mesmo não sendo partes. Existem decisões minoritárias em que o juiz exclui o sócio que adentrou na sociedade somente após o período da relação laboral. A corrente

³²⁴ JUSTEN FILHO, p.106.

majoritária defende o contrário, e o fazem sob o fundamento de que o sócio que adentrou ao quadro societário posteriormente à relação laboral, assumiu todo o passivo trabalhista.

6.2 No Direito Tributário

O direito tributário tem como princípio fundamental o da legalidade, de tal modo que a desconsideração somente seria admitida nos casos em que a lei tributária expressamente a autorizasse, ao contrário da aplicação da teoria em outros ramos do direito.

Apesar dessa ressalva, as demais características da teoria da desconsideração deveriam estar presentes, como a fraude ou o abuso de poder. Quando a imputabilidade for decorrente de ato ilícito de gerentes, diretores ou sócios, a responsabilidade destes por seus atos é direta, e a hipótese de desconsideração é afastada.

Partindo dessas premissas, podem-se analisar alguns casos em que se autoriza a desconsideração no direito tributário:

- Decreto-lei 1598/77, artigos 60 e seguintes: dispõe sobre a distribuição disfarçada de lucro e os negócios realizados entre a pessoa jurídica e o seu acionista majoritário/controlador.
- Decreto-lei 2065/83, amplia a categoria das práticas do decreto acima, inserindo no rol todas as operações que envolvem qualquer sociedade e o seu sócio majoritário.

O que se procurou nesses casos foi desconsiderar a personalidade nas hipóteses em que se pratica atos em que exista disfarçadamente a distribuição de lucro para o acionista controlador através de uma pessoa jurídica pertencente ao mesmo sócio, ou a interposição de uma pessoa jurídica entre o sócio controlador e a pessoa jurídica, ainda que o sócio tenha interesse direto ou não nessa sociedade intermediária.³²⁵

Tendo em vista o princípio da legalidade, Marçal³²⁶ afirma que “no direito tributário, a desfunção que acarrete, direta ou indiretamente, a frustração do interesse do fisco só pode ser combatida através do princípio da legalidade. E isso

³²⁵ JUSTEN FILHO, p.112.

³²⁶ JUSTEN FILHO, p.115.

porque a desfunção nunca pode ser afastada com sacrifício da certeza e da segurança”.

O legislador tributário necessita, assim, prever a hipótese da desfunção, tipificá-la (através de modelos fechados) e determinar a desconsideração. Caberá à lei autorizar a desconsideração, como, também, definir os pressupostos de sua incidência.

O artigo 135 do Código Tributário Nacional não teve origem nas concepções da teoria da desconsideração, dizendo respeito apenas aos atos ilícitos praticados por representantes, cujas condutas lhes serão imputadas pessoalmente.

Veja que o art.135, III, do Código Tributário Nacional (Lei 5172/66), trata de situação onde a pessoa do sócio pratica atos em nome próprio e não através da pessoa jurídica. Portanto, tais atos devem ser imputados diretamente ao sócio e não à pessoa jurídica para, somente depois da desconsideração, atingir a pessoa do sócio. Tal viés torna-se desnecessário e não interessa ao credor-fisco.

Art. 135: são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
III: os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado.

A esse respeito, nunca é demais relembrar os ensinamentos do Professor Lamartine que, tanto se aplica ao caso em comento do Direito Tributário, como também, aos demais ramos do Direito, quando afirma que

para que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de uma concepção dualista de obrigação: responsabilidade subsidiária por dívida alheia.³²⁷

Ainda afirma Lamartine que

quando se aplique a noção de imputação, a responsabilidade não será dominada pelo princípio da subsidiariedade, essencial nos autênticos casos de desconsideração, em que se supõe a prévia demonstração da insolvência do primariamente responsável. Quem criou a aparência ou se comportou contraditoriamente responde por ato próprio.³²⁸

³²⁷ Op. cit., p. 610.

³²⁸ Op. cit., p. 611.

Para concluir, arremata o saudoso Professor Lamartine (com as escusas pela extensa da citação, mas não há nessa lição uma só palavra que possa ser removida) ao afirmar que

não tem sentido o Direito brasileiro enxergar em dispositivos como o do art. 134, VII e 135, III, do Código Tributário (que responsabiliza, verificados determinados pressupostos, os sócios pelas obrigações tributárias da sociedade) indícios que revelem a presença entre nós das teses da desconsideração. Tal dispositivo significa apenas que, em determinadas circunstâncias, os sócios são responsáveis por dívida alheia - no caso, dívida da sociedade. Não envolve qualquer quebra ao princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa-membro. Com maior razão, também não há qualquer desestimação do princípio da autonomia ontológica da pessoa jurídica na circunstância de admitirem determinados dispositivos de lei responsabilidade dos diretores em caso de comportamento doloso ou culposos ou que viole diretamente a lei ou os estatutos sociais (ou contrato social). Em tal caso, há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou o gerente agiu com desobediência a determinadas normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias, ser inimputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de aparência) a responsabilidade será sua, por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito, doloso ou culposos: responderá por ilícito seu, por fato próprio.³²⁹

6.3 No Direito Comercial

Inexiste no Direito Comercial qualquer norma que estabeleça pressupostos para a aplicação da teoria.

É no direito comercial, portanto, que a aplicação do princípio da separação patrimonial entre sócio e empresa encontra uma de suas mais importantes vertentes, devendo a aplicação da teoria da desconsideração ser bastante sopesada pelo aplicador da lei. Em virtude de sua importância fundamental para a economia capitalista, o princípio da personalização das sociedades empresárias, e sua repercussão quanto à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, não pode ser descartado na disciplina da atividade econômica. Em consequência, a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade. Esse é o sentido da ressalva de Serick ao seu primeiro princípio e do segundo, que insiste no descabimento da desconsideração quando não caracterizada especificamente a fraude na manipulação da forma da pessoa jurídica. Quer dizer, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas

³²⁹ Op. cit., p. 520.

porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto.³³⁰

A problemática da aplicação da teoria no Direito Comercial ou nos casos em que não seja expressa a possibilidade de sua utilização, encontra-se em elementos subjetivos, como distinguir um interesse disponível de um indisponível, tal qual esclarece Marçal Justen Filho³³¹, para quem a opção pela desconsideração será precedida de uma análise dos interesses das partes, enfocando principalmente a natureza desses interesses.

Se os interesses das partes forem considerados disponíveis, geralmente não se aplica a teoria da desconsideração, pois o sacrifício do interesse de uma das partes pode não se mostrar como razão forte o suficiente para embasar tal decisão. O sacrifício desse interesse é, inclusive, autorizado em diversas situações pelo legislador.³³²

Mas se um dos interesses for considerado como indisponível pelo direito, a opção pelo sacrifício daquele tido como disponível encontra-se totalmente fora de dúvida. Para Marçal³³³, "quando haja uma relação de causa e efeito entre a eficácia da personificação e o sacrifício de um interesse indisponível, aplicar-se-á a teoria da desconsideração".

Essa mesma sensibilidade com relação à indisponibilidade de alguns direitos e a necessária atuação eficaz por parte do juiz é manifestada por Patrícia Pizzol ao afirmar que: "quando o direito não é disponível é ainda maior a responsabilidade do juiz no sentido de procurar a verdade."³³⁴

O que se deve levar em conta é o fato de que, se utilizar a pessoa jurídica para fins de frustrar um interesse indisponível é considerado abuso de direito, nem sempre o é quando o interesse periculado é disponível.

Quando ocorre a colisão de interesses disponíveis, vê-se que de um modo geral não se aplica a teoria. Mas casos há em que existe a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica, pois mesmo sendo igualmente disponíveis, um dos interesses pode ser menos ou mais disponível que o outro.

³³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol II, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-40.

³³¹ JUSTEN FILHO, p. 126.

³³² JUSTEN FILHO, p. 126.

³³³ Idem, *ibidem*, p. 127.

³³⁴ PIZZOL, Patrícia. *I Poteri del giudice nell'ordinamento brasiliano*. In *Davanti al giudice: studi sul processo societário* (Coord.) Lucio Lanfranchi e Antonio Carrata. G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 603, "Vale a dire che quando il diritto non è disponibile à ancora maggiore la responsabilità del giudice nel senso di cercare la verità." (trad. livre)

Para Marçal³³⁵, "em tais casos, a desconsideração seria cabível quando o sacrifício do interesse alheio fosse decorrente de uma utilização anormal e surpreendente da pessoa jurídica."

Se de um lado encontram-se essas características na aplicação da teoria no Direito Comercial, não se pode olvidar que continuam válidos os pressupostos para aplicação da teoria, já discutidos anteriormente. Deste modo, não há que se falar em desconsideração quando a lei imputar diretamente a responsabilidade aos sócios ou administradores.

Em decisão unânime e recente no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Humberto Gomes de Barros³³⁶ e seus pares entenderam que, não sendo caso de desconsideração, mas com base nos arts. 592 e 596 do CPC, não se pode atingir os bens dos sócios sem a plena tipificação da Lei atingida, vez que os artigos citados são considerados como "norma em branco", ou seja, que dependem da infringência a outras leis para que possam ser aplicadas.

Em conclusão, é fundamental entender que nas situações previstas no art. 10, do Decreto 3.708/1.919, não será caso de desconsideração, mas apenas e tão somente de imputação direta do sócio por ato próprio.³³⁷

6.4 No Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor prescreve que

³³⁵ Idem, ibidem, p. 129.

³³⁶ RECURSO ESPECIAL - DÍVIDA DE SOCIEDADE LIMITADA - EXECUÇÃO FRUSTRADA - REDIRECIONAMENTO AOS BENS DE SÓCIO - ARTS. 592, II, E 596 DO CPC - RESPONSABILIZAÇÃO SECUNDÁRIA, OU SUBSIDIÁRIA, QUE EXIGE SITUAÇÃO ESPECÍFICA, PREVISTA EM LEI.

1. Normalmente, os bens do sócio não respondem por dívidas da sociedade.
 2. Apenas em casos previstos em lei deve ser aplicada a responsabilização secundária, ou subsidiária, estabelecida nos Arts. 592, II, e 596 do CPC.
 3. Tais artigos contêm norma em branco, vinculada a outro texto legal. Não podem - e não devem - ser aplicados de forma solitária. Por isso é que em ambos existe a expressão "nos termos da lei".
 4. A desconsideração da personalidade jurídica é artifício destinado à profilaxia e terapêutica da fraude à lei.
 - Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.
 Processo: REsp 401081/TO; Recurso Especial 2001/0150286-8 - Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros - Relator para Acórdão: Ministra Nancy Andrichi. - Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma - Data do Julgamento: 06/04/2006 - Data da publicação: DJ 15/05/2006, p. 200.

³³⁷ Dec. 3.708/1919, art. 10: "os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação de contrato ou da lei."

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houve 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.

(...)

§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 28, é o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização pessoal do administrador que não pressupõem nenhuma desconsideração da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração.

Constituem fundamentos legais para desconsideração em favor do consumidor: *a)* abuso de direito; *b)* excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social; *c)* falência ou estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração.

Vale ressaltar que, no tocante ao mencionado na letra *a*, é evidente a correspondência entre o dispositivo legal e a teoria desconsideração. Importa lembrar que o art. 50 do Código Civil tomou o fundamento “abuso do direito” como gênero único a permitir a desconsideração nos negócios privados.³³⁸

Os fundamentos, porém, referidos na letra “*b*” dizem respeito a tema societário diverso, acerca da responsabilidade do sócio ou representante legal da sociedade por ato ilícito próprio, isto é, embora relacionado com a pessoa jurídica, o ato gerador de responsabilidade, nesse caso, pode ser imputado diretamente a quem incorreu na irregularidade (sócio ou representante legal), não representando a personalidade jurídica própria da sociedade nenhum obstáculo a essa imputação. Já os fundamentos agrupados pela letra “*c*” referem-se à responsabilidade por má administração, que é, igualmente, tema diverso de direito societário, em cuja sede a

³³⁸ Art. 50, CC: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, ...”

personalização da sociedade não impede o ressarcimento dos danos pelo administrador.

A teoria da desconsideração, como visto, tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há porque cogitar do superamento de sua autonomia.

Não há, portanto, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social ou por qualquer outra modalidade de ilícito.

Percebe-se que o legislador consumerista copiou na íntegra os atos imputados ao sócio no art. 135, III, do Código Tributário Nacional³³⁹. Ocorre que como já dito, também não é caso de desconsideração o que se vê no referido diploma legal, mas mera imputação pessoal direta do sócio por conduta tipificada em lei específica.

Importa ressaltar que também copiou na íntegra as hipóteses ensejadoras de responsabilidade, conforme se vê do enunciado do art. 10, do Dec. 3.708, de 10 de janeiro de 1.919, que regula a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada.³⁴⁰ Ou seja, onde a conduta está tipificada na lei imputando responsabilidade ao sócio, é dispensável e tecnicamente indevida a aplicação da desconsideração.³⁴¹

Fabio Ulhoa Coelho afirma que, no tocante ao § 5º do art. 28 do CDC, numa primeira e rápida leitura pode sugerir que a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da pessoa jurídica, porém, essa interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer por três razões:

³³⁹ CTN, art. 135: são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
III: os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado.

³⁴⁰ Dec. 3.708/1919, art. 10: “os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação de contrato ou da lei.”

³⁴¹ Vale a pena rever as citações a Lamartine Correa de Oliveira no tópico 6.2 supra: “No direito tributário”.

- Em primeiro lugar porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não a sua negação. Assim, ela só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para coibição de fraudes ou abuso de direito. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração, conforme assenta a doutrina na formulação maior da teoria.
- Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo artigo 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica.
- Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido esta a intenção da lei, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.³⁴²

Para Fabio Ulhoa Coelho, o dispositivo em questão (CDC, art. 28, § 5º) é plenamente aplicável às sanções impostas ao empresário, por descumprimento de norma protetiva dos consumidores, de caráter não pecuniário. Por exemplo, a proibição de fabricação de produto e a suspensão temporária da atividade ou fornecimento (CDC, art. 56, V, VI e VII). Se determinado empresário é apenado com essas sanções e, para furtar-se ao seu cumprimento, constitui sociedade empresária para agir por meio dela, a autonomia da pessoa jurídica pode ser desconsiderada justamente como forma de evitar que a burla aos preceitos da legislação consumerista se realize. Note-se que a referência, no texto legal, a “ressarcimento de prejuízos” importa que o dano sofrido pelos consumidores tenha conteúdo econômico, mas não assim a sanção administrativa infligida ao fornecedor em razão desse dano.³⁴³

³⁴² COELHO. Fabio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol II, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

³⁴³ COELHO. Fabio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol II, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

Para o Ministro Ari Pargendler³⁴⁴, a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica excepcionalmente foi recepcionada no Direito do Consumidor e pelo Direito Ambiental, não prevalecendo os pressupostos previstos no Código Civil (confusão patrimonial e abuso do direito), para ensejarem a desconsideração que, nesses casos específicos, visam remover os obstáculos ao pleno ressarcimento dos prejuízos sofridos.

Entende-se que o legislador previu no *caput* as hipóteses para desconsideração e no § 5º assinalou que, mesmo que nenhuma das hipóteses tipificadas no *caput* ocorram, mas que, por exemplo, encontre o consumidor um obstáculo³⁴⁵ constituído pela separação patrimonial para ter reparado o seu prejuízo, poderá, também, o juiz declarar a desconsideração da personalidade jurídica que autoriza a expropriação dos bens do sócio da empresa fornecedora.

³⁴⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOÇÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ART. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.
- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).
- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.
- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.
- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.
- Recursos especiais não conhecidos. Processo: REsp 279273/SP; Recurso Especial 2000/0097184-7 - Relator: Ministro Ari Pargendler - Relator para Acórdão: Ministra Nancy Andrighi - Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma - Data do Julgamento: 04/12/2003 - Data da publicação: DJ 29.03.2004 p. 230 - RDR vol. 29, p. 356.

³⁴⁵ Agravo de instrumento 75615200 – TJ/PR – Des. Cyro crema – j. 04/05/1999. Decisão: Acordam os desembargadores integrantes da Quinta câmara cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo de instrumento. Ementa: agravo de instrumento. Sucessão de empresas. Banco Bamerindus do Brasil S/A em liquidação extrajudicial e Banco HSBC Bamerindus do Brasil S/A. Legitimidade passiva do segundo, como sucessor. Direito do consumidor - inteligência do artigo 28 da lei nº 8.078/90. Desconsideração da pessoa jurídica. Recurso improvido. 1. A transferência de parte de um estabelecimento não afasta a ocorrência da chamada sucessão de empresas, pelo que o Banco HSBC Bamerindus S/A., ao adquirir do Banco Bamerindus do Brasil S/A. parte dos bens corpóreos e incorpóreos, consistentes em depósitos, descontos, empréstimos, contas-corrente, cobranças, caixas de segurança, instalações e agências, sucedeu a este. 2. Mesmo que lei das sociedades anônimas não contemple a hipótese de sucessão societária, em se tratando de pretensão indenizatória na qual o correntista responsabiliza o banco pelo pagamento de cheque furtado, são de todo aplicáveis as disposições da lei nº 8.078/90 (código de defesa do consumidor) que, no seu art. 28, estabelece, com embasamento nos princípios que vieram da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, óbice intransponível à validade de deliberações que revelem abuso de direito, desvio da aplicação da lei, e defraudação a credores, sempre que a prática fraudulenta ocorra em detrimento do consumidor, eliminando-se o obstáculo ao ressarcimento de prejuízos.

Em conclusão, portanto, a melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (isto é, os arts. 28 e § 5º do CDC, 18 da Lei Antitruste, 4º da Lei do Meio Ambiente e 50 do CC) é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes, à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica e para ressarcir os prejuízos efetivamente causados ao consumidor.

6.5 No Direito Ambiental (Lei 9605/98)

A Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, como se vê:

Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Desta feita, não cabe criticar o legislador por confundir a desconsideração com outras figuras do direito societário, impropriedade em que incorreu ao editar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste. Mas não se pode, também, interpretar a norma em tela em descompasso com os fundamentos da teoria maior. Quer dizer, na recomposição dos danos à qualidade do meio ambiente, a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial não poderá impedir a responsabilidade de seus agentes.

Se determinada sociedade empresária provocar sério dano ambiental, mas, para tentar escapar à responsabilidade, os seus controladores constituírem nova sociedade, com sede, recursos e pessoal diversos, na qual passem a concentrar seus esforços e investimentos, deixando a primeira minguar paulatinamente, será possível, por meio da desconsideração das autonomias patrimoniais, a execução do crédito ressarcitório no patrimônio das duas sociedades.

6.6 No Direito Antitruste (Lei 8884/94)

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste, 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.

Na caracterização da conduta infracional, a autonomia das pessoas jurídicas não pode servir de obstáculo. Aliás, uma das primeiras manifestações da *disregard doctrine* no direito norte-americano operou-se exatamente em sede da legislação antitruste. Foi o caso *Standard Oil Co.* em que o poder de controle gerencial de nove empresas petrolíferas concentrou-se nas mãos de acionistas daquela companhia, sem qualquer alteração na estrutura e na autonomia das pessoas jurídicas concorrentes.

Para Fabio Ulhoa Coelho³⁴⁶, três são os fundamentos legais para a desconsideração na tutela das estruturas no livre mercado:

- a) abuso de direito;
- b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos do contrato social;
- c) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração.

Prossegue o autor que no tocante ao mencionado na letra *a*, é evidente a correspondência entre o dispositivo legal e a teoria da desconsideração. Mas os fundamentos referidos na letra *b* dizem respeito a tema societário diverso,

³⁴⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro - comentários à Lei 8884/94*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 45/46.

que é a responsabilidade do sócio e do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio, embora relacionado com a pessoa jurídica. Já os fundamentos agrupados pela letra c referem-se à responsabilidade do administrador por má administração, que é, também, outro tema do direito societário.

A teoria da desconsideração tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Quando a imputação pode ser direta, quando a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que se cogitar a desconsideração de sua autonomia. E quando alguém, na realidade de sócio, controlador ou representante legal de pessoa jurídica, provoca danos a terceiros em razão de comportamento ilícito, ele é responsável pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal dele, decorrente do ilícito que praticou. Não há dificuldade alguma em se estabelecer tal responsabilização, não representando a existência da pessoa jurídica qualquer obstáculo.

A circunstância de o ilícito ter sido efetivado no exercício da representação legal da pessoa jurídica ou em função da qualidade de sócio ou controlador em nada altera a responsabilidade do causador da lesão a direito alheio. Não há, portanto, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social, ou por qualquer outra modalidade de ato ilícito. Aliás, essa hipótese já se encontra consagrada no direito brasileiro, de há muito.

Em relação ao sócio-gerente da sociedade limitada, por exemplo, prevê o art. 10 do Decreto n. 3.708, de 1919, a sua responsabilidade por ato decorrente de excesso de mandato ou infração à lei ou ao contrato; em relação aos demais sócios, há a norma do art. 16 do mesmo decreto. O acionista, o controlador e o administrador da sociedade anônima também respondem pelos atos ilícitos que praticam (Lei n. 6.404, de 1976, arts. 115, 117 e 158).

Quando a lei antitruste, portanto, cogita do superamento da pessoa jurídica, para definir que o ato ilícito gera a responsabilidade civil, faz uso impróprio da noção básica da teoria da desconsideração, e em nada inova o regramento existente mesmo antes do Código de Defesa do Consumidor.

Outro aspecto do dispositivo em questão é a referência à má administração da pessoa jurídica, como elemento constitutivo de um dos fatores

autorizantes da desconsideração. Aqui, já não se cogita de ilícito praticado pelo administrador, mas de erros seus na condução dos negócios da pessoa jurídica. Quando o administrador desatende às diretrizes fixadas pelas técnicas administrativas, pela chamada ciência da administração, deixando de fazer o que elas recomendam ou fazendo o que desaconselham, e disto sobrevêm prejuízos à pessoa jurídica, ele administra mal; e se ocorrer a falência da sociedade comercial, a insolvência da sociedade civil, associação ou fundação, ou mesmo o seu encerramento ou inatividade, em decorrência da má administração, então será possível imputar ao administrador a responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelos consumidores.

Também nesse caso, a responsabilidade é direta e não pressupõe a desconsideração da autonomia patrimonial, bastando invocar, como exemplo, a disciplina atinente aos administradores das instituições financeiras (Lei n. 6.024/74).

6.7 No Código Civil

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Depois de passar por inúmeras discussões e alterações, durante a tramitação do Projeto do Código Civil, o dispositivo acima refletiu com fidelidade e precisão o espírito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

De acordo com o dispositivo em análise, o conceito “abuso da personalidade” ganhou seu contorno pelas figuras do “desvio de finalidade” ou “confusão patrimonial”, o que facilita à parte interessada demonstrar a ocorrência da hipótese que autorizará a desconsideração da pessoa jurídica.

Não apenas o desvio de finalidade *strictu sensu*, mas também a confusão patrimonial autoriza a desconsideração da personalidade jurídica. A finalidade que se refere o dispositivo em pauta não se restringe à finalidade constante dos estatutos sociais (*ultra vires*), mas se refere à finalidade social da personalidade jurídica.

A confusão patrimonial ocorre quando, por qualquer razão objetiva, não fique clara, na prática, a separação entre o patrimônio social e o do sócio. É comum a inexistência de separação patrimonial estabelecida formalmente de acordo com a legislação fiscal, originando uma confusão entre os seus bens pessoais e os pertencentes ao patrimônio social. É o caso do sócio que declara ganhar salários espartanos (também para pagar menos imposto de renda) e adquire bens materiais de valores incompatíveis. Fica claro nesse caso que está havendo um desvio de recursos da pessoa jurídica para a pessoa física do sócio. O grave nessa hipótese será o fato de concomitante inadimplência dessa pessoa jurídica para com seus credores.

Para Daniel Moeremans, os membros de uma pessoa jurídica somente poderão alegar a responsabilidade limitada, baseada na divisão do patrimônio, quando respeitarem essa divisão.³⁴⁷

A questão da desconsideração da pessoa jurídica para determinada obrigação, também ficou bem definida, sem implicar que se extinga a sociedade, em virtude do desvio de finalidade que poderá ser eventual e restrito a determinados atos.

Enfim, nos exatos termos do enunciado do art. 50 do CC, está definitivamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, exatamente da forma como delineada por seus estudiosos, que buscaram na atuação dos tribunais, como se viu anteriormente, as hipóteses autorizadas e limites, do que deflui o seu caráter pragmático e indiscutivelmente útil para a sociedade.

Uma única crítica deve ser apontada. A desconsideração somente pode ser pronunciada pelo juiz se a parte ou o MP o requerer, o que denota clara ideologia privatista, como se a eficácia do processo pudesse depender da vontade de qualquer das partes. Se a busca da eficácia do processo é importante função do juiz, o mesmo não pode ser tolhido dessa iniciativa, mesmo diante da constatação do exercício abusivo de um direito.

³⁴⁷ MOEREMANS, Daniel. Extension de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del disregard of legal entity, *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, p. 720: “Los miembros de una persona jurídica solo pueden alegar la limitación de responsabilidad que tiene su base en el principio de división de patrimonios, cuando los mismos respetan dicha división”.

7 QUESTÕES PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO

7.1 As Garantias do Devido Processo Legal: os princípios do contraditório e da ampla defesa

Com a proibição da auto-tutela como forma de dirimir controvérsias e tendo o Estado acolhido entre as suas funções a composição dos conflitos, surgiu o direito pessoal de requerer ao Estado a prestação jurisdicional. Através do Estado, o interessado pode então resolver os seus conflitos ou controvérsias, seja em relação ao próprio Estado ou em relação aos seus direitos privados, mediante o Poder Judiciário, que aplica os instrumentos jurídicos definidos pela lei.

É, portanto, o devido processo legal uma garantia importantíssima dada ao cidadão, eis que lhe garante o acesso ao judiciário que fundamentará suas decisões no direito material, mediante condução do processo segundo as leis processuais devidamente emanadas do poder legislativo.

Sendo o processo um meio ou instrumento com a finalidade de dirimir dúvidas e por fim aos litígios postos perante o Poder Judiciário, as constituições modernas disciplinam os fundamentos processuais com o intuito de evitar uma possível desnaturação das finalidades do processo, proibindo peremptoriamente qualquer lei que venha a diminuir o direito de defesa.

A Constituição Federal de 1988 expressamente declara em seu artigo 5.º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Para José Cretella Jr.³⁴⁸, o devido processo legal é “aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova, desde que obtida por meio lícito”.

O direito ao devido processo legal, por essas razões, é tido por Celso Bastos não como um “direito”, e sim uma garantia constitucional, em que se procura proteger a pessoa da arbitrariedade do Estado.³⁴⁹

O texto constitucional acima citado incorpora alguns conceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo XI, n.º 1, que assim declara:

³⁴⁸ CRETILLA Júnior, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988. V. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.530-531.

³⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 209.

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Segundo Nelson Nery Junior, o termo devido processo legal deriva diretamente do *due process of law* expresso primeiramente em uma lei inglesa de 1354, denominada de *Statute of Westminster of the Liberties of London*³⁵⁰ e consagrada definitivamente na quinta emenda da Constituição norte-americana, ao determinar que "ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal."

As garantias ao devido processo legal devem ser entendidas no sentido mais amplo possível, de tal modo que além da subsunção do processo judicial aos preceitos da norma, abrange-se outros atos estatais, como, por exemplo, os processos administrativos e aplicação de penalidades disciplinares.

Essa subsunção do ato estatal ao devido processo legal, que na constituição anterior havia sido restringida ao processo penal, foi estendida aos processos civil e administrativo, e esclarece Humberto Theodoro Júnior³⁵¹ que "onde houver um processo para solucionar um litígio, seja perante a Justiça, seja perante a Administração, presente estará a garantia constitucional do *due process of law*, em toda a sua extensão".

As garantias constitucionais processuais vão além do objetivo de assegurar os interesses das partes, mas configuram-se como a salvaguarda do próprio processo, com a finalidade de legitimar o exercício da jurisdição.³⁵²

Deste modo, atende-se ao devido processo legal quando em todas as relações que envolvam o poder jurisdicional - seja em relação à privação da liberdade, de bens ou de direitos - sejam respeitados os princípios e regras do direito objetivo.

Nelson Nery Junior³⁵³ assevera que o *due process of law* é "gênero do qual todos os demais princípios do processo são espécies.", esclarecendo ainda que no direito norte-americano significa o dever de propiciar ao litigante:³⁵⁴

³⁵⁰ NERY Junior, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 33.

³⁵¹ THEODORO Júnior, Humberto. RT 665, p. 15.

³⁵² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 82.

³⁵³ NERY Junior, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 32.

- a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental;
- b) um juiz imparcial;
- c) oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz;
- d) oportunidade de apresentar provas ao juiz;
- e) chance de reperguntar às testemunhas e contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante;
- f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal;
- g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.

No sistema jurídico pátrio, a interpretação do devido processo legal é melhor compreendida quando o inciso LIV é interpretado organicamente com outros preceitos constitucionais processuais que lhe auto-explicam, especialmente o inciso LV, que garante expressamente o contraditório e ampla defesa, espécies do gênero devido processo legal.

Assim sendo, impossível entender a amplitude do devido processo legal no processo civil sem compreender os princípios do contraditório e da ampla defesa, institutos que se analisarão a seguir.

Em apertada síntese, o direito ou a garantia ao contraditório significa que as partes sempre poderão ser ouvidas sobre as provas e alegações trazidas aos autos pela parte contrária, ou seja, não pode existir um julgamento sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar.

Relaciona-se o contraditório com o princípio da igualdade perante o júízo, que consoante o ensinamento de José Afonso da Silva³⁵⁵ decorre “da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia”.

Além disso, a própria bilateralidade do processo torna obrigatória a instalação do contraditório, que se inicia pela citação do réu para apresentar, querendo, a sua defesa e pela ciência da parte contrária dos atos praticados pela outra.

Por essas razões José Frederico Marques³⁵⁶, ao analisar o direito de defesa, professa que:

³⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 40.

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.213.

³⁵⁶ MARQUES, José Frederico. *Manual de processo civil*. v.1. 1.ed. atualizada. São Paulo: Bookseller. p. 246.

não seria admissível que só atendesse (o Estado) a pedidos e pretensões do titular da ação. Para que a lide se componha “secundum ius” e processualmente, o direito de defesa surge como indeclinável exigência. Trata-se, pois, de autêntico corolário do “due process of law”, pois que este, em sua dimensão processual, como observou COUTURE, equivale à devida defesa em juízo.

Desse respeito à atuação bilateral das partes emerge que a Constituição, ao mesmo tempo em que assegura o direito de ação, condiciona a prestação jurisdicional ao exercício do direito de defesa.

Outro não é o entendimento de Nelson Nery Júnior³⁵⁷ que vê o contraditório como a “necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”.

Segundo João Batista Lopes³⁵⁸, o contraditório, estudado antes a partir do binômio “informação-reação”, ganhou maior elastério para converter-se no trinômio “informação-reação-participação”. Mais explicitamente, passou a traduzir-se como “informação necessária-reação possível-participação garantida”.

Pelo primeiro aspecto, o réu deve ser cientificado dos termos da inicial; o autor, das preliminares argüidas e dos documentos apresentados pelo réu; autor e réu devem ser informados dos atos subseqüentes mediante intimação regular. Pelo segundo aspecto, a reação (defesa) será a possível, mas não obrigatória, já que a manifestação nos autos constitui ônus e não dever. Por final, no terceiro aspecto, por participação garantida entenda-se que é necessário que o juiz assegure às partes a possibilidade de pronunciamento sobre os atos processuais relevantes e de influência sobre a decisão do juiz.

Para Alexandre de Moraes³⁵⁹, por ampla defesa “entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se, se entender necessário”.

Decorre a ampla defesa do princípio do contraditório, uma vez que de nada adiantaria dar vistas à parte contrária dos atos praticados pela outra se não fosse assegurado o direito de apresentar a sua manifestação.

³⁵⁷ NERY Junior, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.137.

³⁵⁸ LOPES. João Batista, Contraditório e abuso do direito de defesa na execução *in* *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 346.

³⁵⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997, p.101.

Em relação ao direito de ação e de defesa, leciona Liebman³⁶⁰ que

O poder de agir em juízo e o defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos (...) como atributo imediato da personalidade, e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos.

Portanto, não se pode falar em ampla defesa separando-a do princípio do contraditório, que em conjunto formam os princípios do devido processo legal, fundamental para a consecução da justiça, no seu sentido mais amplo possível.

No tópico 7.4 a seguir, tratar-se-á do devido processo legal na desconconsideração da personalidade jurídica. Antes, um pouco sobre a legitimidade passiva e os limites subjetivos da coisa julgada, institutos fundamentais para entender a responsabilidade do sócio na desconconsideração da personalidade jurídica de sua empresa no processo.

7.2 Os Limites Subjetivos da Coisa Julgada e a Legitimidade Passiva na Desconconsideração

“A coisa julgada faz do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços do sangue e transforma o falso em verdadeiro”. Eduardo Couture, depois de lembrar essas palavras proferidas por Scassia, conclui que essa justificativa não é absoluta, e afirma que o certo é que na sistemática do direito a necessidade de “certeza” é imperiosa; toda a matéria do controle da sentença não é outra coisa senão uma luta entre as exigências da “verdade e da certeza”.³⁶¹

O entendimento dos limites da coisa julgada assume fundamental importância, pois, como já visto no estudo da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, pode ocorrer que o patrimônio de pessoas que não tenham integrado a relação processual na fase de cognição, possa ser atingido na fase executória.

Nos dizeres de Flávia Lefèvre Guimarães³⁶², tal fato implicaria em alto grau de excepcionalidade e, de certa forma, contrariando o *due process of law*,

³⁶⁰ Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 411.

³⁶¹ COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos do direito processual civil*, RED Livros, Campinas, 1999, p. 329.

³⁶² Op. cit., p. 138.

bem como outros princípios constitucionais, máxime o da ampla defesa e os meios a ela inerentes, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal e, também, o artigo 472, do Código de Processo Civil, o qual estabelece os limites subjetivos da coisa julgada³⁶³ nos seguintes termos: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros...".

Salvatore Satta³⁶⁴ afirma que a sentença não tem unicamente validade entre as partes, porém, ainda em relação a terceiros, enquanto essa, como qualquer outro ato jurídico, resguardante as partes entre as quais intervém, existe e tem validade para todos. O que ao invés não pode a sentença fazer é "prejudicar" outros que não sejam partes, como é óbvio.

Segundo Chiovenda, como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos. Por conseguinte, não convém firmar como princípio geral que a sentença só prevalece entre as partes; na verdade é o contrário. Releva em vez disso, asseverar que a sentença não pode prejudicar outros, que permaneceram estranhos à lide. Por prejuízo não se compreende um prejuízo de mero fato, e sim um prejuízo jurídico. Assim, por exemplo, o credor pode ser prejudicado "de fato" por julgados que reconhecem novos débitos de seu devedor, mas nem por isso pode impedir-lhes os efeitos que lhe são danosos.³⁶⁵

Para Couture, os limites subjetivos da coisa julgada consistem em determinar os sujeitos de direito aos quais a sentença prejudica ou beneficia.³⁶⁶ Ordinariamente, só pode ser alcançado pelo efeito da coisa julgada aquele que tenha integrado o processo de conhecimento, observando-se a regra do art. 472 do Código de Processo Civil.

Para Enrico Tulio Liebman, no instituto são identificáveis dois aspectos intrínsecos um ao outro, mas absolutamente distintos. O primeiro é o denominado pelo autor de "eficácia natural da sentença" e o segundo, que decorre da lei — ato de vontade do Estado — a imutabilidade da sentença. Sendo assim, é importante percebermos que a eficácia natural da sentença tem efeito *erga omnes*, contudo, a imutabilidade da sentença vale apenas, por força de lei (art. 472, do

³⁶³ Op. cit., p. 149. Para Flávia "o entendimento que prevalece é o de que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser aplicada de forma irrestrita e sem medida, mesmo que em nome da garantia do direito da parte mais frágil na relação de consumo, devendo ser respeitados os princípios da ampla defesa e o limite do alcance da coisa julgada".

³⁶⁴ SATTÀ, Salvatore. *Direito processual civil*, vol. I, 7ª ed., Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1973, p. 243.

³⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, 1ª ed., Ed. Bookseller, Campinas, 1998, p. 499/500.

³⁶⁶ COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos do direito processual civil*, RED Livros, Campinas, 1999, p. 350.

CPC) para as partes que com esta qualidade funcionaram no processo.³⁶⁷

Liebman referiu-se à questão das obrigações solidárias como uma das mais tormentosas no que tange à matéria, respondendo da seguinte forma:

As complicações e os inconvenientes de todas essas soluções são tantos que não se pode amainar a polêmica. E parece que a conclusão mais justa será a de ampliar-se ao terceiro a eficácia da sentença, mas sem a autoridade da coisa julgada, deixando-lhe, pois, íntegra a faculdade de contestar a eficácia da sentença.³⁶⁸

Segundo Teresa Wambier e Medina³⁶⁹, o que se deve por em destaque é que, mesmo que seja relevante o tema em debate, tal como ocorre nas ações de estado, a sentença proferida na ação constitutiva em princípio não pode produzir efeitos em relação àqueles que não participaram do processo, pois a regra é a de que a coisa julgada somente atinge aqueles que tenham efetivamente participado do processo.

Via de consequência, só pode ser alcançado pelo efeito da coisa julgada aquele que tenha integrado a relação processual no processo de conhecimento, observando-se a regra do art. 472, do Código de Processo Civil.

Rubens Requião coloca tormentosa questão aos juízes ao questionar se indagará o juiz, em seu livre convencimento, se consagrará a injustiça ao aplicar o art. 472, do CPC, ou, sabendo que por detrás do véu da pessoa jurídica, o sócio, durante a fase processual cognitiva, a tudo assistia e, representando a mesma, inclusive se defendia, ou, ao contrário, o incluirá no polo passivo para responder com seu patrimônio pessoal pelos atos ilícitos que pessoalmente praticou, embora em nome de terceiros.

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 deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que, dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.³⁷⁰

³⁶⁷ Manual de Direito Processual, p. 99.

³⁶⁸ Idem, Ibidem, p. 102.

³⁶⁹ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e MEDINA. José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 192.

³⁷⁰ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica-Disregard Doctrine*, RT 528, p. 14.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho, o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores.³⁷¹ Assim, quem pretende imputar ao sócio ou sócios de uma sociedade empresária a responsabilidade por ato social, em virtude de fraude na manipulação da autonomia da pessoa jurídica, não deve demandar esta última, mas a pessoa ou as pessoas que quer ver responsabilizadas. Se a personalização da sociedade empresária será abstraída, desconsiderada, ignorada pelo juiz, então a sua participação na relação processual como demandada é uma impropriedade.³⁷²

Ocorre que tal posicionamento doutrinário (e mesmo o jurisprudencial mencionado), embora coerente com o enunciado do art. 472 do CPC, já não é convincente para afastar a irrefutável verdade de que o sócio estava por detrás do véu que o separa da pessoa jurídica durante o processo de conhecimento. Se o sócio representou a pessoa jurídica durante a fase de cognição, a tudo assistindo por detrás do véu da pessoa jurídica, será razoável que se constitua nova ação para comprovar o que já está comprovado apenas e tão somente porque a coisa julgada material não pode alcançá-lo? Entende-se que não.

Esse é o posicionamento dos Ministros Fátima Nancy Andrighi³⁷³,

³⁷¹ Pessoa Jurídica - Teoria da desconsideração - Inaplicabilidade - superação da regra do art. 20 do CC que exige o devido processo legal - Impossibilidade de se alcançar o ente jurídico por dívida de sócio em simples despacho ordinatório da execução - Mandado de segurança concedido.

A doutrina da superação ou desconsideração da personalidade jurídica traz questão de alta indagação exigente do devido processo legal para a expedição de um provimento extravagante, que justifique invadir a barreira do art. 20 do CC. Não é resultado que se alcance em simples despacho ordinatório da execução, do arresto ou do mandado de segurança, todos de cognição superficial.

Nada existe nos autos que autorize tal violência contra a impetrante. Ao contrário, justifica-se, no caso, plenamente que o mandado de segurança que apresente como sucedâneo de embargos de terceiro não interpostos (cortando pela raiz a discussão sobre o cabimento dos embargos de terceiro contra o ato impugnado da autoridade coatora).

Concedem a segurança, revogando a determinação que bloqueia a alienação ou transferência de registro dos animais da impetrante no Jockey Club de São Paulo e no Jockey Club do Rio de Janeiro.

Presídium de julgamento, com voto, o Juiz Jacobina Rabello e dele participou o Juiz Rodrigues de Carvalho. São Paulo, 11 de abril de 1990. RT 657 - p. 120/121

³⁷² COELHO, Fabio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol II, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

³⁷³ PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. SÓCIOS ALCANÇADOS PELOS EFEITOS DA FALÊNCIA. LEGITIMIDADE RECURSAL.

- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

- O sócio alcançado pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária torna-se parte no processo e assim está legitimado a interpor, perante o Juízo de origem, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

Processo: RMS 16274/SP; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2003/0060927-0 - Relator: Ministra Nancy Andrighi - Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma - Data do Julgamento: 19/08/2003 - Data da publicação: DJ 02/08/2004 p. 359; RDR vol. 30, p.432. (nossos grifos)

Jorge Scartezzini³⁷⁴ e Felix Fisher³⁷⁵, os quais se debruçaram em profundos estudos para formularem seus brilhantes relatórios com fundamentação nos escopos sociais, jurídicos e políticos da jurisdição e, à unanimidade entenderam ser dispensável a ação autônoma para pretigiarem a efetividade do processo.

7.3 O Devido Processo Legal e a Desconsideração

Aos empresários, bem como aos demais brasileiros e aos residentes no país, a Constituição Federal assegura a garantia ao devido processo legal.

Estabelece o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal:

Art 5º. (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³⁷⁴ PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO E FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 284 E 356 DO STF – PROCESSO EXECUTIVO - PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA-EXECUTADA - POSSIBILIDADE - DISPENSÁVEL O AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA.

1 - Caracterizada está a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção previsto no art. 542, § 3º, do CPC, haja vista tratar-se de recurso especial proveniente de decisão interlocutória proferida no curso de execução de título extrajudicial (REsp nº 521.049/SP, de minha relatoria, DJ de 3.10.2005; REsp nº 598.111/AM, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 21.6.2004).

2 - Se a parte recorrente não explica de que forma o acórdão recorrido teria violado determinado dispositivo, deficiente está o recurso em sua fundamentação, neste aspecto (Súmula 284/STF).

3 - Não enseja interposição de recurso especial matérias não ventiladas no julgado impugnado (Súmula 356/STF).

4 - Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS nº 16.274/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 2.8.2004; AgRg no REsp nº 798.095/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 1.8.2006; REsp nº 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 12.9.2005).

5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo. Processo: REsp 331478/RJ; Recurso Especial 2001/0080829-0 - Relator: Ministro Jorge Scartezzini (1113) - Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma - Data do Julgamento: 24/10/2006 - Data da publicação: DJ 20/11/2006, p. 310. (nossos grifos)

³⁷⁵ CIVIL. LOCAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. FALTA. SIMILITUDE FÁTICA. FALTA.

I - A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma, podendo ser concedida incidentalmente no próprio processo de execução desde que verificados os pressupostos de sua incidência. Precedentes.

II - Todavia, se o c. Tribunal a quo entende suficientes as provas colacionadas aos autos para caracterizar a confusão patrimonial, infirmar essa conclusão demandaria ao reexame do conjunto fático probatório (Súmula 7/STJ).

III - Não se conhece do recurso pela divergência, se o recorrente descuida-se do necessário cotejo analítico, deixando de demonstrar as teses apontadas como contraditórias e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, e, se, além do mais, os vv. acórdãos paradigmas não guardam similitude fática como o aresto recorrido. Agravo regimental desprovido. Processo: AgRg no REsp 798095/SP; Agravo Regimental no Recurso Especial 2005/0147574-7 - Relator: Ministro Felix Fischer (1109) - Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma - Data do Julgamento: 06/06/2006 - Data da publicação: DJ 01/08/2006, p. 533. (nossos grifos)

No que respeita ao *procedural due process*, José Celso de Mello Filho³⁷⁶ afirma que, "especificamente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of law*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório".

Ensina Ada Pelegrini Grinover que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.³⁷⁷

Além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, o princípio do contraditório tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.³⁷⁸ Ao réu deve dar-se a oportunidade de ser ouvido, de apresentar sua contrariedade ao pedido do autor. Essa oportunidade tem de ser real, efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com o contraditório meramente formal.

Há que se considerar, também, que pelo princípio da isonomia previsto no art. 5º, caput, e o inciso I da CF de 88, segundo o qual todos são iguais perante a lei, relativamente ao processo civil, verifica que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Como já se afirmou, por contraditório e ampla defesa deve entender-se a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes e a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.³⁷⁹

³⁷⁶ MELLO FILHO, José Celso de. *A tutela judicial da liberdade*, RT 526/299.

³⁷⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, 1973, revista nº7, p. 16.

³⁷⁸ Constantin Calavros, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritter*, Bielefeld, 1978, p. 39-40 *Apud* Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na constituição federal*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 132.

³⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na constituição federal*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 133.

Considerando que pelo princípio do contraditório fica garantida às partes a ciência dos atos e termos do processo com a possibilidade de impugná-los, logo, ninguém poderá ser julgado sem a oportunidade de ser ouvido. Às partes é garantida a possibilidade de se manifestar sobre as alegações e provas apresentadas pelo adversário.

Decorrencia do princípio do contraditório está o da ampla defesa que inclui tanto o poder de discutir como o de provar. O processo civil satisfaz o princípio do contraditório com a realização da citação válida, dando-se ciência à parte do processo contra ela instaurado.

No Superior Tribunal de Justiça, a maior preocupação tem sido a de afastar a ilegitimidade passiva argüida em processo de conhecimento ou de execução.³⁸⁰ É de se notar que na decisão anterior, de 1998, o Ministro César Asfor Rocha foi voto vencido ante uma tendência que não mais cessou, qual seja, a de todo o STJ entender que não havia problema de legitimidade passiva na inclusão do sócio na demanda por ocasião do processo de execução, a despeito do enunciado no art. 472 do CPC. Porém, também é de se notar que, em 2003 o referido Ministro ainda mantinha o ultrapassado entendimento, como se vê do Acórdão colacionado.³⁸¹

Os tribunais também têm aplicado a *disregard*, como forma de fazer incidir o princípio da isonomia e assegurar a aplicação da efetiva tutela jurisdicional, em face de empresas pertencentes a grupos poderosos, onipresentes, multídonos e litigantes habituais, como se vê no Acórdão da lavra do Des. Adroaldo Furtado

³⁸⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL. NAUFRÁGIO DA EMBARCAÇÃO "BATEAU MOUCHE IV". ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA "AD CAUSAM". SÓCIOS. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO DECORRENTE DO FALECIMENTO DE MENOR QUE NÃO TRABALHAVA. 1. Argüições de ilegitimidade de parte passiva e imputações recíprocas dos réus acerca da responsabilidade pelo trágico evento. 2. Acolhimento da teoria da "desconsideração da personalidade jurídica". O Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.

RELATOR: MINISTRO BARROS MONTEIRO ACÓRDÃO: RESP 158051/RJ (199700878864) DECISÃO: Por maioria, declarar-se competente para julgar o feito, vencido o Sr. Ministro César Asfor Rocha; no mérito, por unanimidade, conhecer em parte do recurso da União e, nessa parte, dar-lhe provimento; não conhecer do recurso de Ramon Rodriguez Crespo e outros. DATA DA DECISÃO: 22/09/1998. ORGÃO JULGADOR: - QUARTA TURMA

³⁸¹ EMBARGOS À EXECUÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ATINGIR EMPRESA QUE NÃO FOI PARTE NA AÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

Nula, a teor do artigo 472, CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal.

Processo: REsp 347524/SP; Recurso Especial 2001/0120151-9 - Relator: Ministro Cesar Asfo Rocha (1098) - Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma - Data do Julgamento: 18/02/2003 - Data da publicação: DJ 19/05/2003 p. 234; RSTJ, Vol. 172, p. 423.

Fabício³⁸². No mesmo sentido e, atualmente, sem os votos divergentes de outrora, assim tem decidido o Ministro José Augusto Delgado³⁸³.

Verifica-se que a matéria, por ser discutida no bojo da análise acerca da legitimidade passiva para a causa, apenas excepcionalmente traz à tona o aspecto referente ao cerceamento de defesa por inobservância do princípio do contraditório e da ampla defesa. E tal, efetivamente, se torna desnecessário na medida em que a própria parte a ser atingida pela decisão está presente na demanda, diretamente ou encoberta pelo véu da pessoa jurídica.

Em 1996, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já iniciava a elaboração do entendimento no sentido de que, tratando-se de fraude que

³⁸² “Legitimação passiva - Dadas as características dos grandes conglomerados financeiros, integrando formalmente ou não “grupo de sociedades” (Lei 6.404/76, art. 265 e s.), apresentam-se eles ao público e à clientela como instituição única, sob denominação abreviada uniforme e freqüentemente operando em um só espaço físico, o da agência do banco comercial, servindo-se as diversas pessoas jurídicas do mesmo quadro funcional. Em tais condições, a diferenciação entre as pessoas jurídicas, conquanto inegável, tem de ser desconsiderada nas relações com pessoas com as quais tal diversidade não se dá a conhecer, o mesmo se faz questão de ocultar. Aplicável a teoria da aparência e, em nova e peculiar configuração, a doutrina dos “disregard”, de modo a reconhecer-se e legitimação do banco comercial mesmo que figurante da relação jurídico-material seja a companhia de crédito imobiliário. Essa solução faz parte do elenco de medidas indispensáveis à assecuração da tutela jurisdicional efetiva ao litigante eventual em face do poderoso, onipresente e multidono litigante habitual”. (El 588044941 - Passo Fundo - 3.º Gr. De Câms. Civs. - TJRS - j. 24.2.89 - Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabício).

³⁸³ PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.
2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo.
3. “A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub iudice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico” (Acórdão a quo).
4. “Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002).
5. Recurso não-provido.

Processo: REsp 767021/RJ; Recurso Especial 2005/0117118-7 - Relator: Ministro José Delgado (1105) - Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma - Data do Julgamento: 16/08/2005 - Data da publicação: DJ 12/09/2005, p. 258.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

autorizasse a desconsideração da personalidade jurídica, o processo de conhecimento ficaria dispensado, sendo ilustrativo o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar: ..., "condicionar a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica a prévio pronunciamento judicial importa torná-la inteiramente inoperante pelo retardamento de medidas cuja eficiência e utilidade depende de sua rápida efetivação".³⁸⁴

Para Flávia Lefevre Guimarães³⁸⁵, não há a necessidade de se instaurar processo de conhecimento para que se declare a desconsideração da personalidade jurídica, como ocorre na fraude contra credores. Neste mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça³⁸⁶, por entender que houve a possibilidade de defesa do sócio que não o fez oportunamente.

Mesmo que se possibilite a desconsideração de forma incidental (sem necessidade de propositura de ação própria) por ocasião do cumprimento da sentença, o sócio deve ser citado para se defender, se assim o quiser, sob pena de configuração de ato inexistente que poderá eivar de ineficácia todos os atos seguintes no processo.

Segundo Teresa Wambier³⁸⁷, um ato é inexistente, para o direito, quando carrega em si um defeito de tal monta, que é capaz de desfigurá-lo e impedir que se encaixe no tipo. É um defeito de essência. As circunstâncias em que a sentença dada deve ser considerada inexistente juridicamente se resumem na

³⁸⁴Nessas condições e tendo em consideração que a ação de prestação de contas cuja sentença se executa foi aforada no já longínquo ano de 1976 e que a citação da Distribuidora Telespeaker S.A. foi efetivada na pessoa do referido Eduardo Santos Guimarães ..., que dela cuidou-se de se afastar formalmente, pode-se concluir que essas sociedades (e talvez outras) não passam de entidades de existência meramente formal que utilizadas como meio de exercer atividades no mundo dos negócios com limitação das responsabilidades pelas obrigações que essencialmente são suas, mas são assumidas em nome das sociedades, sendo os patrimônios de umas esvaziados em benefício das outras de forma a frustrar os credores.... Nessas condições, incensurável que se coíba essa manobra mediante a aplicação dos princípios éticos e jurídicos que compõem a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica, fazendo a penhora alcançar bens do real e efetivo devedor, Eduardo.... estejam em nome deste uma das entidades por detrás das quais atuava. (...). Recurso Especial n. 86.502/SP, publicado no DJ de 26.08.96; RSTJ 90/280. No mesmo sentido: R.T. 599/133; 592/172; 620/122 e JTA 100/128. (nossos grifos)

³⁸⁵GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor – aspectos processuais*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1998, p. 169.

³⁸⁶DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. PRESSUPOSTOS. EMBARGOS DO DEVEDOR. É POSSÍVEL DESCONSIDERAR A PESSOA JURÍDICA USADA PARA FRUADAR CREDITORES. DESNECESSIDADE. CONDICIONAMENTO. PROCESSO DE CONHECIMENTO. ADMISSÃO. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA. BENS. PENHORA. BENS. SÓCIO. EFEITO. CARÁTER URGENTE.. EFICIÊNCIA. MEDIDA. POSSIBILIDADE. DEVEDOR. APRESENTAÇÃO. DEFESA. AMBITO. EMBARGOS DO DEVEDOR. ADMISSIBILIDADE. PENHORA. PATRIMÔNIO. DIVERSIDADE. EMPRESA. AUSÊNCIA. RELAÇÃO PROCESSUAL. ANTERIORIDADE. PROCESSO DE EXECUÇÃO. EXISTÊNCIA. VÍNCULO. PESSOA JURÍDICA. OBJETO DA DESCONSIDERAÇÃO.

Acórdão: REsp 86502/sp (199600047596) 127941 Recurso Especial - Decisão: prosseguindo no julgamento, a turma, por unanimidade, não conhecer do recurso. Data da decisão: 21/05/1996 órgão julgador: - Quarta turma Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

³⁸⁷WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

situação de um processo que, por alguma razão, não se constitui juridicamente. Os requisitos para que se considere um processo como sendo juridicamente existente são correlatos à definição clássica de processo, que praticamente o identifica com a relação jurídica que se estabelece entre autor, juiz e réu. Portanto, sem que haja um pedido, formulado diante de um juiz, em face de um réu (potencialmente presente, ou seja, citado) não há, sob o ângulo jurídico, propriamente um processo. Claro que uma sentença de mérito proferida nestas condições e neste contexto é, por “contaminação”, sentença juridicamente inexistente, que jamais transita em julgado.

Importante ressaltar que Ada Pellegrini Grinover³⁸⁸, ao tratar de uma área do direito em que mais se intensifica a relativização das técnicas processuais, os direitos do consumidor, não deixou de concluir que o devido processo legal jamais poderia ser prescindido:

A preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação do seu acesso à Justiça. Isso demandava, de um lado, o fortalecimento do consumidor em juízo – até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual – exigindo um novo enfoque da par conditio e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, exigia a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à Justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo, sem jamais olvidar as garantias do “devido processo legal”.

Nelson Nery reflete a respeito da necessidade de relativização até mesmo entre princípios em face do interesse público, como se vê em sua lição, quando afirma que:

O devido processo legal deve ser aplicado com a devida cautela sem perder de vista o interesse público, posto que a amplitude da cláusula devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil. Nada obstante, é importante fixarem-se os critérios de incidência do princípio em suas variegadas manifestações, notadamente no que respeita aos limites dessa incidência, de sorte a não tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o estado de direito nem atende ao interesse público.³⁸⁹

³⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos do consumidor brasileiro*. Comunicação apresentada nas XIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de 9 a 13/8/92. Cuernavaca, México, p. 3.

³⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, 7ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 43.

Tem-se afinal, por absoluto, apenas a idéia do justo. O anseio superior pela realização do justo abstrato deve sobrepair ao ordenamento positivo, pois que, no dizer de Del Vecchio³⁹⁰, é uma exigência fundamental da consciência humana conceber a idéia do justo como absoluta e admitir um critério absoluto e ideal da justiça e do direito, independente do fato de sua sanção positiva.

Não se pode falar, portanto, em direitos absolutos, justamente porque o direito envolve necessariamente a idéia de relação³⁹¹, e esta, a de interação, aspecto fundamental do sistema jurídico que envolvem os escopos jurídico, político e social. Assim, quando se diz que os direitos da personalidade e os direitos reais são absolutos, o que se pretende, na verdade, é colocar em evidência que o sistema confere a eles alguns atributos que não são comuns aos direitos em geral, e não consagrar a “absolutidade”. Tem-se, pois, que, não havendo direitos absolutos, não se poderá conferir esse atributo ao exercício do direito à personalidade jurídica e até mesmo à coisa julgada, em que pese a existência de dispositivos legais no ordenamento pátrio.

Diante disso, todos os direitos – e, portanto, também os direitos do sócio que, embora não fazendo parte da relação processual, dirige a pessoa jurídica ao tempo do processo de conhecimento, tendo inclusive constituído advogado para a defesa dela (e dele próprio, por conseguinte) – devem ater-se à função social da lei e às exigências do bem comum, a teor do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, como os princípios em geral, não têm caráter absoluto, razão por que não se justifica sua sacralização, em detrimento de outros princípios como o da efetividade da jurisdição e o da igualdade de tratamento entre as partes.

Portanto, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no cumprimento da sentença, levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de

³⁹⁰ Op. Cit., p. 197.

³⁹¹ BELLINETTI. Luiz Fernando, Direito e Processo *in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 820. Baseado nas idéias de Arthur Kaufmann, afirma o autor que: “Toda ordem tem, como tal, caráter relacional. As relações pessoais entre os homens são o que identificam o pensamento jurídico como tal, de vez que em verdade o direito somente se legitima por meio de que a cada qual se garanta o que lhe corresponde como pessoa, sobretudo por meio de uma garantia dos direitos humanos e fundamentais.”

fraude à lei ou contra terceiros. O mesmo poderá ocorrer no processo de execução, se a desconsideração for declarada pelo juiz após a propositura dos embargos, na hipótese de insuficiência de bens para a plena e efetiva realização do direito.

CAPÍTULO III - O ABUSO (NO EXERCÍCIO) DO DIREITO, CONSIDERADO COMO ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

1 A ÉTICA PROCESSUAL NO CPC

Ética e Direito possuem núcleo comum em razão das condutas humanas a que visam e, embora haja fronteiras definíveis entre moral e direito, é inadmissível a existência de um direito imoral. Mesmo tendo conceitos próprios e independentes, o direito deve resguardar a moral e a garantir. Aristóteles afirma que “a justiça é freqüentemente considerada a mais elevada forma de excelência moral”³⁹².

Os círculos do direito e da ética possuem interseção que será tão mais alargada quanto for a observância espontânea das normas morais pelos membros de uma sociedade. No entanto, na medida em que as normas morais não são espontaneamente observadas, é imprescindível a atuação estatal para consolidá-las, transformando deveres éticos em normas jurídicas. O direito processual, instrumento de atuação desses preceitos jurídicos, torna-se um moderador da moralidade social, uma espécie de superego social.

A superação das concepções privatistas do processo e a ascensão de sua face publicista indicaram indubitavelmente no sentido de que o processo é um instrumento de que se utiliza o Estado precipuamente para finalidades públicas, e não uma ferramenta sujeita à livre vontade das partes litigantes. É certo e indiscutível que é o interesse privado das partes que provoca a jurisdição, mas esta opera precipuamente com o escopo de manter ou restabelecer a ordem jurídica. E então se justifica a busca por retidão no manuseio dos mecanismos do processo.

O Processo Civil, por características próprias, sempre foi encarado sob uma ótica privatista diante da possibilidade de os particulares poderem, em regra, dispor livremente dos seus valores e interesses materiais. Esse liberalismo processual se encontra em franca decadência. Tal sistemática “dispositivística”³⁹³ reflete o caráter individualista do processo que não mais se harmoniza com a dimensão social que o instituto assumiu. Particularmente na esfera processual, em que se está diante de um conflito de interesses, pode ocorrer que as partes sejam

³⁹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Cury. Brasília: EdUnb, 2ª ed., 1992, p. 93.

³⁹³ O trocadilho entre o princípio dispositivo e a leitura positivista da lei processual é do Prof. José Carlos Barbosa Moreira.

tentadas a usar de todos os meios, dignos ou não, para conseguirem seu desiderato.

Para Dinamarco, embora a realidade do processo seja para as partes a de um combate para o qual a lei as municia de certas armas legítimas e de uso legítimo, repudia-se o uso abusivo dessas armas ou o emprego de outras menos legítimas. Como toda atividade humana envolve relações entre pessoas, também para esse combate ou jogo há regras preestabelecidas a serem observadas, entre as quais as que limitam a intensidade dos golpes e lances de cada um, na medida do que for eticamente aceitável.³⁹⁴

Segundo Francisco Ramos Méndez, a imagem romântica da relação processual, com o autor elaborando a tese (pretensão), o réu a antítese (defesa) e o juiz ao final a síntese (decisão final), com todos obrando para a melhor qualidade da pretensão jurisdicional é ingenuamente perigosa. De fato, o único que se encontra no processo para ver prevalecer a justiça, pelo menos em tese, é o juiz. As partes, representadas pelos seus patronos, buscam proteger seus interesses. Negar a característica de jogo ao processo é fechar os olhos a uma realidade bem evidente, vista diariamente na praxe forense.³⁹⁵

Sendo, portanto, um jogo, é necessário que algumas regras sejam estabelecidas, aliás, como em qualquer outra atividade humana que coloque contendores frente a frente. Estabelecidas as regras, incrementadas com a inclusão de um parágrafo único ao artigo 14, passa-se a reforçar a não admissão da atitude daquele que procura a vitória a qualquer custo, extrapolando a postura combativa necessária a qualquer embate.

A punição de qualquer atividade processual deve sempre levar em conta também o princípio da ampla defesa. Se é bem verdade que existem aqueles que objetivamente passam dos limites do eticamente aceitável, por outro lado não se deve retirar das partes, por meio de seus patronos, o direito de defender sua pretensão com todos os meios que o ordenamento concede.

Como bem apontado por Cândido Rangel Dinamarco, “deve prevalecer uma linha de equilíbrio legítimo entre os deveres éticos da partes e seus procuradores e a ampla liberdade de atuação na defesa de seus interesses no

³⁹⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel, *A reforma da reforma*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56.

³⁹⁵ Op. Cit., p. 06.

processo, assegurada mediante garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.³⁹⁶

Embora a Constituição não faça referência expressa a um dever de colaboração com o Judiciário, existem algumas normas constantes do CPC a respeito da matéria, que complementam, concretizam e especificam o princípio da probidade em sede infra-constitucional.

O art. 14 do CPC versa acerca dos deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo e, em seu inc. II (proceder com lealdade e boa-fé) encerra o conteúdo axiológico do princípio da probidade: o dever de lealdade. Para Candido Rangel Dinamarco³⁹⁷, seriam desnecessárias quaisquer outras disposições a respeito, pois todas as demais normas de conduta das partes no processo estariam insertas no art. 14, que caracteriza como cláusula genérica de conduta ética.

O art. 17 do CPC complementa o art. 14, exemplificando as condutas que configuram litigância de má-fé. E o art. 18 reitera o disposto no art. 16, impondo ao infrator indenização à parte contrária dos prejuízos causados pela litigância de má-fé. Essas são as disposições gerais acerca do princípio da probidade, mas se reconhecem, ao longo do código processual civil, outras regras esparsas no mesmo sentido.

Pode-se concluir que existem cinco vertentes do princípio da probidade positivadas no CPC: a disciplina da litigância de má-fé, prevista nos arts. 14, I, II, III e IV e 18; a medida que visa coibir a propositura de embargos de declaração manifestamente protelatórios, prevista no parágrafo único do art. 538; a medida que visa coibir a propositura de agravo manifestamente inadmissível ou infundado, interposto contra ato do relator que admitiu recurso contra decisão exarada em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STJ ou STF, de acordo com o art. 557 e seus parágrafos; atos atentatórios à dignidade da Justiça, elencados nos arts. 599, 600 e 601; e os atos atentatórios ao exercício da jurisdição, previstos no art. 14, V.

A Lei 10.358/2001 seguiu o escopo de proteção do processo contra condutas ímprobas, dando nova redação ao art. 14 do CPC. As mudanças legislativas, além de exacerbarem as sanções ao litigante desleal, prevendo severas

³⁹⁶ Reforma da Reforma, cit., p. 57.

³⁹⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1995, p. 61.

multas pecuniárias (art. 14, par. único), explicitaram aquilo que a doutrina já advertia: todos os participantes do processo são destinatários dos preceitos éticos contidos na lei.

Definindo bem as regras do jogo e, inclusive, as penas àqueles que as quebram, ensina Dinamarco³⁹⁸ que a "reforma da reforma" cuidou de levar adiante esse desiderato incluindo normas de duas naturezas, a saber: (a) mediante a mais clara definição dos itens que compõem o dever de lealdade e (b) mediante a exacerbação das sanções ao desleal. A lei 10.358 deu nova redação ao *caput* do art. 14, ampliando a todos os participantes do processo os preceitos éticos contidos em seus diversos incisos e incluindo um outro dever bem específico, relacionado com o cumprimento das sentenças mandamentais e provimentos jurisdicionais em geral (art 14, inc. V); e, para castigar os infratores, ela incluiu também um parágrafo no art. 14, definindo como atentatório ao exercício de jurisdição qualquer ato infrator aos deveres instituídos no inc. V.

Discutível foi a exclusão dos advogados da sanção pecuniária, mesmo que pratiquem atos atentatórios ao exercício da jurisdição, como se verá no tópico 6.1. Recentemente, a Lei 11.382/06, também introduziu no ordenamento processual, no seu art. 656, §1º (2ª parte), norma de natureza protetiva do processo, com possibilidade de incidência da multa do art. 14 no processo de execução de títulos extrajudiciais.

³⁹⁸ Op. cit. p. 57.

2 O ABUSO (NO EXERCÍCIO) DO DIREITO PROCESSUAL E A GARANTIA FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA

Para Marçal Justen Filho, somente se possibilita a alusão a um "abuso de direito" desde que se admita que o direito subjetivo não existe em função da vontade ou do interesse privado de seu titular - mas que é atribuído em função da realização de interesses e valores outros, transcendentais ao individual. Enquanto absoluto o direito, não há como referir-se a um abuso.³⁹⁹

O abuso indica justamente a incompatibilidade entre o exercício inadequado de um direito subjetivo e os interesses coletivos ou supra-individuais em função dos quais o direito objetivo existe e aos quais busca realizar.

Muitos obstáculos se interpõem à construção de uma teoria do abuso no âmbito do processo civil. E a mais séria objeção oposta contra a noção de abuso do processo tem por fundamento a impossibilidade de limitação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

As contingências sócio-políticas nas quais foram promulgadas a maioria das constituições vigentes, justificam o receio diante da possibilidade de mudanças profundas na estrutura do processo civil. É absolutamente natural o tradicional temor a possíveis limitações ao direito amplo de defesa, como resultaria do reconhecimento expresso da figura do abuso do direito de defesa cometido pelo réu e a conseqüente instituição de regras preventivas e sancionatórias. Tais temores se justificam por um certo tempo, até que esse mesmo ordenamento, construído a muito custo, se mostre fragilizado. No Brasil, mesmo que se tenha rompido com um regime ditatorial através de um processo de transição, eivado de muitos embates ideológicos com escopo na liberdade, já é hora de se redefinir qual deve ser a amplitude da ampla defesa.

O tema assume contornos ainda mais intrincados nos países onde as garantias processuais ainda estão em desenvolvimento, pois a noção de abuso poderia ser utilizada como instrumento para limitação ou impedimento ao exercício de tais garantias, mas crê-se que a falha dessa linha de raciocínio decorre da utilização de uma incorreta premissa. O que se teme não é a elaboração de uma teoria do abuso no âmbito do processo, mas o uso inapropriado desta teoria com o fim escuso de mitigar o conteúdo das garantias constitucionais da ampla defesa e do

³⁹⁹ JUSTEN FILHO. Marçal, *Desconsideração*, p. 41.

contraditório. Ainda, há de se considerar que o contrário é que se verifica, pois, a teoria do abuso do direito atende, exatamente, ao princípio da liberdade humana, porque o que realiza é conter, nos limites do justo e do razoável, o desvio do direito, protegendo, em consequência, o direito individual daquele contra o qual o abuso foi cometido.

Para José Olímpio de Castro filho, “é a pessoa humana mesma, no que tem de mais sagrado – o seu direito, violado pelo exercício abusivo contrário, - que a teoria do abuso do direito processual, a final, acaba exaltando e prestigiando.”⁴⁰⁰

Para justificar a contrariedade a uma teorização da questão do abuso no âmbito do processo, há quem identifique em tal noção verdadeira contradição, pois em termos práticos, quem abusa do direito de se defender está ao mesmo tempo exercitando um direito constitucionalmente garantido⁴⁰¹.

O momento histórico hoje requer a superação do receio evidenciado por este tipo de posicionamento. Apesar de o direito à ampla defesa ser uma garantia constitucional, não existe qualquer impedimento lógico ao seu exercício abusivo, constatação esta diante da qual a contradição apontada perde qualquer sentido prático.

Como bem explica Michele Taruffo⁴⁰², é possível exercitar um direito de vários modos e com finalidades diversas, o que justifica a distinção entre comportamentos processuais apropriados e corretos e comportamentos processuais abusivos, pelo que “se um sujeito tem o direito de se defender de todos os modos permitidos pela lei, mas propõe usar de instâncias infundadas e pretextuosas com o único fim de provocar o retardamento ou de impedir que o juiz examine o mérito da causa, pode-se dizer que constitui abuso do seu direito de defesa”.

Nos demais ramos do direito em que se reconhece a validade da formulação de uma teoria do abuso, o fundamento adotado para coibir o abuso do direito pelo seu titular é a proteção do interesse de terceiro. Essa premissa também é perfeitamente adequada para o processo civil. Basta, para tanto, pensar que o direito de defesa é apenas um dos lados da moeda da prestação jurisdicional. A

⁴⁰⁰ CASTRO FILHO, José Olímpio. Op. Cit. p. 24.

⁴⁰¹ RESCIGNO, Pietro. Op. Cit. p. 206.

⁴⁰² TARUFFO, Michele. L' abuso del processo: profili comparatistici. Revista de Processo nº 96, São Paulo: RT, 1999, p. 150-169. “se un soggetto há il diritto di difendersi in tutti i modi consentiti dalla legge, ma propone decine di istanze infondate e pretestuose al solo scopo di provocare ritardi e spese, o di impedire al giudice de esaminare la causa nel merito, si può dire que costui abuso del suo diritto di difesa.” (trad. livre)

essa garantia corresponde outra, simetricamente contraposta, o direito de ação. Esse é o entendimento de Comoglio e Ferri⁴⁰³.

Afinal, o direito de ação, de acordo com as novas perspectivas do processo civil, não pode ser entendido apenas como a inafastabilidade do Poder Judiciário em face de conflitos de direito, mas também, como a garantia de obter provimento efetivo e útil na resolução de tais conflitos.

E consagrar sem limites a garantia da ampla defesa, afastando a possibilidade de abuso no seu exercício, implica indiscutivelmente legitimar o comportamento de quem impede o pleno exercício do direito de ação. Para proteger o direito à ampla defesa coloca-se em situação de fragilidade o direito de ação. Isso somente evidencia a contradição lógica dos argumentos sobre os quais se baseia a corrente contrária à noção de abuso do processo⁴⁰⁴.

A lentidão do processo é que induz a pensar que se pode desobedecer às regras de direito quase impunemente, em detrimento dos sujeitos por ele tutelados. Verifica-se o comportamento abusivo do réu, quando ele, no afã de ganhar tempo, utiliza-se do processo de forma egoísta, apresentando defesa claramente infundada, requerendo produção de provas sabidamente desnecessárias, opondo-se à efetivação de provimentos judiciais através de embaraços, deixando de cumprir provimentos mandamentais ou interpondo recursos protelatórios.

Para uma resolução eficaz do problema, é necessário que os institutos processuais existentes sejam reinterpretados, de modo a restabelecer a igualdade de condições entre o autor que tem razão e o réu. E a adoção de posturas mais rígidas em relação à figura do abuso, sobretudo em relação àquele praticado pelo réu (que, em tese, é o único com interesse na lentidão da marcha processual), é uma das formas de colocar em prática tais mudanças.

O processo é um instrumento social de resolução de conflitos e, portanto, de administração da justiça, pelo que se deve concluir que as regras processuais têm por finalidade não garantir indiscriminadamente a ambas as partes

⁴⁰³ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezione sul processo civile*. 2ª ed., Bologna: Il Mulino, 1998, p. 66/67. “... sicuramente, nell’ottica della Costituzione, l’agire e il difendersi in giudizio si configurano come attività contrapposte e omologhe, così da legittimare una loro protezione proporzionalmente eguale ...”

⁴⁰⁴ LIMA, Patrícia Carla de Deus. *O abuso do direito de defesa no processo civil*. Revista de Processo nº 122, Ed. RT, São Paulo, 2005, p. 107/108.

o direito de vencer, mas, sim, possibilitar que vença a parte que tem razão.⁴⁰⁵ Aliás, além de garantir a vitória à parte que tem razão, essas regras processuais também devem assegurar que tal vitória lhe seja útil, possibilitando a realização oportuna do direito reconhecido, através do efetivo cumprimento da sentença.

Portanto, parece evidente a impossibilidade de se admitir que, para garantir o exercício pleno do contraditório, o réu assuma defesa claramente insustentável apenas por que tem em seu favor o direito constitucional da ampla defesa. Importante observar que admitir a utilização indiscriminada do direito de defesa implica aniquilar o conteúdo do direito de ação.

Para uma eficaz administração da justiça, é necessário impor limites a ambas as garantias, de modo a impedir que o autor proponha ações com o intuito de colocar em situação vexatória o réu e, por outro lado, que este impeça injustificadamente a realização do direito de que é titular o autor que tem razão.

A adoção de normas mais rígidas em relação ao abuso implica também reflexão a respeito do aumento de importância do papel que a lei atribuirá ao juiz, já que as referidas regras, para evitar situação de injustiça para a parte que não comete abuso, deverão conter necessariamente margem de discricionariedade a partir da qual seja possível determinar sua aplicabilidade no caso concreto. Felizmente, a discricionariedade do juiz em relação ao arbitramento da multa do 461, com possibilidade de redução e agravamento do seu valor, bem demonstra esse avanço no Brasil.

Apesar de todo o cuidado que se deve ter com a “amplitude” da ampla defesa, os juízes deverão utilizar o poder de coibir possíveis excessos com muita prudência, cautela e discernimento, pois, como leciona Dinamarco (um juiz por excelência), o processo, como realidade dialética em que o contraditório é essencial, comporta medidas de inteligência e astúcia que lhe são essenciais e não podem ser censuradas ou reprimidas – sob pena de, a título de reprimir uma suposta má-fé processual, reprimir-se o próprio exercício do contraditório. Repudiem-se deslealdades, mas não se deve, a esse título, prodigalizar reprimendas ou sanções

⁴⁰⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e giusto processo – modelli a confronto*, relato apresentado nas II Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, Brasília, 1997. A garantia fundamental não é, assim, de um procedimento devido, mas, sobretudo, “*un proceso che sia intrinsecamente equo e giusto, secondo i parametri etico-morali accettati dal comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi epoca e paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione*”. “um processo que seja intrinsecamente equo e justo, segundo os parâmetros ético-morais aceitos pelo sentimento comum dos homens livres de quaisquer épocas e países, e enquanto se revelem capazes de realizar uma justiça verdadeiramente imparcial e fundamentada na sua natureza e na sua razão.” (trad. livre)

sem o cuidado de manter o caminho aberto para legítimos expedientes defensivos.⁴⁰⁶

Falando a respeito dessa complexa tarefa do intérprete da norma e do seu necessário aprimoramento, afirmam Sergio Renault e Pierpaolo Bottini⁴⁰⁷ que a diferença entre o uso legítimo dos instrumentos de defesa e a litigância predatória é tênue, de difícil percepção e delimitação, o que torna a tarefa do criador da norma e de seu intérprete ainda mais complexa. Assim, o que deve ficar ressaltado é que as propostas de resolução dos problemas judiciais devem ser levadas adiante com a maturidade suficiente para identificar as situações limite e atacá-las com remédios precisos.

Nesse sentido, as propostas de alteração processual devem cuidar para criar óbices para a utilização predatória do sistema processual e, ao mesmo tempo, preservar o sistema do contraditório e da ampla defesa. Deve-se, para isso, buscar nos diagnósticos, nos dados e, sobretudo, na experiência daqueles que trabalham e conhecem os meandros das lides nos tribunais os caminhos para aprimorar a prestação jurisdicional, sem ferir direitos consolidados e assegurados pela Constituição Federal.

⁴⁰⁶ DINAMARCO. Candido Rangel, *A reforma da reforma*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57-58.

⁴⁰⁷ RENAULT. Sergio, e BOTTINI. Pierpaolo Cruz, Os caminhos da reforma, *in Revista do Advogado*, nº 85, AASP, maio de 2006, p. 9-10.

3 O CONTEMPT OF COURT (desacato à ordem judicial)

3.1 Breve Histórico do Instituto nos Países do *Common Law*

O instituto do *contempt of court*⁴⁰⁸ tutela o exercício da atividade jurisdicional, nos países da *common law*, e existe desde os tempos da lei da terra. O poder de *contempt of court*, reconhecido aos órgãos judiciários do Reino Unido e América do Norte, consiste no meio de coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição, e a primeira referência à sua aplicação remonta ao ano de 1187, em hipótese de réu que não atendeu à citação.⁴⁰⁹

O poder de o juiz exigir e impor acatamento às suas determinações, decorrentes da parcela de soberania que lhe é conferida, parece essencial à subsistência da ordem, nas suas esferas legítimas de governo e da justiça. Assevera James Oswald⁴¹⁰, que nenhuma corte ou tribunal carece de vindicar sua própria autoridade, dignidade e respeito.

Segundo relato de Ada Grinover⁴¹¹, a origem do *contempt of court* está associada à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização de meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência.

Na Inglaterra, a configuração básica do instituto emergiu de voto do Juiz Wilmot, publicado depois de sua morte, em 1802. Tratava-se da publicação de libelo por um livreiro chamado *Amon contra a Chief Justice Lord Mansfield*. Em síntese, o poder de *contempt*, na concepção do Juiz Wilmot, decorria da possibilidade de qualquer corte vingar sua própria autoridade, prendendo ou multando quem a desafiasse em caráter público. Na América, o *Judicial Act* de 1789,

⁴⁰⁸ ASSIS. Araken de, O *contempt of court* no direito brasileiro. Revista de Processo nº 111, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20. Não há tradução precisa na língua portuguesa para a palavra *contempt*, retratando a exata acepção do vocábulo. Às voltas com problema similar, na língua espanhola, a doutrina escudou-se no costume para traduzi-la como “desacato”.

⁴⁰⁹ Araken de Assis, op. cit., p. 19.

⁴¹⁰ *Apud* Araken, idem., p. 19.

⁴¹¹ GRINOVER. ADA PELEGRINI, Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*, in *Revista de Processo* nº 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

alterado em 1821 para dirimir incertezas, conferiu a todo tribunal análoga competência. Em todos os casos, sob as mais variadas situações em que examinou o problema, a Suprema Corte sempre preservou a autoridade judicial. Apesar das críticas e da criação, em 1970, de um Comitê para reexaminar o tema e propor reformas, o poder de erradicar a obstrução à Justiça permanece na sua feição original.⁴¹²

Para o direito anglo-saxônico, o *contempt of court* significa a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem. O *contempt of court* se divide em criminal e civil, sendo que o criminal destina-se à punição pela conduta atentatória praticada, enquanto o civil destina-se ao cumprimento da decisão judicial, usando para tanto meios coercitivos. É possível que uma conduta desrespeitosa seja passível, ao mesmo tempo, de *contempt* civil e criminal, seja no processo civil, seja no processo penal.

No *contempt* criminal (punitivo), o processo, autônomo, sumário, é instaurado de ofício ou por provocação da parte interessada; no civil (coercitivo), a aplicação ocorre nos mesmos autos, mediante provocação do interessado, garantida a ampla defesa. Admite-se transação sobre o *contempt* civil. As sanções ensejadas pelo *contempt*, em qualquer de suas modalidades, são a prisão, a multa, a perda de direitos processuais e o seqüestro. No civil, a punição é por tempo indeterminado, até que haja o cumprimento da ordem judicial. Se a decisão se tornar de impossível cumprimento, a sanção também deve cessar, motivando, entretanto, o *contempt* criminal. A multa pode ser compensatória, ou não. Quando compensatória, reverte ao prejudicado; quando coercitiva, reverte ao Estado, considerado o grande prejudicado pela recalcitrância. A prisão, aplicada com prudência, é considerada medida de grande praticidade para a efetividade do processo.⁴¹³

O *contempt* civil, destinado ao cumprimento das ordens judiciárias, pode ser direto ou indireto. O direto autoriza o juiz a prender imediatamente o recalcitrante, concedendo-lhe um prazo para justificar sua conduta. O indireto exige um procedimento incidental que, no *contempt* anglo-saxão, obedece aos seguintes requisitos: a) prova da ocorrência da ação ou omissão; b) que a ordem judiciária determine com clareza a ação ou omissão imposta à parte; c) que a parte seja

⁴¹² Araken de Assis, *Revista de Processo* 111/19.

⁴¹³ GRINOVER. ADA PELEGRINI, Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*, in *Revista de Processo* nº 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 223.

adequadamente informada sobre o teor e a existência da ordem judiciária; d) que a ordem judiciária desrespeitada seja de possível cumprimento. A citação e a oportunidade de ser ouvido são atributos essenciais do procedimento. Com a citação, a pessoa deve ser informada das condições dentro das quais o atendimento à ordem judicial resultará na revogação das sanções. Após a apresentação das razões, o juiz decide, apreciando as provas produzidas, considerando ou não a parte em *contempt* e impondo uma sanção condicionada, a incidir no caso de a parte resistir em não cumprir a ordem desobedecida. Finalmente, a sanção imposta é concretamente aplicada, se o *contemptor* não cumprir a ordem.⁴¹⁴

Aumenta o interesse da comunidade jurídica nacional pelo estudo dos ordenamentos anglo-saxões, na esperança de que, sob sua influência, sejam introduzidos mecanismos processuais mais ágeis e efetivos no direito processual civil pátrio, capazes de “imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios”.⁴¹⁵

Segundo Patrícia Pizzol, depois de mencionar o “potenciamento” dos poderes do juiz, introduzido também pelo parágrafo único do art. 14, diz que a doutrina brasileira tem posto em relevo como se vem verificando uma aproximação entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, também porque aquele resguarda os poderes do juiz.⁴¹⁶

Nesse contexto insere-se a doutrina do *contempt of court*. A sua grande importância nos países que a adotam indica a profunda distância – em termos de autoridade e superioridade – entre o papel confiado ao Poder Judiciário no *common law*, em oposição ao que lhe atribui o *civil law*. A sua adoção no direito processual civil brasileiro surge, pois, como algo a ser alcançado, como uma possível resposta à “crise de autoridade” do Poder Judiciário.

⁴¹⁴ GUERRA, Marcelo Lima, *Execução indireta*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 104.

⁴¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Notas sobre alguns aspectos do Processo (Civil e Penal) nos Países Anglo-Saxônicos”, *Temas de Direito Processual: Sétima Série*, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 155-156. “Tem acusado notável interesse, nos últimos tempos, entre os juristas da família ‘romano-germânica’, o interesse pelos ordenamentos anglo-saxônicos. Na esfera doutrinária, vozes robustas apregoam a conveniência, senão a necessidade, de redesenhar sistemas processuais, com os olhos fitos em modelos ingleses e sobretudo norte-americanos, mesmo ao preço de cancelar ou relegar a nível mais modesto o papel de antigas tradições, cultivadas na Europa continental e transmitidas aos países dela tributários no resto do planeta. Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao fundamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios”.

⁴¹⁶ PIZZOL, Patrícia. *I Poteri del giudice nell'ordinamento brasiliano*. In Davanti al giudice: studi sul processo societário (coord.) Lucio Lanfranchi e Antonio Carrata. G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 598. “La dottrina ha messo in rilievo come si stia verificando un'aprossimazione tra i sistemi del *common law* e del *civil law*, anche per quel Che riguarda i poteri del giudice.” (trad. livre)

A inobservância de uma ordem (*injunction*) proferida por um juízo ou tribunal pode se dar em várias circunstâncias. Pode ocorrer um mero equívoco do jurisdicionado em relação ao significado e extensão do que lhe foi imposto, um descuido ou desatenção no seu cumprimento, ou, ainda, intenção deliberada de descumpri-la e confrontá-la. Para todas essas hipóteses, o *common law* coloca à disposição dos juízos e tribunais uma ampla gama de meios e procedimentos de execução para que a autoridade, o respeito e a dignidade confrontados pelo ato de insubmissão sejam restaurados.

Os tais meios e procedimentos de execução podem simplesmente assumir um caráter reparatório e esterilizador, alertando o jurisdicionado de que o ato por ele praticado vai de encontro à decisão judicial legítima proferida, dando-lhe a chance de purgar sua mora e eliminar o estado de insubordinação. Esse alerta destina-se a acelerar a submissão do jurisdicionado e vem normalmente acompanhado de uma sanção temporária, que deve perdurar pelo tempo necessário de seu convencimento e integral subordinação.

Por outro lado, os meios e procedimentos de execução podem assumir um caráter punitivo, especialmente diante de atos praticados reiteradas vezes e irreversíveis. Nesses casos, a sanção aplicável não se destina à modificação de um estado de inadequação comportamental do jurisdicionado recalcitrante, mas à sua instrução e a dos demais jurisdicionados, das conseqüências danosas de um ato de insubmissão e afronta à justiça.

Tal qual no *civil law*, no *common law* há toda uma ampla gama de meios e procedimentos distintos de execução de ordens judiciais. Considerando-se que uma série de meios e procedimentos alternativos de execução de ordens se encontram disponíveis para os tribunais, a instauração de um processo de *contempt of court* por descumprimento não se justifica para todos os casos de inobservância de uma ordem judicial.

Processos de *contempt of court* por descumprimento resultam mais comumente da inobservância de uma ordem que, por suas características, somente possa ser cumprida – ou descumprida – pelo jurisdicionado a quem foi endereçada. Podem ser, ainda, executadas, por meio de processo de *contempt of court* por

descumprimento, ordens que imponham ao jurisdicionado, obrigações de fazer ou não fazer – conteúdo positivo ou negativo.⁴¹⁷

A *injunction* – termo que pode bem ser traduzido por “mandamento judicial” – é a modalidade mais solene de ordem proferida por um tribunal e os jurisdicionados têm o dever de observar estritamente os seus termos, cumprindo-os, na forma e no tempo indicados.

Pode acontecer de processos serem suspensos com base em um compromisso assumido por uma das partes de praticar ou abster-se de praticar um ato em benefício da outra parte. Esse compromisso tem a mesma força de uma ordem proferida pelo juízo no tribunal. Conseqüentemente, sua violação importa em *contempt of court* da mesma forma como uma violação de um mandado judicial (*injunction*).

Importa ressaltar que, para o processamento do *contempt of court* por descumprimento, é preciso demonstrar que uma ordem judicial, que imponha o cumprimento de obrigação positiva ou negativa “específica”, foi ou está na iminência de ser descumprida. Para tanto, exige-se uma interpretação estrita e precisa de seus termos, e quando a conduta exigida ou proibida não puder ser claramente identificada e delimitada a partir dos termos contidos na ordem judicial, o processo de *contempt of court* por descumprimento não pode prosperar.⁴¹⁸

Não é essencial que a conduta passível de caracterizar a inobservância seja, especificamente, a da parte a quem a ordem foi dirigida. Quando, por exemplo, a parte no feito for uma pessoa jurídica, a conduta dos que a representam, na qualidade de diretores ou administradores, deve ser examinada e servirá de base para a caracterização ou não do ato de *contempt of court* por descumprimento. O princípio da responsabilidade objetiva, portanto, aplica-se em tais casos, de modo que a parte obrigada pela ordem é responsável pelas ações ou omissões de qualquer agente seu que esteja a agir dentro do escopo de suas funções ou encargos.

Com relação ao seu papel coercitivo por descumprimento, prossegue Julio César Bueno que os processos de *contempt of court* por descumprimento podem ter uma ou ambas as funções distintas: (a) execução da ordem judicial; e (b) punição por descumprimento. Quando a pretensão do juízo ou

⁴¹⁷ BUENO. Julio César, *O contempt of court* por descumprimento de ordem judicial, in *Revista do Advogado*, AASP, nº 84, dezembro de 2005, p. 133.

⁴¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 134.

tribunal for compelir o *contemnor* e a executar a ordem a sanção imposta será coercitiva. Diferentemente da sanção punitiva, a sanção coercitiva é aplicada não como consequência de um determinado ato, mas para provocar um determinado ato; não como consequência de um comportamento humano, mas como o meio necessário para induzir um determinado comportamento.

Segundo Alexander Pekelis, a magnitude de sua pressão é medida não pelo que foi feito (seja a atrocidade do crime ou outros elementos), mas pela resistência a ser vencida. Quando a vontade (de desobedecer) do que foi submetido à sanção esmorece, a coerção deve cessar. O juiz que determina a prisão do *contemnor* participa de uma luta ativa contra a vontade deste (do *contemnor*), e assim que este mude a sua atitude deve ser solto.⁴¹⁹

Por fim, considerando-se a variedade de mecanismos de execução disponíveis para o juízo ou tribunal, em especial os de caráter sub-rogatório, tem-se como desnecessária ou inadequada a aplicação da doutrina do *contempt of court* para obrigar o jurisdicionado ao cumprimento de todo e qualquer caso de descumprimento. É princípio básico da doutrina do *contempt of court* que a função coerciva da sanção por *contempt of court* por descumprimento não deve ser empregada para executar decisões judiciais quando existem outros meios disponíveis para tanto, ou o ato de *contempt of court* por descumprimento, ao mesmo tempo possa ser enquadrado e sancionado por outro meio colocado à disposição do juízo ou tribunal.

Para a responsabilização do *contemnor* e a aplicação de sanção, alguns requisitos são necessários. Primeiramente, é indispensável que haja uma ordem, proferida pela Corte, que seja clara e plenamente inteligível, e que especificamente determine a uma das partes no processo que faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. A ordem não pode ser ambígua e também não pode haver dúvida de que o *contemnor* foi adequadamente cientificado de seus termos. Ademais, deve haver prova inequívoca do descumprimento da ordem pelo *contemnor* ou demonstração da forte plausibilidade de sua iminência. Isso tudo para

⁴¹⁹ Tradução livre: “*The magnitude of this pressure is measured not by what has been done (be it the heinousness of the crime or other elements) but the resistance to the overcome. Once the will of the person subject to treatment is spent, coercion ceases. The judge gaoling the reluctant party engages in an active struggle with the will of the latter, and as soon as he changes his attitude he is freed*”. Alexander H. Pekelis, *Legal Techniques and Political Ideologies: A Comparative Study*, Michigan Law Review, v. 41, 1943, p. 673.

que o *contemnor* não logre êxito ao alegar ampla ignorância ou desconhecimento de todos os termos da ordem proferida.⁴²⁰

As sanções aplicáveis aos *contempt of court* por descumprimento, como meio executivo impróprio, de modo geral apresentam um espírito orientador e disciplinador, conexo à idéia do pleno respeito às atividade de administração da justiça. Objetivam, assim, induzir ou compelir o *contemnor* a um determinado comportamento perante a Corte, ativo ou passivo, a fim de que a pretensão à adequada prestação jurisdicional seja, a final, satisfeita.⁴²¹

3.2 O *Contempt of Court* no Brasil

Com o advento da Lei 10358/2001, a reforma do art. 14 do CPC implantou um eficaz mecanismo visando a coibir o *contempt of court*, genericamente entendido como desacato à ordem judicial.

Em profundo artigo, afirma Luiz Rodrigues Wambier que, originariamente, a regra do art. 14 versava apenas os deveres das partes e seus procuradores. Com a reforma, ocorreu a inserção do parágrafo único, em que foi implantada no sistema processual brasileiro figura até então desconhecida. Trata-se da figura do "responsável" pelo descumprimento de ordem processual. Por outro lado, houve também a inserção de novo inciso (V), no art. 14, contendo expressa previsão do dever de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Em razão da inclusão do referido dispositivo legal, os deveres de boa conduta processual foram estendidos para além das partes e de seus procuradores, alcançando todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.⁴²²

Vai ainda mais além João Batista Lopes, ao asseverar a respeito da questão da desobediência às ordens judiciais, tratando especificamente da regra dos arts. 600 e 601, que já é tempo de se cogitar da introdução, entre nós, de medida semelhante ao *contempt of court*, para permitir, nesses casos, a prisão civil por atentado à dignidade da justiça. O autor também defende a constitucionalidade

⁴²⁰ HAZARD JR. Geoffrey C., & TARUFFO. Michele, *American Civil Procedure: An Introduction*, New Haven, Yale University Press, 1993, p. 202. (trad. livre)

⁴²¹ Não cabe *contempt of court* para a efetivação de ordens de pagamento de valor. Tais ordens criam uma responsabilidade para o obrigado, que deverá ser satisfeita pelos modos próprios de execução. Hazard e Taruffo, op. Cit., p. 202-203.

⁴²² WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira. *Revista de Processo* nº 119, Ed. RT. São Paulo, 2005, p. 36.

da medida e afirma que sua efetiva aplicação depende do atendimento ao princípio do contraditório.⁴²³

O desenvolvimento da sociedade brasileira, todavia, sensivelmente perceptível nas últimas décadas, até mesmo em razão da inserção de novos direitos e da disseminação da informação, fruto próximo da democracia, fez com que a prestação de tutela jurisdicional descompromissada, isto é, prestada pelo Estado sem atributos ou mecanismos capazes de garantir sua real operação no plano dos fatos, seja tida, em nossos dias, como muito próxima de sua inexistência, pois o que se quer garantir é o direito à obtenção de provimentos que sejam capazes de promover, nos planos empírico e do direito, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema jurídico. Não mais basta – repita-se – a mera tutela formal dos direitos.⁴²⁴

E o legislador já deu o primeiro passo (a multa - o segundo deverá ser a prisão) na direção de que a partir da edição da Lei 10.358/2001, não mais se admite a ineficácia do provimento judicial, causada por descumprimento de provimentos mandamentais e embaraços à efetivação de provimentos judiciais que se constituam em desacato à ordem judicial (*contempt of court*).

⁴²³ LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: com explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa? *Revista de Processo* 105/132. Nem se objete que a prisão estaria inquinada de inconstitucionalidade. É que a Lei Máxima proíbe, tão-somente, a prisão por dívida; não a resultante de atentado à dignidade da Justiça. Claro está que a medida seria precedida de intimação pessoal do devedor para dar explicações ao juiz ou defender-se da imputação formulada pelo credor, com o que se atenderá à garantia do contraditório.

⁴²⁴ Wambier, O contempt of cort, *RePro* 119/38.

4 DESCUMPRIMENTO DOS PROVIMENTOS MANDAMENTAIS

Ao falar em provimentos mandamentais, o novo inciso reporta-se à disciplina da execução das obrigações específicas, contida nos arts. 461 e 461-A; provimentos de natureza antecipatória, disciplinados pelos art. 273 e; cumprimento da sentença, de acordo com o art. 475.

Sendo os arts. 273 e 461 destinados a acelerar os resultados práticos do processo, é natural que todo empenho faça o legislador para que esses próprios dispositivos sejam capazes de produzir tais resultados, independentemente da boa - vontade do obrigado ou de quem quer que seja e até mesmo mediante punição a quem se opuser à sua efetivação. Daí os deveres éticos explicitados no novo inc. V do art. 14, acompanhados de grave sanção ao seu descumprimento (art 14, par.).

Segundo Candido Rangel Dinamarco, o novo texto não fala de sentenças mandamentais, antecipatórias ou finais, mas em provimentos mandamentais antecipatórios ou finais. São provimentos em direito processual, todos os atos portadores de uma vontade do Estado-Juiz, às vezes acompanhado de alguma determinação no sentido de realizar ou omitir uma conduta.⁴²⁵ Dada essa amplitude do gênero próximo em que se incluem as sentenças judiciais (provimentos), o inc. V do art. 14 do Código do Processo Civil abrange não só as sentenças, mas também os demais provimentos que o juiz emitir, e que tenham natureza mandamental (sentenças, decisões interlocutórias ou mesmo despachos).⁴²⁶

Asseverando o autor, que o dever de não embaraçar se aplica a todos, assim afirma:

O dever de cumprir, obviamente, é exclusivo do sujeito que for titular da obrigação de fazer ou de entregar, que haja sido objeto de determinação judicial. O de não embaraçar tem eficácia *erga omnes*. Infringe o inc. V não apenas aquele que, tendo o dever de dar efetividade ao provimento ou o de contribuir para sua efetivação, deixa de fazê-lo ou cria dificuldades ilegítimas à sua efetivação; infringe-o também quem quer que, mesmo não tendo dever algum relacionado com essa efetivação, interfere no *iter* de sua produção mediante condutas que a impossibilitem ou dificultem.⁴²⁷

⁴²⁵ DINAMARCO. Candido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, II, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 488.

⁴²⁶ Op. cit., *A reforma da reforma*, p. 60.

⁴²⁷ Op. cit., *A reforma da reforma*, p. 60.

Não cumprir o decisório de uma sentença condenatória comum, como a que impõe um pagamento em dinheiro, significa somente permanecer em situação civil de inadimplemento, sujeitando-se a futura execução e, talvez, a algum agravamento pecuniário da obrigação.

Não cumprir um provimento mandamental, no entanto, é “desobedecer” – e toda desobediência a atos estatais comporta a reação da ordem jurídica e dos agentes do poder público (no caso, o Estado-Juiz), seja no sentido de punir o infrator, seja para coagi-lo legitimamente a cumprir.

Provimentos finais, no processo de conhecimento, são as sentenças. Provimentos antecipatórios são atos decisórios com os quais o juiz oferece, em caráter provisório, no todo ou em parte, os resultados práticos que a parte espera obter no processo.

Nem toda sentença e nem toda decisão interlocutória pode, contudo, ser considerada como de cumprimento obrigatório e coativo por parte da parte vencida, para os fins desse dispositivo e das sanções cominadas à sua transgressão.

Nem mesmo toda sentença de mérito é portadora de um comando tão enérgico, como são as mandamentais. É o caso das sentenças que condenam a pagar dinheiro, das constitutivas em geral e das que julgam improcedente a demanda do autor.

Quanto às “condenações de conteúdo pecuniário”, o mero descumprimento não passa da continuação de um inadimplemento que já vinha desde antes e, uma vez proferida a condenação, passa a ser sancionado com os atos inerentes à execução por quantia certa – e não mediante repressões ou as pressões psicológicas inerentes ao art. 461 e seus parágrafos.

O que se está falando é do dever de cumprir. É claro que, com relação a essas sentenças, existe o dever de não criar embaraços, que hipoteticamente pode ser transgredido mediante a subtração ou ocultação dos autos pelo devedor ou seu patrono, pela retenção em cartório e sonegação ao advogado do credor, pela omissão do empregador do obrigado por pensões alimentícias (não efetuando as retenções determinadas pelo juiz), etc. As condutas desleais e desrespeitosas ao Poder Judiciário, quando cometidas pelo devedor ou seu patrono no curso da execução, incidem nas sanções cominadas pelo Código de Processo Civil aos atos atentatórios à dignidade da Justiça, tipificados em seu art. 600.

Ocorre que, embora a primeira parte do § 1º do art. 656 do CPC, inserido pela Lei 11.382/2006, diga que, pelo descumprimento do art. 600, IV, aplica-se a pena do 601, a sua segunda parte faz referência expressa à aplicação do art. 14, § único, na hipótese do executado que cause embaraço à realização da penhora e, quiçá, à efetivação dos provimentos judiciais. Por idêntica razão, defende-se a aplicação da parte final do inciso V do art. 14 no caso do empresário que, de alguma forma, abuse no exercício do direito da personalidade jurídica, escondendo os bens da empresa em seu nome próprio e fazendo incidir o art. 50, do cc – desconsideração.

Portanto, o raciocínio de Dinamarco acrescenta que, por força do enunciado na segunda parte do § 1º do art. 656, não se deve criar embaraços apenas às sentenças, sejam elas de qual natureza forem, mas também a quaisquer outros provimentos judiciais (segundo o autor, trata-se de gênero onde também se incluem as sentenças).

A sentença de condenação não sujeita o devedor a uma ordem do juiz, que como autoridade estatal determina seu adimplemento. A condenação – conforme adverte Montesano – não transforma os deveres privados em sujeição à autoridade estatal, ainda que abra oportunidade à utilização de instrumentos de direito público para a satisfação dos direitos subjetivos; o devedor condenado continua apenas civilmente obrigado perante o credor, e não vinculado a uma ordem do juiz.⁴²⁸

Marinoni⁴²⁹ espanca qualquer dúvida que possa existir entre a essência da sentença mandamental e condenatória que meramente declara, ao afirmar que a sentença seria condenatória apenas porque impõe uma prestação. Uma mera “sentença de prestação”, entretanto, não pode ser confundida com a sentença condenatória, que é indissociavelmente ligada à força do Estado. Portanto, a sentença que impõe uma prestação, mas não se liga à “sanção” é meramente declaratória.

Note-se que a diferença reside na força que se empresta à obediência da ordem de mando. Para Marinoni, uma sentença não é mandamental apenas porque manda, ou ordena mediante mandado. A sentença que “ordena”, e que pode dar origem a um mandado, mas não pode ser executada mediante meios

⁴²⁸ Luigi Montesano, Condanna. Enciclopédia Giuridica Trecanni v. 7, p. 2 *apud* MARINONI. Luiz Guilherme, *Tutela inibitória (individual e coletiva)* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 354

⁴²⁹ MARINONI. Luiz Guilherme, *Tutela inibitória (individual e coletiva)* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 356.

de coerção suficientes, não pode ser classificada como mandamental. A mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a “sanção”, a sentença mandamental somente é mandamental porque há a coerção.⁴³⁰

Além disso, ao tratar da questão no plano estrutural e sistemático, argumentou Mandrioli que não há execução forçada se não há o superamento de um obstáculo e a invasão coativa da esfera de autonomia do devedor.⁴³¹

Para Marinoni⁴³², a sentença condenatória abre oportunidade para a execução, mas não executa ou manda; a sentença mandamental manda que se cumpra a prestação sob pena de multa. Na condenação há apenas condenação ao adimplemento, criando-se os pressupostos para a execução forçada. Na sentença mandamental há ordem para que se cumpra sob pena de multa; há um “mandado”, que não se confunde com o mandado que será expedido, já que o juiz “manda” que se cumpra e não apenas exorta ao cumprimento, fixando a base para execução forçada. Na sentença mandamental não há, note-se bem, apenas exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, mas ordem atrelada à coerção. Uma sentença que ordena sob pena de multa já usa a força do Estado, ao passo que a sentença que condena abre oportunidade para o uso dessa força.

É de se notar que, da mesma forma que tais conceitos se aplicam à sentença mandamental, o inciso V, do art. 14, se refere aos provimentos mandamentais, aos quais também se deve aplicar os instrumentos de efetivação do direito material contidos no parágrafo único do art. 14, do CPC, bem como e principalmente, à efetivação dos provimentos judiciais.

Quem pretende ver inibida a prática de um ilícito pede ordem sob pena de multa e não apenas mandado. O que varia do mandamento para a condenação é a natureza do provimento; o provimento condenatório condena ao adimplemento, criando o pressuposto para a execução forçada, ao passo que o

⁴³⁰ Op. cit., p. 356.

⁴³¹ Crisanto Mandrioli, L'escuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro. *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p.19-20, *apud* MARINONI. Luiz Guilherme, *Tutela inibitória (individual e coletiva)* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 357.

⁴³² Op. cit., p. 358.

provimento mandamental ordena sob pena de multa. O critério que se permite definir a mandamentalidade é meramente processual. O que define a mandamentalidade é a possibilidade de se requerer ordem sob pena de multa.⁴³³

Na busca de uma definição da decisão pretendida pelo litigante, sempre se observou o pedido imediato, porém, lembram Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier que a noção de sentença mandamental não se refere à espécie de pedido do autor, mas sim ao “fato de a providência pleiteada prestar-se a proporcionar uma garantia *in natura* ao impetrante”.⁴³⁴

A principal característica dessa espécie de sentença é a ordem nela contida. Assim, o juiz não condena simplesmente ao cumprimento de uma obrigação, mas expede um mandado com uma ordem para que seja cumprida sua determinação.

Para Ovidio Batista da Silva,

a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Nesse tipo de sentença, o juiz ordena, e não simplesmente condena.⁴³⁵

Segundo observa Daniel Assumpção Neves⁴³⁶, em virtude de tal característica decorrem dois importantes efeitos. O primeiro é a absoluta desnecessidade de ação de execução autônoma para efetivação da decisão. A satisfação do vencedor dá-se de forma imediata já com a expedição do mandado contendo a ordem para o cumprimento da obrigação, sem a necessidade de qualquer formação posterior de nova relação processual, nova citação, nova defesa, etc. Por ser uma ordem do juiz, e não uma mera condenação, o descumprimento é considerado como desobediência ao ato do juiz, autoridade estatal. Dessa forma, poder-se-ia até tipificar tal conduta penalmente.

Se ordens existem é para serem cumpridas, não necessitando haver norma expressa para demonstrar tal obviedade. O problema é que, embora óbvia a

⁴³³ Op. cit., p. 359.

⁴³⁴ Cf. Breves comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil, cit., p. 25.

⁴³⁵ BATISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, 4ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 336.

⁴³⁶ NEVES, Daniel Assumpção; SHIMRA, Sergio. *Nova reforma processual civil: comentada*, São Paulo: Ed. Método, 2003, p. 51.

obrigatoriedade de cumprimento das ordens judiciais, verifica-se muito desrespeito por parte daqueles que deveriam cumpri-las no caso concreto. Assim, diz-se o óbvio para prever a tal dever uma sanção, que infelizmente parece ser, nos tempos atuais, o único meio – e nem sempre eficaz – de evitar o absurdo desrespeito às ordens judiciais.⁴³⁷

⁴³⁷ NEVES. Daniel Assumpção; SHIMURA, Sergio. *Nova reforma processual civil: comentada*, São Paulo: Ed. Método, 2003, p. 52.

5 OS EMBARAÇOS À EFETIVAÇÃO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS

Nos exatos termos do contido no par. único do art. 14, todo aquele que de algum modo atue no processo poderá ser declarado responsável pela frustração (embaraço) integral ou parcial do resultado da prestação jurisdicional, vale dizer, pelo desacato à decisão judicial (ou, se preferirmos, pelo *contempt of court*).

O texto legal não se refere exclusivamente ao comportamento das partes, de seus advogados, dos auxiliares do juízo, etc., mas, expressamente, faz referência a “todos aqueles que de alguma forma participem do processo”.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier, estarão causando embaraço à efetivação dos provimentos jurisdicionais todos os atos ou omissões, culposos ou não, que criem dificuldades de qualquer espécie ao alcance do resultado prático a que está vocacionado o provimento jurisdicional. A responsabilidade prevista no art. 14 se assemelha à responsabilidade objetiva, eis que prescinde, para sua declaração, da presença de culpa. Verificando o embaraço à efetivação do provimento, a norma poderá ser aplicada ao responsável, sem a necessidade da verificação da presença de culpa em seu agir.⁴³⁸

Recentemente, mais precisamente em 20 de janeiro de 2007, entrou em vigor a Lei 11.382. De acordo com o § 1º do art. 656 do CPC, é dever do executado abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora, nos procedimentos de execução de título extrajudicial, sob as penas do art. 14, parágrafo único.⁴³⁹

Tal previsão vem reforçar o comando previsto na parte final no inciso V do art. 14 do CPC, o qual também prescreve que é dever das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, sob as penas previstas no parágrafo único do mesmo artigo.

Segundo Fredie Didier,⁴⁴⁰ a distinção entre provimentos antecipatório e final, como é intuitivo, não diz respeito ao conteúdo que encerram, pois aquele visa exatamente antecipar efeitos somente obtidos após este; o

⁴³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira. *Revista de Processo* n° 119, Ed. RT. São Paulo, 2005, p.45.

⁴³⁹ § 1º, do art. 656, do CPC (Lei 11.382 de 06/12/2006: É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).

⁴⁴⁰ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR., Fredie. RODRIGUES, Marcelho Abelha. *A nova reforma processual*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2003, p. 08.

provimento antecipatório, portanto, abrevia o tempo para a obtenção de efeitos materiais inicialmente alcançáveis apenas com o provimento final – sentença ou acórdão. Aquele será fundado, no mais das vezes, em cognição sumária; este, em exauriente.

Tutela final é aquilo que se pretende do Poder Judiciário – tutela jurisdicional, resultado prático favorável, obténível pela técnica condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva, alcançada no sistema brasileiro, em regra, após o trânsito em julgado da sentença. Tutela antecipatória é aquela que concede à parte o resultado prático que ele procura obter da tutela final, antes do momento inicialmente projetado para tanto.⁴⁴¹

Segundo Marinoni, a tutela antecipatória contrapõe-se à tutela cautelar, que também não se enquadra no conceito de tutela final, porquanto visa dar a esta segurança – embora se possa construir a idéia de que a tutela cautelar é a tutela final do processo cautelar. A tutela cautelar, ainda que provisória e fundada em cognição sumária – semelhanças que mantém com a tutela antecipatória, dela se diferencia; enquanto a cautelar apenas o garante, a tutela antecipatória atribui o resultado (ou parte dele) útil do processo; uma não é satisfativa, a outra sim.⁴⁴²

Entende-se, como Fredie Didier⁴⁴³, que o inciso V do art. 14 também se aplica aos provimentos cautelares, pela identidade manifesta da *ratio*, sob pena de se afirmar que uma decisão judicial em sede cautelar é menos digna de respeito do que uma decisão em processo de conhecimento ou de execução. A permissão da fungibilidade das medidas antecipatória e cautelar confirma a tese ora defendida. Ressalte-se, ademais, que as providências cautelares são tomadas, geralmente, por meio de provimentos mandamentais ou executivos.

Como o inciso V do art. 14 estabelece, na sua segunda parte, o dever de não embaraçar o cumprimento de provimentos judiciais finais e antecipatórios, verifica-se a postura ativa de impedir que os provimentos tenham eficácia, sejam eles finais ou proferidos durante o trâmite processual.

Preferiu o legislador, pelo menos à primeira vista, não limitar a natureza dos pronunciamentos e nem seus sujeitos passivos no que se refere à não criação de obstáculos à efetivação dos pronunciamentos do juiz. Por se tratar de dever de caráter negativo, o dever de não embaraçar o cumprimento dos

⁴⁴¹ Idem, *ibidem*

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme, *Antecipação da tutela*, 5ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 88-110.

⁴⁴³ *A nova reforma processual*, p. 09.

pronunciamentos judiciais é amplo e irrestrito, atingindo a todos, com verdadeiro efeito *erga omnes*.

Fala o inciso V do art. 14 em pronunciamentos judiciais de natureza antecipatória e final. Como se percebe, foge-se da classificação, tão criticada, levada a efeito pelo artigo 162 do Código de Processo Civil. Não menciona o dispositivo de lei se é despacho, decisão interlocutória ou sentença, deixando margem ao operador a constatação de quais espécies de pronunciamentos do juiz seriam esses de natureza antecipatória e final. Parece que quanto ao pronunciamento de natureza final não surge qualquer dúvida, tratando-se de sentença, ou ainda acórdão, decisão colegiada do Tribunal.

O legislador ao mencionar os efeitos antecipatórios, estaria limitando-se aos provimentos disciplinados pelos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, e alguns procedimentos especiais (liminar). Nesses casos, o provimento antecipa faticamente os efeitos do provimento final e definitivo.

Segundo Daniel Assumpção Neves⁴⁴⁴, sempre que concedida uma liminar ou uma tutela antecipada, tratar-se de provimento de natureza antecipatória. No processo cautelar, a única diferença é que a antecipação não é dos efeitos que o reconhecimento do direito material do autor geraria, até mesmo porque esse não se discute nem se decide em sede cautelar. Mas é inegável que a liminar antecipa os efeitos provenientes da sentença cautelar, sendo, portanto, antecipatória da tutela cautelar.

Afinal, enquanto as liminares em geral entregam ao autor a fruição de um direito material que só virá de forma definitiva na sentença, a liminar da cautelar entrega ao requerente a proteção cautelar de forma antecipada, garantindo-se assim a eficácia do resultado do processo principal. Assim sendo, a tutela cautelar pode ser concedida de duas formas: provimento de natureza final (sentença cautelar) e provimento de natureza antecipatória (liminar).

⁴⁴⁴ Op. Cit., p. 36.

6 A MULTA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CPC

O Código de Processo Civil prevê alguns atos considerados como litigância de má-fé ou atentatórios à dignidade da justiça: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (art. 17, I); alterar a verdade dos fatos (art. 17, II); usar o processo para conseguir objetivo ilegal (art. 17, III); proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (art. 17, V); fraudar a execução (art. 600, I); opor-se maliciosamente, à execução, empregando ardis e meios artificiosos (art. 600, II).

Tais deveres – das partes e de seus procuradores - sempre tiveram como sanção o pagamento de multa pecuniária, ou então a responsabilização pelos danos causados pela atitude abusiva, conforme determina o artigo 18 do CPC. Os valores dessas sanções são todos revertidos em favor da parte contrária, supostamente prejudicada com o ato considerado de má-fé. Esquecia-se que o Estado, como responsável pela entrega de uma prestação jurisdicional de qualidade, também era seriamente prejudicado com tais atos, vendo seu poder enfraquecido perante os jurisdicionados.

Com o inciso V do art. 14 o atentado ao exercício da jurisdição permite que a multa reverta para os cofres da União, do Estado ou do Distrito federal. Ressalte-se que, se a multa não for quitada no prazo dado pelo juiz, será incluída na Dívida Ativa do Estado ou da União, dependendo da demanda ter seu trâmite perante a Justiça Estadual ou Federal, o que caracteriza desde já prejuízo ao infrator, ainda que a Fazenda não ingresse imediatamente com a ação executiva.

6.1 Os Destinatários e a Exclusão dos Advogados

Assim preceituam o art. 14, V e seu parágrafo único do Código de Processo Civil:

Art. 14 (*caput*): São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

...*omissis*

V - : cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Do enunciado do *caput*, verifica-se uma responsabilidade processual que abrange não só as partes, assistentes e intervenientes em geral, como também seus advogados, o próprio juiz, o Ministério Público, a Fazenda Pública, os auxiliares da justiça e as testemunhas – dos quais, sem exceção, exigem-se comportamentos conforme a lealdade e a boa-fé, fiéis à verdade dos fatos, sem abusar de faculdades ou poderes, etc. Mas o enunciado legal que a primeira vista parece depender apenas de uma singela exegese literal, suscita no mínimo três questões polêmicas.

A primeira questão que se coloca e que foi profundamente debatida por Luiz Fernando Bellinetti e Elmer da Silva Marques⁴⁴⁵, é acerca do destinatário da multa: esta deverá incidir sobre a própria Fazenda Pública, isto é, sobre a pessoa jurídica de direito público, ou deverá incidir sobre o servidor público, aqui incluídas as autoridades, inclusive as que são titulares de cargos eletivos?

Ocorre que o cumprimento da ordem emitida não está, na maioria absoluta dos casos, afeito à discricionariedade de um único servidor público: este pode depender de atos alheios à sua vontade, como a atuação de um superior hierárquico, da aprovação de medidas pelo Poder Legislativo etc.

Segundo Luiz Fernando Bellinetti⁴⁴⁶, a questão pode ser resolvida da seguinte forma: quando se tratar de ordem a ser cumprida por uma única pessoa, ou, em outras palavras, que dependa da atuação de um único servidor público, a multa deve incidir sobre essa pessoa. Isto é mais facilmente detectável no mandado

⁴⁴⁵ BELLINETTI, Luiz Fernando e MARQUES, Elmer da Silva. *A antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública e o destinatário das medidas coercitivas*. São Paulo: Revista de Processo, 141, novembro de 2006, p. 72.

⁴⁴⁶ Op. cit., p. 84.

de segurança, que é movido contra autoridade pública específica, que esteja atuando de forma a praticar atos ilícitos.

Se a multa recaísse única e exclusivamente sobre a pessoa jurídica de direito público, poderia inculcar na autoridade ou servidor público o entendimento de que não seria responsável pelo pagamento da multa.

Araken de Assis⁴⁴⁷ bem demonstrou o caráter psicológico da multa sobre os servidores públicos:

[...] no caso de descumprimento à ordem judicial, travestida de provimento mandamental (art. 14, V, do CPC), o servidor e o agente públicos sujeitam-se à pena do art. 14, parágrafo único. A sanção se dirige ao 'destinatário *precípua* da ordem'. Ora, tais pessoas, cujo comportamento se subordina ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF/88), se revelam suscetíveis à ameaça da multa. É pouco provável que desafiem o órgão judicial, arrostando a consequência de se verem apenados. Razões individuais, a exemplo da promoção iminente e o amor próprio, tornam o servidor apegado à rotina inflexível do cumprimento espontâneo. Depois, transitada em julgado a decisão, a inscrição da multa como dívida ativa do Estado ou União, e, em seguida, a execução da respectiva certidão, constituem atos de competência de outros servidores, nada propensos a deixar de praticar atos de ofício para eximir colegas desconhecidos, ainda mais sob fiscalização sempre aterrorizante do Ministério Público. Assim, a ameaça é real e efetiva, atingindo os objetivos da técnica da pressão psicológica.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, caso a multa incidir sobre a pessoa jurídica de direito público, apenas o seu patrimônio poderá responder pelo não-cumprimento da decisão. Entretanto, não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. Não há procedência no argumento de que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa derivada de ação em que foi parte apenas a pessoa jurídica. É que essa multa somente poderá ser imposta se a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão. Note-se que a multa somente pode ser exigida da própria autoridade que tinha capacidade para atender à decisão e não a cumpriu.⁴⁴⁸

A obediência às decisões judiciais é imperativo para a manutenção do Estado Democrático de Direito e a ordem pública e, ademais, se a prisão por descumprimento de ordem judicial recai sobre a autoridade pública que descumpriu

⁴⁴⁷ Op. cit., *O contempt of court* no direito brasileiro, p. 30.

⁴⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 662.

a ordem, com maior razão a multa pecuniária também deverá recair sobre a autoridade. Vale, aqui, o conhecido adágio de que quem pode mais, pode menos.⁴⁴⁹

Em sentido semelhante, também proferido em ação de revisão de pensão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi expresso ao determinar que “as penalidades previstas na legislação, na hipótese de descumprimento de ordem, recairá [sic] sobre o servidor público que não lhe der cumprimento: tratando-se de sentença mandamental dirigida contra servidor público, eventual desobediência sujeita-o às penalidades previstas na legislação”.⁴⁵⁰

Segundo Bellinetti e Elmer Marques, se a prisão por descumprimento de ordem recai sobre a pessoa da autoridade ou servidor público, igualmente a multa deverá incidir sobre a pessoa física que, por culpa sua, não deu cumprimento à ordem judicial. O fato de a autoridade ou servidor público não ser parte do processo não a impede de ser responsabilizada pelo não cumprimento da ordem advinda do processo que não atua como parte. Em primeiro lugar, porque deve a autoridade ou servidor público cumprir a ordem judicial na medida em que atua como agente da pessoa jurídica de direito público. Em segundo lugar, agindo a autoridade ou servidor público com culpa (*lato sensu*), e causando prejuízo ao Erário, deve ser responsabilizada por seus atos, nos termos do art. 37, § 6º da CF/88. Trata-se de situação análoga à que consta no art. 362 do CPC, que prevê a emissão de ordem a terceiro para que exhiba documentos necessários em processo no qual não atua como parte, havendo previsão, inclusive, de responsabilidade criminal.⁴⁵¹

⁴⁴⁹Acórdão ou sentença transitada em julgado. Parcelas posteriores. Pagamento. Caráter mandamental da decisão. Desobediência. Prisão. Possibilidade. A decisão judicial de revisão de pensão é mandamental no que atina com os pagamentos das parcelas posteriores ao transitado em julgado. Precedentes do STJ. O não-pagamento importa em desobediência à ordem judicial, pois implantar e não pagar e como não-implantar. Servidor ou agente público é passível de sanção pelo crime de desobediência à ordem judicial. Precedentes do STJ. A obediência às decisões judiciais é imperativo para a manutenção do Estado Democrático de Direito e a ordem pública. (TJRS – Ag. Reg. 70002992162 – rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano – j. 24.04.2002). No mesmo sentido: Direito processual penal. Denúncia contra prefeito municipal. Imputação de crime de responsabilidade. Descumprimento imotivado de ordem judicial. Fatos descritos. Subsunção ao tipo penal indicado. Denúncia formalmente perfeita. Ordem judicial contida em liminar de mandado de segurança. Indicadas as provas documentais comprobatórias da intimação judicial e do teor da ordem nela contida. Inocorrência de qualquer das hipóteses de rejeição da denúncia (art. 43/CPP). Inexistência de qualquer das causas de extinção de punibilidade. Afastadas as justificativas apresentadas na resposta do denunciado. Não demonstrada a entrega direta ao vereador impetrante dos documentos cuja juntada aos autos foi determinada. Denúncia recebida. Ulterior prosseguimento do feito nos termos do art. 7. E segs. Da lei n. 8.038/1990. (TJPR, Ac. 16761, Proc. 0152569-9, rel. Des. Luiz Mateus de Lima, 2ª Câm. Crim., j. 16.09.2004) (nossos grifos)

⁴⁵⁰TJRS ApCív e Reex. Nec. 70002763704, 2ª Câm. Cív., rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 12.09.2001.

⁴⁵¹BELLINETTI, Luiz Fernando e MARQUES, Elmer da Silva. *A antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública e o destinatário das medidas coercitivas*. São Paulo: Revista de Processo 141, novembro de 2006, p. 88.

A segunda questão advém da polêmica para se saber se a multa pode ser aplicada ao juiz. É interessante a idéia de Tereza Wambier⁴⁵², segundo a qual, “estão incluídos nos rigores da nova regra os magistrados que, por qualquer motivo, dificultem, por exemplo, o cumprimento de cartas de ordem ou precatórias, desde que sua conduta seja determinante para o esvaziamento do resultado concreto do provimento judicial”, porém, acredita ser muito difícil, do ponto de vista prático, dar aplicação tão ampla a essa punição, afinal, quem aplicaria a sanção se o atuado preside o processo?

A terceira polêmica reside na expressa exclusão dos advogados, pois, enquanto tramitava no Congresso Nacional, foi alterada a proposta de redação do parágrafo único do art. 14. A redação anteriormente sugerida, mais lacônica, permitia que se vislumbrasse a sua incidência também para punir a conduta do advogado.

Para Fredie Didier Jr.⁴⁵³, a redação do parágrafo único do art. 14 do CPC apenas aparentemente exclui os procuradores da incidência do referido dispositivo. Trata-se de falsa impressão. A um, porquanto a menção a tantos quantos participem do processo seja genérica o suficiente para englobar, também, os causídicos; a dois, porque o título do capítulo permanece o mesmo: “Dos deveres das partes e dos seus procuradores”. A referência aos advogados desapareceu porque se tornou desnecessária com a inclusão desta nova parte final do *caput*.

O que o autor quer dizer é que apenas se aplicam os quatro primeiros incisos aos advogados, visto que o parágrafo único apenas os exclui da incidência da multa prevista no inciso V.

Sugere Tereza Wambier⁴⁵⁴ que o título do capítulo deveria ser alterado para “Dos deveres dos participantes do processo”.

Leciona Tucci que a falta profissional grave, inclusive aquela passível de ser emoldurada nos quadrantes do novo art. 14, quando detectada pelo magistrado, deve ser comunicada à Ordem dos Advogados do Brasil para as devidas providências. Cita como exemplo a regra do art. 196 do CPC, que se apresenta, nesse particular, clara e precisa, ao dispor ser: “... lícito a qualquer interessado cobrar os autos do advogado que exceder o prazo legal. Se, intimado,

⁴⁵² Op. Cit., p. 36.

⁴⁵³ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR., Fredie. RODRIGUES, Marcelho Abelha. *A nova reforma processual*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2003, p. 02.

⁴⁵⁴ WAMBIER. Tereza Arruda Alvim e WAMBIER. Luiz Rodrigues, *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.002, p. 19.

não os devolver dentro em 24 (vinte e quatro) horas, perderá o direito à vista fora do cartório e incorrerá em multa, correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede juízo. Apurada a falta, o juiz comunicará o fato à seção local da Ordem dos Advogados do Brasil, para o procedimento disciplinar e imposição da multa”.⁴⁵⁵

O art. 88 do estatuto processual italiano assevera que, diante de atos de má-fé processual, compete ao juiz apenas informar aos órgãos administrativos aos quais estão subordinados os advogados para que a estas instâncias caiba aplicar eventuais sanções disciplinares.⁴⁵⁶

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, inseridos no mesmo plano hierárquico, o advogado e o juiz jamais devem externar, na prática do respectivo ofício, qualquer ressentimento pessoal. Todavia, o advogado e o juiz, que são homens como quaisquer outros, têm sentimentos profundos. Não são raras as ocorrências, em época contemporânea, que revelam, as dificuldades que emergem do relacionamento advogado-juiz. É por essa razão que se justifica plenamente a exceção atinente aos advogados, uma vez que, nas mãos de juízes rancorosos, a inovação legislativa, se lhe fosse aplicável, acabaria sendo um instrumento de ameaça e de constrangimento para o livre exercício da advocacia. O ato decisório de índole jurisdicional, como emanção do poder estatal de que se reveste o juiz, constitui, portanto, instrumento deveras perigoso quando conspurcada, por qualquer motivo de ordem material ou espiritual, a imparcialidade que necessariamente deve exornar a administração da justiça.⁴⁵⁷

Segundo Dinamarco⁴⁵⁸, a emenda que fizeram no texto original, que se associa à expressa imunização dos advogados à sanção cominada no novo parágrafo do art. 14, teve o nítido intuito de deixá-los também a salvo de toda disciplina ética processual, contida no Código de Processo Civil, e do controle judicial de possíveis infrações. Essa é, porém, uma arbitrariedade que só pela lógica do absurdo poderia prevalecer. Chegaria a ser inconstitucional dispensá-los de toda carga ética, ou de parte dela, somente em nome de uma independência funcional que deve ter limites. Pelo teor explícito e claro das primeiras palavras do parágrafo do art. 14, o advogado não fica sujeito à multa ali cominada, mas a lógica do

⁴⁵⁵ *Lineamentos...*, p. 25.

⁴⁵⁶ Dispõe o art. 88: “Dovere di lealtà e di probità. – Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferire alle autorità che esercitano il potere disciplinares u di esse”.

⁴⁵⁷ *Op. Cit.*, p. 27.

⁴⁵⁸ DINAMARCO. Candido Rangel, *A reforma da reforma*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68.

razoável manda que ele fique sujeito a todos os deveres elencados no capítulo e à responsabilidade por litigância de má-fé, nos termos dos art. 16 e 18 do código de Processo Civil.

Para Fredie Didier Jr., a inexistência de vírgula após a palavra “advogados” poderia indicar que se estaria diante de uma oração subordinada restritiva. Para o referido autor, houve apenas um pectado gramatical do legislador: os advogados, *tout court*, estão excluídos da incidência da multa judicial. Isto porque realmente não haveria sentido em estabelecer esta *capitis deminutio* para os advogados públicos – seria, sem dúvida, desigualdade descabida, pois se deve interpretar o dispositivo conforme a Constituição, sem a cogitada discriminação, que se afigura absolutamente irrazoável.⁴⁵⁹

Em linha de coerência, pelos mesmos argumentos, prossegue o referido autor que não poderá o magistrado aplicar esta multa ao membro do Ministério Público, que possui autonomia/independência funcional garantidas constitucionalmente. Poderá, entretanto, tomar as mesmas providências, *mutatis mutandis*, no sentido de comunicar ao órgão do *Parquet* competente a prática, por um membro seu, de condutas supostamente indevidas.⁴⁶⁰

Se restar caracterizado que a conduta do advogado tenha obstado ou dificultado a produção de resultados do provimento jurisdicional, poderá o magistrado afastar a incidência da regra que excepciona o advogado, declarando sua inconstitucionalidade, em razão da violação do princípio da isonomia. Se o juiz e o promotor podem ser alcançados pelos rigores da regra, a exceção feita ao advogado rompe o necessário tratamento isonômico que a lei deve conferir aos operadores do direito no processo.⁴⁶¹

Percebe-se que o alvo principal vislumbrado pelo legislador é a autoridade coatora no mandado de segurança, usualmente renitente no cumprimento das decisões judiciais. Perceptível, também, é o aumento significativo dos poderes do magistrado, de modo a abranger sujeitos que não participam do processo tão diretamente. Para Fredie Didier Jr., o dispositivo criado funciona como

⁴⁵⁹ Op. Cit., p. 16-17, (Em decisão de ADIN, o STF já decidiu também pela exclusão dos procuradores públicos).

⁴⁶⁰ Op. Cit., p. 17

⁴⁶¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues., WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 150.

norma geral, aplicável a quaisquer processos e procedimentos, abrangendo outros sujeitos, em diferentes circunstâncias.⁴⁶²

Shimura e Daniel Assumpção afirmam ser totalmente contrários ao que uns podem chamar de prerrogativas, mas que lhes parecem privilégios. Para os autores parece não restar dúvida de que há uma inconstitucionalidade patente, já que o disposto no parágrafo único fere de forma cabal o princípio da isonomia, tratando de forma injustificada funções que merecem, ao menos nesse tocante, o mesmo tratamento.⁴⁶³

Para os referidos autores a exclusão não se justifica, seja qual for a razão utilizada para defendê-la, já que o advogado é, sem sombra de dúvidas, o sujeito mais atuante no processo, o que mais pratica atos processuais, e conseqüentemente o que mais terá oportunidade para se portar contrariamente aos deveres éticos do processo.⁴⁶⁴

A multa somente será cobrada, como bem visto anteriormente, após o esgotamento dos recursos, ficando à disposição do advogado todos os meios para impugná-la. Assim, ainda que o juiz da causa aplique a multa somente por vingança, ou desgosto pessoal do advogado, será a esse concedido todo o sistema recursal para reverter o abuso e a extrapolação do dever do juiz. Uma possível reversão da decisão, inclusive, poderá até mesmo ensejar representação do juiz junto a Corregedoria e eventual demanda de reparação de danos promovida pelo advogado lesado – até mesmo moralmente – em face do juiz.⁴⁶⁵

O advogado enfrenta a todos se preciso for, com serenidade e firmeza, não se preocupando, inclusive por disposição de seu Estatuto, em desagradar ninguém nessa função. Não nos resta dúvida que a independência funcional do advogado deve ser respeitada, mas isso não pode nunca representar

⁴⁶² Op. cit., p. 17

⁴⁶³ NEVES. Daniel Assumpção; SHIMURA. Sergio. *Nova reforma processual civil: comentada*, São Paulo: Ed. Método, 2003, p. 60.

⁴⁶⁴ Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, atentando para o possível aumento substancial de representações junto aos Tribunais de Ética da OAB. Concluem de forma irretocável: “Aconselhável, até mesmo para a preservação de sua imagem histórica, construída com suas memoráveis lutas em defesa do Estado de Direito, que a própria corporação tomasse a iniciativa de pleitear a eliminação desse privilégio excepcional, mediante proposta legislativa que poderia encaminhar ao Congresso Nacional. Iniciativa desse teor certamente contaria com o aplauso da comunidade jurídica e, muito especialmente, da sociedade ávida por efetividade. A concessão de privilégios corporativos não se coaduna com o anseio de efetividade e democratização do sistema processual”. (*Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do CPC*, cit., p. 34-35).

⁴⁶⁵ STOCO. Rui, *Abuso de direito e má-fé processual*, São Paulo, RT, 2002, p. 112-113. Afirma ser “a ressalva é frustrante e enfraquece o projeto e o objetivo precípuo de impedir a chicana e a litigância de má-fé de alguns profissionais – por certo uma minoria”. “Como, infelizmente, esse comportamento advém de uma minoria, nada justifica que não se responsabilize pessoalmente o advogado inortodoxo pelo seu comportamento antiético e prejudicial ao regular andamento da causa e que compromete os bons e honestos”.

privilégios injustificados como a presente exclusão, já que acaba por maneira reflexa a dispensá-lo de respeitar as decisões judiciais, podendo opor obstáculos de toda a sorte para impedir que elas se efetivem ou ainda, se obrigado a fazer algo, simplesmente se negar a cumprir a decisão judicial.

A razão da exclusão provavelmente tenha explicação num forte *lobby* corporativo perpetrado pela OAB que, embora tenha em seu estatuto a previsão de aplicação de multa (inciso IV do art. 35 da Lei 8906/94), não se tem notícia que ela tenha sido aplicada, em que pese ser muito comum atitudes de menosprezo e desrespeito ao exercício da jurisdição.

6.2 O Valor da Causa Como Parâmetro para a Definição do Valor da Multa

A consequência principal da regra do art. 14, da forma como foi posta no CPC em 2001, é, sem dúvida, a possibilidade de imposição de multa ao responsável pelo descumprimento ou pelo embaraço ao cumprimento dos provimentos judiciais.

Constatada a situação prejudicial à efetividade do processo, poderá o juiz aplicar multa de até vinte por cento do valor da causa. Esse percentual poderá variar, para mais ou para menos, dependendo da gravidade da conduta que tenha dado causa ao descumprimento ou criado o embaraço. Trata-se, sem dúvida, de poderosa técnica em favor da efetividade do processo.

A definição do valor da multa, tendo como parâmetro o valor da causa, parece não ter sido a melhor alternativa, eis que deixa ao desabrigo da pressão em favor do cumprimento das decisões judiciais, processos em que o valor da causa é simbólico. Melhor teria sido, para fins de efetividade das decisões, se ao juiz a lei houvesse atribuído o poder de arbitrar multa capaz de servir de “punição” ao responsável pela criação de embaraço ao cumprimento dos provimentos judiciais.

Como adverte Araken de Assis⁴⁶⁶, a multa tem um ponto fraco, pois a insuficiência patrimonial do obrigado ou do destinatário da ordem judicial imuniza contra seus efeitos. Em tal hipótese, desaparece a pressão psicológica, tornando inútil toda cominação. Para o autor é inócua a multa perante o devedor que, desprovido de patrimônio, não responderá pelo cumprimento da obrigação.

⁴⁶⁶ ASSIS. Araken de, *O contempt of court no direito brasileiro. Revista de Processo*, 111/ 29.

Marcelo Lima Guerra⁴⁶⁷ entende que multa imposta tem cunho nitidamente punitivo, sem qualquer caráter reparatório. Segundo Ada Pellegrini Grinover, a punição se caracteriza mais como atividade administrativa do que jurisdicional, à semelhança do seu modelo-fonte de inspiração: a punição à *contempt of court*. Segundo a autora, pode-se chamar a novidade de *contempt of court* à brasileira.⁴⁶⁸

Parece existir um descompasso entre o art. 14 e o art. 18, vez que aquele impõe multa de 20%, enquanto neste a multa está limitada a 1%. Com razão a crítica de Tereza e Luiz Wambier⁴⁶⁹, quando discutem a fixação de percentual máximo, esquecendo-se o legislador de que há inúmeras causas de valor inestimável, às quais se dá valor meramente simbólico, apenas para fins de alçada. Para os referidos autores teria acertado o legislador ao permitir ao juiz o arbitramento de valor capaz de efetivamente servir de punição pela criação de embaraço ao cumprimento dos provimentos judiciais.

Com relação ao percentual, parece que o legislador se inspirou no art. 601 do CPC, que também estipula multa de 20%, que, contudo, será revertida para o credor e não para o Estado-juiz. Não há diferença essencial entre as três situações a justificar tratamento tão diferente. Em todas elas o Estado é também lesado. Fredie Didier Jr. recomenda uma harmonização dos dispositivos, mormente pela consideração de que o art. 18 foi modificado há pouquíssimo tempo, exatamente para se incluir percentual determinado para a multa. Ou a multa de 1% é baixa demais, ou a de 20% é assaz rigorosa. Que se pense então o valor justo; o que se não recomenda é o tratamento tão diferenciado.⁴⁷⁰

Com relação aos parâmetros que deve o juiz respeitar para a fixação do valor da multa, questiona-se: a gravidade da conduta deveria ser levada em conta para a fixação da multa? Ou o valor da causa? Ou a capacidade econômica do responsável? Embora tais elementos possam servir de base para a decisão judicial, entende-se que deva o magistrado considerar o resultado produzido pelo ato ou pela omissão do responsável e, com base nisso, fixar o valor da multa.

Tal critério está ligado à gravidade do prejuízo que a conduta causou em relação aos resultados que o processo deveria produzir. É esse o melhor

⁴⁶⁷ GUERRA. Marcelo Lima, *Execução indireta*, São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 205/212

⁴⁶⁸ GRINOVER. Ada Pellegrini, *A marcha do processo*, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2000, p. 100

⁴⁶⁹ WAMBIER. Tereza Arruda Alvim e WAMBIER. Luiz Rodrigues, *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 29-30.

⁴⁷⁰ Op. cit., p. 13-14.

parâmetro de que se deve servir o magistrado para a determinação do valor ou do percentual da multa.

Por esse critério significa que, se da conduta do responsável resultar parcial frustração, haverá de ser igualmente parcial (em relação ao teto máximo fixado pela lei) o valor da multa. Ao contrário, se da ação ou omissão do responsável resultar total falta de efetividade da decisão, a fixação deverá ser pelo teto máximo (20% do valor da causa).

Daniel Assumpção Neves⁴⁷¹ afirma que não se pode esquecer as demandas sem qualquer conteúdo econômico imediato, mas que ainda assim necessitam de um valor, dado de forma meramente simbólica. Nesses casos, a letra da lei na verdade seria letra morta, já que o valor da multa seria de tamanha insignificância que o eventual ofensor não pensaria duas vezes antes de praticar o ato vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Àquelas demandas que têm como pedido a condenação do réu ao pagamento de danos morais, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela permissão de pedidos indeterminados com relação ao quantum da condenação. Nesses casos, o valor atribuído à causa é sempre simbólico, de forma que, nessas espécies de demandas (e são tantas), as partes nada teriam a temer se cometessem ato atentatório à dignidade da jurisdição. O valor simbólico dado à causa representaria um valor ínfimo para a multa, não alcançando essa seus objetivos.

Pesando na balança, entre dar ao juiz um poder ilimitado no que tange ao valor da multa e estabelecer um limite, ainda que sacrificando sua utilidade em alguns casos concretos, parece ter preferido o legislador a segunda opção.

O novo parágrafo prevê ao juiz no caso concreto, inclusive, um parâmetro para a fixação dentro do limite traçado: a conduta do ofensor. Nesse caso, quanto mais intensa a conduta, mais próxima dos 20% do valor da causa o valor da multa, e vice-versa.

José Carlos Barbosa Moreira⁴⁷² já teve oportunidade de afirmar que “sanções pecuniárias têm sempre algo de odioso, porque discriminatórias em razão da fortuna: são irrelevantes para os muito ricos, que não se incomodam de pagar, e ineficazes para os muito pobres, que não têm mesmo como fazê-lo”.

⁴⁷¹ Op. Cit., p. 46-47.

⁴⁷² BARBOSA MOREIRA. José Carlos, Algumas inovações da Lei 9.765 em matéria de recursos civis, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9756/98*. Coord. Nelson Nery Junior e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1999, p. 328.

Dependendo da gravidade da conduta do ofensor, o valor da multa fixado pelo legislador pode atingir até 20% do valor da causa. Se por um lado deve-se prestigiar e acima de tudo entender a postura do legislador, quando prevê patamares máximos para o valor da multa, evitando-se assim eventuais absurdos resultantes de decisões abusivas, fixar essa limitação no valor atribuído à causa não pareceu ter sido uma feliz idéia. A decisão mais acertada seria a uniformização de parâmetros com o critério utilizado no artigo 461, deixando ao prudente arbítrio do juiz a implementação do quantum.

6.3 Cumulação de Multas

Segundo Sergio Shimura, pela própria natureza distinta das demais existentes no ordenamento brasileiro, que tem por escopo a atuação protetiva do ordenamento, a multa do art. 14 é cumulável com outros tipos de multas, consoante reza o parágrafo único (“sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis”).⁴⁷³

6.3.1 Cumulação do Artigo 14 com o 461.

Considerando que a multa do art. 461 somente se aplica às partes, poderá ocorrer que a mesma parte (ou interveniente) tenha conduta que importe incidência de ambos os dispositivos, ou seja: é renitente em relação ao cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou dar, e ainda cause embaraço à efetivação de provimentos judiciais, nos termos do disposto no art. 14, V (segunda parte), do CPC. Nesse caso, nada impede que haja a condenação cumulativa em razão das duas condutas.

Também para Leonardo José Carneiro da Cunha⁴⁷⁴, em cujo entender podem incidir cumulativamente as multas do art. 461 e do art. 14, eis que seus “pressupostos são diversos”. Na mesma linha também é a sustentação de Hélio do Valle Pereira⁴⁷⁵, para quem a multa do art. 14 tem caráter essencialmente punitivo e “não derroga outras possíveis conseqüências criminais, cíveis e

⁴⁷³ SHIMURA, Sergio, *Título executivo*, 2ª edição atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2005, p. 184.

⁴⁷⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética. 2001, p. 103.

⁴⁷⁵ PEREIRA, Helio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 218.

processuais. Quer dizer, não se afasta a caracterização, por exemplo, do crime de desobediência, as sanções pela litigância de má-fé (art. 18) ou as medidas do art. 461. Tudo pode ser aplicado concomitantemente”.

Segundo a lição de Eduardo Talamini, o art. 461 protege o cumprimento da ordem proferida pelo juiz com medidas de apoio ou de reforço. Dentre estas, o § 4º permite, *ex officio*, a fixação de multa pelo inadimplemento da decisão antecipatória da tutela ou da própria sentença. Trata-se de meio coercitivo, que “deverá” ser imposto àquele que descumprir o comando judicial, toda vez que o juiz pressentir a sua utilidade para constranger o réu, ou seja, “sempre que a multa revelar-se ‘suficiente e compatível com a obrigação’, segundo a fórmula adotada no art. 461, § 4º. Só ficará descartado o emprego da multa quando esta revelar-se absolutamente inócua ou desnecessária, em virtude de circunstâncias concretas”.⁴⁷⁶

Para Teori Zavascki, a multa diária constitui mecanismo de coerção apto a induzir o cumprimento de obrigação positiva, vale dizer, a realização de uma atividade a ser desenvolvida: a multa recai imediatamente, acumulando-se dia após dia e somente cessa com o adimplemento. Por outro lado, na hipótese de obrigação negativa, na qual a pretensão tem por escopo a omissão do réu, ou seja, a não atuação, a multa fixa é a apropriada. O caráter da medida coercitiva (imposição de multa de valor fixo) delinea-se aí preventivo, que será exigível em uma única oportunidade, se e quando houver o descumprimento.⁴⁷⁷

Fredie Didier Jr. também entende que as multas previstas nos arts. 14 e 461 do CPC podem ser aplicadas cumulativamente, pois possuem natureza e função diversas.⁴⁷⁸

6.3.2 Cumulação do Artigo 14 com o 18.

A responsabilidade por litigância de má-fé é patrimonial e sempre em face do adversário, que é a parte inocente. A parte responde sempre por ela, quer o ato antiético tenha sido recomendado ou autorizado ao defensor, quer não o haja sido: o mandante responde sempre pelo ato do mandatário. O advogado só

⁴⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, São Paulo, RT, 2001, p. 236.

⁴⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer*, *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, 4, 1997, p. 115.

⁴⁷⁸ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR., Fredie. RODRIGUES, Marcelho Abelha. *A nova reforma processual*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2003, p. 30.

responde se houver participado conscientemente da ilicitude (EOAB, art. 34, inc. VI,X,XIV,XVII).

A responsabilidade de todos esses sujeitos consiste em uma indenização e em uma multa, ambas devidas à parte inocente. A indenização deve ser razoavelmente proporcionada ao prejuízo sofrido (art. 16 e 18), mas pode ser arbitrada pelo juiz (em valor não superior a 20% sobre o valor da causa) logo ao impor a penalidade ou, se não for, mediante liquidação por arbitramento. A multa é sujeita ao limite máximo de 1% sobre o valor nominal da causa – e não sobre o da eventual condenação do infrator, na decisão da causa.

Segundo Dinamarco, essa multa não se confunde com a que veio a ser instituída pelo novo parágrafo do art. 14 do Código de Processo Civil, que pode chegar a 20% do valor da causa, reverte em favor da União ou Estado (e não do adversário) e só incide nas hipóteses do inc V desse artigo e pode ser cumulada com as disciplinas dos arts. 16 e 18.⁴⁷⁹

6.3.3 Cumulação do Artigo 14 com o 601.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier e outros, o juiz pode eventualmente, de ofício ou por provocação do credor, intimar o devedor para que ele indique quais são os seus bens penhoráveis (art. 652, § 3º) e mesmo onde se encontram (656, § 1º), sob pena de não o fazendo, atentar contra a dignidade da justiça (art. 600, IV).⁴⁸⁰

Vale ressaltar que a teor do novo inciso IV do art. 600 do CPC, considera-se ato atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que: “intimado, não indica ao juiz, em cinco dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.”

Em seguida, também o novo § 1º, do art. 656, do CPC, prescreve que “é dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, ..., bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).”

É possível concluir que as multas dos arts. 14, parágrafo único e 601 podem ser aplicadas cumulativamente, afinal, se o executado cria embaraço à

⁴⁷⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma da reforma*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66-67.

⁴⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flavio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 188.

efetivação de provimentos judiciais através de confusão patrimonial, mantendo até mesmo seus bens de uso pessoal, como carros da família, em nome de sua empresa e, também, intimado, não indica onde se encontram os bens passíveis de penhora, incorre em duas faltas com pressupostos distintos. Esta contra o credor, cuja multa lhe acresce o valor do seu crédito e a outra contra a Justiça, cuja multa se reverte ao Estado, Distrito Federal ou à União.

Patrícia Pizzol⁴⁸¹ manifesta idêntico entendimento ao afirmar que:

[...] em conformidade com o artigo 601 do CPC, na hipótese acima descrita (art. 600), o juiz tem o poder de impor multa ao devedor, em soma não superior a 20% (vinte por cento) do valor do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual (por exemplo, a multa deste com o art. 14 do CPC, por haver praticado ato que atenta contra o exercício da jurisdição)....

6.3.4 Quadro Comparativo das Multas do Código de Processo Civil

⁴⁸¹ PIZZOL, Patrícia. *I Poteri del giudice nell'ordinamento brasiliano*. In Davanti al giudice: studi sul processo societário (coord.) Lucio Lanfranchi e Antonio Carrata. G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 631. “... in conformità all’art. 601 c.p.c., nelle ipotesi sopra descritte (art. 600), il giudice ha il potere di imporre al debitore multa, in somma non superiore al 20% (venti per cento) del valore del debito in esecuzione, senza pregiudizio di altre sanzioni di natura processuale (per esempio, la multa di cui all’art. 14 c.p.c., per aver praticato atto che attenta all’esercizio della giurisdizione) ...” (trad. livre)

QUADRO COMPARATIVO DE MULTAS NO CPC

(art.14, par. único) Multa por desobediência Arts. 14, V e 2ª parte do § 1º do 656	(art.461, §§4º, 5º e 6º) Multa como técnica de coerção	(art. 601) Multa por desobediência Arts. 600, I, II, III e IV e 1ª parte do § 1º, do 656	(art. 18) Multa por desobediência Arts. 14, I, II, III e IV, 16 e 17	(art. 475-J) Multa por desobediência	(art. 538, p. ún.) Multa por desobediência	(art. 557, § 2º) Multa por desobediência
Punitiva: punir ilícito processual	Coercitiva: técnica de efetivação da decisão judicial	Punitiva: punir ilícito processual	Punitiva: punir ilícito processual	Moratória: decorrente do inadimplemento	Punitiva: punir ilícito processual	Punitiva: punir ilícito processual
Aplicada após o descumprimento	Aplicada antes do desc. para dar ou fazer e depois do desc. para não fazer	Aplicada após descumprimento	Aplicada após descumprimento	Aplicada após o descumprimento	Aplicada após descumprimento	Aplicada após descumprimento
Sujeito passivo: todos, exceto os advogados	Sujeito passivo: somente as partes	Sujeito passivo: as partes	Sujeito passivo: somente as partes	Sujeito passivo: Somente o devedor	Sujeito passivo: Quem propõe Emb. de Declaração	Sujeito passivo: Quem propõe Recurso Interno
Destino: reverte ao Estado-juiz (União, Estado ou DF)	Destino: Reverte a outra parte	Destino: Reverte à outra parte	Destino: Reverte à outra parte	Destino: Reverte à outra parte	Destino: Reverte à outra parte	Destino: Agravado
Valor: fixo, não superior a 20% sobre o valor da causa	Valor: fixo ou periódico (§ 6º do art. 461), sendo o valor ilimitado	Valor: 20% do valor atualizado da execução	Valor: 1% sobre o valor da causa	Valor: 10% sobre o débito atualizado	Valor: Até 1% e até 10% na reincidência	Valor: 1 a 10% sobre o valor da causa atualizado
Natureza: exercício de poder administrativo do magistrado	Natureza: exercício de poder jurisdicional	Natureza: exercício do poder jurisdicional	Natureza: exercício do poder jurisdicional	Natureza: exercício do poder jurisdicional	Natureza: exercício do poder jurisdicional	Natureza: exercício do poder jurisdicional
Agravo retido ou Apelação e não enseja contra-razões	Agravo	Agravo ou embargo	Agravo	Agravo ou impugnação	Agravo convencional ou interno	Recurso Especial Retido (art. 542, § 3º)

6.4 O Cabimento da Prisão

Afirma-se, na doutrina, que seria possível o emprego da prisão *civil*, como meio de coerção, o que seria autorizado pelo art. 461, § 5º, do CPC.⁴⁸² Divergindo, José Miguel Garcia Medina entende que, quando a Constituição Federal veda a prisão civil por dívidas (art. 5º, inc. LXVII), abarca não apenas a possibilidade de prisão como meio de “satisfação” da dívida – a exemplo do que poderia ocorrer com a *manus injectio*, no direito romano – mas também o emprego da prisão como meio coercitivo, pois também neste caso a prisão civil estaria ocorrendo “por causa da dívida”. Tanto é assim que a prisão civil “por causa” da dívida alimentícia, expressamente excepcionada pela Constituição Federal, é medida coercitiva, pois “o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas” (CPC, art. 733, § 2º).⁴⁸³

Nos países de origem anglo-saxônica, que adotam o sistema jurídico do *common law* predomina a orientação de que o não-cumprimento do determinado em decisão judicial caracteriza *contempt of court*. O fundamento de tal orientação está em que a Jurisdição, se não tivesse poder de fazer respeitar suas decisões, seria atividade jurisdicional na forma, mas careceria de substância. Por isso, antes de depender de norma jurídica que o autorizasse, entende-se que este poder está implícito no poder atribuído aos órgãos jurisdicionais pelo ordenamento jurídico.⁴⁸⁴

Disposição semelhante é encontrada no ordenamento jurídico processual alemão. Nos casos de execução de obrigação de fazer infungível (ZPO, § 888), bem como nas obrigações de não-fazer (ZPO, § 890), pode-se fixar multa e, até mesmo, ordenar a prisão do devedor.⁴⁸⁵

Não é essa a concepção dominante nos ordenamentos decorrentes da família romano-germânica, em que, historicamente, a atividade jurisdicional era tida por predominantemente declaratória, cujas atividades cognitivas e executivas, normalmente, aparecem como atividades que devem ser absolutamente separadas em processos distintos.

⁴⁸² MARINONI. Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 87-88.

⁴⁸³ Execução civil, p. 336.

⁴⁸⁴ GUERRA. Marcelo Lima, *Execução indireta*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 90-91.

⁴⁸⁵ BIDART. Adolfo Gelsi, Adolfo Gelsi Bidart, Tendências sobre coerción para el cumplimiento de sentencias y ordenes em los juicios no monetarios. *Revista de Processo*, nº 41/174.

Como leciona Sergio Shimura, tornou-se generalizada, no entanto, a preocupação em torno do prestígio da atividade jurisdicional,⁴⁸⁶ reforçando-se a idéia de que o *imperium* é inseparável da *jurisdiction*. Diante disso, o que se assiste hoje é a tendência para a generalização da tutela mandamental, à semelhança do que ocorre nos sistemas inglês e norte-americano.

Não se pode descurar, no entanto, que não se está diante de nova situação em que é possível a prisão civil por dívidas. Como se sabe, dispõe a Constituição Federal que a prisão civil somente será admitida em relação ao devedor de pensão alimentícia (CF, art. 5º, inc. LIV). Porém, casos em que venha a suceder a prisão, em decorrência de desobediência à ordem judicial, estar-se-á diante de sanção decorrente da ocorrência de um ilícito penal (art. 330 do Código Penal), não se podendo falar em prisão “civil” no caso, portanto.⁴⁸⁷

No sistema da *common law*, igualmente não há prisão civil por dívida, mas o devedor contra quem o tribunal haja imposto o cumprimento de uma obrigação poderá eventualmente ser preso, não por haver se tornado um inadimplente, mas por haver desobedecido à ordem do tribunal.⁴⁸⁸

O art. 885 prevê a prisão do devedor que desatenda à ordem judicial de devolução de um título de crédito. Embora a Constituição brasileira proíba a prisão civil por dívidas (ressalvadas as hipóteses de alimentos e do depositário infiel) – art. 5º, LXVII – a constitucionalidade dessa prisão foi defendida exatamente por não configurar prisão por dívidas, mas sim de alguém que não cumpre um mandamento judicial.⁴⁸⁹

Segundo Ada Grinover, a previsão da prisão civil, “coercitiva”, não é proibida no ordenamento brasileiro, cuja Constituição veda a prisão por dívidas (ressalvadas as hipóteses de devedor de alimentos e do depositário infiel), nem pela Convenção Americana dos Direitos do Homem, cujo art. 7º afirma que ninguém pode ser preso por dívidas, exceto o devedor de alimentos.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ Como leciona Sérgio Shimura, “não conferir eficácia à ordem judicial concedida liminarmente, é tornar letra morta toda a força imperativa do Poder Judiciário e, em última análise, da própria soberania do Estado. Fica fácil divisar o desperdício à Justiça e, conseqüentemente, à cidadania” (A eficácia das medidas liminares, in Teresa Arruda Alvim Wambier [coord.], *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*, Revista dos Tribunais, 1995, p. 108).

⁴⁸⁷ TALAMINI, Eduardo, Prisão civil e penal e “execução indireta”. In Wambier, Tereza Arruda Alvim (Coord.) *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 140.

⁴⁸⁸ BATISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*, vol. 2, Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 254.

⁴⁸⁹ TALAMINI, Eduardo, Prisão civil e penal e ‘execução indireta’, citando Pontes de Miranda, *Revista de Processo* 92, 1998, p. 49.

⁴⁹⁰ Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*”, *Revista de Processo*, 102/225, 2001.

Para Misael Montenegro Filho⁴⁹¹, a aplicação de multa pela má-fé processual retratada na hipótese não afasta a incidência de outras penalidades, como a sanção criminal correspondente, pelo crime de desobediência (art. 330 do CP), e a aplicação de multa diária (astreinte) pelo descumprimento das obrigações de fazer, de não fazer e de dar. Não obstante a colocação, anota-se a restrição jurisprudencial no sentido de indicar que há atipicidade do crime de desobediência na hipótese de já ser a conduta apenada no âmbito cível, em respeito ao princípio da intervenção mínima do direito penal.⁴⁹²

Observe-se que a restrição oposta pelo Ministro Jorge Scartezini se refere a sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, as quais retiram a tipicidade do delito de desobediência, e que ele também menciona a inexistência de texto legal expresso que possibilite a aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal.

Ocorre que a prisão, no caso em questão, tem natureza criminal por desobediência à ordem emanada por autoridade do Poder Judiciário e cuja cumulação com a multa está expressa no texto do parágrafo único, de conformidade plena com as decisões do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê de idêntica decisão do Ministro Felix Fisher.⁴⁹³

Para Daniel Assumpção Neves, a Constituição Federal veda a prisão por dívidas, excetuados os casos acima trazidos, e no caso a prisão civil se dará em virtude de desrespeito reiterado à decisão judicial. “Evidentemente, com os devidos cuidados que tal medida exige, já que a privação de liberdade deve somente ser utilizada quando os outros meios coercitivos não produzirem efeito positivo, não nos pareceu feliz a exclusão dessa possibilidade, que funcionaria como importante instrumento em busca da efetividade do processo”.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ MONTENEGRO FILHO, Misael, *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 302.

⁴⁹² PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR SANÇÃO DE NATUREZA CIVIL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. As determinações cujo cumprimento for assegurada por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330, do CP. Ordem concedida para cassar a decisão que determinou a constrição do paciente, sob o entendimento de configuração do crime de desobediência” (HC 16940 – DF, 5ª Turma do STJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 25.06.2002, DJ 18.11.2002, p. 243). (nosso grifo)

⁴⁹³ PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR MULTA DIÁRIA DE NATUREZA CIVIL (ASTREINTES). ATIPICIDADE DA CONDUTA. Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressalvar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento. (Precedentes). Habeas corpus concedido, ratificando os termos da liminar anteriormente concedida. Processo: HC 22721/ SP; Habeas Corpus 2002/0065354-0 - Relator: Ministro Felix Fischer (1109) - Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma - Data do Julgamento: 27/05/2003 - Data da publicação/fonte: DJ 30/06/2003 p.271.

⁴⁹⁴ Op. Cit., p. 40.

Importa a este trabalho, sem o aprofundamento que seria necessário para compreender a fundo a questão que envolve as prisões civil e criminal por descumprimento, ressaltar algumas diferenças entre os dois institutos.

A mais notável de todas diz respeito à natureza jurídica. Enquanto a prisão civil está incluída no rol das medidas coercitivas, que visam exercer uma pressão psicológica sobre o inadimplente, a prisão penal, ao revés, visa sancionar esse descumprimento, apresentando caráter nitidamente punitivo, com fim ressocializador.

Assim, como possui caráter coercitivo, a prisão civil não poderá ser substituída pela prisão penal, haja vista possuírem finalidades distintas. Uma visa punir, a outra convencer. Não é por acaso que se permite a soltura do alimentante devedor, antes do lapso temporal fixado na sentença, pelo simples adimplemento da dívida. Isso não poderia ocorrer com a prisão penal, na qual, via de regra, o réu tem que cumprir todo o prazo estabelecido pelo juiz.

Enquanto na prisão civil basta o simples cumprimento da obrigação devida para a soltura do indivíduo, na prisão penal tal possibilidade mostra-se remota.

Segundo Lise Nery Mota⁴⁹⁵, se a prisão civil visa coagir, com vistas ao cumprimento de uma decisão, não estará ela protegendo a decisão porque se trata de ordem judicial, mas o bem jurídico que está sendo tutelado por essa decisão. O simples descumprimento de ordem, enquanto decisão do juiz, não é objeto da prisão civil. Contudo, configura-se como tipo penal previsto no art. 330 CP, pois o bem jurídico tutelado no crime de desobediência é o normal funcionamento da Administração Pública, com o escopo especial de assegurar o seu prestígio e a garantia da potestade estatal.

Sendo assim, deve-se adotar o uso da pena privativa de liberdade com a aplicação da prisão penal como técnica de induzimento ao cumprimento de uma obrigação, como instrumento mais adequado para a concretização do fim colimado, principalmente porque o parágrafo único do artigo 14 do CPC⁴⁹⁶ ressalva expressamente a possibilidade de cumulação de sanções civis e criminais.

⁴⁹⁵ MOTA, Lise Nery. *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 182.

⁴⁹⁶ Art. 14, par. ún.: “... podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante ...”

6.5 Exigibilidade

Com relação à exigibilidade da multa, o ponto de maior interesse, entretanto, diz respeito ao momento em que tal prazo começa a correr, exigindo o dispositivo legal o trânsito em julgado da decisão final. Segundo interpretação literal do dispositivo, ainda quando a aplicação da multa seja devidamente impugnada de forma exaustiva, ou ainda quando não enfrentando resistência do ofensor, mesmo estando a matéria preclusa, não poderá o Fisco exigir qualquer pagamento até o trânsito em julgado da decisão final da causa.

Joaquim Felipe Spadoni⁴⁹⁷ entende que a multa tem eficácia (ou seja, é exigível) a partir do momento em que o comando judicial passa a ser devido.

Marinoni⁴⁹⁸ estabelece interdependência entre ambos os fenômenos quando diz que resolver o problema de a multa poder ser cobrada antes do trânsito em julgado depende de se saber se a multa é devida mesmo no caso de o julgamento final não confirmar a decisão.

Um dos argumentos de que se vale o autor para sustentar não se pode considerar ser devida a multa, se o autor perde a ação, é justamente o de que, no direito brasileiro, o destinatário do valor é o autor. Basicamente, portanto, porque o processo não pode beneficiar o autor, que não tem razão.⁴⁹⁹

O grande problema que existe em torno desta multa é, indubitavelmente, o de se saber se a multa é devida (tendo o réu descumprido a liminar) ainda que o autor venha a perder a ação. São comuns casos em que se concedem liminares, afrontando escancaradamente jurisprudência dominante dos Tribunais superiores, liminares estas que, fatalmente, serão cassadas por decisões definitivas, ou mesmo, antes disso, reformadas pela via recursal. E o jurisdicionado teria, assim mesmo, de cumpri-las, sob pena de multa?⁵⁰⁰

Tereza Wambier⁵⁰¹ coloca a seguinte questão: a parte, insubordinada, não cumpriu a decisão (ainda não definitiva) de um juiz que também,

⁴⁹⁷ SPADONI, Joaquim Felipe, *Ação inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 165.

⁴⁹⁸ *Tutela inibitória, individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, item 3, 27, 1.6, pp. 221 e 222).

⁴⁹⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa*, Revista de Processo nº142, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 16-17. No processo individual, o destinatário da multa é o autor, embora não exista indicação expressa e inequívoca na lei nesse sentido (a esse respeito, V. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, item 9.9, p. 263) Esta orientação vem do sistema francês e do Projeto Carnelutti, de reforma do processo civil italiano, e é extremamente criticável segundo alguns, pois esta característica pode ser considerada conflitante com o caráter público da multa.

⁵⁰⁰ Tereza Wambier, op. cit., p. 16.

⁵⁰¹ Op. Cit., p. 17.

in subordinado, não decidiu em conformidade com a jurisprudência dominante, pacificada ou sumulada. Reformada a decisão, remanesce a obrigação de pagar a multa? A existência deste problema, porém, deve ser levada em conta para que se tome uma posição. Por isso é que parece mais correta a posição intermediária: a multa é realmente devida desde o momento em que se pode considerar descumprida a ordem judicial, devendo, todavia, a execução ser provisória (art. 588 do CPC), para que a situação se reverta caso o autor perca a ação.⁵⁰²

Segundo Araken de Assis⁵⁰³, suponha-se uma situação fática em que uma paciente contratou com o seu médico a execução de uma cirurgia estética, mas o cirurgião se negou a fazê-la depois de avaliar os exames preliminares, em face dos riscos possíveis de ocorrerem. Em vista disto a paciente ingressa em juízo e obtém provimento liminar com ordem de fazer sob pena de multa, e o médico nega a cumprir a ordem, incidindo a multa por vários meses. Na hipótese do juiz julgar improcedente o pedido, será suscitada a questão de se saber subsistente ou não a multa anteriormente imposta. Os termos do problema não oferecem maiores dúvidas: de um lado, o réu descumpriu uma ordem judicial; de outro, fez conforme o direito, com o propósito de proteger a paciente de seu próprio capricho estético.

A respeito dessa questão, dividem-se as opiniões: por exemplo, Joaquim Felipe Spadoni⁵⁰⁴ sustenta que a pena tem caráter público e assenta na relação entre a parte e o juiz, sublimando-se das contingências da relação material, motivo porque sua ulterior revogação pela sentença de improcedência não implica o desaparecimento do crédito. Sergio Shimura⁵⁰⁵ também entende que o descumprimento de ordem e o embaraço criado pela parte à efetivação de uma decisão judicial demonstram o menosprezo, estando caracterizado o desacato (*contempt*) como tipificado na norma.

Por analogia, Araken de Assis propõe uma saída sob o prisma da execução provisória. Para ele, a execução da *astreinte* se realiza provisoriamente, tornando-se sem efeito e cabendo restituir as partes ao estado anterior, na hipótese de surgir pronunciamento que reforme no todo ou em parte a resolução anteriormente tomada (art. 475-O, II). Se for realizada a execução definitiva da multa, o art. 574 estipula que o credor ressarcirá o devedor quando o provimento

⁵⁰² TALAMINI, Eduardo, Tutela mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º do CPC. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Coord. Teresa Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁵⁰³ Op. cit., p. 226.

⁵⁰⁴ SPADONI, Joaquim Felipe, *Ação inibitória*, São Paulo: RT, 2002, p. 180.

⁵⁰⁵ SHIMURA, Sergio, *Título executivo*, 2ª edição, São Paulo: Editora Método, 2005, p. 185.

judicial declarar inexistente a obrigação que deu lugar à execução. É indiscutível, assim, por força da interpretação sistemática, que a *astreinte* não subsiste ao eventual juízo de inexistência do direito que ela visa a tutelar.⁵⁰⁶

O simples descumprimento do provimento mandamental ou o embaraço à efetivação das decisões judiciais, mesmo que não acobertadas pelo manto da coisa julgada, já caracteriza o menosprezo e o desrespeito à Justiça. Não fica na dependência de a decisão final confirmar a liminar concedida. Afinal, haverá sempre uma dúvida. Até que ponto as indevidas interferências da parte contribuíram para que o desfecho lhe fosse favorável? Portanto, entende-se que a multa é exigível pelo Fisco Federal ou Estadual, não sendo paga no prazo estabelecido após o trânsito em julgado da decisão final da causa, independentemente da interposição de recurso e dos efeitos a ele atribuídos e, também, do infrator ter obtido êxito ou não no desfecho final da causa.

⁵⁰⁶ Araken de Assis, Op. cit., p. 228.

7 OS RECURSOS CABÍVEIS

Se o sujeito passivo da multa for parte, o meio de impugnação pode ser o recurso cabível contra a decisão que a determinou. Não sendo parte o sujeito passivo (perito, funcionário etc.), o problema surge na medida em que se sabe que, *ex vi* do disposto no art. 499 do CPC, apenas a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público estão legitimados a recorrer.

Via de regra, os conceitos jurídicos, como o de parte, são instrumentais; quando passam a não ser mais úteis dogmaticamente, hão que ser repensados, pois provavelmente estarão errados. Sua função consiste basicamente em permitir a aplicação das normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza. Não se deve adequar o ordenamento aos conceitos formulados doutrinariamente; estes é que devem ser revistos, para que sirvam a uma interpretação mais correta daquele.⁵⁰⁷

No rigor dos princípios tradicionais, os auxiliares de justiça não são parte nem terceiro. Assim, não estariam legitimados a interpor recursos, podendo valer-se, apenas, de ações autônomas de impugnação. Embora não reconheça legitimidade recursal aos auxiliares de justiça, Nelson Nery Jr, ao interpretar o art. 314, assim se posiciona:

Juiz recorrente. O juiz excepto é parte passiva na exceção de suspeição ou impedimento. Tem, portanto, legitimidade e interesse em interpor recurso contra o acórdão do tribunal que julgar a exceção. Quando o CPC 499 fala na legitimidade recursal da 'parte' deve-se entender como parte os litigantes no processo judicial bem como os litigantes dos 'incidentes processuais'. Caso o excepto seja Promotor de Justiça, a ele se aplica, por extensão, a norma aqui analisada.⁵⁰⁸

Também reconhece a legitimidade recursal dos auxiliares de justiça quando forem parte no incidente. Essa fundamentação aplica-se a todos os incidentes processuais que envolvem sujeitos estranhos à demanda.⁵⁰⁹

Mudando de opinião em relação à edição anterior de sua obra, Fredie Didier Jr.⁵¹⁰ também entende que há legitimidade recursal de parte para esses terceiros, relativamente à punição com multa, ao *contempt of court* – objeto de um

⁵⁰⁷ GRAU. Eros Roberto, *Direito posto e direito pressuposto*, São Paulo: Malheiros Editores, 2.000, p. 145.

⁵⁰⁸ NERY JR. Nelson, *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, São Paulo Revista dos Tribunais, 2001, p. 791.

⁵⁰⁹ NERY JR. Nelson, *Teoria geral dos recursos – princípios fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 264.

⁵¹⁰ Op. Cit., p. 30.

incidente processual do qual se tornam partes, não se tratando, assim, de recurso de terceiro.

Uma vez cientificado o litigante da decisão que lhe impôs sanção pecuniária nos termos do art. 14 do CPC, inicia-se a fluência do prazo para a interposição do recurso cabível dependendo da natureza do respectivo provimento. Mesmo quando o destinatário da sanção não for parte, poderá, à evidência, questionar a procedência da imposição, mediante a interposição de recurso, a exemplo do que já sucede na prática como decorrência da aplicação do par. ún. do art. 424 do CPC (multa ao perito).

Leciona Tucci que, assim, também na hipótese do art. 14, dado o gravame que advém da inflição da multa, além das partes, qualquer outro integrante do processo passará a ostentar legitimidade e interesse em recorrer. Evidente que esse “terceiro” não assume a qualidade de “parte no processo” e, muito menos, de terceiro interessado, mas, sem dúvida, adquire a condição de “parte no incidente processual” que se produz com a imposição da referida sanção. Se o recurso apropriado for o de agravo de instrumento, autuado em apartado perante o órgão de segundo grau, em nada atravancará a marcha do processo. Por outro lado, fixada a multa na sentença definitiva, além da eventual apelação da parte que sucumbiu, problema algum acarretará a interposição de outra apelação, *v. g.*, do assistente técnico que se viu prejudicado com a aplicação da multa naquele ato decisório.⁵¹¹

Sendo o sujeito passivo dessa multa o autor ou o réu, não parece que a discussão renda grandes dúvidas. De duas uma; ou a multa é aplicada por meio de decisão interlocutória, cabendo contra ela o recurso de agravo, seja em sua forma retida, seja em sua forma de instrumento, ou é aplicada em sentença, sendo a impugnação feita por meio de apelação. No segundo grau de jurisdição poderá interpor agravo interno. Não sendo possível ao prejudicado recorrer da decisão dentro do próprio processo em que ela foi proferida, por ausência de recurso cabível, não resta dúvida de que poderá impugná-la por meio de ação autônoma, tanto podendo ser mandado de segurança, como uma ação ordinária.

⁵¹¹ Tomando-se como acertada a difundida afirmação de Liebman, no sentido de que terceiro é aquele que não se encontra em contraditório perante o juiz, entendemos insustentável a opinião de Fredie Didier Jr., que nega a qualidade de terceiro àqueles que, não sendo parte, são destinatários da multa prevista no par. ún. do art. 14 (*Mudanças na responsabilidade processual, de acordo com a proposta de reforma do CPC brasileiro*, cit., p. 505-6). Anote-se que, mais recentemente, o jovem processualista mudou seu ponto de vista, passando a admitir que, além do autor e réu, outros protagonistas do processo podem ser destinatários diretos de uma decisão judicial (*A nova reforma processual* (obra coletiva), São Paulo, Saraiva, 2002, p. 20).

8 A APLICAÇÃO DO *CONTEMPT OF COURT* NOS DIVERSOS PROCEDIMENTOS E EM FACE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A garantia ao contraditório significa que as partes sempre poderão ser ouvidas sobre as provas e alegações trazidas aos autos pela parte contrária e, também pelo prévio conhecimento das sanções em que incorrerão pelo descumprimento de provimentos mandamentais, ou seja, não pode existir uma decisão sem que as partes tenham sido ouvidas ou tomado conhecimento das conseqüências, para que tenham oportunidade de esboçar sua reação, procedimentos esses que legitimam a atividade jurisdicional.

Cauteloso, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira sugere que o magistrado deverá, ainda, ao expedir a ordem ou o mandado para cumprimento da diligência, advertir esses sujeitos (partes ou terceiros) de que o seu comportamento recalcitrante poderá resultar na aplicação da mencionada multa do art. 14. O responsável precisa saber das possíveis conseqüências de sua conduta, até mesmo para demonstrar ao magistrado as razões pelas quais não cumpriu a ordem, ou não a fez cumprir, ou até mesmo para demonstrar que a cumpriu ou não criou qualquer obstáculo para o seu cumprimento. Afinal, o contraditório se perfaz com a informação e o oferecimento de oportunidade para influenciar no conteúdo da decisão; participação e poder de influência são as palavras-chave para a compreensão desse princípio constitucional.⁵¹²

Como a adoção da prisão civil por descumprimento do inciso V, do art. 14 é apenas uma questão de tempo, é importante que os juízes apliquem a sanção de multa com todos os cuidados que são utilizados no sistema do *common law*, origem do *contempt of court*, como forma de demonstrar à sociedade que tal medida coercitiva somente será utilizada nos casos onde se tornem imprescindíveis e como medida extrema para o “convencimento” do sujeito recalcitrante e contumaz no desacato às ordens judiciais.⁵¹³ Afinal já foi dito neste trabalho no item 3.1 que “as sanções aplicáveis aos *contempt of court* por descumprimento, como meio executivo impróprio, de modo geral, apresentam um espírito orientador e

⁵¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, Garantia do contraditório, in *Garantias constitucionais do processo civil*, José Rogério Cruz e Tucci (Coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 144-145.

⁵¹³ É princípio básico da doutrina do *contempt of court* que a função coerciva da sanção por *contempt of court* por descumprimento não deve ser empregada para executar decisões judiciais quando existem outros meios disponíveis para tanto, ou o ato de *contempt of court* por descumprimento, ao mesmo tempo possa ser enquadrado e sancionado por outro meio colocado à disposição do juízo ou tribunal. Julio César Oliveira, op. cit., p. 134.

disciplinador, conexo à idéia do pleno respeito às atividade de administração da justiça”.

Portanto, para o processamento do *contempt of court* por descumprimento é preciso demonstrar que uma ordem judicial, que imponha o cumprimento de obrigação positiva ou negativa “específica”, foi ou está na iminência de ser descumprida.

Por isso, exige-se uma interpretação estrita e precisa de seus termos, e quando a conduta exigida ou proibida não puder ser claramente identificada e delimitada a partir dos termos contidos na ordem judicial, o processo de *contempt of court* por descumprimento não pode prosperar.

Da mesma forma, para a responsabilização do sujeito a quem foi endereçada a ordem e a aplicação de sanção, alguns requisitos são necessários: a) é indispensável que haja uma ordem, proferida pelo juiz, que seja clara e plenamente inteligível, e que especificamente determine a uma das partes no processo que faça ou se abstenha de fazer alguma coisa; b) a ordem não pode ser ambígua e também não pode haver dúvida de que o sujeito foi adequadamente cientificado de seus termos e; c) deve haver prova inequívoca do descumprimento da ordem pelo destinatário da ordem ou demonstração da forte plausibilidade de sua iminência. Isso tudo para que o destinatário não logre êxito ao alegar ampla ignorância ou desconhecimento de todos os termos da ordem proferida.⁵¹⁴

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, o pressuposto inafastável para que o litigante ou outro integrante do processo possa ser responsabilizado pelo *contempt*, consiste na existência de uma ordem que imponha especificamente a quem é dirigida uma obrigação de fazer ou abster-se de fazer. Assim é que a sanção pelo respectivo descumprimento (*contempt*) pode ser imposta quando a determinação for uma *mandatory injunction*, que ordena a parte fazer determinada coisa, ou quando for uma *prohibitory injunction*, que ordena à abstenção de determinado ato.⁵¹⁵

A segunda parte do novo § 1º do art. 656 do CPC (Lei 11.382/2006) introduziu norma de natureza protetiva do processo, nos moldes do inciso V, do art. 14, assim, o exercício da justiça está amparado para o devido cumprimento de todos

⁵¹⁴ HAZARD JR. Geoffrey C., & TARUFFO. Michele, *American Civil Procedure: An Introduction*, New Haven, Yale University Press, 1993, p. 202. (trad. livre e adaptada)

⁵¹⁵ TUCCI. José Rogério Cruz e, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

os seus provimentos de natureza mandamental e pela fluidez desembaraçada dos provimentos judiciais de natureza antecipatória (aqui, também entendidos os cautelares) ou final.

O enunciado contido no art. 14 do CPC faz referência ao dever de cumprimento de decisões em que se tenham determinado providências finais ou antecipatórias. A dicção da lei, portanto, pode levar o intérprete a concluir que se trata de comando dirigido apenas às decisões antecipatórias de tutela, além, é claro, das sentenças (finais).

Segundo Luiz Rodrigues Wambier⁵¹⁶, conta com amplo apoio na doutrina quanto na jurisprudência o entendimento no sentido de que as medidas de natureza cautelar também, às vezes indiretamente, mas sempre, de algum modo, antecipam algo. Primeiro, como já se sustentou, porque se reconhece que mesmo anteriormente ao advento da reforma do art. 273 (com a criação da antecipação da tutela), havia bom número de providências essencialmente antecipatórias, isto é, capazes de levar à produção de efeitos da decisão final do processo. Em segundo lugar, porque mesmo nas medidas cautelares típicas alguma coisa se antecipa. Vejam-se, por exemplo, as medidas cautelares de arresto e de seqüestro.

As medidas cautelares que sejam concedidas por meio de liminares são sempre cautelares em relação ao processo principal. Já a liminar cautelar é, em relação à sentença cautelar, obviamente antecipatória da tutela cautelar. Em razão do que se expôs, entende-se que a expressão “provimento judicial de natureza antecipatória” deve englobar também medidas de natureza cautelar. Além disso, é necessário ressaltar que esse entendimento é reforçado pela tendência à fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias de tutela, definitivamente consagrada pela edição do § 7º do art. 273 do CPC.⁵¹⁷

Segundo Daniel Assumpção Neves⁵¹⁸, sempre que concedida uma liminar ou uma tutela antecipada, trata-se de provimento de natureza antecipatória. No processo cautelar, a única diferença é que a antecipação não é dos efeitos que o reconhecimento do direito material do autor geraria, até mesmo porque esse não se discute nem se decide em sede cautelar. Mas é inegável que a liminar antecipa os efeitos provenientes da sentença cautelar, sendo, portanto, antecipatória da tutela cautelar.

⁵¹⁶ O *contempt of court* na recente experiência brasileira, Revista de Processo nº 119, 2005, p. 49-50

⁵¹⁷ Idem, *ibidem*

⁵¹⁸ Op. Cit., p. 36.

Afinal, enquanto as liminares em geral entregam ao autor a fruição de um direito material que só virá de forma definitiva na sentença, a liminar da cautelar entrega ao requerente a proteção cautelar de forma antecipada, garantindo-se a eficácia do resultado do processo principal. Assim sendo, a tutela cautelar pode ser concedida de duas formas: provimento de natureza final (sentença cautelar) e provimento de natureza antecipatória (liminar).

Entende-se, como Fredie Didier⁵¹⁹, que o inciso V do art. 14 também se aplica aos provimentos cautelares, pela identidade manifesta da *ratio*, sob pena de se afirmar que uma decisão judicial em sede cautelar é menos digna de respeito do que uma decisão em processo de conhecimento ou de execução. A permissão da fungibilidade das medidas antecipatória e cautelar confirma a tese ora defendida. Ressalte-se, ademais, que as providências cautelares são tomadas, geralmente, por meio de provimentos mandamentais ou executivos.

Em conclusão sobre a aplicação do art. 14 em relação às cautelares, afirma Teresa Wambier que a interpretação que lhe parece ser a correta do art. 14, V, é a que lhe dê maior rendimento, pois quanto maior o rendimento que se dê a essa regra, correlatamente mais efetiva, será a tutela jurisdicional. Portanto, acertada a interpretação que dê significativa abrangência à expressão “provimento judicial de natureza antecipatória”, de molde a açambarcar também medidas de índole cautelar, até porque, para parte da doutrina, a diferença existente entre ambas ou não existe ou é irrelevante.⁵²⁰

O art. 600 considera atentatório à “dignidade da Justiça” o ato do executado que: “intimado, não indica ao juiz, em cinco dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores”, indiferente à reforma operada pela Lei 10.358/01, que, no parágrafo único do art. 14 (nele referido) fala em ato “atentatório ao exercício da jurisdição”, perdendo excelente oportunidade de imprimir uniformidade ao sistema.⁵²¹

Com toda razão Carreira Alvim, afinal, tem em vista que a primeira parte do § 1º trata de ato atentatório à dignidade da justiça, conforme situações fáticas previstas no 600 e com multa no 601, porém, a segunda parte do referido

⁵¹⁹ *A nova reforma processual*, p. 09.

⁵²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues., WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 147-148.

⁵²¹ CARREIRA ALVIM. J.E., *Nova execução de título extrajudicial: comentários à Lei 11.382/06*, Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 103.

parágrafo diz respeito à situação fática prevista no 14 V, ou seja, atos atentatórios ao exercício da jurisdição. Portanto, conforme ensina Carreira Alvim, perdeu-se excelente oportunidade de imprimir uniformidade ao sistema.

Sendo assim, a melhor forma de o legislador imprimir tal uniformidade seria separar as duas situações fáticas previstas no § 1º do art. 656, vez que mesmo contém tanto o ato atentatório à dignidade da justiça (indicar onde se encontram os bens – que remete ao 600), quanto o ato atentatório ao exercício da jurisdição (dificultar ou embaraçar a efetivação da penhora – que remete ao 14).

Juntar os dois institutos numa única terminologia não seria razoável, vez que hoje está bem claro que o ato atentatório à dignidade da justiça busca resguardar mais diretamente a parte contrária que, inclusive, agrega o valor da multa do art. 601 em seu crédito; enquanto que o ato atentatório ao exercício da jurisdição é medida de natureza punitiva do agente e ao mesmo tempo protetiva do processo, tanto que os valores da multa do art. 14 se revertem ao Estado, D.F. ou à União e tem caráter administrativo (portanto, do recurso contra a multa não há contra-razões).

Também se entende que a multa do art. 14 se aplica ao processo de execução de títulos extrajudiciais, pois através da Lei 11.382, de dezembro de 2006, que trata da execução dos títulos extrajudiciais, o legislador resolveu apertar um pouco mais o cerco sobre o executado, ao prever no § 3º do art. 652 que: “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exeqüente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora.”

Se o credor não fizer a indicação de bem do devedor a ser penhorado, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento do exeqüente, determinar a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora. Na verdade, se o exeqüente não requerer a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora, deverá o juiz fazê-lo de ofício, pois o processo é impulsionado pelo princípio da auto-dinâmica.⁵²²

O inc. IV do art. 600 foi alterado pela Lei 11.382/06, passando a dispor que se considera atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que “intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores”.

⁵²² CARREIRA ALVIM. J.E., *Nova execução de título extrajudicial: comentários à Lei 11.382/06*, Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 102.

Em seguida, o § 1º do art. 656 do CPC prescreve:

§1º do art. 656: É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).

De onde se infere que a atitude do executado que dificulte ou embarace a realização da penhora também se inclui nos termos do enunciado da segunda parte do inciso V do art. 14 do CPC, que manda “não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”, sob as penas do parágrafo único. De onde se pode concluir que a referida multa também incide em relação ao processo de execução de títulos extrajudiciais.

Com relação a esse procedimento na fase de cumprimento da sentença, o mesmo se dá de forma ainda mais tranqüila, vez que o inciso V do art. 14 expressamente determina sua aplicação àquele que deixar de cumprir os provimentos mandamentais e àquele que criar quaisquer embaraços à efetivação de provimentos judiciais, tanto de natureza antecipatória, quanto final.

Segundo Patricia Pizzol e Gilson Miranda, a saída para a crise de credibilidade, pela qual passa o Poder Judiciário, está relacionada às mudanças necessárias nos procedimentos de execução e do cumprimento de sentença, afinal, de nada adianta um conhecimento perfeito sem uma execução (ou cumprimento) eficaz. Dizer o direito sem a efetiva satisfação é, a grosso modo, valorizar a mera retórica. É tornar, pois, vazia a manifestação do Estado. Como é cediço, e isto todos reclamam, o acesso à justiça não pode ser apenas formal, mas substancial. Reconhecer o direito, mas não permitir a adoção de meios à satisfação material, é aprofundar a falência dos comezinhos princípios que asseguram a vida em sociedade e, especialmente, o Estado Democrático de Direito: a paz nas relações intersubjetivas.⁵²³

O abuso no exercício do direito da personalidade jurídica, que permite a sua desconsideração pelo juiz (art. 28 da Lei 8.078/90 – consumidor; art. 18 da Lei 8.884/94 – antitruste; art. 4º da Lei 9.605/98 – ambiental e; art. 50 da Lei 10.406/02 – Código Civil), caracteriza-se como um embaraço não somente à

⁵²³ PIZZOL, Patricia Miranda e MIRANDA, Gilson Delgado. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento da sentença *in Aspectos polêmicos da nova execução 3*, (Coord.) Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 216-217.

realização da penhora (2ª parte do § 1º art. 656 CPC) como, também, à efetivação dos provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final (art. 14, V, CPC) que, por sua vez, constitui-se em ato atentatório ao exercício da jurisdição (par. ún., art. 14, CPC).

É que a expropriação judicial de bens ocorre exatamente no processo de execução, no cumprimento da sentença e na efetivação de liminares que antecipam os efeitos do processo cautelar. O embaraço causado pelo devedor nesse momento processual tornaria inócuo o processo de conhecimento. Afinal, nas palavras de Patrícia Pizzol e Gilson Miranda⁵²⁴, de nada adianta um conhecimento perfeito sem uma execução (ou cumprimento) eficaz.

Como bem ensina Marinoni, mandamentalidade é a possibilidade de se requerer ordem sob pena de multa.⁵²⁵

Portanto, basta que o juiz - ao tomar conhecimento da existência de algum dos pressupostos previstos na legislação retro referida, que caracterizam a prática de abuso no exercício do direito da personalidade jurídica e que, por sua vez, embaraçam o provimento judicial de expropriação de bens do devedor para efetivar a tutela jurisdicional – declare a desconsideração da personalidade jurídica e determine a citação pessoal do representante legal da parte para compor a relação processual e, imediatamente, apresente os bens da pessoa jurídica, suficientes para o pagamento da dívida e seus acréscimos legais, sob pena de sua omissão constituir ato atentatório ao exercício da jurisdição, sob pena de multa de até 20% (vinte por cento) do valor da causa, nos termos do parágrafo único do art. 14, do Código de Processo Civil.

Em face dos graus de disponibilidade do direito, nas relações jurídicas que estiverem em juízo sob o manto do Código Civil, o juiz não poderá tomar a iniciativa de desconsiderar uma personalidade jurídica de ofício, hipótese em que somente a parte ou o representante do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, poderão requerê-la. Por conseguinte, nas relações de consumo, nas questões que versem sobre o direito ambiental ou econômico (antitruste), é dispensado o requerimento das partes ou do M.P., para que o juiz declare a desconsideração da personalidade jurídica. Pode parecer absurdo, mas o juiz,

⁵²⁴ Op. cit. p. 216.

⁵²⁵ *Tutela inibitória*, p. 359.

diante da prática de abuso no exercício de um direito, mesmo assim, está tolhido pela lei de tomar qualquer iniciativa, por força do art. 50, do CC.

9 CONCLUSÃO

1) Ser pessoa ou ter personalidade jurídica é o mesmo que ter deveres e direitos. A pessoa natural ou jurídica como portadora de deveres e direitos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos, cuja unidade é expressa no conceito de pessoa.

2) Com relação à pessoa jurídica, a teoria da realidade técnica distingue-se da teoria da ficção no que tange à criação. Enquanto na segunda a criação é arbitrária da lei, constituindo os agrupamentos meras criações do Estado, inventadas do nada; na primeira, a criação ocorre em função de uma necessidade social, a cuja satisfação a técnica judiciária atribuiu forma adequada, correspondendo a um fim normal da atividade social.

3) A prática do abuso do direito pressupõe a intenção de prejudicar: um ato cujo efeito só pode ser o de prejudicar o outro, sem interesse apreciável e legítimo, não pode nunca constituir exercício lícito de um direito.

4) A questão do abuso está inserida no desvio do exercício do direito por parte do titular que, preferindo as finalidades individuais às finalidades sociais do direito, excede os limites latentes na consciência coletiva.

5) A chamada boa-fé objetiva é baseada em padrões de conduta social, voltada para a proteção às expectativas de que os demais membros do conjunto social nutrem de todos.

6) Para que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de um a concepção dualista de obrigação: responsabilidade subsidiária por dívida alheia.

7) Não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles casos de mera imputação do ato, pois, quando se aplique a noção de imputação, a responsabilidade não será dominada pelo princípio da subsidiariedade, essencial nos autênticos casos de desconsideração, em que se supõe a prévia demonstração da insolvência do primeiramente responsável.

8) A Disregard Doctrine consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizando, abusos

alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

9) O contraditório pode ser visto como a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação ao réu e de todos os atos do processo às partes; a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis e; que seja assegurado às partes a possibilidade de pronunciamento sobre os atos processuais relevantes e de influência sobre a decisão do juiz.

10) Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se, se entender necessário;

11) Os limites subjetivos da coisa julgada consistem em determinar os sujeitos de direito aos quais a sentença prejudica ou beneficia.

12) Não se pode falar, portanto, em direitos absolutos, justamente porque o direito envolve necessariamente a idéia de relação, e esta, a de interação, aspecto fundamental do sistema jurídico que envolvem os escopos jurídico, político e social. Assim, quando se diz que os direitos da personalidade e os direitos reais são absolutos, o que se pretende, na verdade, é colocar em evidência que o sistema confere a eles alguns atributos que não são comuns aos direitos em geral, e não consagrar a “absolutidade”. Tem-se, pois, que, não havendo direitos absolutos, não se poderá conferir esse atributo ao direito de defesa, em que pese a existência do dispositivo constitucional que se refere à ampla defesa.

13) Os princípios do contraditório e da ampla defesa, como os princípios em geral, não têm caráter absoluto, razão por que não se justifica sua sacralização, em detrimento de outros princípios como o da efetividade da jurisdição e o da igualdade de tratamento entre as partes.

14) Para o direito anglo-saxônico, o contempt of court significa a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem.

15) As sanções aplicáveis aos contempt of court por descumprimento, como meio executivo impróprio, de modo geral apresentam um espírito orientador e disciplinador, conexo à idéia do pleno respeito às atividades de administração da justiça e objetivam, assim, induzir ou compelir o contemnor a um determinado

comportamento perante a Corte, ativo ou passivo, a fim de que a pretensão à adequada prestação jurisdicional seja, afinal, satisfeita.

16) Com o advento da Lei 10358/2001, a inclusão do inciso V e parágrafo único do art. 14, do CPC, implantou um eficaz mecanismo visando a coibir o contempt of court, genericamente entendido como desacato à ordem judicial.

17) Não cumprir um provimento mandamental é desobedecer – e toda desobediência a atos estatais comporta a reação da ordem jurídica e dos agentes do poder público (no caso, o Estado-Juiz), seja no sentido de punir o infrator, seja para coagi-lo legitimamente a cumprir

18) Se ordens existem é para serem cumpridas, não necessitando haver norma expressa para demonstrar tal obviedade. O problema é que embora óbvia a obrigatoriedade de cumprimento das ordens judiciais, verifica-se muito desrespeito por parte daqueles que deveriam cumpri-las no caso concreto. Assim, diz-se o óbvio para prever a tal dever uma sanção, que infelizmente parece ser, nos tempos atuais, o único meio – e nem sempre eficaz – de evitar o absurdo desrespeito às ordens judiciais.

19) São provimentos em direito processual, todos os atos portadores de uma vontade do Estado-Juiz, às vezes acompanhado de alguma determinação no sentido de realizar ou omitir uma conduta. Dada essa amplitude do gênero próximo em que se incluem as sentenças judiciais (provimentos), o inc. V do art. 14 do Código do Processo Civil abrange não só as sentenças, mas também os demais provimentos que o juiz emitir, e que tenham natureza mandamental (sentenças, decisões interlocutórias ou mesmo despachos).

20) Estarão causando embaraço à efetivação dos provimentos jurisdicionais todos os atos ou omissões, culposos ou não, que criem dificuldades de qualquer espécie ao alcance do resultado prático a que está vocacionado o provimento jurisdicional.

21) Se restar caracterizado que a conduta do advogado tenha obstado ou dificultado a produção de resultados do provimento jurisdicional, poderá o magistrado afastar a incidência da regra que o excepciona, declarando sua inconstitucionalidade, em razão da violação do princípio da isonomia, afinal, se o juiz e o promotor podem ser alcançados pelos rigores da regra, a exceção feita ao advogado rompe o necessário tratamento isonômico que a lei deve conferir aos operadores do direito no processo.

- 22) A definição do valor da multa, tendo como parâmetro o valor da causa, parece não ter sido a melhor alternativa, eis que deixa ao desabrigo da pressão em favor do cumprimento das decisões judiciais, processos em que o valor da causa é simbólico;
- 23) Entre dar ao juiz um poder ilimitado no que tange ao valor da multa, e estabelecer um limite, ainda que sacrificando sua utilidade em alguns casos concretos, parece ter preferido o legislador a segunda opção.
- 24) O percentual da multa está ligado à gravidade do prejuízo que a conduta causou em relação aos resultados que o processo deveria produzir.
- 25) Pela própria natureza, distinta das demais existentes no ordenamento brasileiro, a qual tem por escopo a atuação protetiva do ordenamento, a multa do art. 14 é cumulável com outros tipos de multas, consoante reza o parágrafo único (“sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis”).
- 26) No Brasil, pode-se considerar que o artigo 14 passa a contemplar o contempt of court civil somente no que tange à aplicação da multa, já que a prisão, embora proposta no projeto original apresentado pela Escola Superior da Magistratura e o Instituto de Direito Processual Brasileiro, não foi adiante, e o parágrafo segundo proposto ao artigo foi retirado de sua redação final.
- 27) O simples descumprimento de ordem, enquanto decisão do juiz, não é objeto da prisão civil. Contudo, configura-se como tipo penal previsto no art. 330 CP, pois o bem jurídico, tutelado no crime de desobediência, é o normal funcionamento da Administração Pública, com o escopo especial de assegurar o seu prestígio e a garantia da potestade estatal;
- 28) Segundo interpretação literal do dispositivo, ainda quando a aplicação da multa seja devidamente impugnada de forma exaustiva, ou ainda quando não enfrentando resistência do ofensor, mesmo estando a matéria preclusa, não poderá o Fisco exigir qualquer pagamento até o trânsito em julgado da decisão final da causa
- 29) Entende-se que o simples descumprimento do provimento mandamental ou o embaraço à efetivação das decisões judiciais, mesmo que não acobertadas pelo manto da coisa julgada, já caracteriza o menosprezo e o desrespeito à Justiça e, portanto, a subsistência da multa não fica na dependência do resultado da decisão ao final, pois haverá sempre uma dúvida. Até que ponto as indevidas interferências da parte contribuíram para que o desfecho lhe fosse favorável?

30) Sendo o sujeito passivo dessa multa o autor ou o réu, não parece que a discussão renda grandes dúvidas quanto ao recurso cabível. De duas uma; ou a multa é aplicada por meio de decisão interlocutória, cabendo contra ela o recurso de agravo em sua forma retida, ou é aplicada em sentença, sendo a impugnação feita por meio de apelação.

31) o pressuposto inafastável para que o litigante ou outro integrante do processo possa ser responsabilizado pelo contempt, consiste na existência de uma ordem que imponha especificamente a quem é dirigida uma obrigação de fazer ou abster-se de fazer.

32) A segunda parte do novo § 1º, do art. 656, do CPC (Lei 11.382/2006), introduziu norma de natureza protetiva do processo, nos moldes do inciso V, do art. 14, assim, o exercício da justiça está amparado para o devido cumprimento de todos os seus provimentos de natureza mandamental e pela fluência desembaraçada dos provimentos judiciais de natureza antecipatória (aqui, também entendidos os cautelares) ou final.

33) As medidas de natureza cautelar também, às vezes indiretamente, mas sempre, de algum modo, antecipam algo. Primeiro, porque se reconhece que, mesmo anteriormente ao advento da reforma do art. 273 (com a criação da antecipação da tutela), havia bom número de providências essencialmente antecipatórias (satisfativas). Em segundo lugar, porque mesmo nas medidas cautelares típicas alguma coisa se antecipa. Em terceiro, pela possibilidade de fungibilidade entre cautelares e antecipatórias prevista no § 7º, do art. 273.

34) Na fase de cumprimento da sentença, a aplicação da multa em questão se dá de forma ainda mais tranqüila, vez que o inciso V, do art. 14, expressamente determina sua aplicação àquele que deixar de cumprir os provimentos mandamentais e àquele que criar quaisquer embaraços à efetivação de provimentos judiciais, tanto de natureza antecipatória, quanto final.

35) Entende-se que o abuso no exercício do direito da personalidade jurídica, que permite a sua desconsideração pelo juiz - art. 28 da Lei 8.078/90 – consumidor; art. 18 da Lei 8.884/94 – antitruste; art. 4º da Lei 9.605/98 – ambiental e; art. 50 da Lei 10.406/02 – Código Civil - caracteriza-se como um embaraço à realização da penhora (2ª parte do § 1º, art. 656, CPC) e, quiçá, da efetivação de provimento judicial de natureza antecipatória ou final (art. 14, V, CPC) que, por sua vez, constitui-se em ato atentatório ao exercício da jurisdição (par. ún., art. 14, CPC).

36) A sentença que “ordena”, e que pode dar origem a um mandado, mas não pode ser executada mediante meios de coerção suficientes, não pode ser classificada como mandamental. A mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a “sanção”, a sentença mandamental somente é mandamental porque há a coerção.

37) Mandamentalidade é a possibilidade de se requerer ordem sob pena de multa.

38) Basta que o juiz - ao tomar conhecimento da existência de algum dos pressupostos previstos na legislação retro referida, que caracterizam a prática de abuso no exercício do direito da personalidade jurídica e que, por sua vez, embaraçam o provimento judicial de expropriação de bens do devedor para efetivar a tutela jurisdicional – declare a desconsideração da personalidade jurídica e determine a citação pessoal do representante legal da parte para compor a relação processual e, imediatamente, apresente os bens da pessoa jurídica, suficientes para o pagamento da dívida e seus acréscimos legais, sob pena de sua omissão constituir ato atentatório ao exercício da jurisdição, com pena de multa de até 20% (vinte por cento) do valor da causa, nos termos do parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil.

39) Em face dos graus de disponibilidade do direito, nas relações jurídicas que estiverem em juízo sob o manto do Código Civil, o juiz não poderá tomar a iniciativa de desconsiderar uma personalidade jurídica de ofício, hipótese em que somente a parte ou o representante do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, poderão requerê-la.

40) Nas relações de consumo, nas questões que versem sobre o direito ambiental ou econômico (antitruste), é dispensado o requerimento das partes ou do M.P., para que o juiz declare a desconsideração da personalidade jurídica. Pode parecer absurdo, mas o juiz, diante da prática de abuso no exercício de um direito, mesmo assim, está tolhido pela lei de tomar qualquer iniciativa, por força do art. 50, do CC

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. A desconsideração da pessoa jurídica no código do consumidor - aspectos processuais. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 7. Revista dos Tribunais.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. (Trad.) Mário da Gama Cury. Brasília: EdUnb, 2. ed. 1992.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional do meio ambiente. **Revista do Advogado**, nº 37.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa. **Revista de Processo**, nº 142, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**, nº 64.

ASCARELLI, Tullio. **Personalità giuridica e problemi delle società, in Problemi Giuridici**. v. 1, Giuffrè, Milão, 1959.

ASSIS. Araken de, O contempt of court no direito brasileiro. **Revista de Processo**, nº 111.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Ajuris**, nº 17.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil hoje: um Congresso da Associação Internacional de Direito Processual**. Reflexões sobre o Direito e sobre Processo. Rio de Janeiro: 1992.

_____. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo**. In: Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **“Notas sobre alguns aspectos do Processo (Civil e Penal) nos Países Anglo-Saxônicos”**, **Temas de Direito Processual**. Sétima Série, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Algumas inovações da Lei 9.765 em matéria de recursos civis**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9756/98. (Coord.) Nelson Nery Junior e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1999.

_____. **O transitório e o permanente no Direito.** Reflexões sobre Direito e Processo. Rio de Janeiro: 1992.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao direito:** filosofia, história e ciência do direito. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista – responsabilidade dos sócios em execução trabalhista.** Ltr, 58.

BATISTA DA SILVA, Ovídio, **Curso de Direito Processual Civil.** v.2. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Curso de processo civil.** v. 2. Porto Alegre: Fabris, 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____, **Direito e Processo.** In: Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. (Coords.) Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando e MARQUES, Elmer da Silva. A antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública e o destinatário das medidas coercitivas. São Paulo: **Revista de Processo**, nº 141, novembro de 2006.

BIDART, Adolfo Gelsi. Tendências sobre coerción para el cumplimiento de sentencias y ordenes em los juicios no monetarios. **Revista de Processo**, nº 41.

_____. Tutela processual diferenciada. **Revista de Processo**, nº 44.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary.** 6th ed. Centennial Edition (1891-1991). Reprint. St. Paul: west, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione.** Milão: Di Comunità, 1977.

BRUTAU, José Puig. **Estudios de derecho comparado - la doctrina de los actos propios.** Ariel, Barcelona, 1951.

BÜLOW, Oskar Von, Die Lehre Von der Processeinreden und die Processvoraussetzungen. Giesen, ed. Roth, 1968. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** (Trad.) Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: Ed. Ejea, 1964.

BUENO, Julio César. O “contempt of court” por descumprimento de ordem judicial. In: **Revista do Advogado**, AASP, nº 84, dezembro de 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé objetiva. **Revista de Processo**, nº 126, São Paulo: RT. 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Instituzioni di Diritto Processuale Civile**. Pádua, Ed. Cedam, 1943.

_____. **Derecho Procesal Civil**. v.3, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.

CAPELLETTI, Mauro. Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad. **Revista de Processo**, nº 64.

_____. **Proceso, Ideologías, Sociedad**. (Trad.) Argentina. Buenos Aires, EJE, 1974.

CARREIRA ALVIM, J.E. **Nova execução de título extrajudicial: comentários à Lei 11.382/06**, Curitiba: Juruá, 2007.

CASILLO, João. **Desconsideração da pessoa jurídica**. RT, 528.

CASTRO FILHO, José Olimpio de. **Abuso de direito no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. **La persona jurídica**. 2. ed. Madri, Civitas, 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v.1, 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Direito antitruste brasileiro - comentários à Lei 8884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. **Lezione sul processo civile**. 2. ed., Bologna: Il Mulino, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il modeli di garanzia costituzionale del processo**. Riv. Trim. Di Dir. e Proc. Civ. 03.

_____. **Garanzie costituzionali e giusto processo – modelli a confronto**. Relato apresentado nas II Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, Brasília: 1997.

COMPARATO, Fabio Konder. **Essai d'Analyse dualiste de l'Obrigation en droit privé**. Paris: Dalloz, 1964.

_____. **S/A - O poder de controle na sociedade anônima**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

COUTO SILVA, Alexandre. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Campinas: RED Livros, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CUNHA DE SÁ. **Abuso do direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DENTI, Vittorio. **Estudios de Derecho Probatorio**. (Trad.) Argentina Santiago Santís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1974.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ENNECCERUS. **Tratado de derecho civil**. (Trad.) Blas Perez Gonzalez y José Alger, 2. ed. tomo I, parte general, v. 1. Barcelona: Bosch, 1970.

FAZZALARI, Elio. **Note in Tema di Diritto e Processo**. Milão, Giuffrè Editore.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Atlas, 2000.

FOULCAUT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

GARTH, Bryant; Mauro Cappelletti. **Acesso à justiça**. (Trad.) Sergio Antonio. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. (Trad.) Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, Roberto. **A teoria do abuso do direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações**. In: Revista Forense, Rio de Janeiro: ano XLI, vol. XCVII, fasc. 487, 1994.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 12. ed. atual. Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. , v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

GREIF, Jaime. **El abuso del derecho y la responsabilidad civil emergente em el derecho uruguayo**. In: Barbosa Moreira, José Carlos (Coord.). Abuso dos direitos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. revista nº7. São Paulo: 1973.

_____. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court**. In: **Revista de Processo**, nº 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos do consumidor brasileiro**. Comunicação apresentada nas XIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Cuernavaca: México.

_____. **O processo em sua Unidade-II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUIMARÃES, Flávia Lefrèvre. **Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor – aspectos processuais**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

HAURIUO, Maurice. **La teoria de la institucion y de la fundacion (Ensayo de vitalismo social)**. (Trad.) francés, prólogo y bibliografía del autor por Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HAZARD JR. Geoffrey C & TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure: An Introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993.

JORGE, Flavio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelho Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

JOSSERAND, L. **El espíritu de los derechos y su relatividad**. (Trad.) Eligio Sanchez Larios e Jose Cajica Jr., México: Jose M. Cajica Jr., 1946.

JOSSERAND, Louis. **Relatividad y abuso delos derechos**: del abuso de los derechos y otros ensayos. Colômbia: Editorial Temis, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. (Trad.) João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual**. v.1. (Trad.) Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Alvino. **Abuso do direito**. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. v.1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. O abuso do direito de defesa no processo civil. **Revista de Processo** nº 122, São Paulo: RT, 2005.

LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: com explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa? **Revista de Processo**, nº 105, São Paulo: RT, 2002.

LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; LIMA JUNIOR, Marcos Aurélio de. Fraude. Configuração. Prova. Desconsideração da personalidade jurídica. v. 15. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2000.

MARTIN BERNAL, José Manoel. **El abuso del derecho** (exposicion, descripcion Y valoracion Del mismo) Madri: Montecorvo, 1982.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MARTINS, Pedro Baptista. **Comentários ao código de processo civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MASCHERONI, Fernando H. **Regimen jurídico del sócio**. Buenos Aires: Astrea, 1996.

MELENDO, Santiago Senti. **La prueba – los grandes temas del derecho probatório**. Buenos Aires: Jurídicas Europa-America, 1978.

MELLO FILHO, José Celso de. A tutela judicial da liberdade. **RT**, 526.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. El derecho procesal del futuro. Nuevos planteamientos y sus proyecciones. **Cuadernos de Análisis Jurídico** 23/101-116. Santiago do Chile: Escola de Direito da Universidade Diego Portales. Agosto/92.

MENDEZ, Francisco Ramos. **?Abuso de derecho en el proceso?** In: Barbosa Moreira, José Carlos (Coord.). **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **A boa fé no direito civil**. v. 2. Coimbra: Almedina, 1984.

MICHELI, Gian Antonio. **L`unità dell`ordinamento e il processo civile**, In: Rivista de Diritto Processuale, 1968.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORALES MOLINA, Hernando. **La prueba en el Derecho colombiano. Nuevas Orientaciones de la Prueba**. (Coord.) Sergio Dunlop Rudolf. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. **Revista de Processo**, nº 47.

MORELLO, Augusto Mario. Proceso y realidad. **Revista de Processo**, nº 56.

_____. **La eficacia del proceso**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

MOTA, Lise Nery. **Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MOTA, Mauricio Jorge. “**A pós eficácia das obrigações**” In: TEPEDINO, Gustavo (Org) *Problemas de Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NAHAS, Thereza Christina. **Desconsideração da pessoa jurídica**: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Teoria geral dos recursos – princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY ANDRADE, Rosa Maria de. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Assumpção. SHIMURA, Sergio; **Nova reforma processual civil**: comentada. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantia do contraditório**. In: Garantias constitucionais do processo civil. (Coord.) José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, J. Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLMEDO, Jorge A. Clariá. **Derecho Procesal**. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1983.

PASSOS, JJ Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PATTI, Salvatore. **Abuso del diritto**. Digesto Italiano. 4. ed. Torino: UTET, 1987.

PEKELIS, Alexander H. **Legal Techniques and Political Ideologies: A Comparative Study**. v. 41. Michigan: Law Review, 1943.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PEREIRA, Helio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERELMAN, Chaim, **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PROTO PISANI, Andréa. **Appunti Sulla Giustizia Civile**. Bari: Cacucci, 1982.

PIZZOL, Patrícia Miranda e MIRANDA, Gilson Delgado. **Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento da sentença** In: Aspectos polêmicos da nova execução 3. (Coord.) Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIZZOL, Patrícia. **I Poteri del giudice nell'ordinamento brasiliano**. In: Davanti al giudice: studi sul processo societário (Coord.) Lucio Lanfranchi e Antonio Carrata. Torino: G. Giappichelli, 2003.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. tomo LIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

QUIJANO, Jairo Parra. **Abuso de derechos processales**. In: Barbosa Moreira, José Carlos (Coord.). Abuso dos direitos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anot. atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

RENAULT, Sergio; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, Os caminhos da reforma. In: **Revista do Advogado**. nº 85, AASP, maio de 2006.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). **RT**, 528.

_____. **Aspectos modernos de direito comercial. Sociedades comerciais (a descon sideração da personalidade jurídica no agrupamento de empresas)**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Curso de direito comercial**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Curso de direito comercial**. v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROTONDI, Mario. **Instituciones de derecho privado**. (Trad.) Francisco F. Vilavicencio. Barcelona: Labor. 1953.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito**. v. 54. São Paulo: 1959.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

_____. **Direito processual civil**. v. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SHIMURA, Sergio. **Título executivo**. 2. ed. atual. ampli. São Paulo: Método, 2005.

_____. **A eficácia das medidas liminares**. In: Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares. (Coord) Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. **Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. **Abuso de direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Prisão civil e penal e “execução indireta**. In: Wambier. Tereza Arruda Alvim (Coord.) Processo de execução e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3º do CPC**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. (Coord.) Teresa Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TARUFFO, Michele. L` abuso del processo: profili comparatistici.. **Revista de Processo**, nº 96, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como pressuposto de uma justiça melhor. **Revista de Processo**, nº 65.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A criação do direito**. v. 1. São Paulo: EGRT S/A, 1953.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VALLADÃO, Haroldo. Condenação do abuso de direito. In: **Arquivo do Ministério da Justiça**. v. 107. Rio de Janeiro: ano XXVI, setembro de 1968.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERRUCOLI, Piero. **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella “common law” e nella “civil law”**. Milano: Giuffrè, 1964.

VINCENZI, Brunela Vieira De, **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira. **Revista de Processo**, nº 119. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. v. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

WARAT, Luiz Alberto. **Abuso del derecho e lagunas de la lei**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1969.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**, nº 67.

WORMSER, Maurice. **Disregard of corporate fiction and allied corporation problems**. New York: Baker, Voorhis and Company, 1929.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Direito Processual Civil**. Gênese, 4/1997.