

JAUBERT CARNEIRO JAQUES

**DEVIDO PROCESSO LEGAL E
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA**

**Belo Horizonte
2007**

Jaubert Carneiro Jaques

**DEVIDO PROCESSO LEGAL E
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Professor Doutor José Marcos Rodrigues Vieira.

**Belo Horizonte
Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas
2007**

AGRADECIMENTOS

Mais uma vez, ao Professor Doutor José Marcos Rodrigues Vieira, pela valiosa orientação, tal como ocorreu no Mestrado.

Aos Funcionários e Assessores da Quarta Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, pelo redobrado esforço, exigido face minha ocupação com este trabalho.

A Adriana Travassos Carneiro Jaques, pelo carinhoso apoio e amorosa dedicação, sem os quais, certamente, não concluiria mais esta tarefa.

**Para
Adriana,
Minha Esposa.**

*“O vôo até a lua não é tão longo.
As distâncias maiores que devemos percorrer
estão dentro de nós mesmos”*

(Charles de Gaulle)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I	
O DEVIDO PROCESSO LEGAL SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; A PESSOA, NO DIREITO, E AS NOÇÕES FUNDAMENTAIS DO INSTITUTO DA DESPERSONALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.....	6
1.1 - O devido processo legal sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.....	6
1.2 - A pessoa, no direito.....	9
1.2.1 - O conceito de personalidade e suas implicações.....	10
1.2.2 - A pessoa jurídica e os direitos inerentes à sua personalidade.....	10
1.3 - Os fundamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.....	11
CAPÍTULO II	
ANÁLISE HISTÓRICA DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	13
2.1 - A contribuição fundamental do direito Norte-americano	14
2.2 - A introdução do DURCHGRIFF no direito Alemão.....	17
2.3 - A restrita aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Inglaterra	20
2.4 - A ênfase quanto à “FORÇA INVENCÍVEL DAS APARÊNCIAS”, no direito Francês.....	21
2.5 - <i>Il superamento della personalità giuridica</i> , no direito Italiano.....	23
2.6 - A opção, no Brasil, pelo PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO.....	24
CAPÍTULO III	
O EMPRESÁRIO, A EMPRESA E A SOCIEDADE, HOJE.....	28

CAPÍTULO IV
A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....39

4.1 - De algumas ponderações iniciais.....	39
4.2 - Justificativa quanto à concentração da pesquisa no âmbito jurisprudencial.....	41
4.2.1 - A qualidade da prova exigida.....	42
4.2.2 - Dos fundamentos.....	46
4.2.3 - Da necessidade ou não de ação própria.....	50
4.2.4 - A opção ou pela celeridade ou pela garantia e segurança jurídico-processuais.....	63

CAPÍTULO V
DO DESCOMPASSO HISTÓRICO-CIENTÍFICO DA JURISPRUDÊNCIA
BRASILEIRA QUANTO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À
DISREGARD OF LEGAL ENTITY.....67

5.1 - Da “sociedade mínima” e da necessidade de sua superação.....	67
5.2 - As lições de Chiovenda quanto à flexibilização da norma processual.....	71
5.3 - O pioneirismo de Carnelutti.....	73
5.4 - Calamandrei e a defesa da absoluta paridade de condições entre as partes.....	76
5.5 - A colaboração do magistério de Liebman.....	79
5.6 - Fazzalari e o procedimento em contraditório.....	82
5.7 - A proposta de Rosemiro Pereira Leal para uma teoria neo-institucionalista do processo.....	86

CAPÍTULO VI
A CONTRIBUIÇÃO DE HABERMAS PARA UMA NOVA REALIDADE
JURÍDICO-PROCESSUAL NO BRASIL.....89

6.1 - A norma, a metafísica, os costumes e a tradição.....	90
6.2 - O Estado Democrático de Direito.....	93
6.3 - A teoria do processo.....	95
6.4 - A teoria do processo e o processo legislativo.....	97
6.5 - A teoria do processo e o processo jurisdicional.....	99
6.6 - A teoria do processo e o processo administrativo.....	105
6.7 - O processo como instrumento de integração social.....	105
6.8 - A desagregação e exclusão sociais.....	106

6.9 - Da necessidade de irrestrita integração social.....	107
6.10 - O processo e a integração social.....	109
6.11 - O agir comunicativo e a formação da norma.....	112
6.11.1 - Razão prática x racionalidade do discurso.....	114
6.11.2 - Agir comunicativo e integração social.....	114
6.12 - Teoria discursiva do direito e processo.....	116
6.13 - O direito como categoria da mediação social entre facticidade e validade.....	117
6.13.1 - Teoria do discurso jurídico.....	118
6.13.2 - O direito legitimado pelo poder comunicativo.....	121
6.13.3 - Tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem.....	123
6.13.4 - A superação do risco do dissenso.....	124
6.14 - O pensamento de Habermas e a <i>Disregard Doctrine</i>	126

CAPÍTULO VII

A NECESSIDADE DA INTEGRAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NUMA ORDEM JURÍDICA DEMOCRÁTICA.....	128
---	-----

CAPÍTULO VIII

A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	136
--	-----

8.1 - A <i>Disregard Doctrine</i> e a eficiência do Código de Processo Civil para sua aplicação.....	138
8.1.1 - Processo cautelar, uma outra alternativa.....	138
8.1.2 - Da antecipação da tutela e o Lifting the Corporate Veil.....	144
8.1.3 - Da reconvenção em embargos de terceiro.....	148
8.2 - Da ação própria como alternativa irrefutável.....	152
8.3 - A expressa previsão da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil Brasileiro.....	154
8.4 - De uma equivocada interpretação do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.....	157
8.5 - Consolidação das leis trabalhistas: o melhor exemplo dessa subtração do Devido Processo Legal.....	163
8.6 - Do projeto de lei nº 2426/2003.....	166

CONCLUSÃO.....	171
----------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

Em direito, muitos são os fatores responsáveis pelo aumento do interesse geral por alguns temas, dentre os quais se pode citar um fato de grande repercussão, positiva ou negativa, um crime ou um escândalo que ocasione clamor público, uma manifestação contundente de pessoa influente e muitos outros.

Contudo - e ao menos para fins de abordagem doutrinária e exercício de pesquisa - nada se compara à integração, no ordenamento jurídico, de uma norma que trate de questão relevante a segmentos vitais da sociedade, mesmo quando se referindo a instituto ou categoria jurídicos já de há muito sedimentados nos direitos pátrio e alienígena.

Esse fenômeno certamente encontra justificativa na segurança e mesmo no caráter imperativo que uma norma expressa e cogente propicia ao operador do direito - sem falar nos interesses gerais das gentes - e maior será a expectativa quanto à efetiva colaboração que a nova norma trará na medida em que melhor for também elaborada, principalmente no que se refere à clareza e virtude do desígnio.

Dentre inúmeros exemplos que poderiam ser mencionados, cabe destaque à DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, por inúmeras razões e para diversas finalidades. Com efeito, o tema nada tem de atual, a respeito do que até abordaremos sua longa trajetória histórica em capítulo próprio, mas, por outro lado, face a duas razões pontuais, ocasionou especial e intensa discussão em todo o âmbito da comunidade jurídica e mesmo fora dela, com decorrente lançamento de inúmeras obras.

A primeira, nem tão contagiante, certamente face à restrição do objeto, foi quando do advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei número 8.078, de 11 de setembro de 1990, em cujo artigo 28, *caput*, autoriza ao órgão judicante

aquela providência diante de abusos de direito em detrimento do consumidor, ou ainda face à inviabilidade operacional da pessoa jurídica provocada por má administração.

A segunda, de amplitude incomparavelmente maior, veio com a Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), que, no artigo 50, estabeleceu a possibilidade da desconconsideração da personalidade jurídica, no título em que trata irrestritamente das Pessoas Jurídicas, incluindo na casuística, além do abuso da personalidade, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

Relativamente à previsão no Código de Defesa do Consumidor, a medida veio revestida de indisfarçável caráter protecionista em favor da parte presuntivamente hipossuficiente, aliás, uma característica constante nas disposições inerentes à Política Nacional de Relações de Consumo, incrementada a partir do artigo 4º daquele diploma.

Assim é que, nota-se do respectivo artigo 28, no Capítulo “Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”, que a desconconsideração da personalidade jurídica é uma atribuição do juiz em casos de abuso de direito e excesso de poder, dentre outros motivos, para a qual o legislador sequer condicionou à provocação de parte ou do Ministério Público.

Já no Código Civil Brasileiro, embora não haja expressa exclusão da medida *ex officio*, a disposição do artigo 50 é bem clara no sentido da primazia da iniciativa da parte ou do Ministério Público, nos casos em que este for parte ou funcionar como fiscal da lei, certamente uma opção pelos princípios da inércia e da imparcialidade.

De uma forma ou de outra, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica encontra-se definitivamente consolidada no nosso ordenamento jurídico, e parece não existirem dúvidas de que a ênfase ultimamente dada à mesma encontra correspondência, ora no aumento das exigências e eficiência na busca dos direitos e garantias das pessoas, ora no progressivo aumento da desconfiança quanto à atividade empresarial, cada vez mais automatizada e agressiva, mas nem sempre com preocupações maiores face aos direitos da coletividade.

Nesse contexto, a lei procura assegurar maior conteúdo humano nas

relações negociais, a partir do momento em que sinaliza a efetiva possibilidade de sócios e administradores se verem desprotegidos do escudo proporcionado pela artificial personalidade jurídica, para a responsabilização e constrição diretas sobre seu patrimônio particular.

Outra vertente já também bastante observada em termos de desconconsideração da personalidade jurídica é no âmbito do Direito do Trabalho, para fins de resguardar o ressarcimento do trabalhador quanto a inadimplências do empregador, decorrentes da relação empregatícia.

A matéria não é abordada expressamente na Consolidação das Leis do Trabalho, no que sua aplicação tem-se lastreado na ordem jurídica positiva e na jurisprudência. Mas naquela compilação de normas encontram-se disposições que não só levam à interpretação de tal possibilidade, como também viabilizam a extensão da aplicação instrumental e subjetiva da teoria, como é o caso do artigo 2º, § 2º, que faz alusão ao grupo econômico de empresas, freqüentemente submetido àquela desconconsideração, e, também quando trata das hipóteses de abusos, simulações e fraudes, nos artigos 9º, 10 e 448, todos da Consolidação das Leis do Trabalho.

De qualquer forma, não tendo o legislador trabalhista estabelecido sobre a responsabilidade secundária, mais uma vez há que se socorrer do emprego subsidiário das disposições do Código de Processo Civil, no caso, e principalmente, a norma do artigo 592.

Contudo, não se pretende aqui desenvolver um trabalho quanto aos aspectos de direito subjetivo no âmbito da desconconsideração da personalidade jurídica, mesmo porque, como já ressaltamos acima, muito já se discorreu sobre o tema, donde o propósito é a pesquisa e conseqüente articulação e oferta de posicionamento jurídico-processual inerente àquela medida.

Isto porque é indisfarçável e mesmo notória a ausência de técnicas procedimentais específicas a orientar desde o pedido, passando pelo procedimento até o provimento jurisdicional respectivo, o que, à evidência, é razão de inúmeros embaraços, abusos e cerceamento das garantias processuais, algo que não mais se coaduna com a atual realidade jurídica do País.

Por outro lado, também jamais se cogitaria de propostas apegadas a formalismos e de infértil previsibilidade, nem muito menos que representassem

restrição ao acesso à prestação jurisdicional do Estado, muito pelo contrário. Com efeito, se a inexistência de regras claras é oportunidade ímpar à desarmonia no rito, também a restrição de espaços de oportunização para construção participada de provimentos é fator de manifesta inconstitucionalidade.

Com mais precisão, o cerne da questão é colocar, em termos teóricos e principalmente práticos, a desconsideração da personalidade jurídica sob a égide do DEVIDO PROCESSO LEGAL, já que outra situação não se admite no Estado de Direito Democrático, porquanto é somente aí que se tem o processo enquanto garantia cidadã de direitos inalienáveis.

Dessa forma, somente na medida necessária à fundamentação das teses que aqui serão sustentadas é que se fará alusão a direito distinto do processual, embora certamente tal ocorra inúmeras vezes.

Num outro aspecto que integra a motivação deste trabalho, faz-se premente esclarecer que não se está a sustentar a deficiência da lei processual como única ocasionadora dos infundáveis impasses que se observa cotidianamente quando do manuseio de medidas destinadas à desconsideração da personalidade jurídica.

Essa deficiência é uma realidade incontestável, lamentada face à importância da teoria, mormente quando se sabe que na maioria dos casos concretos em que a desconsideração da personalidade jurídica se revela necessária, termina por se constituir em evento que afeta categoria jurídica de maior valor que o próprio objeto da demanda. Mas, mesmo assim, não se pode negar a riqueza instrumental em nossa legislação, principalmente do nosso festejado e mesmo copiado Código de Processo Civil.

Mas, talvez seja também essa riqueza que, paradoxalmente, leva a uma multiplicidade de opções de rito, ou pior, a uma nefasta falta de unicidade razoável de desígnios técnicos.

Assim, somando-se à lacuna da lei, estão as situações não pacificadas, principalmente na jurisprudência, no caso, repete-se, quanto ao momento de postulação, requisitos, garantias processuais e delimitações no ato decisório, incluindo-se aí, evidentemente, a fundamentação.

Diante de toda essa realidade, é inegável a premente exigência de um

5

melhor norteamento quanto a estes aspectos procedimentais, e acreditamos mesmo que o próprio Código de Processo Civil seja provido das técnicas que possam ser melhor e mais adequadamente aplicadas à espécie.

Mas não é só. Com o advento da Lei número 11.232, de 22 de dezembro de 2005, dando nova redação ao Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no Processo de Conhecimento, com certeza se verão aumentadas as divergências a respeito da matéria, na medida em que o próprio legislador foi sobremaneira impreciso e mesmo recalcitrante na elaboração daquela lei, mormente em termos de procedimento.

Ora, se quando era clara a separação entre as fases dos Processos de Conhecimento e de Execução de título judicial, poucas já não eram as polêmicas, principalmente a respeito da fase procedimental mais adequada ao pedido ou ao provimento da desconsideração da personalidade jurídica, o que se dirá face ao estabelecido sincretismo.

E será assim, com o enfrentamento dos principais temas e pontos de divergências que se formará o conteúdo deste trabalho, não sem antes se fazer uma abordagem quanto aos aspectos históricos da teoria da DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, e ainda colacionar um panorama da doutrina correspondente ao DEVIDO PROCESSO LEGAL.

CAPÍTULO I

O DEVIDO PROCESSO LEGAL SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; A PESSOA, NO DIREITO, E AS NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA TEORIA DA DESPERSONALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

1.1 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Não seria recomendável qualquer avanço face aos aspectos restritos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, no âmbito do DEVIDO PROCESSO LEGAL, sem que antes fossem ressaltadas as bases teóricas do próprio Princípio do *Due Process of Law*, assim como as inerentes à PESSOA, *latu sensu*, e, enfim, à DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE das sociedades empresárias.

Essa preocupação faz sentido não só para que se situe, com maior precisão, os fundamentos adotados face à doutrina jurídica, como um todo, mas também para justificação das respectivas propostas que serão ofertadas no desfecho da tese, de modo a não se incorrer em equívocos no plano principiológico. Nessa perspectiva, impõe-se, em primeiro lugar, o enfrentamento mais acurado de consagradas expressões, como ESTADO DE DIREITO e DEVIDO PROCESSO LEGAL, mormente para fazê-las compatíveis ante à ordem jurídica atual. No que se refere ao ESTADO DE DIREITO, a preocupação é mesmo essencial, na medida em que da espécie não estariam afastadas as autocracias, nas quais, é certo, o DEVIDO PROCESSO LEGAL guarda uma concepção impositiva, mantendo assim o mesmo caráter originário que caracterizou o princípio, no direito inglês.

Analizando os fundamentos dessa questão, o Professor Rosemiro Pereira Leal não vislumbra outra alternativa senão a opção pelo modelo do ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. *In Teoria Geral do Processo*, no item intitulado O ESTADO, O PROCESSO E A TUTELA JURISDICIONAL

(JUDICACIONAL), sustenta que:

“O Estado que se tem que estudar, aperfeiçoar e implantar é o da pós-modernidade: é o Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que, por norma indubitosa, o Estado brasileiro há de se ater à principiologia constitucional da democracia (incisos I a V e parágrafo único do art. 1º), com o necessário e legal rompimento com a teoria do Estado mínimo dos neoliberais e comprometimento irrestrito com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e respostas surgidas na problemática do povo. Quando um povo faz a opção constitucional pelo modelo do Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a *sobrecarga* que possa ocorrer pela “desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema positivo”⁸⁸ há de ser resolvida pelo *due process* constitucional aberto a todos⁸⁹ ao exercício irrestrito do direito-de-ação coextenso ao procedimento precensualizado sobre temas fundamentais da Constituição Política (auto-inclusão nos direitos fundamentais, controles da dívida interna e externa, privatização, externalização da riqueza coletiva, aprovação de créditos especiais, emissão de moeda, plano econômico e social, prioridade de investimento).¹

Assim articulada uma nova base de referência de ESTADO, restou fértil o caminho também para uma concepção de PROCESSO sob paradigmas democráticos, o que é proposto pelo mesmo Autor com o afastamento do Princípio do *Due Process of Law* de seu estigma histórico, *verbis*:

“Muito se fala do instituto do *devido processo legal* como garantia constitucional, ora em sentido material (*substantive due process of law*), ora em sentido processual (*procedural due process of law*), sem que se explique claramente de qual Lei decorre o *due process*. A faticidade inesclarecida sobre a qual se apóia a expressão *due process*, como herança da Magna Charta Libertatum outorgada pelo João Sem-Terra (1215), e da Carta de Henrique III (1225), na Grã-Bretanha,¹³⁰ é que vem propiciando confusões nefastas na conceituação moderna e pós-moderna do instituto do *devido processo legal*. Na origem histórica dessa expressão (*due process of law*), a concretização do

¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo, 6ª ed.rev.atual., Ed. Thomson-IOB, São Paulo, 2005, p. 50,

citando ⁽⁸⁸⁾ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 93 e ⁽⁸⁹⁾ a si próprio, in Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

8

direito pelo “devido processo” (modo de julgamento colegiado) haver-se-ia de fazer por pessoas (*juízes*) que estivessem em nível de igualdade em liberdades, costumes e bens com o ameaçado (acusado) ou lesado em direitos.¹³¹ O pressuposto do exercício e da garantia do *due process of law* era o acusado ou lesado ser homem livre como seus *pares* que viessem a proferir o julgamento, isto é, a paridade definia-se pela condição socioeconômico-político entre pessoas e não por lei escrita pelo povo constituinte que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual. Aqui, a expressão *devido processo legal* quer significar o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade entre iguais revelada pelo Rei.

No sistema de *common law* a Lei que preconizava o *due process* era, e ainda é, a lei moral dos juízes ou da razão natural taumaturga e não a lei como instituição jurídico-popular em bases processuais de produção do Direito Democrático. No seu nascedouro, o *due process* era um direito revelado e instituído pelo monarca e devido aos *pares* pela judicação dos juízes e não direito fundamental (de fundamentos construídos, garantidos e constitucionalizados democraticamente e legitimadores da Jurisdição)”.²

Ultrapassada essa fase, a imposição estatal é substituída pela CIDADANIA enquanto direito-garantia fundamental constitucionalizada, que só se encaminha pelo Processo³, este, à evidência, no contexto da Teoria Jurídica da Democracia, que legitima os procedimentos através do Devido Processo Constitucional.⁴

E será com esta concepção de DEVIDO PROCESSO LEGAL que, ao longo deste trabalho, se sustentará a necessidade de um diferente tratamento, por parte de tribunais brasileiros, no que se refere à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, inclusive com a demonstração da eficiência dos próprios procedimentos ofertados pela legislação processual pátria vigente, desde, é claro, que esta seja interpretada e aplicada em contexto de Processo Constitucionalizado.

Em verdade, tudo leva à conclusão de que não existe, no âmbito jurídico brasileiro, qualquer necessidade da edição de novas leis, às quais se pudesse atribuir patamares mais democráticos quanto à origem e à eficácia. Basta a

² op.cit., p. 65, citando ⁽¹³⁰⁾ PACHECO, José da Silva. Evolução do processo civil brasileiro (desde as origens até o advento do novo milênio), 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p. 378, e ⁽¹³¹⁾ idem, p. 379.

³ op.cit., p. 54.

mudança de mentalidade, com a compreensão de que os paradigmas é que devem ser outros, conforme as novas exigências sociais por uma reconstrução permanente das bases sócio-políticas de convivência e interação humana.

1.2 - A PESSOA, NO DIREITO

É bastante rica a acepção de *pessoa*, cuja abrangência vai dos aspectos naturais aos jurídicos, passando por conotações artísticas, filosóficas, teológicas, e pelo *status*, dentre outras. Arnaldo Rizzardo⁵ sintetiza as principais variantes do termo, iniciando pela concepção tradicional, que ressalta o ser dotado de razão e inteligência, o que o capacita com compreensão e conduta lógica. Na Roma antiga, *pessoa* simbolizava a máscara que alguém usava no teatro, objetivando principalmente uma diferente entonação na voz.

Desse estágio evoluiu para exprimir o próprio personagem que os atores representavam numa encenação teatral. J.M. Leoni Lopes de Oliveira⁶ invoca o Direito Romano para articular uma confrontação entre *homem* e *pessoa*, o primeiro relacionado a uma noção biológica, e a segunda, a uma idéia de máscara, de figurante.

Essa idéia ganhou dimensão e abrangência que alcançou o próprio *ser*, no que se refere à sua qualidade, ou seja, ao seu *status*: *persona est homo consideratus cum suo status* (a pessoa é o homem considerado com seu *status*), conceito que se firmou até os dias atuais. Na filosofia e na teologia, é destacado o *status* do ser inteligente, envolto à moral e dotado de espiritualidade, que o destinaria a um fim supremo, além do terreno.

Rizzardo, ainda no mesmo tópico, chega ao conceito jurídico de *pessoa* fazendo alusão a todo ente passível de adquirir direitos e contrair obrigações.⁷ Maria Helena Diniz, integrando ao conceito os entes artificiais, aduz que “pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de

⁵ RIZZARDO Arnaldo. Parte Geral do Código Civil, Rio de Janeiro, 2006, p. 137.

⁶ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. Direito Civil - Teoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro, 1999, p. 14. ⁷ op.cit. p. 138.

sujeito de direito”.⁸

1.2.1 O CONCEITO DE PERSONALIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES

Na doutrina em geral, o termo *personalidade* está vinculado à aptidão da pessoa natural em adquirir direitos e contrair obrigações. Pontes de Miranda enfatiza que “...personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito”.⁹

Com esse atributo, resta assegurada a capacidade de ter direitos, fundamentais ou não, bem como assumir obrigações, quer voluntariamente, quer por imposição legal, isto tanto no âmbito do ser humano, como enquanto ente jurídico, em juízo ou não, exercitando ou executando os direitos consagrados no sistema jurídico.

Vê-se que é necessário, na medida do possível, e para os fins aqui preconizados, o afastamento do plano psicológico, no qual o termo *personalidade* tende mais à ênfase das qualidades humanas distintivas de cada pessoa, algo raramente abordado quando o objeto analisado é a personalidade jurídica.

1.2.2 DA PESSOA JURÍDICA E DOS DIREITOS INERENTES À SUA PERSONALIDADE

A necessidade do fomento e incremento de inúmeras atividades sociais nos âmbitos da produção de bens e serviços, econômico e cultural, somente para citar alguns exemplos, resultou na criação jurídica de uma pessoa a quem - a despeito do que ocorre com as pessoas naturais - se reconhece a existência da titularidade de direitos e deveres, figurando como sujeito de relações jurídicas, com a diferença, é evidente, de não possuir características fisiopsíquicas.

⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil, 1º vol., Teoria Geral do Direito Civil, São Paulo, 1993, p. 81.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado - Parte Geral, Tomo I, São Paulo, 1983, p. 154.

Essa realidade não implica, necessariamente, em limitação de direitos, mas em tratamento diferenciado e mais adequado ao caráter de entidade ao qual a lei empresta personalidade. Tratando desse aspecto, o legislador do Código Civil de 2002 foi, ao mesmo tempo, o mais sintético e abrangente possível, ao estabelecer, no artigo 52, *verbis*: “Aplicam-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Com esse tratamento, o legislador deixou clara não só a distinção entre a personalidade da pessoa jurídica em relação à de seus sócios, mas também a titularidade, por parte do ente fictício, de todos os direitos afetos à personalidade daqueles, à exceção, ressalta-se novamente, dos direitos imanes aos caracteres fisiopsíquicos.

1.3 OS FUNDAMENTOS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Decorre justamente de toda a proteção legal acima mencionada a necessidade da articulação e fundamentação de uma teoria cujo objetivo é permitir, em casos expressamente arrolados pelo legislador, ou fundamentadamente justificados, a desconsideração, mesmo que episódica, da personalidade jurídica, normalmente em decorrência de abuso do poder de controle ou confusão patrimonial.

Essa possibilidade jamais seria viável, ao menos com segurança jurídica, senão mediante o estabelecimento de um instrumento essencialmente jurídico e com técnica processual eficiente à garantia dos direitos envolvidos, como os inerentes à dignidade, respeito, igualdade, identidade, segurança, sigilo, informação, acesso à justiça, e, mais restritos à questão em estudo, à regulamentação e delimitação das constringências judiciais, à proteção da personalidade e do patrimônio. Mais recentemente, essa proteção tem se estendido aos atributos morais da personalidade da pessoa jurídica.

Assim, e ao contrário do que equivocadamente se propala, a despersonalização é ato de proteção da pessoa jurídica, necessário face às

responsabilidades de administradores e sócios pelas obrigações daquela,

12

conforme se tratará especificamente mais à frente.

De qualquer forma, a idéia central com relação à desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, seu fundamento ontológico, foi desenvolver, sob o ângulo funcional, critérios objetivos para a solução de impasses relacionados com a proteção de credores de boa-fé, face a fraudes e abusos cometidos com emprego da pessoa jurídica.

Daí, expressões como “tirar o véu”, que restringem, por um lado, o absolutismo do direito da personalidade jurídica, e, por outro, estabelece uma prevenção sobremaneira eficiente contra os já mencionados abusos.

CAPÍTULO II

ANÁLISE HISTÓRICA DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PÁTRIO E NO COMPARADO

A abordagem do tema da desconsideração da personalidade jurídica quanto ao aspecto do desenvolvimento da teoria no tempo, passa, obrigatoriamente, tanto no direito pátrio, como no alienígena, pela grande divisão em Sistema Minimalista e Sistema Maximalista,¹ o primeiro enquanto não exclusão da possibilidade de medidas que tornem mais permissível aquela providência, e, o segundo sistema, maximalista, com total e absoluta separação entre a pessoa jurídica e as pessoas-membros que compõem a sociedade, a administram ou por ela respondem a outro título.

De qualquer maneira - e não obstante o fato de que se falará de aspectos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em países que adotam um e outro sistema - nosso objeto de estudo será ao final concentrado naquele em que o legislador não permite a utilização ou manipulação da pessoa jurídica num contexto de destinação social diverso daquele amparado no ordenamento jurídico, e que é consonante com o nosso sistema jurídico.

É certo, entretanto, que a inequívoca limitação do risco empresarial é um atrativo sobremaneira relevante no momento da opção pelo modelo societário a ser implementado, haja vista a maior preferência pelas sociedades anônimas e de responsabilidade limitada.

Isto, por si só, não é nenhuma razão para se erigir formulações ou prevenções quanto àqueles tipos de sociedade, mesmo porque, deles se observa o que há de mais eficiente e proveitoso na economia de mercado.

¹ Este aspecto é bastante enfatizado por CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine, *in* A DUPLA CRISE DA

PESSOA JURÍDICA, p. 261, aduzindo ainda, quanto ao Sistema Maximalista, da exigência de “um limiar máximo da analogia com a pessoa humana - só admitem personalidade jurídica no caso das entidades em que a separação se expressou de maneira total, conduzindo à exclusão de responsabilidade de sócios pelas dívidas da sociedade”.

14

2.1 A CONTRIBUIÇÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO NORTE-AMERICANO

O exame da desconconsideração da personalidade jurídica tendo como objeto de estudo o direito nos Estados Unidos da América do Norte revela, além do seu caráter fundamental para a evolução, em todo o mundo, da teoria, também uma relativa dificuldade que decorre principalmente da grande liberdade estatutária que normalmente é permitida nas legislações atinentes dos estados-membros.

Isso implica na necessidade de uma abordagem menos delimitada e uniforme ou, generalizada, do tema, mas não só por esse motivo. Na obra *La personnalité morale et ses limites*, Joseph M. Sweeney² assevera quanto às dificuldades de uma pesquisa naquele País, a respeito de qualquer matéria, face à existência e à convivência do direito federal com os direitos de cinquenta estados.

Por outro lado, tais dificuldades concentram-se mais nas questões pertinentes aos modelos e maneiras de agregação ou iniciativa para a perpetração de empreendimentos do que propriamente quanto às razões ensejadoras da medida. Com efeito, e a despeito do que ocorre na maioria dos países, a fraude à lei, contra credores ou aos termos de contrato, são também nos Estados Unidos da América do Norte os motivos mais comuns a fundamentar a desconconsideração da personalidade jurídica, ali comumente designada *disregard of legal entity*.

Assim, tem-se num primeiro plano que é irrelevante naquele País a distinção observada entre sociedades comerciais e sociedades civis, estas enquanto buscam ou não lucratividade, porquanto as eventuais diferenças teriam reflexo somente no âmbito tributário, e não para fins de desconconsideração da personalidade jurídica.

Enfrentando a questão, J. Lamartine³ aduz que quanto a esse aspecto a

² SWEENEY, Joseph M. *La personnalité morale et ses limites*, Études de droit comparé et de droit international

importância estará no fato de se tratar de sociedades não incorporadas ou sociedades corporadas, na medida em que somente estas últimas, conclui aquele autor, são tidas como dotadas de personalidade jurídica.

Relativamente às sociedades não incorporadas, proveitoso estudo foi desenvolvido por Hubert Lepargneur,⁴ que arrola, por exemplo, as *partnerships* em sentido estrito, que no nosso direito teriam correspondência mais aproximada com as sociedades em nome coletivo, e ainda as denominadas *partnerships* em sentido amplo, de estrutura análoga às sociedades em comandita simples, também do direito brasileiro.

Nesses casos, a responsabilidade do sócio é ilimitada, à exceção de situações específicas previstas em lei ou mesmo quando o estatuto social dispuser em contrário. Aliás, é a própria destinação dessas sociedades que leva ao aumento do risco empresarial perante o sócio ou administrador, já que usualmente são instituídas por ações não incorporadas, embora dotadas de estatutos escritos, e constituídas objetivando a concretização de um único *business* - mesmo que por período de tempo duradouro - ou limitadas a atividades financeiras de alto risco.⁵

Nota-se dessas análises que nos Estados Unidos da América do Norte não se observa sociedade de responsabilidade limitada nos padrões jurídicos verificados no Brasil, e mesmo em outros países de forte tradição em termos de adoção e aperfeiçoamento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, como é o caso da Alemanha e da Inglaterra, respectivamente quanto às GmbH e às *private companies*, das quais logo mais trataremos.

Por outro lado, em havendo o reconhecimento estatal através da *incorporation*, tem-se então uma pessoa jurídica, e enquanto tal dotada de personalidade, antevendo-se, em decorrência, limitação da responsabilidade pessoal e patrimonial de sócios e administradores. Esse reconhecimento estatal inicialmente era formalizado através de lei especial, quanto ao que J. Lamartine⁶ afirma ter como origem a imperial prática inglesa de proceder a tal autorização em forma de privilégios concedidos às grandes companhias do Reino Unido

⁴ LEPARGNEUR, Hubert. Les sociétés commerciales aux États-Unis d'Amérique, Paris, Dalloz, p. 29.

⁵ op.cit. p. 34, 49, 50, 53, 54 e 60.

⁶ op.cit. p. 266.

nos séculos XVII e XVIII.

De qualquer forma, o cerne da questão, na Teoria da *disregard of legal entity*, é a permissão ao estado-juiz para desconsiderar a autonomia jurídica de dada pessoa jurídica, a partir do momento em que seu aparato é abusiva e desonestamente utilizado, no que é na análise das diversas teorias desenvolvidas no direito dos Estados Unidos da América do Norte que se encontram melhores subsídios para contextualizar a teoria no Devido Processo Legal.

A principal delas consiste na consideração de que a pessoa jurídica nada mais seria que uma ficção, a qual não poderia subsistir ou mesmo prevalecer ante a abusos, estes sim, uma realidade concreta, não ficcional, e cujo combate é de manifesto interesse público. Martin Wolff,⁷ já na década de trinta defendia as vantagens da Teoria da Ficção, ao principal argumento da sua útil, fácil e abrangente aplicação, alcançando com eficiência a finalidade do *disregard*, inclusive em face das grandes companhias.

Por outro lado, a Teoria da Ficção também é a que oferece maior risco de excessos por parte de juízes e tribunais - a isto também adverte aquele autor - e, no caso dos Estados Unidos da América do Norte, principalmente pelo fato de que nunca se estabeleceu um marco à questão de se tratar de uma ficção legal ou de uma ficção doutrinária.⁸

Esta perturbável questão é também ou ainda mais presente no direito brasileiro, onde sequer se observou maiores preocupações na criação de alguma teoria que facilitasse o manuseio prático da desconsideração da personalidade jurídica, ou mesmo uma opção mais enfática e clara por qualquer modelo teórico engendrado no direito de outros países.

Uma decorrência sobremaneira valorosa da Teoria da Ficção foi o surgimento da Teoria da Penetração, de grande aplicação no direito pátrio, e mediante a qual não se observa, rigorosamente, a desconsideração da personalidade jurídica, mas sim evidencia-se até onde estaria o “manto protetor”, ou seja, o “véu”, termo presente na expressão *piercing the corporate veil*.

⁷ WOLFF, Martin. On the nature of legal persons, in *The Law Quarterly Review*, 216:512, out. 1938.

⁸ Id., *ibid.*

Em outros termos, seria defender que: se o ato ou negócio é abusivo ou fraudulento, não foi praticado pela pessoa jurídica, enquanto autorizada pela lei ou pelos estatutos - estes também, por imposição de lei, sempre de índole lícita - à prática somente de ações honestas.

J. Lamartine⁹ faz uma correlação e demonstração de proximidade dessas teorias com a doutrina *alter ego*, também conhecida por *instrumentality*, cuja sustentação básica é que a pessoa jurídica é mero instrumento, a quem não se pode atribuir atitudes, senão as implementadas por seus sócios e administradores.

Numa última análise, esses entendimentos levam à conclusão de que o melhor método é a separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro,¹⁰ ou seja, impor, legalmente, a coexistência de ambos e suas respectivas esferas de interesses jurídicos, e nunca possibilitar a plena autonomia existencial da primeira, inclusive com relação aos elementos humanos que a estabeleceram e dela usufruem diretamente.

Finalmente, merece também destaque a Teoria do *Trust-fund*, cujo núcleo fundamental consiste em se ter o patrimônio líquido da pessoa jurídica como uma espécie de fundo de garantia dos credores. Com este embasamento, fica fácil perceber a correspondência melhor aplicável em nosso direito, no caso, as empresas com capital fracionado em cotas ainda não integralizadas.

A teoria do *trust-fund* também faz revelar inequívoca prevalência dos interesses dos credores em detrimento daqueles dos sócios, porquanto fizeram negócios confiando principalmente no montante patrimonial da empresa.

2.2 A INTRODUÇÃO DO *DURCHGRIFF* NO DIREITO ALEMÃO

Desde o início do século passado tanto a doutrina como a jurisprudência alemãs têm se ocupado da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, onde é identificado pela expressão *DURCHGRIFF*, que em vernáculo significa penetração, e até aí não se vislumbram maiores diferenças quanto ao que se

⁹ op. cit., p. 271.

¹⁰ Id., ibid.

observa no direito de outros países. Contudo, a colaboração do direito alemão começa a se revelar a partir das lições de K. Unger,¹¹ porquanto, além de o *durchgriff*, num âmbito restrito, permitir a penetração para o alcance de quem J. Lamartine¹² traduziu como “eminência parda”, também pode, em necessidade de maior amplitude, chegar-se ao fornecedor do capital, às vezes se tratando aquele até de outra pessoa jurídica, integrante ou não do grupo societário a que pertence a pessoa jurídica que figura como devedora.

Entretanto, é forte no direito alemão a resistência às teorias que, de um modo geral, defendem a plena separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Com efeito, significativo manancial de informações jurisprudenciais aponta uma tendência sempre presente naquele País pelo reconhecimento da unipessoalidade superveniente, e que tem como substrato o fato de ocorrer - após a constituição e registro da sociedade - uma concentração, numa outra pessoa, de todas as cotas de participação das pessoas-membros.

Por outro lado, é algo distante de qualquer unanimidade na Alemanha, já que compreensão diversa é com igual demasia propalada, como bem enfatiza K. Unger,¹³ ao principal fundamento de que um ponto de vista econômico, por si só, não deve desconhecer a necessidade daquela separação.

Aliás, já na década de 1920, na jurisprudência do Tribunal do Reich, notava-se uma nova abordagem, concomitantemente com a introdução do *durchgriff*, cujo pensamento agora era no sentido de que as construções jurídicas não podiam, sempre, sobrepor-se ao poder dos fatos,¹⁴ posicionamento que se fez mais rigoroso no período de ascensão do nazismo, e ao depois abrandado em um patamar mais razoável de aplicação do princípio da separação, não obstante as dificuldades fáticas e jurídicas inerentes ao pós-guerra.

Em todo esse contexto do direito alemão quanto à teoria da desconsideração da personalidade jurídica é comumente evidenciada uma

¹¹ UNGER, Klaus. Die Inanspruchnahme des verdeckten kapitalgebers, in Konkurs, Treuhand-und

Schiedgerichtswesen, março, 1959, p. 33.

¹² Op. cit., p. 283.

¹³ Op. cit., p. 33.

¹⁴ LAMARTINE, J. Op.cit., p. 284.

trilogia de vertentes teóricas. Num primeiro plano, Rehbinden¹⁵ destaca a Teoria Subjetiva, cujas características fundamentais seriam uma visão unitária da pessoa jurídica - com desconconsideração, por exemplo, de diferenças fáticas observadas entre uma empresa unipessoal e outra pluripessoal - e, que a desconconsideração da personalidade jurídica só seria excepcionalmente admitida face ao elemento subjetivo, principalmente o abuso de poder.

Depreende-se, desta proposta, parcial desconformidade com o direito brasileiro, para o qual aludida visão unitária da pessoa jurídica seria mesmo quase que impensável, e cuja diferença vê-se, sobremaneira, aumentada se se levando em consideração, nos polos extremos, a firma individual e a sociedade anônima.

A teoria denominada “Jurisprudência de Interesses” seria a segunda abordada pelo mencionado autor, e que é baseada na idéia de que a pessoa jurídica não passa de um mero símbolo, numa simétrica correspondência com a Teoria da Ficção, do direito Norte-Americano. Desenvolve a idéia da distinção não só entre pessoa jurídica e pessoa-membro, mas também entre as diversas modalidades de sociedades.

A terceira teoria apresenta um caráter que se pretende seja intermediário quanto às duas primeiras, e visualiza a questão de maneira eminentemente institucional. Assim é que, reconhece valor autônomo à pessoa jurídica, e não meramente de ficção, embora não desconside a necessidade da separação entre aquela e a pessoa-membro, e, que estabelece também um grande valor à delimitação da sociedade às suas funções sociais e estatutárias, com inegável vinculação à ordem jurídica e econômica.

Portanto, eventual transposição de tais limites implicaria em “abuso do instituto”, determinável por critérios objetivos.

Mas, no que se refere ao princípio da separação, o direito alemão avançou também no sentido inverso, ou seja, para beneficiar o sócio, saindo assim da fórmula geral e pouco criativa que objetiva tão somente a defesa de interesses

¹⁵ REHBINDER, Eckard. Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht, Berlin e Zürich, Gehlen-Bad Honburg v.d.H., 1969, p. 94-7.

de credores. Neste aspecto pode-se arrolar o exemplo mencionado por J. Lamartine¹⁶ e tirado de uma decisão prolatada nos anos 1970 cuja ementa é a seguinte:

“Se o sócio único de uma sociedade por quotas é prejudicado por danos causados ao patrimônio especial de sua sociedade, ele pode ser considerado, em relação ao causador do dano, e dadas as circunstâncias do caso, como se tivesse pessoalmente sofrido o prejuízo”.

Não obstante as críticas recebidas, também nas informações do autor referido, o aresto é bastante coerente na medida em que confere direitos a quem, em caso contrário, estaria passível das consequências da desconsideração da personalidade jurídica, e a construção jurisprudencial ganha ainda especial relevo no âmbito dos danos morais, em tese ocasionados em face de quem idealizou, arcou com os custos e os riscos da criação e instalação da sociedade cujo patrimônio sofreu atentado.

2.3 A RESTRITA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA INGLATERRA

A possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica para fins de se alcançar e responsabilizar as pessoas-membros e administradores por atos praticados em nome da sociedade não é algo que tenha despertado maior interesse no direito inglês, quer doutrinariamente, quer na construção jurisprudencial. É evidente que não se trata de desnecessidade de tal providência no âmbito jurídico-empresarial do País, mas tão somente da existência de normas através das quais se consiga o mesmo objetivo, já que também não se nota, dos modelos de sociedades ali permitidos, diferenças em relação a outros países com tradição quanto àquela teoria, suficientes ou mesmo dotadas de artifícios técnicos que pudessem elidir aquela necessidade.

Pode-se citar a secção 332 do *Companies Act*, regulamento empresarial de 1948, que estabelece a responsabilidade ilimitada, face aos débitos da sociedade,

daquele que conscientemente participar de negócios fraudulentos.

¹⁶ Op.cit., p. 429.

Entretanto, paradoxalmente, foi no direito inglês que surgiu a primeira norma com esse objetivo - senão da desconsideração da personalidade jurídica, propriamente e como a temos entre nós - mas pelo menos com o mesmo fundamento e com a mesma finalidade, e neste sentido é ilustrativa a disposição da secção 279 também do *Companies Act*, *in verbis*:

“Se no curso da liquidação de sociedade constata-se que um seu negócio foi concluído com o objetivo de perpetuar 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”.

2.4 A ÊNFASE QUANTO À “FORÇA INVENCÍVEL DAS APARÊNCIAS”, NO DIREITO FRANCÊS

Em pesquisa face à legislação de França a respeito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, J. Lamartine¹⁷ aduz que, de forma principal, o legislador daquele País estabeleceu, quanto à medida, o artigo 101 da lei de 13 de julho de 1967, e, o artigo 99, da mesma lei.

Quanto ao primeiro, tratando de questões atinentes aos procedimentos de falência e concordata, estabelece que o dirigente, aparente ou oculto, deve responder com seu próprio patrimônio nos casos em que se utiliza da sociedade para praticar atos de comércio em proveito próprio, quando fizer uso de bens da sociedade como se próprios fossem, e, em terceiro lugar, quando atuar de maneira abusiva que resulta na inadimplência da sociedade perante credores, fornecedores e outros.

Já o artigo 99, da Lei de 13 de julho de 1967, possui a mesma objetividade jurídica, com a diferença de apontar como causa a insuficiência do ativo, também em caso de falência ou concordata.

Numa análise comparativa com o direito brasileiro, vê-se que o

legislador francês, assim como os tribunais de cassação, e no que se refere aos artigos retro-mencionados, vinculam expressamente a medida destinada à

¹⁷ Op.cit., p. 462-3.

responsabilização do sócio ou administrador com a efetiva falência da sociedade, falando-se mesmo que a falência é estendida àquelas pessoas-membros. Nota-se aí diferença quanto ao direito brasileiro. É que, em nenhuma disposição do nosso direito faz-se a exigência, mesmo presuntivamente, da demonstração do estado falimentar para fins daquela responsabilização, muito embora, é evidente, a necessidade da busca de patrimônio das pessoas-membros faz antever inequívoca debilidade econômica e financeira da sociedade.

Não bastasse, também temos no nosso direito entes com atividades de comércio mas que, em função da lei, não são passíveis do processo falimentar, o que aumenta ainda mais a diferença entre os direitos, nesse aspecto, de ambos os países.

Mas, os mencionados artigos da lei francesa de 13 de julho de 1967, de modo algum são a delimitação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica naquele Estado, servido, aliás, pelo *Code de Commerce*, no qual, dentre outras situações a ensejar aquela medida, está a simulação, que resulta nas denominadas “sociedades de fachada”, com as quais terceiros podem ser ludibriados a com elas negociar com resultante prejuízo. Ao que Coulombel¹⁸ chamou de “força invencível das aparências”, donde, naquele País, tal qual no Brasil, é de larga aplicação jurídico-processual a Teoria da Aparência.

No mesmo sentido, tem-se com relação à “interposição de pessoa” grande preocupação no direito francês, forma mais freqüentemente denominada mandato ou delegação, e, face a objetivos nem sempre nobres, alcunhada de “testa-de-ferro”, na melhor concepção de J. Lamartine,¹⁹ casos em que há o efetivo reconhecimento de sociedades distintas, mas, se necessário for, passíveis da aplicação da Teoria da Penetração, quando não a consideração de que se tratam da mesma pessoa, ao fundamento de que são duas ou mais pessoas jurídicas que ante a lei são tidas como uma única pessoa moral, aquelas correspondendo a uma qualidade de direito, e esta à instituição social.²⁰

¹⁸ COULOMBEL, Pierre. Le particularisme de la contition juridique des personnes morales de droit privé,

Nancy, 1950, p. 62-3.

¹⁹ Op.cit., p. 470.

²⁰ RÉNARD, Georges. La théorie de l'institution, Paris, 1930, p. 244.

2.5 IL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA, NO DIREITO ITALIANO

A pesquisa face à doutrina italiana quanto à teoria da desconsideração da personalidade jurídica revela, em um primeiro plano, uma grande preocupação com os denominados “negócios indiretos”, em verdade uma simulação que muitas vezes pode ter como pretensão ilicitudes. Na melhor doutrina de Ascarelli,²¹ o “negócio indireto” consiste no empreendimento de um dado objetivo aparente, mas que na verdade possui outra finalidade, conscientemente.

O autor pondera que nem sempre há ilicitude nessa prática, e arrola, como exemplo de simulação não vetada na lei italiana, a formação originária de sociedade pluripessoal, mas cujo objetivo premeditado é que ela, paulatinamente, tenha seu quadro reduzido a um único sócio, o que, naquele País, é permitido até com relação às sociedades anônimas.

Contudo, se tal implicar também em fraude contra credores ou acionistas, estará autorizada a desconsideração da personalidade jurídica, na Itália mais comumente denominada Técnica de Superamento.

No estudo específico das teorias, entretanto, tem naquele País maior relevo a doutrina de Piero Verrucoli,²² que inicia seu trabalho com o enfrentamento das questões pertinentes à Teoria do Empresário Oculto, que de certa forma procura amenizar os dogmas da Teoria da Soberania, onde somente aquele que se apresentasse ostensivamente frente aos negócios da sociedade, sócio ou não, pelos mesmos responderia.

Com efeito, pela Teoria do Empresário Oculto, os atos e fatos que maior preocupação despertaria seriam a confusão patrimonial, de larga aplicação no direito brasileiro, e que quase sempre leva à decadência da empresa, e ainda, a utilização da sociedade como instrumento para o sucesso de objetivos na verdade pessoais.

Ao depois, Verrucoli passa ao exame da Teoria da Sociedade de

²¹ ASCARELLI, Túlio. O negócio indireto. In Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo, Saraiva, 1969, p. 138.

²² VERRUCCOLI, Piero. Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella “common law” e nella “civil law”, Milano, Giuffrè, 1964, p. 177-183.

Fato, destinada à análise e oferta de medidas para o accertamento jurídico nos casos de sociedades de fato resultantes de parcerias não declaradas entre *holding* e sociedade por ela controlada, e entre sociedade principal e sociedade subsidiária, por exemplo.

Fazendo referências à Teoria da Sociedade de Fato do direito italiano, J. Lamartine²³ aduz que também no direito francês a mesma técnica foi desenvolvida e é vastamente aplicada no âmbito jurídico-processual, enfatizando ainda que tais sociedades, com idênticos objetivos econômicos, apresentam o mesmo comportamento observado na Sociedade em Nome Coletivo.

Não bastassem estas e outras possibilidades de desvirtuamento dos fins societários preconizados pela lei e pelos respectivos estatutos, é comum a todas, no direito italiano, a compreensão de que o reconhecimento da personalidade jurídica é antes de tudo um privilégio concedido pelo estado, e, enquanto tal, não pode ser deferido sem reservas, estas consistentes na delimitação de poderes dos sócios e administradores, bem como no afastamento da impossibilidade de distinção insuperável entre pessoa jurídica e pessoa-membro, já que, se necessário, ocorrerá o superamento da personalidade da primeira para se alcançar a esfera jurídica pessoal e patrimonial da segunda.

2.6 A OPÇÃO, NO BRASIL, PELO *PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO*

O legislador brasileiro jamais deixou de se orientar, no âmbito do ordenamento jurídico inerente ao direito societário, e também nos afins, pelo Princípio da Separação, no que se refere a sócio e à sociedade. Essa sistemática faz revelar, desde logo, que também no Brasil não há concessão de intocáveis privilégios decorrentes da proteção em tese viabilizada pelo manto do ente moral, como se os feitos desse não decorressem obrigatoriamente da ação dos agentes humanos.

Nessa perspectiva histórica, já com o advento da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que instituiu o Código Civil até recentemente em vigor, não se

deixava quaisquer dúvidas naquele sentido. Com efeito, o artigo 20 daquele código, de manifesta atualidade, rezava: “...*As pessoas jurídicas têm existência*

²³ Op.cit., p. 486.

distinta da dos seus sócios.”

No direito tributário, temos as disposições do artigo 134, inciso VII, do Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172, de 25/10/1966 - onde se impõe aos sócios solidariedade tributária para com a sociedade, pelas omissões de que forem responsáveis. O artigo seguinte fala em responsabilidade pessoal pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias quando decorrentes de excesso de poder ou nos casos de infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos constitutivos da sociedade.

Nesse particular, não estão mencionados somente os sócios-proprietários, mas também mandatários, prepostos, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Analisando a questão, Aliomar Baleeiro²⁴ chama a atenção para o fato de que no artigo 135 do Código Tributário Nacional não se fala mais somente em solidariedade, como ocorre no anterior, mas mesmo de responsabilidade por substituição, no que, além da obrigação principal, devem ser alcançados pelas penalidades e demais obrigações acessórias.

J.M. Carvalho Santos,²⁵ discorrendo a respeito do abuso da personalidade jurídica, lembra que no anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, que substituiria a Lei de Introdução ao Código Civil, havia a previsão do artigo 11, cujo texto era expresso: “Não será protegido o direito que for ou deixar ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social”. A partir deste anteprojeto, que não logrou êxito a converter em lei, Carvalho Santos comentou,

“Novos aspectos de abuso do direito têm sido observados em relação a certos atos, em que se constituem pessoas jurídicas desviadas de sua verdadeira finalidade e até com intuito de fraude. Não podendo ou não querendo aparecer como pessoa natural e com intenção de praticar atos de outro modo vedados, alguns constituem uma pessoa jurídica, com a participação, consciente ou não, de outras pessoas. Os negócios passam a ser de uma

²⁴ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed. rev. atual. por Flávio Bauer Novelli. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 489-492.

²⁵ CARVALHO SANTOS, J.M. Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XXXIV, suplemento IX, por Semy Glanz. Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1982, p. 12-14.

entidade que, em verdade, serve apenas para disfarce. Assim, por exemplo, se um funcionário não pode participar de uma concorrência, forma uma pessoa jurídica, com a inclusão de parentes. Também certos devedores de vultosas somas, constituem pessoas jurídicas às quais transferem a maior parte dos bens, não podendo os credores executar os débitos, já que os bens da pessoa jurídica não pertencem aos sócios”.

Advertimos, por oportuno, que estas alusões não implicam objetivamente em inferências na doutrina do *disregard of legal entity*, teoria diversa, mas, retornamos a ressaltar, tão somente uma retrospectiva para demonstrar a inequívoca opção do legislador brasileiro pela separação entre sócio e sociedade, mesmo porque, não obstante a questão do abuso de direito e da confusão patrimonial já vir desde há muito enfrentada no Brasil, no campo doutrinário ela somente tomou dimensão significativa a partir de 1969, através do jurista paranaense Rubens Requião, em artigo que nos apresentou de maneira científica as teorias do *disregard of legal entity* nos Estados Unidos da América do Norte, *durchgrift der juristischen person* na Alemanha, *superamento della personalità giuridica* na Itália, e, teoria *de la penetración*, na Espanha,²⁶ as mais difundidas em todo o mundo.

Mas, a despeito do que se verifica face a todos os aspectos importantes do direito, muitas foram as polêmicas surgidas no âmbito nacional à respeito da nova teoria, principalmente quando, em 1979, J. Lamartine lançou *A Dupla Crise da Personalidade Jurídica*,²⁷ primeira e mais completa obra de um autor brasileiro a incorporar no nosso patrimônio jurídico completa pesquisa e posicionamento científico satisfatoriamente exauriente quanto aos aspectos doutrinários da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Assim é que, abordando a respeito dos posicionamentos doutrinários de Rubens Requião, J. Lamartine é bastante prudente, mas incisivo, senão vejamos:

“A segunda contribuição da Doutrina brasileira que merece menção especial é o hoje já renomado trabalho do Prof. Rubens Requião; trata-se de trabalho altamente meritório por ter sido pioneiro entre nós na divulgação da problemática da desconsideração, com análise, de modo especial, dos trabalhos de SERICK e VERRUCCI. O trabalho do Prof. Requião solicita

a atenção do leitor para o significado do art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis

²⁶ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard doctrine), Revista dos Tribunais, 410:12-14, 1969.

²⁷ Op.cit.

de do Trabalho que, ao conhecer como única entidade econômica a união

empresas ou entre a empresa *mater* e suas filiadas, para os efeitos trabalhistas, estaria desprezando e penetrando “o véu que as encobre e individualiza, desconsiderando a personalidade independente de cada uma das subsidiárias”. Vê também o Prof. Requião exemplo de desconsideração no caso dos arts. 121 e 122 do revogado Decreto-lei n. 2.627/1940, afirmativa com que não podemos concordar: quando são responsabilizados diretores que, embora agindo dentro de suas atribuições, o fizeram com culpa ou dolo, é a culpa ou o dolo próprios que levam a imputar responsabilidade à pessoa natural, responsabilidade de resto inimputável à pessoa jurídica, não havendo portanto qualquer desconsideração; a responsabilidade solidária dos diretores por não-cumprimento de obrigações ou deveres impostos pela lei a fim de assegurar o funcionamento normal da sociedade deriva também de fato próprio dos diretores, como pessoas naturais, nada havendo de desconsideração em tal responsabilidade. Depois de minuciosa análise de vários casos jurisprudenciais (incluídos em nossa própria análise jurisprudencial), critica o Prof. Requião curioso caso de responsabilização de sócios de sociedade por quotas de responsabilidade limitada pela omissão em segurar imóvel que veio a sofrer incêndio: é irresponsável sua crítica sobre a absurda fundamentação com base na distinção civil-mercantil utilizada pelo Tribunal. De um modo geral, a posição esposada pelo Prof. Requião foi subjetivista, esposando o *disregard* quando a pessoa jurídica tenha sido instrumento de fraude ou abuso de direito imputável aos sócios”.²⁸

Tendo a teoria assim se iniciado com tanta riqueza jurídica, outro futuro não se poderia esperar quanto à mesma no Brasil, hoje norma cogente depreendida de maneira clara e objetiva de diversos textos do nosso ordenamento jurídico, a cuja análise nos deteremos em capítulo mais adiante. Até aqui a preocupação foi concentrada nos aspectos da origem da mesma, principalmente no direito de outros países.

Agora, premente se faz uma incursão pelo Direito de Empresa, naquilo que se apresenta de mais atualizado, pesquisa imprescindível para que se possa chegar com segurança ao cerne da proposta deste trabalho, ou seja, a

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA sob o prisma e égide do DEVIDO PROCESSO LEGAL.

²⁸ Op.cit., p. 554-5.

CAPÍTULO III O EMPRESÁRIO, A EMPRESA E A SOCIEDADE, HOJE

O capítulo anterior ocupou-se dos aspectos históricos da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, sempre fazendo uma análise comparativa entre os direitos pátrio e alienígena, principalmente no que se refere às diversas teorias que se desenvolvem na busca de melhores fundamentos para a aplicação da medida.

Uma das conclusões emergentes dessa pesquisa consiste na constatação de que tais teorias - com menor ou maior amplitude de aceitação e aplicação, e também independentemente da legislação de qual país se analisa - foram formuladas num passado se não sobremaneira longínquo, mas, bem anterior ao perfil de sociedades globalizadas que se tornou comum e mesmo inevitável a partir das últimas décadas.

Esta constatação é de importância primeira para a articulação de uma tese cujo objeto é a abordagem e oferta de propostas concretas de manuseio da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos níveis de ampla defesa, isonomia e contraditório do Devido Processo Legal na pós-modernidade, onde também os conceitos e funções sociais de empresa e empresário não têm a mesma dimensão que restou paralisada numa perspectiva apenas negocial.

Gladston Mamede¹ faz uma demonstração que reflete com precisão de detalhes toda essa evolução no âmbito do direito brasileiro, partindo do pressuposto de se fazer da mercancia profissão habitual para a caracterização do efetivo exercício do comércio, inteligência depreendida do artigo 4º, parte final,

do Código Comercial de 1850, conceito este logo em seguida esclarecido e ampliado pelo Regulamento 737, até a atual compreensão jurídica da empresa.

Assim é que, e tendo como parâmetros as inovações trazidas com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que regulamenta as Sociedades Anônimas,

¹ MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. Ed. Atlas S/A., São Paulo, 2005, p. 4-7.

e, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro e faz expressa referência ao Direito de Empresa, Mamede² abstrai os elementos daquela compreensão, mencionando-os em *estrutura organizada, atividade profissional, patrimônio especificado, finalidade lucrativa e identidade social*.

Mas não é só. O próprio Autor, na obra citada, bem como os de sua geração que se encontram empenhados com as novas doutrinas do Direito Empresarial, revelam especial preocupação com a FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, inferência que fornece ou ao menos procura fornecer os contornos da colocação da empresa face a toda complexidade do mercado mundial tal qual é depreendido atualmente.

Objetivando chegar a esse patamar, Wilges Ariana Bruscato³ mostra a eficácia revigoradora da Teoria Poliédrica da Empresa, que ressalta o seu perfil sob inúmeros pontos de vista, ou seja, o *subjetivo* (ligado às pessoas dos empreendedores); o perfil *funcional* (enquanto organização dos meios de produção); o *objetivo* (que se prende ao patrimônio empresarial), e, o perfil *corporativo* ou *institucional*, que a Autora correlaciona à união de esforços do empreendedor e auxiliares que resulta em um “núcleo social”.

Novamente socorrendo das lições de Gladston Mamede, tem-se que o Autor Mineiro sintetiza com rara propriedade a Função Social da Empresa sustentada pela Prof^a. Dra. Wilges Bruscato através da Teoria Poliédrica, *in verbis*:

“...São instituições voltadas para o exercício de atividade econômica organizada, atuando para a produção e circulação de riqueza, pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação de serviços. Essa riqueza, por certo, beneficia ao empresário e aos sócios da sociedade empresária, por meio da distribuição dos lucros. Mas beneficia igualmente a todos aqueles que estão direta e indiretamente envolvidos: não só os empregados, mas também os fornecedores (e seus empregados, que

têm trabalho), os clientes (outras empresas ou consumidores) que têm bens e serviços à sua disposição, o próprio mercado, que ganha com a concorrência entre as diversas empresas, bem como com a complexidade

² Op.cit., p. 5.

³ BRUSCATO, Wilges Ariana. Empresário Individual de Responsabilidade Limitada. Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 93-7.

dos produtos -bens e serviços - que o compõem, o Estado, com os impostos, a região em que a empresa atua, com os benefícios decorrentes da circulação de valores etc.

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente; tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudica não só o empresário ou sociedade empresária, prejudica também todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado”.⁴

Uma abordagem assim tão contundente e ao mesmo tempo convincente faz reabrir a discussão a respeito dos sentimentos que no Brasil normalmente se dispensa ao empresariado, permeados por forte preconceito e não raramente imputando-se ao mesmo significativa parcela de culpa pela anacrônica situação sócio-cultural e econômica do País.

Razão sempre sustentada retroage ao Brasil Imperial, quando as classes empreendedoras se promiscuíram com aquela que certamente foi a mais equivocada e desumana das opções de negócios, ou seja, a escravidão, contextualizada num regime eminentemente extrativista e de exploração, e que deixou seqüelas e desajustes sociais jamais resgatados e sanados.

Com o advento da abolição da escravatura, restou uma comunidade oligárquica de empreendedores despreparada para planejar e implementar um modelo de desenvolvimento auto-sustentável, criando, em decorrência, uma estrutura agregada ao círculo vicioso dos subsídios não fiscalizados e dos intermináveis perdões de dívidas, de caráter político, sempre a desequilibrar a economia interna e inviabilizar o País enquanto integrante do livre comércio internacional.

Entretanto, se por alguns aspectos não se pode negar reminiscências desta realidade, por outros, é evidente que profundas transformações ocorreram, principalmente com a abertura ante ao mercado externo, instando a uma reformulação dos métodos empresariais, inclusive para sobrevivência da indústria nacional, sobretudo.

⁴ Op.cit., p. 416-7.

Observou-se, com efeito, o incremento da agro-empresa em larga escala, a abertura geral para as importações, a receptividade ao capital privado estrangeiro e a busca por outros mercados consumidores, internos e externos, bem como o processo de privatização de empresas estatais deficitárias, dentre outros.

Ou seja, parece não justificar a persistência quanto aos dogmas que efetivamente não estão mais presentes de maneira fundamental nas causas dos insucessos do País, devendo assim haver uma diferente interpretação da realidade, com o enfrentamento dos seus contornos atuais.

A preocupação com essas ilações é de todo pertinente no âmbito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mormente no que se refere à manifesta resistência, doutrinária e principalmente jurisprudencial, em se tratar a questão sob a ótica do Devido Processo Legal, onde toda a relevância dos interesses envolvidos receberia guarida das garantias constitucionais somente asseguráveis mediante uma realidade processual com contraditório e isonomia plenos.

Essa necessidade verifica-se mais imprescindível na medida em que aludidos e velhos dogmas restam agora complexa e vorazmente substituídos por uma ordem econômica incomensurável e sem fronteiras de qualquer natureza, no que, mais que nunca, as sociedades empresariais e iniciativas individuais no solo nacional precisam daquelas garantias para fazer face a pressões jamais imaginadas e advindas dos países economicamente dominantes, não bastassem as instabilidades da política interna.

In Soberania e Mercado Mundial,⁵ o Prof^o. Rosemiro Pereira Leal analisa a questão em toda a amplitude que se contextualiza, com especial ênfase quanto à necessidade de se atingir objetivos que possam assegurar a dignidade da sobrevivência humana, dada, pois, a extrema preocupação que essa realidade enseja. No capítulo em que trata da Soberania e Poder Estatal em Face do Direito

Econômico, ressalta as lamentáveis diferenças entre as posições das que indigita Partes do Centro e Partes da Periferia, nos seguintes termos:

“...Agora, o que é preciso explicitar é que contratos entre partes do Centro

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e Mercado Mundial, 3ª ed.rev. e aumentada, Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

e da Periferia são bem diferentes de contratos entre partes somente do Centro ou partes somente da Periferia. Sempre quem paga pelos efeitos da erosão monetária é a Periferia, pelo simples fato de que só o Centro é dono da hegemonia monetária, manipulando-a em prol de suas políticas econômicas e do confisco da força de trabalho da Periferia.

Ao ritmo dessa digressão, é que a sujeição absoluta do Estado do Terceiro Mundo às instituições do Direito Econômico é mais do que um comportamento jurídico civilizado, é uma **salvaguarda** que tem, na teoria científica do direito moderno, o amparo das inteligências lúcidas da Ciência do Direito e da Economia e de todos que militam no campo das Ciências Humanas e das lideranças autênticas e representativas das sociedades em geral e de todos os aficionados do ideal da melhoria da qualidade de vida numa visão mundial. As frustrações pela quebra de adoção dos princípios de Direito Econômico pelos planejadores da Economia são tão fulminantes que o professor Ives Gandra¹⁹⁸, em magistral parecer, abordou as tormentas vividas por toda a nação brasileira pela cadeia de planos e pacotes de condutas da política econômica, que desabou sobre o Brasil a partir do chamado Plano Funaro, o que não exclui, por óbvio, o que ocorreu ao Brasil nesse mesmo diapasão, em décadas anteriores.

Aludiu o professor às baterias de indexações, congelamentos, aplicação de deflatores, engessamentos da Economia, enfim - uma batelada de medidas artificialmente tomadas a pretexto do combate à inflação, colocando o mercado brasileiro à mercê dos donos da **ficção-econômica** que mergulham o país na mais desastrosa recessão, em proveito de interesses pessoais, e que até hoje persiste de modo crônico e inextirpável pela via formal da ortodoxia ou heterodoxia de choques e planos financeiros ou mercadológicos, como veremos no final deste trabalho”.⁶

Não é de somenos importância a necessidade de se colacionar a este trabalho tais aspectos do Direito Econômico, em âmbito mundial, na medida em que também não é mais possível, face ao direito interno, analisar as questões processuais inerentes à DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE

JURÍDICA sem se levar em consideração todo o contexto de internacionalização dos mercados em que convive as empresas brasileiras e transnacionais aqui instaladas, seus sócios, administradores e credores.

Nesse aspecto, aliás, é fundamental uma abordagem quanto aos inúmeros

⁶ Op.cit., p. 104, citando Ives Gandra da Silva Martins, *in* Direito Econômico, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 76-80.

mecanismos utilizados nesse mercado sem fronteiras para a operacionalização, principalmente nas economias emergentes, de negócios com escalas sob todos os aspectos gigantescas, mas através de empresas meramente fictícias, pode-se assim afirmar, sem qualquer compromisso social de médio ou longo prazos, e muitas vezes criadas para um único negócio ou para a consecução de um único objetivo.

Mas não é só. Concomitantemente a essa efêmera existência, destaca-se o manifesto intuito de se aumentar a distância entre as responsabilidades da sociedade daquelas inerentes aos sócios e administradores, situação que se vislumbra ainda mais complexa pelo fato de que na maioria das vezes os sócios também são empresas, muitas vezes de modalidades mercantis diferentes e não raramente sediadas em países também distintos.

Pode-se, a propósito, arrolar os exemplos das S.P.C. e das S.P.E., siglas respectivas de “Sociedades de Propósitos Específicos” e “Sociedades de Objeto Único” (Special Purpose Company), de inspiração Norte-Americana e vasta utilização em todo o globo terrestre, e donde não se depreende qualquer objetivo social mesmo razoavelmente duradouro, mas tão somente um episódico negócio ou mesmo a implementação de um determinado plano de expansão empresarial.

In “Direito Societário”, José Edwaldo Tavares Borba⁷ enfrenta a questão pertinente à construção da personalidade jurídica desse tipo de empresa, que decorre unicamente do fato de ser um sujeito de direito, e que mantém interesses próprios e inconfundíveis com aqueles dos sócios.

É, em síntese, mero instrumento da empresa controladora, sem vida e sem interesse próprios, e comumente denominada “sociedade ancilar”.

Com estrutura e objetivos não muito diferentes, temos a sociedade *Joint Venture*, cuja característica principal é a de ser constituída por outras sociedades

para o desenvolvimento de outros mercados ou para a busca de novas oportunidades de negócios. Ou seja, e à evidência da denominação, uma aventura a ser vivida em comum, e que tem como origem as expedições marítimas de longo curso, nas quais aventureiros, sob riscos e incertezas de toda ordem, buscam qualquer possibilidade de lucros.

⁷ TAVARES BORBA, José Edwaldo. Direito Societário, 9ª edição, ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2004, p. 517.

Como se não bastassem todos estes instrumentos a moldurar o complexo e nem sempre seguro mercado mundial, temos ainda, dentre muitos outros, as SAFI's Uruguaias, de larga utilização nos paraísos fiscais e que despertam especial interesse na medida em que não fazem qualquer restrição às ações ao portador, muito pelo contrário, atraindo assim empresas e pessoas físicas que objetivam investir sigilosamente em moeda estrangeira.

Explicitando as particularidades dessa modalidade de sociedade, cuja sigla SAFI significa “Sociedad Anónima Financiera de Inversiones, José Edwaldo Tavares Borba⁸ menciona que foi introduzida no vizinho Uruguai através da Lei número 11.073, de 24 de junho de 1948, referendada pelo artigo 516 da Lei número 16.060, de 04 de setembro de 1989, e, suplementada pelo artigo 635 da Lei número 16.170, de 28 de dezembro de 1990, sociedade que deve ter como base o território uruguaio, no qual ficaria instalada a sede, podendo ter um único ou vários sócios, e cujo capital se expressa na moeda local ou em moeda estrangeira.

Outra característica das SAFI's é que se admite somente um diretor, sem qualquer exigência para que resida em território uruguaio ou tenha outros vínculos com aquela nação. O autor retro-mencionado aduz que o sucesso dessas empresas decorre principalmente do tratamento fiscal favorecido, da liberdade cambial observada naquele País e, finalmente, no sigilo bancário, também ali muito rigoroso.

Parece já ser o bastante para se ter uma razoável idéia do contexto em que precisa conviver e sobreviver a normalmente simplória estrutura da empresa brasileira, em sua esmagadora maioria formatada sob risco pleno, à deriva de políticas econômicas desastrosas, ou pior, na total ausência de planejamento.

Essa realidade nacional revela-se ainda mais preocupante pelo fato de que no Brasil, ao contrário de um sistema tributário que favorecesse o setor

produtivo, temos uma das cargas tributárias mais onerosas de todo o universo, concomitantemente com uma legislação trabalhista que não incentiva a geração de novos empregos e um sistema de previdência social deficiente, sempre a ensejar planos privados complementares.

⁸ op.cit. p. 550.

O resultado dessa realidade é um setor empresarial incapacitado para competir com eficiência no mercado externo, e impotente face às demandas econômicas internas, com um quadro social desolador e sem reais perspectivas de alteração positiva.

Com efeito, a informalidade é uma realidade da quase totalidade das Pequenas Empresas brasileiras, tendo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, na ECINF 2003 (Economia Informal Urbana),⁹ cadastrado um total de 10,525 milhões de Pequenas Empresas -excluindo-se as agrícolas- sendo que desse total praticamente 98% fazem parte do setor informal, ou seja, o equivalente a 10,335 milhões de empresas.

É preciso enfatizar que pela metodologia da pesquisa o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, estabeleceu-se como empresa informal aquela que não tem um sistema de contas claramente separado das contas da família e emprega de uma até cinco pessoas, sendo responsáveis por cerca de 13 milhões de postos de emprego, com e sem contrato de trabalho registrado em Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Na mesma pesquisa, o IBGE constatou que homens se tornam informais por desemprego, e mulheres, principalmente, na busca de renda; 35% das empresas informais funcionam na própria casa; 80% das empresas informais têm só uma pessoa ocupada e 53% não têm registro contábil. Além disso, encontra-se em queda o número de empresas informais lucrativas; têm como principal entrave a falta de clientes, e poucas conseguem crédito.

A situação não é substancialmente melhor no âmbito das Micro e Pequenas Empresas regularmente formalizadas, que representam 98% do total geral de empresas do País nesta condição, já que, embora compõem 63,7% das 16.016 empresas que exportaram em 2000, participam, contudo, somente com 12,4% do valor total exportado. O que mais preocupa é que essas empresas

empregam 46% da mão-de-obra formal, resultando assim numa renda *per capita* sobremaneira baixa.¹⁰

⁹ In LAGE, Janaína, da Folha Online, RiodeJaneiro, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/>.

¹⁰ In A MICRO EMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE, Ministério do Desenvolvimento, Ind. e Com. Exterior (Secretaria de Desenvolvimento da Produção) <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/sdp>.

O mesmo há que se falar no plano das indústrias, resguardadas as devidas proporções. A Câmara Brasil-China de Desenvolvimento Econômico - CBCDE, divulgou trabalho do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística com a conclusão de que apenas 9,9% das indústrias no Brasil investem em pesquisas, ou seja, menos de 14 mil das 139 mil empresas industriais têm alta intensidade tecnológica, e, mesmo assim, investindo somente entre 0,96% e 2,72% de suas receitas líquidas de vendas em pesquisa e desenvolvimento.¹¹

Esse aspecto de nossa economia tem sido objeto de preocupação junto à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, a qual apurou que no decorrer do ano de 2003 apenas 2,7% das empresas industriais brasileiras lançaram produtos genuinamente novos, e, só 1,2% delas passaram a utilizar processos produtivos nunca antes testados. No mais, o crescimento nesse aspecto foi com adaptações e cópias, com todo o aumento de custos daí decorrentes, além do permanente estado de dependência.¹²

Outras, pois, não poderiam ser as conseqüências de toda essa deficiência, que não a queda do salário médio mensal, que no período de 1996 a 2003 foi de 11%, conforme divulgação de 19/10/2005, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.¹³ A exceção, evidentemente, e segundo esta mesma fonte, foram os salários pagos no setor de intermediação financeira, seguros e previdência complementar, primeiro porque não são segmentos produtivos, e, segundo, não dependem somente do mercado interno.

No mesmo sentido, o aumento da taxa de desemprego, sempre ascendente, não obstante os diferentes métodos para estabelecê-la. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, por exemplo, considera desempregado quem estiver procurando emprego, registrando aí uma taxa de 10%. Já o DIEESE, que incorpora outros elementos em suas pesquisas, chegou à taxa de 17%, aproximadamente.¹⁴

¹¹ In RIBEIRO, Cristiane. “IBGE: 9,9% das indústrias investem em pesquisa”. <http://www.cbcde.org.br/pt/notícia>.

¹² In SOARES, Pedro. “Inovação tecnológica cresce no país, mas com adaptações e cópias”. Jornal da Ciência, órgão da SBPC. JC e-mail 2798, 27/06/2005, <http://www.jornaldaciência.org.br/Detalhe.jsp>.

¹³ In RIBEIRO, Cristiane. “IBGE aponta que salários pagos por empresas caíram 11% entre 1996 e 2003”. Brasil Agora - Portal da Cidadania, 19/10/2005, <http://www.radiobras.gov.br/matéria>.

¹⁴ In Biblioteca - Textos Realidade Brasileira. Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra-Brasil, <http://www.mst.org.br/biblioteca/textos/realbrasil/economialucas.htm>.

De qualquer maneira, o próprio Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística fornece dados no sentido de que 52 mil empresas encerraram suas atividades por impossibilidade de sobrevivência no mercado, antes de completar três anos da data da respectiva abertura, tomando-se como parâmetro o período de 1996 a 2003,¹⁵ e, além dos fatores acima mencionados, adiciona-se ainda a insuportável carga tributária e as inúmeras obrigações previdenciárias e trabalhistas.

No Calendário Mensal de Obrigações e Tabelas Práticas publicado pela THOMSON-IOB, para o mês de maio de 2006, vê-se distribuída, seqüencialmente, a relação obrigacional que incide sobre as Micro-empresas (ME), Empresas de Pequeno Porte (EPP) e Empresas de Grande Porte (EGP), a saber: até o dia 02: INSS; até o dia 04: IRRF (Imposto de Renda Retido na Fonte) e IPI (Imposto sobre Produção Industrial), exceto ME ou EPP; até o dia 05: Salários de abril/2006, FGTS (Fundo de Garantia de Tempo de Serviço), Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED); até o dia 08: Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federal (DCTF); até o dia 10: IRRF (ME e EPP), IRPJ/CSL/PIS/CONFINS, e envio da GPS-INSS ao Sindicato; até o dia 15: PASEP, CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico), IPI-Demonstrativo de Exportação(DE); até o dia 22: PAES-INSS, SIMPLES (ME e EPP) Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições; até o dia 25: DCIDE (combustíveis); até o dia 31: IRPJ (Imposto de Renda sobre Ganhos de Pessoa Jurídica), IRPJ-Simples, IRPF-Carnet Leão (sobre rendimentos recebidos de outras pessoas jurídicas), IRPF (sobre lucro na alienação de bens ou direitos; IRPF-Renda Variável, IRPF-Quota, CSL (Contribuição Social sobre o Lucro-apuração trimestral), FINOR/FINAM/FUNRES, Declaração Simplificada-PJ-Simples relativa ao Calendário de 2005, DOI (Declaração de Operação Imobiliária), REFIS/PAES/SIMPLES da lei nº 10.925/2004, IPI das ME e EPP não optantes pelo SIMPLES, IPI (DIF-Cigarros), IPI (DIF-Bebidas), IPI-DNF (Demonstrativos de Notas Fiscais), IPI-TIPI, Contribuição Sindical-Empregador,

Salário-família (Comprovante de frequência à escola).¹⁶

¹⁵ In “IBGE: 52 mil empresas fecharam antes de completar três anos”. Universia Brasil, 07/05/2005, <http://www.universia.com.br/html/investnews>.

¹⁶ In Calendário de Obrigações e Tabelas Práticas, Thomson-IOB, São Paulo, maio/2006, p. 3-7.

Não obstante, já se ressaltaram anteriormente as lições do Prof^o. Rosemiro Pereira Leal¹⁷ a respeito desse mercado à mercê dos donos da ficção-econômica, que também oferta, compulsoriamente e a despeito de alegada necessidade de combate à inflação e preservação do valor de compra da moeda, uma também quase que infundável relação de indicadores econômicos, dentre os principais: IGP-FGV (Índice Geral de Preços); IPA-FGV (Índice de Preços por Atacado); IPC-FGV (Índice de Preços ao Consumidor); INCC-FGV (Índice Nacional de Preços da Construção Civil); INPC-IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor); IPCA-IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo); BCB Dólar (Dólar dos Estados Unidos da América); BCB Euro (Euro da Comunidade Européia), sendo que para o IGP (Índice Geral de Preços), fornecido pela Fundação Getúlio Vargas, tem também as variações IGP-DI (compreendendo o período entre o primeiro e o último dia do mês de referência), IGP-M (compreendendo o período entre o dia 21 do mês anterior ao de referência e o dia 20 do mês de referência), e, o IGP-10 (compreendendo o período entre o dia 11 do mês anterior ao de referência e o dia 10 do mês de referência).¹⁸

A questão, ao final, resume-se em saber se todo este pormenorizado rebuscamento de tributos e indicadores econômicos efetivamente contribui para que melhores resultados sejam obtidos, já que pelo menos não é o que se depreende, numa primeira análise, da comparação com a renda *per capita* de outros países, dentre os quais se pode mencionar, no chamado primeiro mundo, os Estados Unidos da América do Norte (U\$39.710), Reino Unido (U\$31.460), Canadá (U\$30.660), Japão (U\$30.040) e França (U\$ 29.320); nos países em desenvolvimento do sul e periféricos, a Austrália (U\$29.220), Coréia do Sul (U\$20.400) e África do Sul (U\$10.960), e mesmo de países da América Latina, em condição geo-política assemelhada à do Brasil, na medida em que este registra renda *per capita* de U\$8.020, contra U\$9.590 no México, U\$10.500 no Chile e U\$12.460 na Argentina.¹⁹

¹⁷ op.cit.p. 104.

¹⁸ In “Indicadores Econômicos FGV e IBGE”, <http://www.lojistas.net/bi.htm>.

¹⁹ In “Biblioteca - Textos Realidade Brasileira”, Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra - Brasil, <http://www.mst.org.br/biblioteca/textos/realbrasil/economialucas.htm>.

CAPÍTULO IV

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1 DE ALGUMAS PONDERAÇÕES INICIAIS

Quanto às articulações exaradas no capítulo anterior, faz-se premente ponderar que de forma alguma têm o objetivo de lançar um olhar protetor à classe empresarial, ou mesmo fazer incutir a idéia de que a desoladora situação sócio-econômica do Brasil implica a necessidade da implementação de regime de privilégios e subsídios em favor das empresas nacionais ou transnacionais aqui em operação, fórmulas já em franco processo de desuso em todo o mundo, por incompatíveis com a novel realidade de mercado.

Mesmo porque, já tivemos no País experiências em setores mais intensamente subsidiados por dinheiro público, principalmente na indústria e na agropecuária, sem a verificação de quaisquer resultados que justificassem, sob o aspecto social, a preservação do sistema, muito pelo contrário. O que se tinha era oportunidade ímpar à fraude e incentivo sem igual à inadimplência, com decorrente criação de uma classe improdutiva e viciada com os privilégios daí resultantes.

O objetivo, portanto, do capítulo precedente, foi tão somente o de demonstrar, mesmo com pouca profundidade, uma realidade não raramente oculta pela propaganda de governo, e que se está a exigir, antes de tudo, segurança jurídica para viabilizar alternativas verdadeiramente

desenvolvimentistas e originais. Com efeito - e não bastasse também uma elite política predatória - o País não conta tanto com um aparato jurídico identificado com regras sólidas de mercado, como com um Judiciário que assegure unidade de desígnios no sentido de garantir coerência contextual e progressiva nas suas decisões, estando muitas vezes inteiramente divorciado de doutrinas e políticas que poderiam colaborar e até mesmo ser fundamentais ao equacionamento positivo da questão sócio-econômica.

40

A decorrência mais visível dessas desinteligências é uma luta inglória rumo à integração, em razoável condição de equilíbrio, no mercado mundial, ante uma balança comercial desqualificada pela oferta de produtos de categoria inferior e desequilibrada pela importação, maciça, de tecnologia de ponta e produtos com alto valor agregado, ocasionando um dos piores Índices de Desenvolvimento Humano-IDH do planeta, com componentes negativos que nem mesmo um melhor sistema de educação, por si só, traria soluções, como superficialmente se alardeia.

Com efeito, já é uma constatação da Sociologia que nos grandes centros urbanos brasileiros existe estrutura escolar capaz de fazer face a necessidades mínimas para iniciar o avanço social esperado, não obstante as inegáveis deficiências, mas que pouco podem influir numa realidade histórica de profunda desigualdade na distribuição da renda e com uma desorganização demográfica que torna impossível a implementação, com sucesso, de qualquer plano de melhora da qualidade de vida, nas cidades e no campo.

De qualquer maneira, não se pode falar em nada insolúvel, ou ao menos que não possa ter suas maléficas características reduzidas a patamares mais aceitáveis, principalmente a longo prazo - já que um dos grandes equívocos dos tempos atuais é o imediatismo, normalmente acompanhado de odiosa exclusão social - e, desde que seguidas, é fundamental, as doutrinas do Estado Democrático de Direito.

É nesse ponto que se estabelece a localização e a delimitação contextual da teoria da DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, na proporção em que, ao mesmo tempo que desperta extremo interesse perante o mercado, não oferece, contudo, a segurança jurídica que este mesmo mercado está sempre a exigir e sempre disposto a deslocar seus capitais na medida em que não a encontra, justamente pela ausência de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que é a certeza do DEVIDO PROCESSO LEGAL,

enquanto garantia constitucional do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

Descortina-se aí a elementar diferença entre as conseqüências da falta de segurança jurídica, quando se tem como destinatários/vítimas, de um lado, uma sociedade indefesa, desarticulada politicamente e oprimida, e, de outro, o capital, em situação diametralmente oposta. E não partem dos tribunais brasileiros ecos

41

de esperança para o atendimento satisfatório de qualquer dessas vítimas.

A desconsideração da personalidade jurídica - “fantasma” que ronda as expectativas das sociedades empresariais - com efeito, tem recebido tratamento jurídico-processual manifestamente imprudente e disforme, às vezes ensejando empecilhos à atividade econômica, outras incentivando a ilicitude no âmbito empresarial, e ainda ocasionando a informalidade em níveis devastadores, o que é incompreensível e, como tal, inaceitável, sob todos os aspectos, conquanto os tribunais, sem critérios razoavelmente definidos no enfrentamento da questão, chegam, em decorrência, a decisões diferentes face a casos análogos, e pior, com predominante desrespeito ao princípio do DEVIDO PROCESSO LEGAL, com o exame tacanho de um interesse tão relevante para a sociedade.

4.2 JUSTIFICATIVA QUANTO À CONCENTRAÇÃO DA PESQUISA NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL

À evidência do que se observará a partir deste capítulo, tem-se na jurisprudência dos tribunais brasileiros, de segundo e terceiro graus de jurisdição, a fonte precípua dos elementos motivadores da presente tese, nos aspectos que abrangem desde a própria compreensão da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, até sua efetiva aplicação em casos concretos, principalmente.

Mas não há se falar numa opção contextualizada, ou numa preferência temática dentre muitas outras, mas na necessidade depreendida de julgados que em nada ou muito pouco contribuem tanto para o acerto jurídico das questões pertinentes, quanto para o enriquecimento ou ao menos respeito ao

processo, este enquanto garantia de preceitos estabelecidos pela Carta Constitucional.

Assim é que, de uma detida análise da tendência jurisprudencial, principalmente a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), e após, do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), é bastante fácil depreender pelo menos quatro pontos de inconciliável ou ao menos temerária divergência no que se refere a aspectos da aplicação prática da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, a saber: - a qualidade da prova exigida; - os fundamentos; - a necessidade ou não

42

de ação autônoma, e, - a opção, ou pela celeridade, ou pela garantia e segurança processuais.

Na verdade, estes pontos são os mesmos que abrangem toda a questão inerente à salvaguarda da ordem constitucional quanto ao processo, e a partir dos quais se denota, de antemão, que o micro-sistema da Desconsideração da Personalidade Jurídica, inobstante a restrição do âmbito aplicativo, exige o mesmo enfrentamento e a mesma complexidade jurídico-processual verificados em feitos de natureza mais complexa.

Contudo, repete-se, não tem sido com esta importância que tribunais brasileiros têm tratado da matéria, e as divergências acima arroladas são uma decorrência justamente da ausência de uma melhor técnica processual, mediante a qual não só se obteria melhor orientação à conduta da comunidade jurisdicionada interessada, como, e principalmente, asseguraria mais proteção às garantias inerentes ao processo.

Daí a razão da concentração dessa pesquisa, em maior intensidade, na jurisprudência, com a pretensão não apenas de apontar o que se sustenta inadequado ou mesmo nefasto a interesses vários, mas também de ofertar fundamentos que possam colaborar para o equacionamento dos impasses.

Por outro lado, não se pode, sem ressalvas, sustentar que os preceitos legais vigentes, processuais ou não, bem como a doutrina, estariam, ao contrário da jurisprudência, inteiramente aptos àquela demanda. Mas, sem dúvida, melhor articulados, e com substratos suficientes para embasar julgamentos mais convincentes.

Na busca dessas demonstrações é que se passa agora à análise daqueles

quatro pontos mencionados, sempre com estudo comparativo ante a decisões dos mencionados tribunais, para ao depois se proceder, na esteira de juristas de ontem e de hoje, uma demonstração histórico-científica de tal descompasso.

4.2.1 A QUALIDADE DA PROVA EXIGIDA

Analizando-se inicialmente a questão da prova, tem-se que o

43

posicionamento dos tribunais se projeta entre polos extremos, que vão da exigência de meros indícios, às vezes até presunções - como a alteração não anunciada de endereço da parte devedora - até à comprovação cabal, - como ilicitudes já declaradas em processo criminal ou falimentar - por exemplo.

A amplitude na variação dessa qualidade da prova não seria tão desarrazoada, se aplicada também conforme o caráter provisório ou definitivo do juízo de convicção emergente da própria prova, e não para todo e qualquer caso concreto, como efetivamente se depara.

Em decisão da apelação cível nº 337.621-2/01, na Sétima Câmara Cível do então Tribunal de Alçada de Minas Gerais, sentenciou-se, *verbis*:

“EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE.

Perfeitamente possível, em sede de processo de execução, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, desde que haja nos autos um mínimo de elementos de prova, segundo os quais possa o juiz aquilatar a necessidade e a caracterização de elementos para a desconsideração pretendida, numa análise preliminar e superficial que não tem o condão de impedir o direito amplo de defesa em sede dos embargos.”

Pelo menos dois aspectos atraem a atenção neste aresto. O primeiro, a concessão de uma medida extrema, sem a exigência de prova ao menos razoável, num feito de natureza executiva, onde também já não se observa procedimento

em contraditório.

O segundo, consistente na justificativa de que a Desconsideração da Personalidade Jurídica estaria sendo deferida, face à possibilidade de ampla defesa em sede de embargos.

Ora, nota-se que ao invés de se abreviar a demanda, mediante provimento em si fundamentado, está-se na verdade impondo às partes - principalmente a onerada com a decisão - o confronto em embargos, não por

44

um interesse de agir decorrente da realidade fática entre elas, mas sim por uma decisão que deveria ser, em si - repete-se - exauriente, e, não o é justamente por não resultar de procedimento levado a efeito sob a égide do Devido Processo Legal. Não bastasse, é flagrante a afronta aos princípios da economia processual e da concentração.

O que se observa nos casos específicos de execução, é haver uma ausência de discernimento entre o direito da parte exequente em ver bens da parte executada constritos para a satisfação do crédito, e, excepcionalmente e por outro lado, o direito de invocar a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, cuja oneração é em face de terceiro e quanto a quem não imperam, até que seja incluído no feito, as regras inquisitivas do processo de execução, ao menos pelo que se depreende da lei.

Daí a sustentação de que, diferentemente da constrição executiva, a Desconsideração da Personalidade Jurídica é medida que impõe, ou o prévio contraditório, ou o manuseio de procedimento próprio e autônomo, aí onde aquela garantia constitucional pode ser, fundamentadamente, diferida. E não se justifica impor às partes o demandismo.

No outro extremo, temos um acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento nº 448.827-3, agora da Terceira Câmara Cível também do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais - e aqui se pondera que todas as decisões referidas têm conteúdo análogo ao de diversas outras também pesquisadas - em que a principal exigência para o deferimento da Desconsideração da Personalidade Jurídica foi justamente o contrário, ou seja, a robustez da prova, conforme trecho abaixo transcrito:

“A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo coibir o uso irregular da sociedade, para fins contrários ao direito. A sua aplicação, no entanto, depende de um exame apurado de cada caso isoladamente, e em caráter excepcional, de modo a preservar a independência e intangibilidade da personalidade jurídica. Por essa razão, a fraude e o abuso de direito, que autorizam a sua adoção devem restar demonstrados de maneira inconteste.”

45

É verdade que esta segunda decisão não atende aos preceitos do Devido Processo Legal, na medida em que também não decorreu de um procedimento em contraditório especificamente instaurado para tanto, mas, é inegável que contém embasamento mais razoável, no caso, a existência da prova respectiva nos autos da ação principal, e sua qualidade de inconteste, e, ainda o fato de que se trata de agravo de instrumento no qual o veredicto foi dar provimento ao pedido para a Desconsideração da Personalidade Jurídica, negado em primeira instância.

A questão inerente à prova, observa-se, apresenta componentes em verdade de extensão mais ampla que a normalmente articulada em decisões judiciais, não raramente uma decorrência da forte concepção instrumentalista que se observa em termos de processo, desconectando-o, muitas vezes, de seu relevante papel no Estado Democrático de Direito.

In Teoria Geral do Processo, Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, conceituando prova, deduzem:

“Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional.

As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não ser verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão

deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo”.¹

Aliás, aludidos autores ilustram esse conceito com dispositivo das Ordenações, algo que, sem prejuízo do valor histórico-científico, não parece

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, 19ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 348.

ofertar o melhor subsídio à formulação do conceito de prova na realidade hodierna. Com efeito, ilustram:

“No dizer das Ordenações Filipinas, ‘a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões’ (Liv. III, Tít. 63) sobre as questões de fato”.²

O risco desta concepção, na análise conceitual de prova, é resultar naquilo que o Profº. Rosemiro Pereira Leal indigita de *decisão autocrática pelo senso comum de justiça*,³ onde não se preocupa em dotar o provimento de um caráter universal que o legitime numa perspectiva deontológica.

4.2.2 DOS FUNDAMENTOS

Quanto ao segundo ponto, ou seja, dos motivos que ensejam a Desconsideração da Personalidade Jurídica, a jurisprudência pátria não é menos oscilante, ora se restringindo aos textos legais, ora fazendo interpretações sobremaneira extensivas. Mas quanto a isto, a própria natureza da questão e os principais textos legais pertinentes influem bastante.

Com efeito, não há como arrolar, em *numeros clausulus*, determinadas situações nas quais tão somente poderia ocorrer a Desconsideração da Personalidade Jurídica, porquanto são quase infindáveis as hipóteses de ocorrência, dada a extensão e minuciosa especialidade dos interesses envolvidos.

No que se refere aos textos legais, à evidência, refletem a complexidade fática da questão, na medida em que necessitam atender às possibilidades postas em juízo. Assim, dispõe o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, Lei número 8.078, de 11 de setembro de 1990:

“O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso

² op.cit. p. 348.

³ LEAL, Rosemíro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. Landy Editora, São Paulo, 2002, p.105.

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.”

Embora com casuística numericamente menor, mas de extensão análoga, o Código Civil Brasileiro, Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002, estabelece no seu artigo 50:

“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.”

A confrontação, pois, quanto aos posicionamentos em decisões judiciais, não está nas inúmeras possibilidades de fundamentação, característica jurídica e questão agora equacionada pela própria lei, mas nas contradições que se verificam a partir dos fundamentos autorizados e também e principalmente pela ausência, às vezes completa, desses próprios fundamentos.

Essa última possibilidade é algo que se observa a todo momento no juízo

de primeira instância, no qual a Desconsideração da Personalidade Jurídica é observada mediante singelo despacho, em que se defere - sem qualquer questionamento e sem a menor preocupação com ordenamento constitucional que imponha o Devido Processo Legal - um pedido normalmente formulado com igual fragilidade de argumento, prova e fundamentação.

Nos tribunais superiores, se por um lado não se depara, ao menos com a mesma frequência, com a imprudência largamente observada na primeira instância, por outro, é comum inconciliáveis divergências a partir de fundamentos confrontados entre si e também com a legislação cogente.

48

Apenas para ilustrar, traslada-se abaixo ementa extraída de julgamento realizado na Quinta Câmara Cível do então Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, que, por unanimidade, deu provimento ao Agravo de Instrumento número 618.051-4, para determinar a desconsideração da personalidade jurídica, para alcance de bens dos sócios, pelo fato de a sociedade não possuir bens, mesmo sem a verificação de quaisquer dos fundamentos legalmente previstos para a excepcional medida, conforme segue:

“PENHORA - Bens particulares de sócios - Admissibilidade, uma vez inexistentes bens da pessoa jurídica para a garantia executória, não estando a mesma extinta - Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Com efeito, inexistentes bens da pessoa jurídica sucumbida para a garantia executória, não estando a mesma extinta, insta realmente se deferir a postulação para a salvaguarda dos interesses do exequente.

Assim, justo é que seja efetuada a constrição em bens de seus sócios de molde a garantir o débito judicialmente acatado, agasalhando-se a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.”
(RT 721/156)

Ora, a debilidade patrimonial da sociedade, por si só, não é e nunca foi, na tradição do direito brasileiro, fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica, desde que não correlacionada a atos de má-fé e

administração desastrosa, mesmo porque, não é requisito para a abertura e manutenção de sociedade empresarial que a mesma apresente patrimônio robusto, e a ausência deste não implica, necessariamente, estado falimentar.

Em sentido diverso, e ilustrando agora as contradições acima aludidas, são também muitas as decisões de superior instância, sinalizando quanto à necessidade de evidentes e comprovados motivos que fundamentem o alcance de bens dos sócios para atender aos compromissos da sociedade, além da ausência de patrimônio societário, sempre numa perspectiva, como já se afirmou acima, de conduta fraudulenta e administração criminosa, onde, em última análise,

49

estaria configurada a razão para não mais se aceitar a separação artificial entre pessoa jurídica e pessoa-membro, sendo esta física ou também jurídica.

Embora com o vício de ter sido prolatada sem as garantias do Devido Processo Legal, em primeiro e segundo grau de jurisdição, inclusive com concessão de efeito ativo, pode-se arrolar decisão da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos autos do Agravo de Instrumento número 469.381-2, na qual se destaca o acerto unânime dos componentes daquele órgão fracionário em condicionar a Desconsideração da Personalidade Jurídica à verificação simultânea da má-fé e da inexistência de patrimônio:

“EMENTA: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - ELEMENTOS JUSTIFICADORES - DEMONSTRAÇÃO - NECESSIDADE.

- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a possibilitar a constrição do patrimônio particular do sócio, exige a demonstração inequívoca dos elementos que a justifiquem, qual sejam, a má-fé e a inexistência de suporte patrimonial por parte da pessoa jurídica. Agravo provido.

No mesmo sentido os acórdãos números 357.213-6 e 335.828, daquele mesmo tribunal, *in verbis*:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA - FRAUDE - POSSIBILIDADE.

Deve-se admitir a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada se a mesma encerrou suas atividades de forma irregular, não mais se encontrando estabelecida em seu endereço comercial, e não foram localizados bens em nome da sociedade, existindo, contudo, diversos bens de propriedade dos sócios, de elevado valor de mercado, havendo fortes indícios de ocorrência de fraude.”

50

“EMENTA: COBRANÇA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - POSSIBILIDADE - APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Evidenciada a má-fé da pessoa jurídica na ocultação de seu patrimônio, possível a desconsideração de sua personalidade para que os sócios sejam compelidos ao pagamento da dívida.”

Vê-se que não é necessário muito esforço para depreender a insegurança jurídica que estas divergências instalam para os interessados no já combalido mercado interno brasileiro, e o quanto deve a mesma ocasionar em termos de suspeição e temor diante daqueles que eventualmente pretendem investir nestas terras.

4.2.3 DA NECESSIDADE OU NÃO DE AÇÃO PRÓPRIA

Enfrentar-se-ão, além das divergências mencionadas ante os dois primeiros pontos, ou seja, quanto ao grau de qualidade da prova e quanto aos fundamentos, também as do terceiro e penúltimo ponto, consistente na indefinição relativa à necessidade ou não de procedimento próprio para a análise e decisão quanto a pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Em outras palavras, ou sob a ótica da comunidade jurisdicionada, nacional ou estrangeira, a indagação é a seguinte: na medida em que assumo os riscos de

um empreendimento, poderei ter meus bens particulares constrictos independentemente da instauração prévia de um procedimento em que poderei efetivamente participar?

Sob os fundamentos do Devido Processo Legal, enquanto garantia inerente ao Estado Democrático de Direito, tal questionamento ocasiona até perplexidade, conquanto uma medida de natureza e consequência tão extremas não encontra, no âmbito da segurança de uma comunidade democraticamente constitucionalizada, qualquer guarida, caso não haja aquela participação.

Aliás, o tratamento que quanto a esse aspecto é dado por significativa

51

parcela de Juízos não mais encontra correspondência até mesmo na legislação falimentar, até então de forte tradição em medidas drásticas, porquanto, antes de constrições e confiscos de qualquer natureza, busca-se agora, face à relevante função social das sociedades empresariais, a sua recuperação judicial, dando-se assim juridicidade a um tema que definitivamente não poderia ficar à deriva da compreensão superficial e do posicionamento infundado e descompromissado com a melhor técnica processual.

O Profº. Aroldo Plínio Gonçalves, parafraseando Bonnetcase e Claude du Pasquier, revela especial preocupação face ao aspecto da “técnica processual” enquanto desdobramento imprescindível e mesmo inerente à ciência do próprio direito, incluindo ainda, a “técnica legislativa” e a “técnica da jurisprudência”, conquanto instrumentos que, uma vez manuseados com eficiência, garantirão tanto a regularidade constitucional do procedimento, como a preservação do próprio direito material controvertido, e ensina:

“JULIEN BONNETCASE, fazendo o levantamento das doutrinas jurídicas surgidas em França, de 1880 até o fim da segunda década do século XX, considera que o estudo da ciência do Direito Civil não apareceu senão pela via da técnica jurídica e que a distinção entre ciência e técnica no Direito foi o signo da grande revolução do pensamento jurídico.

A revolução, de que fala BONNETCASE, produziu resultados realmente profícuos. Sob o título de Técnica Jurídica, a Ciência do Direito anunciava que havia uma técnica de criação, uma técnica de interpretação e uma técnica de aplicação do Direito, e passava à investigação detalhada e exaustiva dos procedimentos intelectuais da construção jurídica.

A técnica jurídica, conforme a define CLAUDE DU PASQUIER, é “o conjunto de procedimentos pelos quais o Direito transforma em regras claras e práticas as diretivas da política jurídica.”⁴

Para lado oposto a todos estes ensinamentos é bastante inclinada a

⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Aide, 2ª tiragem da 1ª edição, Rio de Janeiro, 2001, p. 31-32, com referência a BONNECASE, Julien. Science du Droit et Romantisme - les Conflits des Conceptions Juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle, Paris: Librairie de Recueil, 1928, p. 268/269, e, CLAUDE DU PASQUIER. Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit, 4ª ed., Neuchâtel: Delachaux et Niestlé, 1967, p. 196.

jurisprudência de tribunais brasileiros, onde não se verifica maior desconforto ou preocupação constante em ostentar posicionamento mais definido em que se defenda, ou não, a necessidade de procedimento autônomo, e levado a efeito, de uma forma ou de outra, sob orientação da melhor técnica processual, para a finalidade de se desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades empresariais.

Antecipa-se que aqui não se sustentará ser a ação autônoma, ou, como se queira, a ação própria, o único instrumento adequado à aplicação, em juízo, da Desconsideração da Personalidade Jurídica, mesmo porque, a técnica processual a ela não se restringe, evidentemente, e muitas outras serão analisadas, inclusive para a finalidade de adequação aos mais diversos procedimentos e às inúmeras situações jurídicas potencialmente observáveis.

O enfrentamento, pois, desse terceiro ponto, com ênfase na ação autônoma, dá-se pelo fato de que também equivocadamente é sempre a ela que a jurisprudência se refere, e nesse momento são justamente os aspectos dos julgamentos dos tribunais superiores que se pretende analisar, mormente quanto à ausência de uniformização ou mesmo de unicidade principiológica.

Iniciando a pesquisa pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, colaciona-se acórdão prolatado na apelação cível número 337.621-2, pela Sétima Câmara Cível, aos 29 de maio de 2001, onde é contundente o posicionamento no sentido da exigência de ação própria para o fim de se desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades empresariais, *verbis*:

“AÇÃO DE EXECUÇÃO - APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - IMPOSSIBILIDADE - EXIGÊNCIA DE AÇÃO PRÓPRIA. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo coibir o uso irregular da sociedade, para fins contrários ao direito. A sua aplicação, no entanto, depende de um exame apurado de cada caso isoladamente e em caráter excepcional, de modo a preservar a independência e intangibilidade da personalidade jurídica. Por essa razão, a fraude e o abuso de direito que autorizam a adoção da teoria, devem restar demonstrados de maneira incontestada, não se admitindo meros indícios ou

53

presunções. A desconsideração da personalidade jurídica exige uma ação própria, onde se possa assegurar a ampla defesa. Não se pode, pois, admiti-la no âmbito restrito da ação de execução, para a qual se exige tão-somente título líquido, certo e exigível”

Já na Décima Câmara Cível do mesmo tribunal, nos autos do agravo de instrumento número 463.119-2, decidiu-se aos 26 de abril de 2005 pela desnecessidade de ação própria, tendo como principal embasamento uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em sede de recurso ordinário, face a decisão prolatada nos autos de mandado de segurança autuado sob o número 16.274, originário do Estado de São Paulo, cuja ementa se transcreve:

“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 coletivo), 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.”

Aliás, a própria Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu provimento parcial ao agravo de instrumento autuado sob

54

o número 498.108-8, da Comarca de Formiga, para cassar os efeitos da decisão de primeiro grau de jurisdição mediante a qual se suspendeu o procedimento de execução, para que o exeqüente manuseasse a ação própria com o objetivo da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Nesse caso, o fundamento é que a lei não exige ação cognitiva, e enfatiza o relator:

“Ora, da leitura dos dispositivos citados, considero que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica independe, ‘data venia’, de ação cognitiva própria, de modo que pode ser feito nos autos da ação de execução interposta contra a empresa executada, cabendo ao julgador analisar a presença dos requisitos legais necessários para o deferimento de tal medida.”

Parece, contudo, ser um caminho bastante temerário, porquanto não cabe ao legislador do direito subjetivo material dizer se determinada disposição terá ou não aplicação mediante ação própria, mesmo porque, quase nunca o faz, no que, a prevalecer aquele entendimento, estaria prostrada toda a ciência do Direito Processual.

Todas essas divergências possivelmente não despertariam maiores

preocupações, se no âmbito do terceiro grau de jurisdição observasse uma política judiciária mais tendente à uniformização e também mais preocupada com a opção por instrumentos mais hábeis à garantia do Devido Processo Legal, o que, entretanto, não ocorre.

No Superior Tribunal de Justiça, para onde acorrem os apelos inerentes a decisões das instâncias inferiores sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica, verifica-se um posicionamento até mesmo mais divorciado dos princípios que orientam o Devido Processo Legal, já que avaliza a inteira supressão do contraditório, da ampla defesa e da isonomia no procedimento, com o inimaginável argumento da possibilidade de interposição de recursos.

Ou seja, o recurso passaria a consistir na única trincheira daquelas garantias constitucionais, estando o juízo “a quo” dispensado do Devido

55

Processo Legal para levar a efeito a relação processual, e para tomar as decisões respectivas.

Não é razoável, sem dúvida, e nem mesmo se pode falar ser um posicionamento daquela Corte em todas as matérias, embora, quanto à teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, é entendimento dominante, aliás, quase que único, conforme alguns acórdãos, em parte, abaixo transcritos:

“...E isto se dá porque a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Tal entendimento exsurge da própria lógica conceitual inerente à formulação da Doctrine of Disregard Legal Entity.

Verificados os pressupostos de sua incidência (uso abusivo da personificação societária para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, como se depreende do Resp nº. 158.051/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, unânime, DJ 12/04/1999), 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.

Cite-se, a respeito, trecho do acórdão e do voto do i. Relator, Min. Eduardo Ribeiro, em precedente desta Terceira Turma (Resp nº 211.619/SP, DJ 23/04/2001), o qual admitiu a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos do processo de falência, exemplificando, a respeito, com o que estatui o art. 28 do CDC:

(Acórdão): (...). FALÊNCIA. EXTENSÃO DOS EFEITOS. COMPROVAÇÃO DE FRAUDE. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. (...)

III - Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados.

56

(Voto do Relator): “No caso em exame, a decisão de primeiro grau explicitou longamente a promiscuidade de negócios entre as empresas, as práticas maliciosas, tendentes a fraudar credores. A exposição é minuciosa, constando especialmente de fls. 98 e seguintes, e a ela me reporto. Dela se verifica que, constituindo as empresas um só grupo econômico, com a mesma direção, os negócios eram conduzidos tendo em vista os interesses desse e não os de cada uma das diversas sociedades. A separação era apenas formal.

Considero, com base na moderna doutrina sobre a matéria, que a teoria da desconsideração da personalidade é de ser aplicada entre nós, embora regra expressa só exista para situações específicas, como se verifica no âmbito das relações trabalhistas (CLT, art. 2º, § 2º) e de consumo (CDC, art. 28). Este último dispositivo, aliás, admite a desconsideração quando houver falência.”

Nesses termos, diante da desconsideração da personalidade jurídica de CDB, com a conseqüente irradiação de seus efeitos ao

patrimônio do ora recorrente, possui este legitimidade para interpor, na condição de PARTE e perante o Juízo de origem, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos, o que leva à conclusão de que não restou ferido o seu direito líquido e certo ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.” (Rec. Ordinário em MS nº 16.274 - SP (2003/0060927-0)

Vejamos outra ementa, agora em sede de recurso especial, *in verbis*:

“FALÊNCIA - EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS ÀS EMPRESAS COLIGADAS - TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - POSSIBILIDADE - REQUERIMENTO - SÍNDICO - DESNECESSIDADE - AÇÃO AUTÔNOMA - PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA

57

CORTE.

I - O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei nº 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.

II - A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses.

Recurso especial provido.” (Edel no Recurso Especial nº 228.357 - SP (1999/0077664-0).

A mesma linha de entendimento é observada também no julgamento do Mandado de Segurança nº 12872/SP, DJ de 16/12/2002, de cuja ementa parte foi transcrita, a título de fundamento e precedente, no Recurso Especial nº 767.021 - RJ (2005/0117118-7), abaixo destacada:

“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 ou contra terceiros.”

58

No mesmo voto, logo em seguida, complementa-se, mais uma vez ilustrando com trecho do voto proferido no STJ ROMS 12872/SP:

“- Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos.”

Vê-se, pois, voltamos a ressaltar, que face a esses posicionamentos de nossos tribunais superiores, resta até mesmo irrelevante a restrita discussão sobre a necessidade ou não de ação autônoma para o fim de se desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades empresariais, primeiro, porque muitos instrumentos incidentais - embora sequer mencionados nos votos arrolados - encontram-se presentes na lei processual, e, segundo, na medida em que a questão implica interesses infinitamente superiores e intimamente relacionados com a preservação do próprio Estado Democrático de Direito.

Com efeito, não se pode conceber, nem mesmo na restrita alçada instrumental do Direito Processual, que a possibilidade de recurso tenha o

condão de suprimir a cognição no juízo *a quo*, e, ao mesmo tempo, conferir ao órgão decisor poderes ilimitados, inclusive presuntivos, que é o que se observa em decisões não decorrentes da participação, em contraditório, das partes.

Nunca é demais ressaltar, mais uma vez, que a desconsideração da personalidade jurídica para o fim de se alcançar bens particulares dos sócios e administradores atinge, na maioria dos casos concretos, objetividades jurídicas mais valiosas que o próprio bem objeto da demanda principal, sem falar na sempre advogada segurança jurídica.

Em verdade, não se observa, principalmente nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, sequer a prudência de orientar, ao menos e previamente, quanto à utilização dos instrumentos legais de cognição emergencial e provisória, cada vez mais abundantes em nosso direito processual, ressalta-se novamente, lançando-se logo na desastrosa seara do juízo das decisões compulsórias,

59

equivoco explicitado pelo Prof^o. Rosemiro Pereira Leal ao lecionar sobre “Ciência do Direito e a decidibilidade na democracia”, e a partir da confusão que normalmente se faz entre ciência do direito e direito positivo, senão vejamos:

“Nessa conjectura de disputa de métodos infalíveis para compreender o direito é que se despontou, como aspecto mais nocivo ao atual estudo do direito, a confusão entre ciência do Direito e direito positivo, concebendo-se este uma ciência em si mesma e se elegendo objeto de si mesmo. Maria Helena Diniz,⁷ em seu “Compêndio de introdução à ciência do Direito” também partilha de igual confusão ao afirmar que a “ciência do direito, como toda ciência, tem um objeto, que é o direito”. Ora, nessa perspectiva, em se transformando a ciência em instrumento indicativo ou descritivo dos conteúdos teóricos do direito com finalidades pragmáticas (tecnológicas), a ciência jurídica não teria como objeto, como qualquer ciência, o esclarecimento do seu objeto, mas tautologicamente o próprio objeto, que, como quer a jurista, seria encampado pela ciência para cumprir fins de decidibilidade compulsória.

Esse enfoque equivoco de ciência do Direito como se direito tivesse a sua própria ciência, num retorno esdrúxulo de convergência do pensamento kelseano e sociologista, é que torna essa ciência imprestável à compreensão da teoria de um direito democrático, discursivo em suas bases produtivas e aplicativas”.⁵

Mas não é só. Negar, principalmente no primeiro grau de jurisdição, a oportunidade de amplo contraditório, sob qualquer alegação e em face de qualquer objeto, a pretexto da possibilidade de recursos, é antes de tudo a própria negativa do recurso, porquanto teria ocorrido a supressão de instância, e na verdade a questão não seria reapreciada na instância superior, mas examinada e decidida pela primeira vez, com manifesto prejuízo também pelo fato de que em grau de recurso, não possui a parte as mesmas oportunidades de discussão das questões e muito menos para uma produção satisfatória de provas.

Assim é que, e ao contrário da tendência da jurisprudência brasileira, o sócio ou o administrador que tiver bens particulares alcançados por ato jurisdicional não precedido pela garantia do Devido Processo Legal, deve, antes de recorrer para obter a respectiva restituição, fazê-lo para ter devolvida, antes

⁵ op.cit. p. 65/66, citando DINIZ, Maria Helena, in *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.177.

de mais nada, a oportunidade do contraditório pleno, ou seja, numa última análise, a compulsória obediência ao Princípio da Supremacia da Constituição, ao que parece, quase nunca lembrado no âmbito da aplicação de norma processual.

Preocupados quanto a esse aspecto, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, ao ensinar sobre a “Coisa Julgada Inconstitucional”, ressaltam que não só os atos legislativos estão sob os rigores do efeito negativo decorrente do seu caráter inconstitucional, mas também qualquer outro emanado das demais funções estatais, e escrevem:

“O princípio da constitucionalidade, que exige para a validade do ato sua conformidade com a Constituição, funciona, nas precisas lições de Jorge Miranda, “como a *ratio legis* da garantia jurisdicional da Constituição”.²⁴ É, pois, o princípio da constitucionalidade que resume a garantia de observância da Constituição, pois a ele se encontra agregada a sanção para o seu desrespeito: a inconstitucionalidade do ato, o que importa em sua invalidade.

À vista da busca sempre constante da constitucionalidade, pode-se dizer que o ato que não a contempla tem um valor negativo. Fala-se, assim, do desvalor do ato inconstitucional. Com isso se quer expressar, nos dizeres de Jorge Bacelar Gouveia, “as conseqüências jurídicas negativas da

inconstitucionalidade intrínseca de um acto do poder político. Perante algo que contradiz a Constituição, o ordenamento estipula efeitos que o depreciam e afirma a Supremacia daquela”.²⁵

O princípio da constitucionalidade e o efeito negativo que advém do ato inconstitucional não se dirigem apenas, como podem pensar os mais desavisados, aos atos do Poder Legislativo. Aplicam-se a toda a categoria de atos emanados do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário)...⁶

Sem prejuízo dessas lições, temos todo um manancial doutrinário que evidencia, no mínimo, a necessidade de se dar novos contornos à jurisprudência

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais Para o Seu Controle, in “Coisa Julgada Inconstitucional”, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004, p.85/86, citando ⁽²⁴⁾ MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 11 e ⁽²⁵⁾ GOUVEIA, Jorge Bacelar. O valor positivo do acto inconstitucional. Reim., Lisboa: AAFDL, 2000, p. 28.

e às decisões monocráticas de juízos brasileiros, no que se refere a um tratamento jurídico-procedimental nos casos de Desconsideração da Personalidade Jurídica, e que fazem vislumbrar o caminho inevitável do Devido Processo Legal, seja qual for o instrumento ou a medida processual adotados.

Com efeito, há, sem dúvida, uma lide no aspecto restrito daquela desconsideração, além da principal, e quanto à qual não se pode dispensar tratamento inferior ao concedido a qualquer outra demanda. Analisando a questão das garantias constitucionais do processo, o Profº. José Marcos Rodrigues Vieira, que anteriormente parafraseara Canelutti no sentido de que “a ação não é o ‘direito à tutela jurídica’, senão o direito ao cumprimento de atos em que se resolve a tutela...”,⁷ aprofunda ainda mais no tema, e ensina:

“No momento em que a Constituição da República de 1988, animada pela preocupação com a efetividade do direito, impõe extenso rol de garantias individuais e coletivas, tornando o Estado, em movimento de retorno, subordinado ao direito que ele próprio editou, nota-se que o mesmo impulso determinou idênticas atenções na área do processo: a Constituição vigente também estabelece garantias, em rol extenso, da ação, da jurisdição, da defesa etc.

O sistema de direito é completo. Assim, não se concebe direito material sem efeito. Outro tanto se diga do direito processual: a Constituição de 1988 erigiu em princípio a efetividade dos direitos processuais.

Será agradável identificar o ângulo novo das discussões sobre a natureza jurídica do processo, as quais chegam a bom termo, com a inclusão do processo entre as instituições políticas e sociais. A fusão judicante, posto não criadora do direito, revela-se incumbida de realizar um dos aspectos sem o qual não se completa a essência daquele.

Recorde-se que Goldschmidt,¹ tendo enxergado a possibilidade eventual de o processo servir a efeito contrário ao direito pretendido, negou relação jurídica própria e admitiu o que chamou de “chances”. É, entretanto, razoável concluir que isto valeria por definir o acidente como essência.

Aliás, como já advertia Carnelutti,² o direito, visto somente na regra

⁷ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Da Ação Cível. ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 63, citando CARNELUTTI, Francesco *in* Sistema de derecho procesal civil. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castilho y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: UTEHA, 1994, vol. II, p. 644/645.

substantiva, seria incompleto e impreciso, valendo afirmar serem menos rígidas do que se supõe, as divisas entre direito material e direito processual. Então, quem veja o direito material não o vê, todo, completo, se sem o direito processual correspondente. E vice-versa.⁸

Para colocar sob suspeita ainda mais grave o mencionado desleixo no prolatar de decisões jurisdicionais, a respeito da aplicação da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, o Prof^o. José Marcos ainda enfatiza, na mesma obra, não haver nada de novo na imposição do contraditório, *verbis*:

“Ora, é lançar os olhos à história e ver que a ciência do direito processual nasceu do abandono de Bolonha e seus procedimentalistas-praxistas, para vê-la, após Bulow, retomada em Bolonha, na prolusão célebre de Chiovenda. Vai-se surpreender o mesmo movimento cíclico, hoje, em Fazzalari,³ que considera o processo como procedimento qualificado pelo contraditório, em perspectiva dialética. Não há, mesmo, garantia constitucional do processo, no rumo de sua efetividade, suscetível de perda nos interlocutórios, sem garantia constitucional do procedimento. Só assim se pode aceitar as partes como os colaboradores da jurisdição, sujeitos aos efeitos da sentença, mais do que sujeitos da ação e da defesa. E o mesmo

sentido de colaboração, com que a evolução doutrinária se esforça por superar-se, chega no direito alternativo, dos juizados de conciliação e arbitragem, à “litis contestatio”, à explicação contratual jus-romanista do processo, como testemunho da impressionante atualidade e eternidade de Roma”.⁹

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover¹⁰ invoca a disposição do artigo 5º, inc. LIV, da Constituição Federal de 1988, para a qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e Ovídio A. Baptista da Silva¹¹ enfrenta a questão preferindo invocar o Princípio da Bilateralidade da Audiência, alertando que para “*a completa realização do princípio do*

⁸ VIEIRA, José Marcos Rodrigues, op.cit., p. 73/74, citando ⁽¹⁾GOLDSCHMIDT, James. Teoria geral do processo. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 52, e ⁽²⁾CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. 5ª ed. Buenos Aires: EJE, 1989, v. I, p. 5.

⁹ op.cit., p. 74/75, com referência a ⁽³⁾FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 7ª ed. Padova: Cedam, 1975, p. 8 e 22.

¹⁰ op.cit., p. 82/83.

¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil, vol. I, 6ª ed., RT, São Paulo, 2002, p. 71.

63

contraditório, é mister que a lei assegure a efetiva igualdade das partes no processo, não bastando a formal e retórica igualdade de oportunidades.”

Finalmente, o Profº. Ronaldo Brêtas, fazendo acurada comparação entre “democracia” e “Estado de Direito”, ressalta, em conclusão, que para a doutrina alemã um determinado ciclo de atos de legitimação pelo povo é que aponta o lado democrático do Estado de Direito, no que o Princípio Democrático configuraria um caráter formal e orgânico, e o Estado de Direito como princípio de natureza material e procedimental, que assegura, dentre outras garantias, “...*proteção jurídica às pessoas por meio dos provimentos jurisdicionais gerados em contraditório nos processos*”.¹²

4.2.4 A OPÇÃO OU PELA CELERIDADE, OU PELA GARANTIA E SEGURANÇA JURÍDICO-PROCESSUAIS

O quarto e último ponto que se destaca na análise da jurisprudência

brasileira, quanto ao tema da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias, e que não se coaduna com a Teoria Geral do Processo consonante com a doutrina do Estado Democrático de Direito, é o referente à questão da celeridade, normalmente invocada para justificar subtração de garantias conquistadas a um custo social inestimável.

Em determinado aspecto, este ponto está sobremaneira atrelado ao imediatamente anterior, em que se abordou sobre a necessidade ou não de ação autônoma para aquele mesmo fim, já que um dos fundamentos também alegado por órgãos decisores, de todos os graus de jurisdição, para a não imposição daquela ação, é a necessidade de a medida ser observada em tempo mais célere.

Mas é outro o aspecto que agora será abordado, qual seja, o da equivocada interpretação que quanto ao assunto tem-se dado, particularmente, à disposição do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1.988, acrescentado

¹² BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Fundamentos do Estado Democrático de Direito, *in* Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 7, n. 13 e 14, Belo Horizonte, 2004, p. 159.

pela Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, e que determina que se assegure a todos razoável duração do processo, com meios que viabilizem a celeridade no trâmite.

Essa disposição - não obstante a injustificável e mesmo inconcebível omissão, por não se ter incluído o processo legislativo - é de incomensurável importância e sobremaneira tempestiva, porquanto a morosidade no trâmite de feitos judiciais, com a média de tempo verificada desde a distribuição do pedido até à satisfação final, é uma realidade abominável tanto em si mesma, como intolerável para uma sociedade que cada vez mais tem se condicionado aos benefícios da imediatidade, ofertados pelo avanço tecnológico.

E não têm sido poucos os reflexos que poderíamos apontar, como decorrentes do mesmo espírito que orientou o Constituinte derivado, ao acrescentar o artigo 5º na forma acima descrita.

No âmbito legislativo, com efeito, pode-se mencionar a Lei número 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que integrou ao nosso Código de Processo Civil o instituto da Tutela Antecipada através do artigo 273, e da Tutela Específica, com

a nova redação do artigo 461, quanto às obrigações de fazer e não fazer, e, na mesma linha, a Lei número 10.444, de 07 de maio de 2002, agora com relação às obrigações de entrega de coisa, incidindo a inovação sobre a redação do artigo 461-A, também do Código de Processo Civil.

Quanto às alterações mais recentes, editou-se a Lei número 11.187, de 19 de outubro de 2005, que estabeleceu novo regime para o recurso de agravo; a Lei número 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que alterou sobremaneira os procedimentos de liquidação e cumprimento de sentença; a Lei número 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, tratando da chamada súmula “impeditiva de recursos”, e também do saneamento de nulidades processuais em sede recursal; Lei número 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, permitindo em determinados casos o julgamento de plano de “processos repetitivos”, e, finalmente, a Lei número 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, com ênfase na possibilidade do reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa, nos casos em que menciona, e da prescrição, assim como prevê a prática de atos processuais por meios eletrônicos.

No âmbito da advocacia, têm sido notórios os bons resultados decorrentes

65

de exames com nível mais rigoroso de exigência, face aos bacharéis em direito que ambicionam a condição de Advogado; o maior incremento das atividades nas Escolas de Advocacia, bem como o maior rigor nas atividades e decisões dos Tribunais de Ética e Disciplina.

Quanto ao Ministério Público e à Magistratura, foram criados os Conselhos Nacionais para o controle externo, cujos serviços já fizeram extirpar, quase que completamente, os males decorrentes do nepotismo, e que buscam - embora com forte resistência, inclusive dentro dos próprios Conselhos, mormente o da Magistratura - critérios mais objetivos nas promoções por merecimento, incluindo aí a valorização do aperfeiçoamento permanente e a exigência de produtividade, o que certamente levará a índices de celeridade nunca obtidos.

Fora do ciclo da família forense, é também flagrante a mudança de mentalidade imposta pela necessidade de uma nova e eficiente ordem jurídica, a despeito, por exemplo, do que está a ocorrer no campo empresarial, onde a maior valorização salarial e os maiores investimentos foram observados justamente nas Diretorias Jurídicas,¹³ e para uma finalidade bem mais relevante que a até então

atribuída aos juristas - quase que restrita à defesa processual e a serviços de cobrança - já que agora devem responder também pela própria estratégia dos empreendimentos, decorrência do “sentido jurídico” que chega enfim ao Brasil, para a detalhada orientação e vinculação legal de todos os segmentos e atividades, no mercado e fora dele.

No que se refere ao aludido equívoco na interpretação e aplicação das disposições do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, retornando agora ao cerne da questão, é que a celeridade e a razoável duração do processo ali propostas e mesmo determinadas, têm sido levadas a efeito através de um “estado de euforia” e imprudência extremamente preocupantes, exigindo mesmo

¹³ Com base em levantamentos realizados entre os anos de 1997 e 2005 pelas empresas de consultoria Hay Group e Ray & Berndtson, e também pela Coordenadoria de pós-graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, a Revista Exame, na edição número 868, de 24 de maio de 2006 (www.exame.com.br), publicou matéria intitulada “Os Advogados estão no topo”, na qual se faz destaque quanto ao envolvimento desses profissionais nos processos de internacionalização; na abertura de capital nas bolsas de valores; adequação às regras internacionais de governança corporativa e gestão de eventuais crises de imagem, somente para ficar em alguns exemplos, o que resultou na maior valorização profissional entre as dez carreiras mais importantes nas médias e grandes corporações, nos seguintes percentuais quanto ao aumento de salários: Diretoria Jurídica: 113%; Informática: 102%; Suprimentos: 99%; Técnica: 99%; Controladoria: 98%; Recursos Humanos: 92%; Marketing: 88%; Industrial: 87%; Finanças: 85% e Tesouraria: 80%.

posição eficaz e serena da comunidade jurídica, sob pena do perecimento das próprias garantias constitucionais inerentes ao processo.

O grande problema de se alcançar uma ordem jurídica mais sedimentada, com respeito em nível satisfatório às instituições públicas e privadas, é que logo surge a tendência de se esquecer épocas de sinistro *status quo*, consequência natural da própria sucessão de gerações, e de se imaginar que o artifício humano para o bem é indestrutível, quando, na verdade, tudo tende a ser cíclico no materialismo histórico, o que exige vigilância e esforço permanentes na preservação e evolução positiva das conquistas quase sempre obtidas ao preço de vidas humanas, aos milhões, às vezes.

Assim é que, a celeridade processual jamais pode ser sinônimo de supressão de qualquer garantia inerente ao Devido Processo Legal, e a razoável duração do processo deve ser compreendida justamente como aquele período de tempo mínimo em que se busca a prática econômica - sob todos os aspectos - e segura dos atos de cada fase do processo, e sem prejuízo da isonomia entre as partes, da ampla defesa, do contraditório e de outros princípios inerentes à

jurisdição e ao processo, como o do duplo grau de jurisdição, do juízo natural, do ônus da prova e da verdade real.

O que numa última análise objetivou o Constituinte reformador, com essa complementação ao artigo 5º, foi coibir as paralisações no trâmite do processo, sem justificativa legal, o que já contribui em muito para a verificação de um panorama completamente diferente e mais positivo do judiciário no Brasil.

Caso contrário, estará ferido de morte o Estado de Direito Democrático.

CAPÍTULO V

DO DESCOMPASSO HISTÓRICO-CIENTÍFICO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA QUANTO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À *DISREGARD OF LEGAL ENTITY*

5.1 DA “SOCIEDADE MÍNIMA” E DA NECESSIDADE DE SUA SUPERAÇÃO

Em monografia intitulada “A Integração Social pela Execução de Políticas Urbanas nas Diretrizes do Estatuto da Cidade”, com pesquisa desenvolvida no curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Público ministrado pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Adriana Travassos Carneiro Jaques¹ articula quanto às tendências que nas últimas décadas mais influenciaram no comportamento humano, *in verbis*:

Com o denominado “Fim da História”, tese científica difundida

mundialmente e publicada através de “Construção de Estados - Governo e Ordem Mundial no Século XXI”,² pelo teórico americano Francis Fukuyama, professor de economia política da Universidade de Johns Hopkins, toda e qualquer prática observada no âmbito comunitário passou a ser objeto de irrestrita crítica e de inafastável possibilidade de plena discussão que abrange desde a formação das leis até ao questionamento quanto à maneira e conveniência de sua respectiva aplicação, num contexto em que a cada etapa da atividade sócio, cultural e política, dogmas são desconsiderados e tudo é objeto de amplo debate, e, se necessário, reconstruído conforme o melhor argumento, o que decorre de maior liberdade de expressão e da conseqüente exigência de irrestrita participação das gentes, numa amplitude de conscientização nunca vista.

A rigor, essa construção teórica não é de todo inovadora. In “A Condição Humana”,³ Hannah Arendt já asseverava sobre o fim da tradição,

¹ CARNEIRO JAQUES, Adriana Travassos. A integração social pela execução de políticas urbanas nas diretrizes do Estatuto da Cidade, *in* Direito Público - Coletânea de artigos dos especialistas em Direito Público pelo IEC/PUC Minas, org. Dayse Starling Lima Castro, Belo Horizonte, 2006, p. 88-94.

² FUKUYAMA, Francis. Construção de Estados: Governo e Organização no Século XXI. Ed. Rocco, São Paulo, 2005.

³ ARENDT, Hannah. A condição humana, 5ª ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991.

e, com ele, o do conceito de autoridade, todos embasados em substratos históricos unilateralmente impostos, e que dariam lugar ao racionalismo sócio-político, algo improvável sem o engajamento político de base.

Atual como Fukuyama, e na mesma perspectiva de pensamento, Jürgen Habermas⁴ desenvolve a Teoria do Direito enquanto Categoria da Mediação entre Facticidade e Validade, baseada principalmente na proposta de formação legítima do direito através do poder comunicativo, com a superação do risco do dissenso através da submissão, à lei, de seus próprios criadores.

Estas concepções têm ganhado significativo prestígio em todo o mundo, principalmente e na medida em que o liberalismo econômico não tem conseguido, por si só, oferecer os instrumentos para o equacionamento da exclusão sócio, cultural e econômica por ele mesmo produzida, e isto é fator que leva obrigatoriamente à necessidade da revisitação de conceitos e de métodos de legitimação e validação dos ordenamentos jurídicos.”

Nota-se, com pouca dificuldade, que o pós-guerra é de fértil efervescência política e cultural, e que o meio acadêmico não se rendeu por completo ao

obscurantismo que insiste em perpetuar. Não obstante, na complexa e desordenada teia de interesses sociais, nem sempre é fácil evitar a sobreposição das desinteligências, que encontra campo aberto principalmente na desgraça humana, de toda ordem.

O resultado é visível, consistente numa decadência generalizada e que impiedosamente corrompe todo um patrimônio acumulado pelo labor do conhecimento, que se de um lado jamais impõe ou enseja sua própria petrificação, por outro, é vocacionado a servir de suporte obrigatório às novas ordens que inexoravelmente surgem a cada momento da história.

Vencido, quase sempre, o conhecimento, passa a imperar a ignorância, fonte inigualável do simplismo irresponsável, e passo fundamental para o populismo, cuja característica mais nefasta e odiosa é ter como sinônimos o CONHECIMENTO e o ELITISMO.

Nasce, daí, a “sociedade mínima”, sem criatividade e por isso sem perspectivas, que se contenta e mesmo louva a Deus pela presença do Estado

⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - entre Facticidade e Validade, vols. I e II, 2ª ed.trad. de Flávio Beno Siebeneichler-UGF, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

provedor (despota) e assistencialista, e que desconhece até mesmo a possibilidade de uma dimensão menos cruel de existência, afastando assim qualquer coexistência democrática. Jean-François Kervégan foi sobremaneira feliz em sintetizar esta situação, afirmando:

“A democracia, por mais que se consinta ver nela determinada imagem do (domínio) público, e não a idealidade normativa, a partir da qual ele pode ser definido, implica a expansão da esfera política e a intensificação da “politicidade” da existência. Em outras palavras: ela restringe, mais que qualquer outro regime, o espaço que retorna ao não-político e, conseqüentemente, aos direitos “naturais” do indivíduo”.⁵

Contudo, volta-se a ressaltar, nada é mais catastrófico que a perda da referência científica, que encontra o ápice da ruína quando atinge o próprio Direito, a quem competiria inclusive a proteção das demais atividades científicas, e essa realidade é ressaltada quando não só a elaboração das leis, mas também a

aplicação das mesmas junto aos tribunais, traduzem providências que não agregam em si o conhecimento científica e responsavelmente acumulado, servindo apenas à utilidade de quem as cria, e que deveriam estar também em racional consonância com o pensamento mais autorizado, testificado e reformulado para o equacionamento eficaz dos interesses verdadeiramente difusos da comunidade, e para a recepção indolor das inevitáveis mutações sociais.

Na magnífica obra *Depois da Virtude*, no capítulo em que trata de algumas conseqüências do fracasso do projeto iluminista, Alasdair MacIntyre é mesmo irretocável ao sustentar:

“Uma característica fundamental das ficções morais que se evidencia quando justapomos o conceito de utilidade ao dos direitos se torna agora identificável: elas pretendem nos oferecer um critério objetivo e impessoal, mas não oferecem. E só por esse motivo deveria haver uma lacuna entre seu significado pretendido e os usos aos quais realmente se fizerem deles. Além

⁵ KERVÉGAN, Jean-François. *Democratie et Drois de l’Homme*”, dans *L’ignorance du peuple* (G. Duprat, dir.), trad. de Tito Lívio Cruz Romão, PUF, p. 41/53, Paris, 1998.

disso, agora podemos entender um pouco melhor como surge na moral moderna o fenômeno das premissas incomensuráveis. O conceito de direitos foi criado para servir a um grupo de finalidades como parte da invenção social do agente moral autônomo; o conceito de utilidade foi inventado para outro grupo de finalidades bem diferentes. E ambos elaborados numa situação que exigia artefatos substitutos para os conceitos de uma moralidade mais antiga e mais tradicional, substitutos que precisavam ter um caráter radicalmente inovador para transmitir a impressão de realizar suas novas funções sociais. Por conseguinte, quando as declarações que invocam direitos são comparadas a declarações que apelam à utilidade, ou quando uma ou ambas são comparadas a declarações que se baseiam em algum conceito tradicional de justiça, não é de surpreender que não haja meio racional de decidir a qual tipo de declaração se deve dar prioridade ou como comparar uma à outra. A incomensurabilidade moral é, em si, produto de uma conjunção histórica particular.

Isso é um *insight* importante para entender a política das sociedades modernas, pois o que descrevi anteriormente como a cultura do individualismo burocrático resulta, em seus característicos debates políticos

abertos, estar entre um individualismo que constrói suas pretensões em termos de direitos e formas de organização burocrática que levantam pretensões em termos de utilidade. Mas, se o conceito de direitos e o de utilidade são um par compatível de ficções incomensuráveis, o jargão moral empregado pode ser, na melhor das hipóteses, uma ilusão de racionalidade para o processo político moderno, mas não sua realidade. A falsa racionalidade do debate oculta a arbitrariedade da vontade e do poder em ação na sua resolução”.⁶

Ora, daí uma jurisprudência meramente instrumental, à deriva da antropofagia mercadista e precursora de inversão de valores, na medida em que perdeu contato com o berço e o destino da cultura jurídica, e isso ocorre não por falta de difusão e de cultivo, no meio acadêmico brasileiro, principalmente, do que há de melhor em termos de doutrina, nacional e estrangeira, e de pensamento, capazes de ofertar as idéias e reformulações exigidas hodiernamente.

Esse afastamento da jurisprudência, aqui se referindo ao posicionamento jurídico em juízos de todos os graus de jurisdição, leva em primeiro plano à prepotência do estado-juiz, já que, sub-instruído, não vê outro método muito

⁶ MACINTYRE, Alasdair. Depois da virtude - um estudo em teoria moral, trad. de Jussara Simões. Edusc, Bauru, 2001, p. 128/129.

além da presunção, do arrogar-se na substituição da pretensão das partes, às vezes até ignorando-a, ou seja, um contexto de profundo alheamento quanto ao processo e aos princípios que o orientam.

Num segundo plano, e por evidente consequência, ocasiona atentado à própria democracia, ou ao seu ideal, porquanto subtrai a mais legítima e direta forma de participação na discussão de interesses individuais ou coletivos, quer perante as funções legislativas, administrativas ou jurisdicionais.

Esses enfoques, de inferência irrestrita em todos os negócios e atos jurídicos, processuais ou não, encontram no âmbito da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias um exemplo quase que ímpar de aplicação, na medida em que, como já se enfatizou anteriormente, é um dos casos em que decisões judiciais, expressamente, repelem o Devido Processo Legal, ou seja, a própria Supremacia da Constituição.

5.2 AS LIÇÕES DE CHIOVENDA QUANTO À FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL

Se é no direito italiano que se localiza nossa primeira e principal fonte de norma processual, tem-se aí mais justificativa ainda para a refutação do tendente desapego dos tribunais brasileiros quanto à obrigatoriedade de aplicação da técnica processual, porquanto, embora não se possa falar que naquela escola a rigidez no procedimento seja algo absoluto, por outro lado, o é fora das possibilidades de flexibilização para o consenso quanto aos interesses das partes, nominado pelo Código de Processo Civil italiano como Contratos Processuais, o que substancialmente não difere, ou ao menos não difere quanto à lei, do que ocorre no direito brasileiro.

Chiovenda é enfático ao prestar esta informação, ensinando “...que o sistema do direito processual italiano não tem por base exclusivamente o Código de Processo”,⁶ e arrola inúmeras situações dentro e fora das disposições do código, onde em determinados casos é permitido o consenso das partes ou mesmo atuação do juiz que implique na opção por outra técnica, mas, é exceção,

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, trad. de Paolo Capitanio e anotações de Enrico Tullio Liebman, Ed. Bookseller, Campinas, 1998, p. 134.

e aduz que qualquer possibilidade de flexibilização da norma processual deve estar expressamente prevista em lei. Vejamos, na mesma obra acima citada:

“A lei processual civil pertence ao direito público, porque regula mais ou menos imediatamente uma atividade pública. Ocupa, entretanto, posição especial por causa do contínuo entrelaçamento do interesse geral e do interesse individual no processo civil. Se a atuação da lei é, em si, função do Estado, ao qual interessam sumamente o modo e os efeitos de seu exercício, a correspondência da própria atividade ao seu escopo, não é menos certo que no andamento do processo e em seu resultado no caso concreto estão principalmente interessadas as partes que aspiram, através da atuação da lei, a um bem da vida. Em conseqüência, a lei processual atende também à vontade das partes: vale dizer, as normas processuais nem sempre são absolutas ou cogentes, mas eventualmente dispositivas, seja porque, por vezes, a lei pode ter em vista o interesse individual, como no caso em que a derrogação de tais normas se afigure como a renúncia a um benefício, seja porque a lei pode,

outras vezes, ter em conta o conhecimento, pelas partes, das circunstâncias concretas da lide para deixá-las regular alguns pontos na relação processual. Não existe, pois, um processo convencional, quer dizer, ao juiz e às partes não é permitido governar arbitrariamente o processo; mas em certos casos é livre às partes desatenderem a uma norma processual, já por acordo expresso ou tácito, já deixando de assinalar-lhe a inobservância. Se as partes gozam ou não dessa liberdade, deve ressaltar dos termos expressos da lei ou do escopo da norma determinada: na dúvida, as normas processuais devem reputar-se cogentes”.⁷

Maria Helena Diniz⁸ alude à norma (lei) cogente como “...*aquela de ordem pública...*”, que “...*impõe comportamentos obrigatórios...*”. Dessa categoria, como bem vaticinou o Mestre Italiano, não podem ser afastadas as leis processuais, mormente quando, caso contrário, se vislumbrará, certamente, cerceamento da participação plena dos interessados nos atos e fases do processo.

Importante também ressaltar, que a norma cogente não se vê vinculada apenas ao juízo e às partes, mas, principalmente ao texto constitucional, que numa última análise lhe garante vigência, e não seria realmente razoável na

⁷ Op.cit. p. 99.

⁸ DINIZ, Maria Helena, in *Dicionário Jurídico*, vol. 3, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 84.

moldura do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito uma eficácia de tamanha grandeza, senão com embasamento na Carta Maior.

Nessa ordem de idéias, pode-se depreender e mesmo sustentar que no âmbito da aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias, para o alcance de bens de terceiros, se da desobediência da norma cogente (processual) que impõe a verificação do pleno contraditório, cabe desafio mediante recurso, o contrário não deve ocorrer, ao menos com viabilidade de sucesso, já que estaria contrariando não só a lei, mas também o Princípio da Bilateralidade da Audiência.

Porém, não foram poucas as decisões, de primeiro, segundo e terceiro graus de jurisdição, já mencionadas em caráter ilustrativo, com comando justamente oposto.

5.3 O PIONEIRISMO DE CARNELUTTI

O que ocorre em verdade quanto a isso, nos tribunais pátrios, é um retrocesso sem precedentes a um pensamento há muito extirpado da ciência jurídica, aliás, já de maneira contundente enfrentado por Carnelutti, e que antecedeu ao próprio conceito “processo”, num estágio em que este fôra antecedido pelo “juízo”.

O Mestre de Udine aborda essa questão ainda no prelo de sua consagrada obra, justamente na busca de fundamentos para a legitimação jurídica do próprio processo, e ainda ressaltar sua importância para a transição do estágio “juízo” para o estágio “processo”, como para o próprio aperfeiçoamento da participação democrática. Expõe, com efeito:

“Esta denominação é relativamente moderna. Em outros tempos, pelo contrário, falava-se de juízo (*iudicium*). Tanto o velho nome como sua mudança, não carecem de razão de ser. À primeira vista, parece que frente ao litígio não se deve fazer outra coisa a não ser julgar de que parte estejam, respectivamente, o erro e a razão; por isso ao mecanismo colocado em marcha contra o litígio se lhe dá o nome de juízo. Mas como mais adiante mostraremos, o certo é que em tal mecanismo, o juízo não é nunca elemento

74

suficiente, e pode inclusive não ser necessário: por um lado, o juízo deve ir acompanhado do mandato (é característica e este propósito a terminologia do processo romano clássico, ao distinguir o *ius* e o *iudicium*); por outro lado, quando se tratar, não de pretensão discutida (contestada), e sim de pretensão insatisfeita (infra, nº 124), a composição do litígio se efetua, não tanto por meio de um juízo quanto mediante o funcionamento da sanção. Daqui a insuficiência da palavra juízo para expressar o conceito e sua substituição pela palavra processo”.⁹

Assim, de uma análise mais profícua das lições Carneluttianas, é possível depreender que não obstante o caráter incipiente da doutrina processual à época em que viveu o Autor - mormente e à evidência, se comparada à evolução do próprio Estado Político rumo a um patamar mais amplo de democracia - ele revelava inquietação, advirta-se novamente, ainda no limiar do século passado, quanto à limitação e insuficiência da concepção então dominante de processo,

face à grandeza que depreendeu da sua inferência social, e escreve ainda: “...*Por conseguinte, a noção grosseira de processo que se extrai das premissas contidas neste capítulo e que será elaborado em seguida é a de que se trata de uma operação mediante a qual se obtém a composição do litígio*”.¹⁰

Além destas, e dentre outras inúmeras passagens de Sistema de Direito Processual Civil, em que Carnelutti expressamente sustenta a condição do processo enquanto garantia fundamental do cidadão, destaca-se a que se contrapõe aos dogmas e ao desequilíbrio intersubjetivo do contencioso administrativo - aliás, ainda intocável em estados até mesmo de forte tradição libertária, paradoxalmente - senão vejamos, mais uma vez com transcrição ilustrativa de trecho daquela citada obra, no subtítulo em que trata da transcendência política do litígio, *verbis*:

“No conjunto dos litígios existem alguns que afetam mais diretamente o interesse do Estado, como acontece com todos aqueles em que toma parte a administração pública. Sem dificuldade, é cabível imaginar que a transcendência política do litígio constitua uma boa razão para excluir a solução processual do mesmo, que pode nem ser necessária, por um lado,

⁹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil, vol. I, trad. de Hiltomar Martins Oliveira, ed. ClassicBOOK, São Paulo, 2000, p. 97.

¹⁰ Op. cit., p. 98.

porque a administração pública possui poder para chamar a si a razão e, por outro lado, porque se considera que para a tutela da parte contrária bastem as diversas instituições relativas à justiça na administração pública e, em especial, o recurso hierárquico. Em um regime assim montado, a transcendência política do litígio seria um limite da função processual, ou mais concretamente, da jurisdição, posto que para a eliminação dos litígios que apresentam tal caráter se proveria mediante a própria função administrativa. Tal seria o princípio do chamado contencioso-administrativo, instituição característica do Direito francês, vigente em algumas partes da Itália antes da unificação. Por outro lado, a tendência à transformação da revisão hierárquica em jurisdição administrativa (supra, nº 78) obscurece em grande parte a pureza da mesma e daí que, na realidade, o contencioso-administrativo represente, além da exclusão da solução jurisdicional dos litígios que interessem à administração pública, a exclusão de sua solução por meio da jurisdição ordinária”.¹¹

Vê-se, pois, que não obstante as inevitáveis mas férteis divergências entre doutrinadores de outrora, entre estes e atuais, ou somente entre estes últimos, em nenhum momento, contudo, observou na história do processo, ante às escolas clássicas, ressalte-se, maiores negligências quanto a sua efetividade como garantia da discussão ampla das partes.

De qualquer forma, nota-se que o julgador brasileiro, de um modo geral, quando atento e dotado dessa consciência histórica, ou disposto a sempre levá-la em consideração, certamente pode contribuir para a articulação de uma sociedade com melhor nível de respeito recíproco entre interesses opostos, e não se contentaria, no plano da demanda, com juízos e percepções tão frágeis.

José Marcos Rodrigues Vieira, de acurado conhecimento do pensamento Carneluttiano, enfatiza que “*A categoria ‘estado do processo’ adquire valor, porque o devido processo legal é (ou deveria ser) somente aquele que garante o contraditório até o momento do provimento jurisdicional sobre o pedido*”,¹² mas, quanto aos fundamentos, lembra, parafraseando Carnelutti, algo que realmente não se observa, a rigor, nas decisões de tribunais brasileiros a respeito da aplicação da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: “*...que o objeto da prova não é o fato, mas a afirmação do fato*”.¹³

¹¹ Op. cit., p. 378/379.

¹² VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Op.cit., p. 79.

¹³ Idem.

Essa compreensão é de extrema importância, na medida em que, nem sempre, a alegação de que algum fato tenha ocorrido implica na possibilidade, dentro do processo, de absorvê-la a título de fundamento, senão após “reconstruído” o próprio fato, ou melhor, reafirmado, em audiência bilateral.

O resultado dessa prudência técnica pode ser, em um dado caso concreto, que a debilidade patrimonial da sociedade empresária, embora fato alegado e provado nos autos, não decorre, por exemplo, de fato consistente em uso temerário ou ilícito da mesma, por seus sócios ou administradores, implicando assim em abordagem diferente da questão.

Numa perspectiva diversa, o fato da alienação de bens da sociedade, por si só, não pode precipitadamente ser compreendido como ato consistente em fraude contra credores, sem antes permitir aos seus representantes legais que justifiquem

a conduta, ou seja, o fato que levou àquela venda, talvez até em benefício do passivo da empresa.

5.4 CALAMANDREI E A DEFESA DA ABSOLUTA PARIDADE DE CONDIÇÕES ENTRE AS PARTES

É bom enfatizar que se objetiva com essas análises - face ao pensamento de inúmeros e consagrados processualistas - a demonstração do descompasso entre o tratamento jurídico-processual que os tribunais brasileiros têm dado, predominantemente, à aplicação da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, e o que sempre se buscou na doutrina, com mais ou menos intensidade, quanto aos mecanismos procedimentais destinados ao asseguramento das garantias constitucionais inerentes, principalmente, ao contraditório pleno.

Assim, não há qualquer preocupação, no âmbito restrito dessa proposta, quanto às divergências e mesmo contradições entre esses mesmos doutrinadores, no que se refere ao conceito ou concepção, e ainda aos fins do processo, embora, é certo, que tais diferenças refletem também no modo de entender e aplicar aquelas garantias.

Contudo, a análise a partir desses aspectos não se revela imprescindível à questão central agora enfrentada, mormente em face das diferentes épocas em

77

que cada autor manifestou seu pensamento, num período de tempo já quase sesquicentenário, no que o exame da relativamente nova teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica pode ser levado a efeito nas bases até agora consideradas.

Em Instituições de Direito Processual Civil,¹⁴ Piero Calamandrei festeja com veemência a publicação, na Itália, do Código de Processo Civil de 1940, que vigorou a partir de 21 de abril de 1942, sucedendo ao de 1865, exaltando principalmente o caráter social da nova codificação, aliás, proposta inserida expressamente e com destaque no relatório da mensagem legislativa, ofertando assim uma realidade jurisdicional mais acessível à população, e, em decorrência, mais democrática.

Finalizando o primeiro volume da aludida obra, escreve Calamandrei:

“No Rel. Grandi (nº 18) se estabelece, como uma das finalidades do novo processo civil, a ‘aproximação da Justiça ao povo’, fundando-se em ‘tornar o processo civil mais popular, ou seja, mais próximo e mais acessível também às pessoas humildes e deserdadas da sorte, em prejuízo das quais recaem principalmente os caros tecnicismos dos procedimentos excessivamente complexos’. E em várias partes já se evidenciou este aspecto, que se pode chamar de ‘social’, do novo Código.

Sob este adjetivo, mais propriamente indeterminado e genérico, são introduzidos os caracteres mais díspares do novo processo, entre os quais figura sua tendência geral à simplificação das formas, à abreviação, à clareza das disposições e à imediação dos contratos entre as partes e os órgãos judiciários, em que já se falou ou se falará (§ 63) neste mesmo capítulo. Mas, caso se queira dar a esta expressão um significado mais concreto e menos vago, podemos dizer que o propósito do legislador - de tornar o novo Processo Civil ‘mais acessível também às pessoas humildes e deserdadas da sorte - revela-se, sobretudo, nas medidas com que se cuidou de tornar praticamente operante e de garantir em qualquer causa o princípio de igualdade das partes, que no antigo processo se limitava a ser, quase sempre, uma enunciação puramente teórica. Também no processo anterior se reconhecia, em inúmeras manifestações (princípio da contradição, distribuição da carga da prova, normas que garantiam a defesa e a comunicação recíproca dos documentos

¹⁴ CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 2ª edição, Ed. Bookseller, trad. de Douglas Dias Ferreira, Campinas, 2003.

etc.), o princípio geral da igualdade das partes, que assim se formulava: “As partes, quando pedem justiça, devem ser postas no processo em absoluta paridade de condições. Mas o novo processo se deu conta de que a afirmação, puramente jurídica, da igualdade das partes pode transformar-se em letra morta, se depois, no caso concreto, a disparidade de cultura e de recursos econômicos deixa uma das partes sem condições de poder servir-se dessa igualdade jurídica, porque o custo e as dificuldades técnicas do processo - que a parte capitalizada e culta pode facilmente superar com os próprios meios e se fazendo assistir, sem nada economizar, por defensores competentes - constituem, por outro lado, para a parte pobre, um obstáculo freqüentemente insuperável na via da Justiça.

Para, no curso do processo, eliminar os perigos derivados destas desigualdades sociais, o novo Código teve especial cuidado em desenvolver todos aqueles institutos que podem servir para posicionar a parte mais fraca em condição de paridade inicial, frente à parte mais forte, impedindo que - em

virtude da inferioridade de cultura e de recursos econômicos - a igualdade de direito possa perante os juízes transformar-se, de fato, em uma desigualdade”.¹⁵

São, pois, passagens que precisam ser permanentemente lembradas e cultivadas em toda a atividade jurídica, e com mais obrigação ainda na judicatura, pois de nada adianta o esforço intelectual para a construção doutrinária e para a formação das leis, se em sede de instrução e decisão judiciais não se encontra a correspondente aplicação.

Calamandrei complementa ainda, na mesma obra, e fazendo uma comparação direta com a característica do procedimento imposto pelo código anterior, notadamente sua inaptidão para assegurar uma decisão participada dos feitos jurisdicionais, *in verbis*:

“Em todas estas disposições, e em muitas outras que se poderiam citar, manifesta-se uma inspiração que corretamente se pode chamar de ‘social’, se com esta palavra se quer entender a antítese daquela concepção, estritamente individualista, que reduziu o processo a uma encarniçada competição de egoísmos. Visa-se assim, mesmo não negando que a mola mestra do processo civil continua sendo o interesse individual, a atenuar as excessivas asperezas dos debates, as discussões enfadonhas, as chicanas, a inveja sórdida e estéril.

¹⁵ Op.cit. p. 345/346.

Parece, se não nos enganamos, que circula no novo processo um fecundo desejo de colaboração e de solidariedade humana”.¹⁶

5.5 A COLABORAÇÃO DO MAGISTÉRIO DE LIEBMAN

No contexto dessa preocupação quanto à freqüente inaplicabilidade, por parte de tribunais pátrios, dos instrumentos que asseguram as garantias processuais para o equilíbrio entre as partes, e que possam realmente assegurar que todos os interessados consigam manifestar quanto às suas pretensões, é muito importante ressaltar a presença de Liebman entre nós, inclusive no magistério, numa inequívoca prova de que, por inúmeras maneiras, repete-se, o País sempre teve acesso ao que há de melhor na história da construção da

doutrina processual, principalmente civil.

Humberto Theodoro Júnior lembra também que o pensamento do Autor italiano exerceu influência na elaboração do Código de Processo Civil brasileiro ainda em vigor,¹⁷ e Ada Pellegrini Grinover afirma mesmo que Liebman influenciou profundamente na evolução da ciência processual no Brasil, e, fazendo um inventário sobre a colaboração de juristas, nacionais e estrangeiros, naquele mesmo sentido, destaca:

“Mas o ingresso do método científico na ciência processual brasileira só pôde ter lugar mesmo, definitivamente, a partir do ano de 1940, quando para cá se transferiu o então jovem Enrico Tullio Liebman, já àquela época professor titular de direito processual civil na Itália. Nos seis anos que esteve entre nós, tendo inclusive sido admitido como professor visitante na Faculdade de Direito de São Paulo, foi Liebman o portador da ciência européia do direito processual. Fora aluno de Chiovenda, o mais prestigioso processualista italiano de todos os tempos. Conhecia profundamente a obra dos germânicos, a história do direito processual e o pensamento dos seus patrícios, notadamente do genial Carnelutti. Aqui, veio a dominar por inteiro a obra dos autores luso-brasileiros mais antigos e o espírito da legislação herdada de Portugal.

¹⁶ Op.cit., p. 347/348.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito e Processo - Direito processual ao vivo, nº 05, 1ª edição. Aide editora, Rio de Janeiro, 1997, p. 22.

Liebman foi, durante esse tempo, um abnegado apóstolo da sua ciência. Além de ministrar aulas regulares na Faculdade do Largo de São Francisco, reunia estudiosos em sua residência da Alameda Ministro Rocha Azevedo para debater temas de direito processual. Foi assim que os jovens dos anos quarenta se prepararam para dar início a um verdadeiro movimento científico no Brasil, ligados por íntima unidade de pensamento, a ponto de mais tarde um autor estrangeiro referir-se à ‘Escola Processual de São Paulo’.”¹⁸

É evidente que a doutrina de Liebman quanto ao processo não possui o rebuscamento hoje exigido, ao menos em termos da inexorável necessidade de amplo contraditório, e que não se restringe à mera oportunidade de manifestação nos autos, já que também não se encontrava presente, nas sociedades de então, o

grau de pluralismo e exigência participativa agora observado, embora também não seja nada novo na história da humanidade. A alteração talvez seja apenas numérica - o que é fator fundamental - com multiplicação verificada face à evolução e democratização dos meios de comunicação e transportes.

Não é demais lembrar que Liebman permaneceu no Brasil no período da segunda grande guerra mundial, em que nem é preciso falar dos estados de exceção instalados, com irrestrita supressão de liberdades e garantias individuais, mas está justamente aí o foco gerador da fertilidade científica, e a universalidade da ciência social está no fato de ser formulada por homens centrados no seu respectivo tempo, e veja o que o Autor então ministrava:

“...Princípio do contraditório. O juiz não pode atuar nem julgar sem ter chamado perante ele todas as partes para escutar-lhes as razões (audiatur et altera pars: art. 101, CPC). É uma elementar exigência de justiça dar a todas as partes a possibilidade de se defender antes que o juiz pronuncie seu julgamento (“a defesa é direito inviolável em qualquer fase e grau do procedimento”: art. 24., segundo parágrafo, CF). Naturalmente, a parte convocada fica depois livre para fazer ou não uso da oportunidade que deve ser-lhe oferecida, de ser ouvida em juízo.

O princípio imprime a todo o procedimento uma estrutura contraditória, já que o juiz atua em contato com todas as partes e estas devem poder assistir ao seu desenvolvimento e defender e provar suas razões em condições de igualdade. São estas algumas das garantias de que a decisão seja o mais fundada possível, e justificam aquela particular imutabilidade que é

¹⁸ Op.cit. p. 126/127.

uma característica exclusiva dos atos jurisdicionais (autoridade da coisa julgada), limitada naturalmente somente às partes e somente ao objeto do julgamento^{6, 19}.

Logo adiante, agora falando sobre a “Disciplina legal do processo”, e principalmente sobre as diferenças subjetivas presentes na demanda, Liebman preconiza:

“Todas estas diferentes posições jurídicas subjetivas (potestade, direitos subjetivos, sujeição, ônus) são juntadas num feixe na relação

processual e representam o tecido jurídico interno do processo. Também esta relação é uma unidade que, paralelamente ao correspondente procedimento, perdura e progride do primeiro ao último ato do processo. A clara percepção desta relação permite distinguir o processo com todo o seu conteúdo jurídico da relação litigiosa que é seu objeto; ele é o *iudicium*, que é claramente distinto da *res in iudicium deducta*. Assim se coloca a base para entender a autonomia do processo nos confrontos da situação jurídica litigiosa e assim também o caráter abstrato das posições subjetivas das partes no processo, as quais são conferidas pela lei abstraindo o maior ou menor fundamento das razões de mérito de cada uma delas. O processo é feito para dar razão a quem a tem; mas exatamente por isso no processo é garantida a ambas as partes a possibilidade de defender as próprias razões e de lutar com armas iguais para fazê-las triunfar”.²⁰

Nota-se, pois, a atualidade desses postulados, e também a denúncia depreendida dos mesmos no sentido de que todo momento histórico é momento de não se descurar dos direitos fundamentais dos homens, principalmente daqueles que muitas vezes têm no processo sua última trincheira para a respectiva defesa.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, vol. I. Ed. Intelectus, Tocantins, 2003, p. 28. Nota nº 6: O nexo entre o princípio do contraditório e o direito de defesa, de um lado, e a eficácia da sentença, de outro, no sentido de que esta é possível apenas no conflito entre os que foram partes na causa e tiveram a possibilidade de se defender, foi reconhecido pela Corte Constitucional, que acolheu sugestão exposta vários anos antes (LIEBMAN, Efficacia della sentenza penale nel processo civile [1956], in “Rev. Dir. Proc.”, 1957, p. 5, em particular p. 17) e declarou a ilegitimidade do art. 28, CPP, na parte em que torna vinculante a declaração de certeza dos fatos que foram objeto do processo penal mesmo para aqueles que permanecerem estranhos ao processo e não puderam participar dele (sent. 22 março 1971, nº 55, in “Foro it.”, 1971, vol. I, p. 824, e a nota de MONTESANO, idem, vol. I, p. 1.798).

²⁰ Op.cit., p. 49.

O indispensável é a permanente atualização doutrinária pela incessante pesquisa, única forma de garantir o compasso entre o processo e as necessidades de cada tempo, evitando a decadência do sistema pelo atendimento, a contento, de novas demandas sociais.

É nessa perspectiva que parece ser agora fundamental a análise de Autores mais contemporâneos, e quanto aos quais denota-se já a imposição de se agregar à Teoria do Processo elementos com valores políticos mais comprometidos com os tempos atuais.

5.6 FAZZALARI E O PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Em 1953, Elio Fazzalari escreveu *La giurisdizione volontária; Teoria generale del processo* em 1966; em 1975, *Istituzioni di diritto processuale*, com mais oito edições até 1996, e, foi lançada a segunda edição de *Conoscenza e valori* em 2004. Não são todas as obras do Autor, apenas as suficientes para demonstrar o tempo de sua doutrina, e principalmente, ressaltar a coincidência desse tempo com o tempo de mudanças sociais que estão a desafiar o Direito, talvez numa intensidade, qualitativa e quantitativa, jamais vista em toda a história.

Ou seja, Fazzalari já doutrinava numa época em que pouco se questionava o processo, e que parecia mesmo ter nos clássicos romanos a imutável fórmula, inclusive por terem sobrevivido às duas grandes guerras mundiais, e ainda continua a doutrinizar num momento em que, a única certeza, é a de que nada deve ser imutável. Parece estar justamente nessa realidade de transição a melhor contribuição do Autor italiano.

Não se sustenta aqui, de forma alguma, a falência do velho Processo Civil, mesmo porque seria uma desmedida e presunçosa pretensão. O que precisa ser analisado é a posição desse PROCESSO no contexto social hodierno, e se chegar a respostas quanto: - É a Teoria do Processo que ficou estagnada? - A falha estaria mesmo na tradicional Teoria do Processo? - As falhas estariam em outros aspectos do mundo da vida? E, se positiva esta última indagação: - O processo, como concebido até então, é eficaz ao equacionamento satisfatório de tais falhas?

Parece ser esse o desafio da ciência do Direito, e a falha que não pode

83

ocorrer é a que implica na ausência de crítica, na indiferença quanto aos novos níveis de exigência de participação política, e na ignorância quanto aos possíveis desastrosos resultados de uma imprudência no trato das diversidades humanas e do pluralismo de toda ordem.

De qualquer forma, o PROCESSO ainda é o único caminho plausível, e nesse extremo é incontestado o magistério do Profº. José Marcos Rodrigues Vieira, ao ressaltar, conforme já se ilustrou acima, a atualidade e eternidade de Roma, quanto à explicação contratual jus-romanista do processo.²¹

Na apresentação da edição brasileira de Instituições de Direito Processual, Ada Pellegrini Grinover aduz *que o processo como procedimento em*

contraditório, conceito central na doutrina fazzalariana, é “...uma idéia simples e genial, que se afasta do ‘velho e inadequado cliché pandetístico da relação jurídica processual’, [...] ‘esquema estático [...] que leva em conta a realidade, mas não a explica’. O contraditório, como estrutura dialética do processo, que comprova a autonomia deste em relação a seu resultado, porque ‘ele [o contraditório] existe e se desenvolve, ainda que não advenha a medida jurisdicional [...] e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento jurisdicional deva, no caso concreto, ser emitido ou recusado’. A legitimação para agir, ligada ao contraditório e vista como ‘participação dos sujeitos no processo (como contraditório), enquanto prováveis destinatários da eficácia do ato emanado’; e uma legitimação sempre ativa, quer se trate do autor, quer se trate do réu, pois indica a ‘habilitação a cumprir atividades processuais’, só se podendo falar em legitimação passiva na ‘superada configuração da ação como direito potestativo endereçado contra o réu’.”²²

A rigor, não se pode afirmar que Fazzalari inova o PROCESSO, primeiro, face ao próprio contexto de fortes instituições e tradições jurídicas arraigadas em que toda a obra do Autor se situa, e, segundo, porquanto nem mesmo parece ser esta uma preocupação precípua do Mestre. Com efeito, Fazzalari propõe-se mais a uma interpretação contemporânea das instituições do processo, não vendo na lei senão uma construção e imposição da soberania popular para aplicação conforme as exigências de cada época, o que, embora pareça elementar, sabe-se muito bem que não é o que ocorre em termos práticos, tendo-se revelado a atividade

²¹ Op.cit., p. 75.

²² FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual, trad. de Elaine Nassif, em apresentação de Ada Pellegrini Grinover, editora Bookseller, Campinas, 2006, p. 5.

jurisdicional como sobremaneira conservadora e mesmo resistente às evidências que clamam por mudanças, mormente quanto ao PROCESSO.

Mas, é na doutrina de Fazzalari que se denota o substancial aumento do distanciamento entre o Devido Processo Legal e os procedimentos (ou a total ausência desses) destinados à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica das sociedades empresárias, junto aos tribunais brasileiros, ficando bastante evidente que entre nós as garantias processuais podem ser algo descartável, ou aplicável conforme o caso, e não em todos os casos, e logo se verá que esse distanciamento é ainda maior e mais lamentável na medida em que outras doutrinas emergentes, e de caráter jurídico-filosófico mais

acentuado, forem analisadas e confrontadas com aqueles posicionamentos da jurisprudência pátria.

Em verdade, o que mais uma vez se vislumbra, é o equívoco em se pretender construções “jurídicas” a partir de informações, dogmas e mesmo presunções não abstraídos da relação processual, ao que Fazzalari refuta com maestria, sentenciando: “...*para elaborar os próprios temas o processo deve elaborar a si mesmo*”.²³ Necessita, para tanto, do que o Autor chama de autonomia privada, conferida, à evidência, pelo ordenamento jurídico, e ensina ainda:

“Há, todavia, também hipóteses de relevância das atividades preparatórias, isto é, de ‘procedimentos’ de direito privado (esses estão, aliás, em via de incremento); e não falta o emprego do ‘processo’, isto é, de procedimento do qual participem, em contraditório entre eles, os destinatários da eficácia do ato final, que, nesse caso, porém, não é um provimento, isto é, um ato imperativo, mas sim um ato privado, manifestação da chamada autonomia privada, concedida pelo ordenamento”.²⁴

Com efeito, é justamente essa autonomia que garante às partes, e obriga ao Estado, propiciar o procedimento em contraditório, e que exclui qualquer outra possibilidade externa de prejuízo daquelas, mormente quando não tiverem a oportunidade de ampla manifestação, estabelecendo assim a juridicidade plena. Fazzalari, neste aspecto, articula ainda que: “...*O adjetivo “jurídico” específico*

²³ Op.cit., p. 125.

²⁴ Op.cit., p.35.

dessa ordem, do seu conjunto, é adotado toda vez que determinada conduta for tida como vinculante e exclusiva, pela ‘norma jurídica’: é ela que tem a função de ‘selecionar’, ou seja, a norma jurídica pinça os elementos jurídicos que as condutas sociais apresentam, isolando-as nessa perspectiva. (nesse caso, a perspectiva jurídica)”.²⁵

Nota-se, pois, que na medida em que a jurisprudência brasileira é inequivocamente inclinada em subtrair de terceiros o pleno contraditório, nos casos de Desconsideração da Personalidade Jurídica, o que ocorre em verdade é a usurpação do caráter jurídico que deve permear e legitimar toda a atividade em

sociedade, mas, principalmente, à dos agentes públicos.

O que não se pode admitir é o Estado infrator, ou seja, não jurídico, e tal teratologia vislumbra-se ainda mais odiosa quando observada na função jurisdicional, que é exercida ao pretexto de restabelecer a ordem jurídica, sendo que, quanto ao PROCESSO, especificamente, a já mencionada e grande contribuição de Fazzalari é enquadrá-lo numa esfera isenta de qualquer patrulhamento ou cerceamento de qualquer natureza, e complementa, *verbis*:

“Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos - de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos ‘interessados’ (aqueles que aspiram a emanção do ato final - ‘interessados’ em sentido estrito - e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os ‘contra-interessados’) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o ‘contraditório’, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* ‘procedimento’ é possível extrair a *species* ‘processo’.”²⁶

Conforme já se asseverou acima, não há propriamente na doutrina de Fazzalari uma inovação, mas um sacerdócio pela hegemonia do PROCESSO com fundamentos e princípios estabelecidos e harmonizados nos moldes do mais puro Devido Processo Legal, o que é de inestimável valor social em uma realidade mundial que a cada dia caracteriza mais a vida das pessoas como uma luta

²⁵ Op.cit., p. 47-49.

²⁶ Op.cit., p. 94.

constante pelo Direito - à saúde, ao alimento, à habitação, ao trabalho digno, ao meio-ambiente saudável, enfim, à cidadania - e é dentro desse comprometimento que a doutrina de Elio Fazzalari se aproxima e até mesmo muito se confunde com o que há de mais avançado na sociologia e na filosofia jurídicas, quanto ao que, aliás, é premente que se fale algo, para o encerramento da análise dos fundamentos que impõem o Princípio do Devido Processo Legal na aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias, para o alcance de bens particulares de sócios e administradores, ou ainda patrimoniais de empresas coligadas.

5.7 A PROPOSTA DE ROSEMIRO PEREIRA LEAL PARA UMA TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Não é somente face à doutrina alienígena que se observa o afastamento da jurisprudência de tribunais brasileiros quanto às garantias processuais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, principalmente, no que tange à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Também no Brasil vários juristas estão empenhados na formulação de propostas que possibilitem uma verificação mais efetiva do Devido Processo Legal, na concepção mais próxima possível dos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

Especial destaque, contudo, tem ganhado a Teoria Neo-Institucionalista do Processo, proposição do Professor Rosemiro Pereira Leal, que prima por eleger uma conjunção de princípios da qual decorre o PROCESSO enquanto instituição constitucionalizada,²⁷ e dentre os quais arrola, além dos mencionados no parágrafo anterior, o direito ao advogado e à gratuidade judicial.

Assevera, com efeito, o Eminentíssimo Mestre, ao explicitar os sustentáculos de sua doutrina:

“Infere-se que uma teoria neo-institucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na

²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo, 6ª ed.rev.atual. Ed. Thomson-IOB, São Paulo, 2005, p. 102.

cidadania (soberania popular). Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos), de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, da alteração, do reconhecimento e da aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade.

O que distingue a *teoria neo-institucionalista do processo*, que

sustentamos, da teoria constitucionalista que entende o processo como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas (numa Assembléia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal) é a proposta de uma teoria da constituição egressa de um espaço processualizado em que o povo total da Comunidade Política é, por direito-de-ação coextenso ao procedimento, a causalidade dos princípios e das regras de criação, alteração e aplicação de direitos.”²⁸

É de grande importância ressaltar, que o Professor Rosemiro Pereira Leal não busca em ordenamentos hipotéticos ou milagrosos os fundamentos de suas proposições, mas nas claras e ultra-modernas disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que faz revelar a responsabilidade científica das mesmas, bem como o tanto que a jurisprudência tem estado alheia a esses avanços. Com efeito, aduz ainda o Autor, *in verbis*:

“O *processo*, como instituição constitucionalizada, deflui de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado (povo icônico).²²¹ A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob denominação de *Estado Democrático de Direito*, como se lê no art. 1º da CR/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no ordenamento constitucional e não mais das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano nacional.

Nessa conjectura, a garantia de direitos pela instituição do Processo Constitucionalizado não decorre mais da autoridade de um Poder Legislativo ou Judiciário comprometido com a Administração Pública de uma realidade

²⁸ op.cit., p. 100.

econômica-social extra-ordenamental, mas de um nível histórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização da atividade jurídico-procedimental.”²⁹

Mais à frente, ratificando esse propósito, articula ainda o Professor Rosemiro Pereira Leal, agora na página 103 da mesma obra:

“De resto, uma teoria neo-institucionalista tem na Constituição a instituição originária de sua possibilidade existencial; todavia, a própria Constituição, ao se autoproclamar Democrática de Direito, pouco importando o âmbito legiferante de sua elaboração, como é a brasileira de 1988, já se põe sob regência da *instituição constitucionalizada do processo* como pressuposto democratizante e jurídico-discursivo regente da realização, recriação e aplicação dos direitos assegurados no discurso constitucional.

Com efeito, o devido Processo Constitucional, como instituição constitucionalizada, explicita-se pelos elementos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia configurativos de sua teorização, afirmando-se como referente jurídico-discursivo da procedimentação em todos os níveis de atuação da Comunidade Jurídica. *A teoria neo-institucionalista do processo* tem comprometimentos com a teorização do Direito Democrático, tornando-se impraticável num regime jurídico que esteja ainda identificado com os velhos conceitos de Estado de Direito ou Estado Social de Direito, por suas variadas formas de gestão econômica e de governo (liberal, parlamentar, republicana, presidencialista, monárquica).”³⁰

E será assim, com a apropriação de lições tão ricas e ao mesmo tempo tão disponíveis, que se procurará, no âmbito da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, demonstrar a pertinência e a eficiência única do Devido Processo Legal para o asseguramento dos direitos-garantias constitucionalmente assegurados, não sem antes abordar o que Jürgen Habermas teria para acrescentar, no mesmo sentido.

²⁹ op.cit., p. 101, citando ⁽²²¹⁾MÜLLER, Frederich. Quem é o povo? 2ª ed. Ed. Max Limonad, São Paulo, 2000, p. 42.

³⁰ op.cit., p. 103.

CAPÍTULO VI

A CONTRIBUIÇÃO DE HABERMAS PARA UMA NOVA REALIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL NO BRASIL

Não por acaso, é sobremaneira grande a preocupação da comunidade científica em todo o mundo a respeito do conceito de democracia, suas facetas

ideológicas, e, principalmente, a realidade sócio-política daqueles estados que se dizem democráticos.

Essa preocupação, à evidência, parte das notórias deturpações observadas em inúmeros exemplos mundo à fora, e tem como objetivo precípua o desenvolvimento de mecanismos que possam, numa última análise, fornecer aos povos instrumentação verdadeiramente eficiente à participação na discussão das grandes questões sociais, ou seja, de seu próprio destino.

Salta aos olhos, mesmo de observadores menos qualificados, que de um modo geral o que se ostenta ser uma democracia quase sempre não passa de uma estrutura de inegável dominação, cuja participação popular se restringe ao comparecimento esporádico às urnas para a “escolha” de seus representantes, em processos eleitorais cuja característica quase que única é o abuso do poder econômico, com todas as restrições de acesso e participação dele decorrentes. Ou seja, a não participação dos membros da comunidade já é percebida desde a impossibilidade de efetiva intervenção eleitoral, ativa e passiva, até o total alijamento dos trâmites dos serviços e negócios de estado, em todos os seus âmbitos.

Esse quadro tão discrepante daquilo que se propõem ser um Estado Democrático, e, da mesma forma, tão impotente enquanto fator de integração social, não tem sido poupado, felizmente, de incontáveis, agudas e autorizadas críticas, pelo fato de que a democracia, no purismo de sua essência, faz levar à idéia obrigatória da conversão dos direitos naturais do homem em conquistas políticas (direitos e garantias) do cidadão, o que não é possível num contexto de expropriação dos modos de participação e integração social.

Por outro lado, se fácil não será o equacionamento dessa questão, não se pode alegar desconhecimento da origem de toda essa desinteligência, e, também,

90

poucas não são as propostas cuja implementação podem colaborar com o acerto respectivo.

Assim é que, procurar-se-á inicialmente tecer uma síntese histórica de diversos momentos, dentre os quais imperou a agregação de componentes metafísicos, passando-se pelo contratualismo de Rousseau e imperativo categórico de Immanuel Kant, até a profanação do discurso político.

Ao depois, certamente será possível recepcionar a Teoria do Agir

Comunicativo de Jürgen Habermas, enfatizando o núcleo de sua crítica aos sistemas até então observados, as diversas formas de participação discursiva e, principalmente, a defesa do direito enquanto categoria da mediação social entre facticidade e validade.

Aliás, a proposta é, neste capítulo, fazer uma abordagem explicitadora da colaboração das teorias de Habermas para o aperfeiçoamento da democracia, em especial no âmbito da Teoria do Processo.

A despeito das sustentações do próprio Autor - também inequívoco seguidor de Popper - nada se pretende de exauriente e muito menos de definitivo. Muito pelo contrário, o intento é de apenas ressaltar a certeza de Jürgen Habermas quanto à necessidade da incessante transformação, revisão e aperfeiçoamento dos conceitos e posturas sócio-políticas, através do exercício do discurso entre os criadores e ao mesmo tempo destinatários do direito, este no sentido de *medium* indispensável para se alcançar a legitimação de todas as práticas verificadas no estado.

Enfim, a mais ampla concepção de PROCESSO, para ao depois retornar ao tema da Desconsideração da Personalidade Jurídica, já na sua aplicação jurídico-procedimental, e nos moldes do Devido Processo Legal.

6.1 A NORMA, A METAFÍSICA, OS COSTUMES E A TRADIÇÃO

Independentemente de qual regime político e de qual sistema de governo que se analise, através dos tempos, sempre iremos deparar com a necessidade da justificação da norma estabelecida em face da comunidade. Ou seja, com o argumento adotado com a finalidade de convencer determinado povo ao cumprimento do que se estabeleceu em certa lei.

91

Inicialmente tivemos a divindade como justificação não só das leis, mas também dos próprios reinos, tidos como concessão dos deuses a determinadas famílias, cujo poder era preservado e sucedido em obediência à cadeia hereditária. Tudo que provinha do rei era emanção divina, que assim mantinha a coerção na crença e na vontade do deus provedor, protegendo, à evidência e em primeiro plano, o trono.

E assim estava justificado o ordenamento jurídico.

Pouco mudou com a secularização do estado. Mesmo nas sociedades ditas pós-convencionais, e com forte caráter pluralista, a legitimação, ou pelo menos a tentativa de legitimação do direito, tem sido objetivada para fins que não exclusivamente a liberdade, ou, se com essa promessa, o fazem mediante projetos ineptos.

Face a essa realidade, o Professor Luiz Moreira é enfático em denunciar o equívoco, especialmente quando escreve:

“Em sociedades modernas, o Direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências pós-metafísicas de legitimação, o que só é possível através da incorporação de um caráter pós-tradicional de justificação, ou seja, somente quando sua legitimação estiver desagregada tanto da religião quanto dos costumes. Como perdeu a vinculação com fontes metafísicas e consuetudinárias, o ordenamento jurídico levanta a pergunta pela validade de suas pretensões, que só obtêm normatividade se forem legítimas.¹

No mesmo sentido, o Mestre acima aludido aponta ainda o progresso do próprio Habermas, que até o ano de 1992 concebia, ainda para fins de fundamentação do direito, uma relação de complementaridade entre Direito e Moral, senão vejamos, mais uma vez socorrendo-nos de suas lições, *in verbis*:

“A primeira parte versa sobre a posição anterior ao livro de 1992. Nessa concepção, há um elemento que perpassa os dois primeiros capítulos: uma relação de complementaridade entre Direito e Moral. Mesmo levando em consideração as conquistas da *linguistic turn*, poderíamos enquadrar essa proposta, que se legitima a partir da relação de complementaridade entre

¹ MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas, 3ª ed.rev.atual.ampl. Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, p. 31.

Direito e Moral, como uma proposta herdeira da Filosofia do Direito de Kant.

A segunda parte examina a posição contida no livro de 1992, que versa sobre a ruptura no modo de conceber a relação entre moralidade e juridicidade e como isso implica um novo modo de fundamentar o Direito. Nos trabalhos anteriores, havia uma relação de complementaridade entre essas esferas. Agora, Habermas declina dessa complementaridade em favor de uma relação de co-originalidade entre Moral e Direito, a partir da qual a proposta de uma teoria discursiva do Direito afasta-se da tradição da razão prática e de

uma Filosofia do Direito Kantiana.²

Dessa forma, fica bastante claro que agora Habermas descarta o pensamento Weberiano quanto a uma racionalidade jurídica divorciada de uma conotação prático-moral, e sustenta mesmo que só é possível uma legalidade legítima a partir do momento em que os discursos jurídicos se apresentarem revestidos de insuspeita roupagem moral.

De qualquer maneira, nossa preocupação nesse momento é desde logo ressaltar, de uma vez por todas, a exclusão, na doutrina Habermasiana, da normatividade imediata da razão-prática, e mais, que somente a partir de uma relação de co-originalidade, repetimos, entre normas jurídicas e também morais, é que se viabiliza o Direito resultante da inequívoca manifestação da vontade dos membros da comunidade.

Explicitemos: no compreender de Habermas, somente da co-originalidade do Direito e da Moral é que decorre uma neutralidade deontológica ocasionadora da tensão lingüística entre facticidade e validade, donde resultará, veremos, a convivência da universalidade com a concretude do Direito.

Como explica ainda o Professor Luiz Moreira:

“Essa dança, entre facticidade e validade, é que vai permitir ao Direito moderno constituir-se como *medium* de intregação social e assim conduzir a um processo legislativo que é fruto da opinião e da vontade discursiva dos cidadãos”.³

² Op.cit., p. 23-24.

³ Idem, p. 25.

6.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A reduzida dimensão que caracteriza este trabalho leva à necessidade de avançar teórica e cronologicamente rumo aos sustentáculos doutrinários do Estado Democrático de Direito, *habitat* absoluto da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas.

Contudo, espera-se que a breve abordagem sobre as exigências pós-metafísicas de legitimação do Direito - bem como e precisamente a desconsideração de paradigmas consuetudinários ou mesmo embasados na razão-prática Kantiana - tenha sido suficiente para a introdução aos demais títulos que enfrentaremos mais à frente.

Por outro lado, tem-se ainda uma preocupação inicial de adiantar que não se pretende neste capítulo apresentar qualquer conceito exauriente ou mesmo qualquer fórmula quanto ao que se indigita Estado Democrático de Direito.

O objetivo é tão-somente contextualizar a teoria habermasiana do agir comunicativo dentro da neutralidade derivada da co-originalidade do Direito e da Moral, e nas delimitações do próprio Direito enquanto *medium* da tensão entre facticidade e validade, posto que essa tarefa se torna sobremaneira facilitada quando empreendida simultaneamente com a análise dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, mormente quando se tem como destino a agregação do PROCESSO em todo este sistema.

Com efeito, e não obstante ressalvas e reservas que muitos doutrinadores fazem ao regime democrático de governo, o fato é que as experiências em todo o mundo têm demonstrado que nenhuma outra forma se revelou mais adequada à gênese humana.

Mas não se deve desconsiderar tais reservas. Nenhuma outra dificuldade tem trazido tanta desinteligência e tanto sofrimento ao homem quanto aquela verificada na tentativa de se promover a correspondência entre a vontade popular e a efetiva atuação do estado, enquanto gestor da coisa pública e condutor das grandes questões sociais.

Aliás, é mesmo bastante provável que em nenhuma experiência política isso tenha ocorrido a contento.

94

Contudo, nem por isso têm sido em vão os esforços acadêmicos e também de inúmeras organizações, no entorno do mundo, objetivando diminuir o distanciamento dos fatores desagregadores respectivos, dentre os quais se pode arrolar o abuso do poder econômico, a intolerância, a ganância, a deficiência cultural e a corrupção, esta em todos os seus famigerados aspectos.

Nesse sentido, é de todo louvável - e já com elogios oficiais - a perseverância do Departamento de Pós-Graduação da Faculdade Mineira de

Direito/PUC-Minas, reconhecido Centro de Excelência em Direito Processual pelo Ministério da Educação e Cultura, em concentrar ênfase na pesquisa e na produção científica para o incremento de teses colaboracionistas com o ideal, implantação e preservação do Estado Democrático de Direito.

Vê-se ressaltado nesse esforço cívico continuado o Princípio da Supremacia da Constituição, especialmente através da irrestrita consagração do Processo como garantia legitimadora de todas as práticas inerentes aos interesses sociais, quer no âmbito legislativo, executivo ou judicial.

A propósito, e embora já se observe o arcabouço desses procedimentos no ordenamento jurídico dos estados politicamente organizados, e adeptos do exercício democrático, muito ainda resta para o estabelecimento de métodos aglutinadores dos anseios de sociedades a cada dia mais pluralistas, e a busca do equacionamento de toda essa questão é o que se pretende revisitar a seguir.

Contudo, é pertinente ainda o aproveitamento ilustrativo da doutrina do Profº. Marcelo Cattoni, que enfatiza os elementos e paradigmas do Estado Democrático de Direito, senão vejamos:

“Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Jurisdição Constitucional deve referir-se primeiramente aos pressupostos comunicativos e às condições processuais para uma gênese democrática do Direito. Tal perspectiva não poderá reduzir-se a uma leitura meramente instrumental do processo legislativo, como sugerem os enfoques liberais da política, pois há que se levar explicitamente em conta o caráter normativo dos princípios constitucionais que justificam a legitimidade desse processo. Mas esses princípios não podem nem necessitam ser interpretados como valores concretos de uma dada tradição ético-política, como sugerem alguns republicanos, a partir de uma teoria substantiva dos direitos fundamentais ou de uma teoria do devido processo substantivo.

95

Nessa perspectiva, a Jurisdição Constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação, nos processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, em matéria constitucional, através de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as

condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação reflexiva do princípio do devido processo legal, compreendido, aqui, como “modelo constitucional do processo”, a si mesma.

Deste modo é que a garantia dos direitos fundamentais e a garantia do direito das gerações futuras ao exercício da autonomia jurídica -autonomia política, capacidade para uma escolha racional e auto-realização ética- que se ramifica no uso público das liberdades comunicativas e no uso privado das liberdades subjetivas, repousam e são desenvolvimentos das duas garantias constitucionais processuais básicas acima elencadas.⁴

Já começa, assim, a consolidar um liame inseparável entre DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL e validade do DIREITO, que marcará todo este capítulo.

6.3 A TEORIA DO PROCESSO

Já se havia sinalizado no tópico anterior a respeito do processo enquanto garantia da prevalência dos princípios constitucionais que embasam, justificam e fundamentam o Estado Democrático de Direito. Também asseverou-se que essa principiologia, para o fim colimado, deve incidir eficazmente em todos os âmbitos da atividade estatal e privada, e é principalmente sobre esse aspecto que iremos agora abordar.

Com efeito, não se poderia falar em ampla democracia - ou em democracia pura - sem que houvesse ao menos em tese a possibilidade fática da irrestrita

⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Direito Processual Constitucional. Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2001, p. 259/260.

participação popular nos debates e decisões inerentes à formação, questionamento e modificação das leis, às suas formas de aplicação e nos julgamentos dos conflitos eventualmente surgidos, que não são poucos e parecem mesmo ser parte integrante da natureza humana.

Embora muitos têm sido os modelos e as propostas de mecanismos para se levar a efeito aquela participação comunitária - quer fora, quer no âmbito do Estado Democrático de Direito - é certo que em nenhum deles obteve-se melhor

efetividade que a verificada quando da opção pelo PROCESSO, na sua mais ampla e novel acepção.

Nos ensinamentos de Marcelo Cattoni, ao abordar sobre o Processo Constitucional como Instrumento da Jurisdição Constitucional, temos:

“O Processo caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório. Contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre que houver o procedimento realizado-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”.⁵

Como não poderia deixar de ser, à medida em que a Teoria de Agir Comunicativo aumenta sua influência nos interesses sócio-políticos, o contraditório, simultaneamente, galga o *status* maior dentre as características inerentes ao Devido Processo Legal, abrangendo inclusive, implicitamente, a ampla defesa e a isonomia, porquanto propicia o desbastamento de todos os ranços herdados das instituições arcaicas e do contratualismo.

O Profº. Rosemiro Pereira Leal, que como poucos lutam pela divulgação e aperfeiçoamento da Doutrina Fazzalariana, também nos oferece

⁵ Op.cit., p. 193.

convincentes lições quanto à inequívoca supremacia do Processo Constitucional como instrumento de integração democrática. Vejamos:

“É o devido processo legal, como co-extensão procedimental do devido processo constitucional, que vai estabelecer o espaço discursivo legitimador da decisão a ser neste preparada por todos integrantes de sua estrutura procedimental. A atividade processual re-constitutiva desse modelo

de decidir, desde a criação da lei até sua aplicação, supressão ou regulação, é que implicará concreção fundamentada do projeto constitucional democrático na contrafactualidade do mundo da vida ou mediante a problematização dos eventuais conteúdos de legalidade hostil ao paradigma do Estado democrático de direito.

Com isso, evitam-se as consequências jurisdicionais de uma “praxis intramundana totalmente prejudgada pelo sistema lingüístico” do decisor solipsista e de ancoragem a uma razão prática ou de puras conotações jusnaturalista, jusracionalista ou realista de um verdadeiro saber genético ou demiúrgico de uma filosofia do sujeito ou da vida. Na democracia, a mundanidade do direito não tem existência coercitiva ou força normativa enquanto não se encaminha ao espaço legiferante ou correicional reconstrutivo da procedimentação devidamente processualizada.

É o desconhecimento da teoria fazzalariana do processo, como degrau de iniciação democrática, que coloca a democracia a reboque da jurisdição ainda estatalizada em concepções entitativas e autocráticas aqui já mencionadas e que se prestam melancolicamente ao ensino de filosofias de um direito arcaico.⁶

6.4 A TEORIA DO PROCESSO E O PROCESSO LEGISLATIVO

Está-se a observar, que a Teoria do Processo com vistas ao Devido Processo Constitucional, não permite qualquer restrição quanto à sua aplicação em todos os interesses humanos, abrangendo desde o procedimento de formação da lei até a prolação de decisões jurídicas, *latu sensu*.

Essa ponderação é necessária, porquanto o objetivo maior é o pensamento de Habermas sobre o Direito como Categoria da Mediação Social entre Facticidade e Validade, onde não se pode de forma alguma prescindir de todo

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual e Decisão Jurídica, op.cit., p. 104.

esse sustentáculo preliminar, e assim se está a justificar cada fase dessas articulações.

Relativamente ao Procedimento Legislativo, questão sempre presente é sobre a soberania e função legislativa, onde é lugar comum se perquirir quanto à possibilidade ou não da transferência total ou de parcela de soberania do povo aos respectivos parlamentares, ou seja, se isso ocorre com a outorga do mandato

político e mesmo se seria consentâneo com a principiologia do Estado Democrático de Direito.

A preocupação mais evidente ocorre em razão de que normalmente o cidadão, ao conferir aquele mandato, vê-se ao depois completamente alijado dos procedimentos de formação das leis.

Parece, também, que se está diante de um substabelecimento sem reserva de poderes, o que não coaduna de forma alguma com a idéia de soberania, no caso, e à evidência, do outorgante.

Entrementes, sente-se aqui, mais uma vez, a necessidade de ilustrar esses fundamentos com os ensinamentos sempre lúcidos do Prof^o. Rosemiro Pereira Leal, *in verbis*:

“A única fonte legítima (originária) de poder, no mundo pós-moderno (mundo da história não linear), é o POVO e a fonte secundária é a lei (ordenamento jurídico) criada pelo POVO, cabendo ao Estado, como uma das instituições da NAÇÃO exercer a função de fazer cumprir a lei pelos segmentos básicos do serviço público (executivo-administrativo, comissário-legislativo, judiciário). Estado não é [...] soberano por atributo intrínseco, mas exerce a soberania por delegação popular numa relação jurídica revisível a qualquer tempo pelo povo”.⁷

A clareza desse destaque não deixa pairar qualquer dúvida de que a legitimidade do parlamento se concretiza na imprescindível obediência ao Devido Processo Constitucional, no sentido de não se afastar da ampla discussão comunitária no decorrer de toda a sua agenda, consistindo assim num mero

⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e Mercado Mundial, op.cit., p. 304.

coadjuvante consentido do povo, ao passo que este sempre estará a exigir o acesso à parlamentariedade em contraditório, ampla defesa e irrestrita isonomia.

Também pede-se *venia* mais uma vez, agora para buscar em André Del Negri substratos desses fundamentos, mormente atendendo aos aspectos da democratização discursiva que deve permear todo o itinerário legiferante, senão vejamos:

“Tem-se que, reconstrutivamente, criar uma nova concepção a respeito de povo e visualizá-la sob um outro enfoque, abandonando o discurso do ‘povo ícone’ apontado por Friedrich Müller⁸ e, ainda, defender o caráter democrático do ‘poder’, reconhecendo no povo a figura de um agente, dentro de uma sociedade homogênea, na qual os mandatos recaiam sobre todos, de maneira igual. Todos os representantes políticos, no momento de elaboração das leis, devem fazer uso desse discurso por meio do contraditório e da ampla defesa dos interesses da sociedade que levarão a um consenso sobre os princípios de elaboração da vontade e, com base nestes, pela institucionalização de direitos pela vontade soberana.

Nesta perspectiva, as fases de elaboração e aprovação das leis poderiam ser levadas a uma melhor democratização discursiva entre os parlamentares por intermédio da rigorosa observância aos princípios institutivos do processo constitucional. Um espaço efetivamente democrático de produção da lei requer, ainda, canais que permitam a sociedade se manifestar por meio da utilização dos institutos democráticos da iniciativa popular, plebiscito e referendo.

Como visto, de acordo com Friedrich Müller, as normas para serem legítimas devem comprometer-se com a democracia, que só será conquistada se todas as fases de produção normativa também o forem. Para tanto, o povo deve ser visto como instância global de legitimidade democrática, já que pela sua participação tudo é criado ou destituído a qualquer momento através do exercício da cidadania, que por sua vez, gera decisões soberanas”.⁹

6.5 A TEORIA DO PROCESSO E O PROCESSO JURISDICIONAL

É imprescindível, agora, a abordagem do Procedimento Jurisdicional na

⁸ MÜLLER, F. Quem é o povo? A questão fundamental da Democracia, 2ª ed. Max Limonad, 2000, p. 59/64.

⁹ DEL NEGRI, A. Controle de Const. no Processo Legislativo, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2003, p. 31.

perspectiva do Estado Democrático de Direito, e teremos que, de ante-mão, fazer algumas alusões aos equívocos observados face a uma deturpada interpretação da Teoria do Processo, bem como enfatizar as propostas que permitiriam, no contexto da *praxis* jurisdicional, deixá-la verdadeiramente apta enquanto instrumento de integração social.

Argumentando, não se ousaria aqui anuir, irrestritamente, com posicionamentos freqüentemente sustentados por inúmeros juristas, sociólogos e economistas, no sentido de que nos estados com ordenamento jurídico influenciado precipuamente pelo Direito Romano, o Direito seria menos eficiente para corresponder aos anseios gerais dos povos, do que aquele engendrado pelas nações que optaram, ou de qualquer forma adotaram, ou foram ainda impelidas a adotar, o sistema da *common law*.

Entende-se, inclusive, tratar-se de polêmica inteiramente dispensável, diante das questões aqui abordadas, mesmo não sendo, de todo, a elas estranha. Contudo, mesmo uma despreocupada comparação estatística poderia ser razão suficiente para ao menos não se descartar aquela possibilidade, embora casos isolados insistem em apontar realidade diversa, certamente denunciando que o problema não pode ser analisado somente por esse prisma.

De qualquer forma, o fato é que, tanto num como noutro sistema, verifica-se flagrante ineficiência no que diz respeito à irrestrita aplicação dos princípios maiores do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e também do próprio acesso à justiça, e, a cada dia, a profissionalização exacerbada do *modus operandi* dos negócios jurisdicionais tem afastado do processo a ampla possibilidade discursiva entre as partes diretamente interessadas, as quais pouco e às vezes em nada participam da construção dos provimentos que atingirão suas esferas de interesse jurídico.

Nota-se, diante dessa realidade, um misto de tradição totalitária com uma realidade social criadora de um individualismo insensível, onde a espoliação dos mais fracos encontra campo fértil numa convivência sem qualquer política ou articulação com objetivo à solidariedade, à equidade, enfim, ao humanismo.

Com esse contexto também colabora o manifesto despreparo de significativa parcela dos profissionais do direito, muitas vezes mais hábeis ao pugilato que à nobre e serena organização do espaço discursivo, possivelmente

101

fruto de uma escola de direito às vezes manifestamente divorciada das grandes propostas cívicas e morais, e que há muito deixou de ser, lamentavelmente, referência insuspeita de formação de homens com vocação para o compromisso com a causa pública.

A propósito, parecem bem adequadas as preocupações do Prof^o. Luiz Moreira, quanto a esse aspecto, ao articular:

“Ora, a partir do momento em que as políticas sociais desse Estado vão além da simples pacificação dos conflitos de classe surgidos no processo produtivo, à medida que se desenvolve uma onda de monetarização e burocratização das esferas nucleares do mundo da vida e que os cidadãos, que outrora se caracterizavam pelo exercício do poder político, transformaram-se em clientes, surgem os efeitos colaterais da presente juridicização. O paradoxo é o seguinte: as políticas do Estado Social e democrático visavam à integração social, no entanto, o processo de juridicização baseava-se, fundamentalmente, nos meios do dinheiro, através do processo produtivo, e do poder, fundado na burocracia, o que ocasionou uma desintegração do modo de reprodução do mundo da vida, pois suas esferas de sociabilidade básica são reduzidas, paulatinamente, ao modelo jurídico empregado.

O efeito colateral dessa quarta juridicização consiste na secundarização da participação política. A democracia cede lugar à burocracia, pois a exigência democrática da participação política e do exercício da cidadania submete-se à forma como esses direitos políticos são exercidos, portanto, ao modo como se exige que eles sejam efetivados através de preceitos burocráticos. Ora, não se trata de negar ao cidadão seu direito ao voto, à associação e à participação, mas tão-somente de criar procedimentos burocráticos que se fazem indispensáveis à participação, o que evidentemente cria um embaraço, pois, tentando institucionalizar a participação política através da criação de procedimentos que lhe dêem efetividade, acaba-se por impedir que grande parte dos cidadãos tenham acesso a essas vias, o que acontece em todas as esferas da vida pública e política.¹⁰

Essa realidade inibe de forma lamentável a configuração do processo jurisdicional como um dos pilares da garantia irrestrita da participação democrática, já que empobrece o sistema e subtrai legitimidade do ato, que passa a ter como característica única a legitimidade pela legalidade, algo não mais compatível com as atuais exigências sociais.

¹⁰ Op.cit., p. 58/59.

Na já mencionada obra Técnica Processual e Teoria do Processo, o Prof^o. Aroldo Plínio fornece à comunidade jurídica lições inequivocamente inovadoras da concepção de contraditório, abrindo caminho para uma necessária e já tardia reformulação da norma processual. Vejamos:

“A essência do contraditório, a garantia de uma participação

simetricamente igual nas atividades que preparam a sentença, e seu objeto, a questão que pode se transformar em questão controvertida, incidem, naturalmente, no plano processual. A participação é participação no processo e a questão é questão do processo, sobre ato do processo. Mas aí está a grandeza do contraditório. A sua presença no procedimento que prepara o provimento possibilita que as partes construam, com o juiz, o autor do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que, assim, participem da formação da sentença.

A finalidade do processo jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: como a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direitos.

A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretenso direito lhes é negado.

A instrumentalidade técnica do processo, nessa perspectiva do Direito contemporâneo, não poderia, jamais, significar a técnica se desenvolvendo para se produzir a si mesma. A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos.¹¹

Na mesma trilha, o Profº. Rosemiro Pereira Leal complementa e enriquece essas lições, enfocando seu pensamento especialmente na questão da isonomia, para dar-lhe sua mais ampla acepção, e para que se permita, no âmbito do espaço discursivo procedimental, igualar os agentes comunicantes em todos

¹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Op.cit., p. 170/171.

os aspectos e hipóteses. Assim é que, refutando a doutrina de Gadamer, *in* Verdade e Método, traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica,¹² ensina o Insigne Mestre:

“Entendem, por uma unanimidade silenciosa e culturalmente jurisprudencializada, que a ordem jurídica social, moral ou ética decidida pela autoridade judicante, legislativa ou executiva é sempre legítima, desejável e

legal, se obtiver, em caso de controvérsia, aprovação do Judiciário como única ou última instância orgânica de discussão e decisão exauriente de quaisquer dúvidas. Para eles, a interpretação é sempre autopoietica, porque, considerando ou não o ordenamento jurídico completo ou lacunoso e a própria lei estabelecendo que, em caso de insuficiência ou lacuna (omissão) da lei, o juiz suprirá a falha do legislativo, também seria norma jurídica a que determinasse o juiz preencher com suas próprias normas a lacuna da lei, resultando, portanto, atendido o princípio da reserva legal.

O círculo hermenêutico desse intérprete, por lições de Gadamer, apesar da recomendação de que os significados de palavras devam ser compreendidos numa escala ascendente de suposição, conjectura e certeza, numa espiral enunciativa de conclusões sucessivas em face de um texto legal, tende a um movimento interpretativo de retorno constante aos pontos de partida da normatividade do sistema. Em não se interessando pelo paradigma teórico legitimante da estabilidade (condição espaço-jurídica) asseguradora da validade e eficácia dos efeitos decisórios da atuação da normatividade constitucionalizada, esses intérpretes ficam dogmaticamente confinados, para proferir decisões compulsórias, nos limites repertoriais e estruturais do sistema jurídico sem se vincularem ao referente jurídico-teórico fundante da normatividade (paradigma) que é o ponto conceitual da identidade hermenêutica do sistema e da legitimidade de enunciação, positivação, recriação e aplicação do direito adotado.

O ensino de Gadamer, seguido por Larenz, que afirma a imprescindível ligação do texto com o intérprete como base comum de uma pré-compreensão necessária de acesso às normas jurídicas, é que vai autocraticamente suprimir o *medium* lingüístico do PROCESSO constitucionalizado na produção das decisões jurídicas. Na lógica gadameriana, a norma só é elucidada por uma cadeia de tradição entre valores juridicamente positivados. O axiológico e o deontológico, para Gadamer, se jurisprudencializam, perenizando o sentido das leis e das decisões judiciais e administrativas, sem que haja um espaço dialógico (*medium* lingüístico processual), entre sujeitos de direito, garantido pelo procedimento (devido

¹² GADAMER, H. George. Verdade e Método, traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 2ª edição, editora Vozes, Petrópolis, 1998, p. 439.

processo legal - devido processo legislativo), como recinto discursivo (isegórico) por argumentos e alegações de direito, regido pelo DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL em que a isonomia dos interlocutores em contraditório se exerce pelos aspectos isotópicos (igualdade perante a lei) e isocríticos (igualdade para destruir ou recriar leis) entre a legalidade aplicável e a decisão decorrente.

Com a eliminação do *medium* lingüístico procedimental regido pelo DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL, a linguagem construtiva da

decisão reproduz exclusivamente os valores da “cadeia da tradição” que une o decisor e os conteúdos da lei aplicável, tornando o ATO DE DECISÃO um juízo solipsista conjecturado na esfera das filosofias da consciência e do mundo da vida do sujeito-julgador com descarte de compartilhamento argumentativo, por via de uma estrutura jurídico-procedimental, como lugar intermédio fundamental de pré-compreensão decisória a ser desenvolvida pelos sujeitos do PROCESSO (interlocutores legais) na preparação do provimento.¹³

Esta visitação no que há de mais inovador na Teoria do Processo, era, conforme já se asseverou anteriormente, imprescindível tanto para a formação do entendimento que se procura desenvolver no restrito âmbito da Tensão entre Facticidade e Validade, como para a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias.

Afinal, sem dúvida, a grande proposta que se tem em mente é a análise da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas a partir do PROCESSO, e inclusive para uma eventual conclusão sobre até onde seria possível se alargar aplicativamente o espaço jurídico dialógico.

Dessa forma, não poderíamos mesmo deixar de preparar o alicerce do tema central sem antes promover uma depuração entre Processo e Ante-processo, este no sentido da negação da principiologia do Estado Democrático de Direito.

Estruturando assim o esquema de pesquisa e exposição, parte-se então, inicialmente, para a sedimentação da tese do PROCESSO enquanto instrumento de integração social, para ao depois concentrar esforços na abordagem do Capítulo I, Vol. I, de Direito e Democracia, entre Facticidade e Validade, de Jürgen Habermas.

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica, op.cit., p. 108/110.

6.6 A TEORIA DO PROCESSO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Na mesma linha de pensamento desenvolvida quanto aos PROCESSOS LEGISLATIVO e JURISDICIONAL, também quanto ao PROCESSO ADMINISTRATIVO devem incidir as premissas do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito.

É que, não seria completa a participação dos sujeitos comunicantes se se limitassem à interação nas fases legislativa e jurisdicional, e não adentrassem nos meandros dos procedimentos administrativos instaurados para a execução dentro dos parâmetros legais. Aliás, seria até mesmo a total derrocada do ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, porquanto está justamente na ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, direta e indireta, a instrumentação conclusiva da vontade popular, onde tornam estabelecidas as principais políticas sociais.

Aliás, se o distanciamento da comunidade governada é uma realidade marcante do legislativo e do judiciário, quanto ao executivo chega a ser uma característica, com o agravamento face ao distanciamento dos chefes de executivos das próprias leis, sejam legítimas ou não, com gestões administrativas inteiramente alheias aos princípios da TRANSPARÊNCIA, AUSTERIDADE, PUBLICIDADE, EFICIÊNCIA, dentre muitos outros.

Dessa forma, a imposição do espaço-discursivo, através do processo de arregimentação de propostas para a implementação das políticas afetas ao executivo, é necessidade fundamental, e sem a qual não se pode falar em ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, e a TEORIA DO PROCESSO, aliada à TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO, de Habermas, é também inteiramente hábil e mesmo especialmente destinada a essa finalidade, e que viria complementar as iniciativas já observadas, como o ORÇAMENTO PARTICIPATIVO e outros mecanismos de consultas à população interessada.

6.7 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL

Depois de abordados alguns aspectos sobre o Estado na ótica do Estado Democrático de Direito, assim como a respeito da Teoria Processual, tendo como paradigma o Direito Processual Constitucional, já é hora de enfrentar a questão

106

inerente à posição e utilidade do PROCESSO face aos interesses maiores dos povos, principalmente no que se refere à efetiva participação na problematização e ulterior solução de temas inerentes à formação das leis, aos dissídios judiciais, às opções e planos administrativos, enfim, aos negócios do Estado.

Contudo, nessa altura não mais se aterá aos aspectos históricos e à crítica de outras escolas e pensamentos díspares, pois, imagina-se já ter se tratado a

contento dessas questões, ou ao menos o suficiente para o prosseguimento.

Com efeito, objetiva-se doravante, num primeiro plano, localizar na pós-modernidade onde se encontram os principais fatores de desagregação e exclusão sociais, para ao depois tentar sustentar que o PROCESSO, expurgado de todas as desinteligências que o cercam, é o instrumento apto a recepcionar, em todos os âmbitos da vida, a atividade discursiva destinada à integração social, esta na plenitude e contexto de uma democracia pura.

À evidência, e a despeito do que já se ressaltou acima, não se tem a pretensão de articular uma defesa do PROCESSO enquanto único instrumento destinado ou adequado àquela finalidade. O curso que se tem a seguir é demonstrar que o PROCESSO, nas suas conotações legislativa, judicial e administrativa, é, também, instrumento imprescindível ao sucesso da Teoria Habermasiana do Agir Comunicativo, enquanto meio democrático de integração social.

No mais, tanto no mundo da vida como no pensamento de Habermas, múltiplas são as possibilidades daquele sucesso, cada uma atendendo ao momento e às características sócio, cultural e econômicas de cada povo, o que faz revelar a consistência e responsabilidade científica daquele Autor.

6.8 A DESAGREGAÇÃO E EXCLUSÃO SOCIAIS

Não são poucos os fatores que há muito têm implantado no seio das comunidades a característica da ausência de políticas e costumes tendentes à aglutinação e à articulação para a adição de esforços em prol do bem-estar social. Pode-se arrolar os conflitos armados, as diferenças e intolerâncias quanto a cultos religiosos e etnias, os movimentos migratórios, a desordem urbana e os modelos de arquitetura, os conflitos agrários, a grande desigualdade sócio-

107

econômica entre pessoas de uma mesma comunidade, dentre outros.

Entretanto, nenhuma dessas razões colaborou tanto com a desagregação e a exclusão sociais como o impensado (sob o ponto de vista da harmonia coletiva) e insensível avanço tecnológico, que, sem qualquer preocupação quanto à reciclagem e adaptação prévia das classes menos favorecidas, bem como quanto ao equilíbrio nas demandas de oferta de emprego face à mão-de-obra disponível,

promoveu a segregação de significativa parcela da população mundial, refletida nas altas taxas de desemprego, no abandono de políticas públicas humanizadoras, no aumento ostensivo dos índices de violência, enfim, de toda ordem de disfunção imaginável.

Instalada esta realidade, nada mais poderia se esperar senão a mútua desconfiança, a falência do diálogo, a acirrada competitividade e a inibição de iniciativas que pudessem promover ambiente de solidariedade e arregimentação de boas ações comunitárias.

Toda essa situação não seria tão desastrosa se a maioria dos países não agregassem culturas e valores subalternos, decorrentes de governos totalitários, agora em grande parte substituídos por gestões econômicas vorazes, desencadeadas em escala global, e levadas a efeito sob indefensável propaganda consumista e desarticuladora das bases de integração social.

De modo algum se está a negar os benefícios e a necessidade de avanços tecnológicos. Mas, nada pode sustentar o seu divórcio do complexo das políticas de preservação do mercado de trabalho, dos mecanismos de defesa da dignidade e dos valores primeiros das gentes, além do que, não há argumento para justificar a exclusão e degradação de comunidades, países e regiões continentais inteiras, em processo de lamentável dizimação pela fome, doenças e falta de perspectivas.

6.9 DA NECESSIDADE DE IRRESTRITA INTEGRAÇÃO SOCIAL

Não só é muito pouco para os padrões de democracia, a participação consistente apenas no comparecimento esporádico às urnas, para a escolha de representantes políticos, como é esse um dos grandes males que deturpam o modelo e permitem abusos e desmandos de toda natureza, sem falar que isso permite o posterior distanciamento dos agentes políticos, não só da resolução das

108

questões de manifesto interesse popular, mas também do próprio povo, quanto ao qual só se precisará no próximo escrutínio.

Essa realidade não contribui na formação de qualquer igualdade entre os sujeitos, e sem igualdade nenhum projeto de integração social é desenvolvido com seriedade e possibilidades de sucesso.

Tratando daquilo que representa o Princípio Jurídico da Igualdade para o Estado Democrático de Direito, o Profº. Marcelo Galuppo, do Departamento de Pós-Graduação da Puc-Minas, é bastante elucidativo, *in* Igualdade e Diferença, *verbis*:

“Tal Sistema de Direitos preserva, de maneira impositiva, um mínimo de racionalidade que os discursos jurídicos devem realizar, caso se pretendam legítimos. Em outros termos, um ordenamento só é legítimo se garantir mecanismos de igual participação na produção do próprio direito, de forma que os destinatários se percebam, simultaneamente, como seus próprios autores (Habermas, 1994a:499). Este é o sentido essencial da autonomia que caracteriza a regulação jurídica moderna: o direito que criamos é legítimo porque visa regular nossa própria vida, ou, dito de outra forma, o direito que regula nossa própria vida é legítimo porque criado por nós.

O Sistema de Direitos, essencial para a autocompreensão do Estado Democrático de Direito, exige uma reinterpretação tanto dos direitos fundamentais liberalmente expressos quanto dos direitos materiais do Estado Social. É preciso nesse novo paradigma reinterpretar aqueles direitos individuais e sociais, como classicamente concebidos, também como direitos de participação para a formação da opinião pública e controle dos sistemas sociais.

Visando garantir instrumentos para inclusão dos cidadãos nos discursos jurídicos, a idéia de um Sistema de Direito como garantia e mesmo como substrato da legitimidade do Estado Democrático de Direito, que é essencialmente um Estado pluralista, revela a importância da Igualdade para o paradigma procedimental do direito e da política presente na Ética do Discurso e na Teoria Discursiva do Direito. A liberdade da vontade e sobretudo a igualdade (no caso, igualdade formal e substancial de participação nos discursos de justificação e de aplicação de normas jurídicas), à medida que condicionam a realização da situação ideal de fala, são pressupostos da legitimidade das normas práticas produzidas ou aplicadas pela comunidade real de comunicação, sobretudo das suas normas jurídicas. Isso porque a Teoria Discursiva do Direito mostra que os discursos de justificação e de aplicação das normas jurídicas têm de preencher duas condições para serem válidos.

109

Primeiro, que as decisões se façam com base na coerção do melhor argumento. Segundo, que todos os interessados e envolvidos possam levantar e criticar argumentos (Alexy, 1989:283)”.¹⁴

Depreende-se que já resta inescapável a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, que a cada momento faz revelar sua aptidão e inegável aplicabilidade no esforço para a integração social. Da mesma forma, observa-se também que ao

pleito eleitoral periódico devem-se somar cotidianos exercícios de cidadania, e que quanto aos quais os cidadãos, sob a égide do Estado Democrático de Direito, não podem lamentar quanto à falta de previsão no ordenamento jurídico, já que no texto constitucional respectivo, certa e obrigatoriamente, estarão previstos, por exemplo, o plebiscito, o *referendum*, a liberdade de manifestação e de reunião em partidos políticos, sindicatos, associações para defesa de interesses difusos e coletivos, além, é claro, da liberdade individual de todos os homens de se posicionarem de forma inequívoca na luta e na defesa pelos seus direitos e prerrogativas.

Ou seja, em verdade, e à exceção dos Estados Totalitários, falta mais articulação das pessoas (não sem motivo, já se ponderou acima) do que propriamente instrumentos de participação social, no que se tratará agora do lugar consagrado ao PROCESSO, nesse sistema.

6.10 O PROCESSO E A INTEGRAÇÃO SOCIAL

Espera-se ter conseguido, até o presente subtítulo, ofertar argumentos e fundamentos o suficiente para tornar o mais fácil possível o convencimento de que o PROCESSO é fator contributivo de INTEGRAÇÃO SOCIAL, ou melhor, que o PROCESSO é o PRINCIPAL FATOR DE INTEGRAÇÃO SOCIAL, no Estado Democrático de Direito.

Porém, desde logo, adianta-se também que não se pretende lançar elucubrações axiológicas quanto aos diversos fatores de integração social, mas, por outro lado, na real perspectiva que se analisou sobre a efetiva possibilidade da aplicação da Teoria Discursiva do Direito no contexto dos Processos

¹⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença - estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas, ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2002, p. 205/206.

Legislativo, Judiciário e Administrativo, fica sobremaneira facilitada a tarefa de sustentar e concluir que nada no ordenamento jurídico constitucionalizado possa ser mais abrangente e relevante no atendimento da principiologia democrática.

Ou melhor, em qualquer aspecto das infindáveis hipóteses de interesses sociais, os cidadãos podem, através do PROCESSO, serem os criadores do próprio direito que regulará suas interações, seus interesses, suas vidas.

Aportando-se na doutrina de Marcelo Cunha de Araújo,¹⁵ tem-se que são irretocáveis suas articulações, agora parafraseando também Calmon de Passos, conforme segue:

“Logo, como exposto, esse espaço de comunicação entre os “novos” agentes políticos (cidadãos, e não apenas o discurso das cúpulas interpretativas) deve ser visto como um direito-garantia fundamental para a própria efetividade da democracia. Assim, este “novo espaço” deve ser garantido pelo Estado a todo cidadão e deve conter características mínimas que permitam a participação do membro da democracia (de forma que reflita sua posição de integrante da comunidade democrática).

Dizemos, então, que o Novo Processo Constitucional é justamente esta garantia de participação do cidadão na justificação, interpretação e aplicação do direito. A verificação do processo como garantia de participação num paradigma de Estado Democrático de Direito é bem explicitada por Calmon de Passos:

‘Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. [...]

Cuida-se, portanto, de um problema de ordem política, não de algo que encontrará solução no campo da dogmática jurídica. Trata-se de definir a organização e as instituições que asseguram a democratização da sociedade, e isso é que informará a filosofia do novo processo jurisdicional, não o repensar-se o conceito de legitimação, de coisa julgada e outros afins. Essa a mudança de enfoque se põe como um desafio aos processualistas, chamados a recuperar, para o jurista, a condição de cientistas políticos sob pena de fazerem um discurso sem ouvintes e exercitarem uma ciência sem objeto. [...]

¹⁵ ARAÚJO, Marcelo Cunha. O novo processo constitucional, Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 90/91.

Correndo o risco de parecer leviano [...] ousarei dizer que esse processo novo, insurgente, assentará, basicamente, nos seguintes princípios: [...]

Superação do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito [...].

Cumpre-nos [aos processualistas], assim, usar a dogmática como arma ao invés de fazermos da dogmática a nossa alma de jurista’.”¹⁶

Outra, por conseguinte, não pode ser a concepção de direito na pós-modernidade, agora desvestido do manto da metafísica e dos valores das instituições arcaicas, pois somente assim, e principalmente através do PROCESSO, poder-se-á resguardar a integração social em comunidades pluralistas e cada vez menos dispostas à transferência de parcelas de soberania.

Também o Profº. Rosemiro Pereira Leal, na obra já citada, assinala a falência do sistema engendrado na modernidade, e, como sempre bastante seguro, apregoa:

“Ao se falar num direito processual da pós-modernidade, almeja-se, com essa expressão, identificar nos textos positivados o conjunto de normas institucionalizadas pelo modelo jurídico do devido processo constitucional que, em sua gênese, reúna significância de superação da heteronomia produtiva do direito de tal modo a ensejar a construção procedimental de uma legalidade que se abre à crítica corretiva ampla e irrestrita. Esse direito processual assume compromisso teórico com as respostas a serem dadas numa universidade pós-metafísica de instalação de comunidades jurídicas autoras, simultaneamente destinatárias, confirmadoras, reconstrutoras e operadoras do Estado democrático de direito discursivamente instituído.

A processualidade jurídica institucionalizadora e recriativa do acervo normativo do Estado democrático é que provocaria o salto para a pós-modernidade jurídica que requer não somente características de positividade (legalidade formal da modernidade), mas agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e

¹⁶ CALMON DE PASSOS, J. José. Processo e Democracia: in GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, K. (Coord.). Participação e Processo, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 95/96.

cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do princípio da democracia.

É na pós-modernidade concebida por um direito que não se contenta com pretensões de validade em bases meramente estratégicas de preservação de uma paz sistêmica, em que os destinatários das normas não são clientes passivos da legalidade produzida, é que se realizaria a legitimidade do direito mediante a estruturação procedimental criadora de situações jurídicas pelo

devido processo legislativo. Tais situações jurídicas se submetem a correições também processualizadas pelo devido processo legal como ponto de fuga da modernidade secularizada cuja produção jurídica se manifesta insuficientemente validada por uma razão prescritiva que, mesmo ocasionalmente apartada da tradição, ainda assim se impõem por uma deontologia (arbítrio) do saber técnico-jurisprudencial de assembléias de especialistas paternalizadoras de decisões não preparadas procedimentalmente numa relação normativa espaço-temporal em simétrica paridade construtivo-estrutural com os componentes da comunidade jurídica”.¹⁷

Em síntese, e dado o caráter de ordem pública de que se reveste o PROCESSO, este se revela, repita-se, como o mais abrangente e eficaz instrumento de efetiva integração social, porquanto permite aos povos mais que mera possibilidade relativa de participação, mas, absolutamente, a gerência do próprio Estado.

Concluídas estas ponderações, exige-se agora, face ao objetivo deste trabalho, o estudo das Teorias Habermasianas inerentes e enquanto permissoras da demonstração do direito como categoria da mediação social entre facticidade e validade, e procurar-se-á fazê-lo, inicialmente, analisando a Teoria do Agir Comunicativo, com ênfase na sua aplicação nos limites do PROCESSO.

6.11 O AGIR COMUNICATIVO E A FORMAÇÃO DA NORMA

A legitimidade das normas jurídicas sempre foi objeto de questionamentos, rebeliões e revoluções no decorrer de toda a história do direito, que, muito certamente, confunde-se com a história do próprio homem, e, ao menos até à modernidade, não havia ainda propostas para o equacionamento consistente

¹⁷ Op.cit., p. 28/29.

dessa questão.

Argumentou-se acima que o Direito, para que se caracterize como expressão da liberdade, precisa atender às exigências pós-metafísicas de legitimação (Luiz Moreira, p. 31), ou seja, desde que desvinculado de influências religiosas e consuetudinárias.

Esse patamar de exigência parece já ter transposto - na melhor e mais atualizada doutrina jurídica e da filosofia do direito - os empecilhos que o confrontavam. Assim, o desafio que se apresenta é justamente qual ou quais teorias possam atender às exigências de validade jurídica observadas concomitantemente com o advento da pós-modernidade.

Recepcionando a teoria de Habermas, ao mesmo tempo em que refuta a proposta Weberiana do acordo normativo embasado na tradição, o Profº. Luiz Moreira sustenta:

“Em sociedades pós-metafísicas, o Direito agregou ao seu conceito um caráter pós-tradicional de justificação. Por sua vez, esse caráter pós-tradicional do Direito se deve ao fato de sua institucionalização realizar-se através de ordens legítimas, que têm como pressuposto um acordo, o qual, por seu turno, funda-se em um reconhecimento intersubjetivo de normas. No entanto, segundo a análise habermasiana sobre a posição de Weber, quando um acordo normativo funda-se na tradição temos uma ação comunitária convencional. No momento em que esta ação normativa desliga-se da tradição e é substituída por uma ação do tipo racional, conforme fins orientada para o sucesso, estabelece-se o problema de como ordenar legitimamente esse acordo normativo (Habermas, j. Teoría de la acción comunicativa, t. I, p. 331).

Quando isso acontece é preciso que haja uma reviravolta sobre o acordo normativo. É preciso que se passe de um acordo firmado sob a tradição para um acordo comunicativamente alcançado, isto é, um acordo alcançado segundo um consenso. À medida que se concorda sobre o que deve valer como ordem legítima, a ação comunitária do tipo convencional é substituída por uma ação societária do tipo racional”.¹⁸

Essas propostas confrontam inconciliavelmente com o entendimento defendido por Weber, e que enfatiza, na modernidade, o chamado DIREITO DE

¹⁸ Op.cit., p. 31/32.

JURISTAS, impregnado pelo profissionalismo elitizado e divorciado da possibilidade de qualquer espaço discursivo daqueles cuja esfera jurídica de interesses era atingida pelos provimentos respectivos.

6.11.1 RAZÃO PRÁTICA X RACIONALIDADE DO DISCURSO

Os fundamentos dessa transposição são também irrefutavelmente constatados a partir da confrontação do caráter de OBRIGATORIEDADE que identifica a RAZÃO PRÁTICA, com a RACIONALIDADE DO DISCURSO, obtida com a verificação do *medium* lingüístico.

Em síntese, a diferença mais marcante é que, através da RAZÃO COMUNICATIVA, objetiva-se num primeiro e obrigatório plano o ENTENDIMENTO entre os sujeitos interessados. Mais adiante, na mesma obra, o Profº. Luiz Moreira mais uma vez é enfático, quando deduz:

“Por esses motivos a razão comunicativa é considerada como um componente de uma assim chamada teoria reconstrutiva da sociedade. É a partir dessa formulação que Habermas recusará o conceito tradicional de razão prática, tendo, assim, de abandonar a concepção normativa que interpreta o direito como filiado à moral. No entanto, é conforme a esse quadro conceitual que ele lançará as luzes para vislumbrar os discursos no seio do poder democrático exercitado sob os auspícios do Direito. Assim, toda gênese do Direito, da legislação, da administração e da jurisprudência é interpretada como parte de um processo de racionalização do mundo da vida em sociedades modernas abertas às pressões dos imperativos sistêmicos. Portanto, oferece-nos a oportunidade de refletir sobre os aspectos da composição da juridicidade.”¹⁹

6.11.2 AGIR COMUNICATIVO E INTEGRAÇÃO SOCIAL

Atendendo a todos esses apelos de incontestável índole democrática, o AGIR COMUNICATIVO, nas incontáveis e mais diversas hipóteses que o

¹⁹ Op. cit., p. 102.

mundo da vida possa ocasionar, resulta no mais legítimo e adequado instrumento de INTEGRAÇÃO SOCIAL, em face da correspondente e inigualável legitimidade dos sujeitos comunicantes, detentores únicos do poder no Estado Democrático de Direito.

Do mesmo modo, o método também assegura a discussão que se fizer necessária face à mobilidade dos próprios conceitos e anseios sociais, elegendo assim a falibilidade popperiana como entidade sempre presente e enfrentável, o que em Habermas se intitula MÉTODO RECONSTRUTIVO.

O já muitas vezes citado Mestre Cearense também articula sobre este aspecto, enfatizando que somente a partir da efetiva confrontação de dogmas é que se poderá desobstruir o caminho para a democracia plena, e desenvolve:

“No agir comunicativo, temos um envolvimento, por parte do mundo da vida, que nos fornece uma certeza imediata que funciona como uma fonte para nossa vida e para nosso ato da fala. Isso vem a ser como que uma fonte condensada e mesmo deficiente de poder, sendo também um saber que se apresenta de modo irreflexo. No entanto, guiamo-nos como se esse saber fosse um saber condensado que possui características de um saber absoluto (Habermas, J. Direito e Democracia entre facticidade e validade, t. I, p. 41). Isso porque essa fonte de saber é tão intimamente original que nos remetemos a ela como se fosse algo inquestionável, uma vez que não é falível e tampouco falsificável.

Esse saber, no entanto, perde essa dimensão de fonte inatacável no momento em que é chamado a confrontar-se com as pretensões de validade. No momento em que ele é chamado como uma fonte para oferecer uma base interpretativa, nesse instante, exatamente, sua inquestionabilidade decompõem-se como fonte do mundo da vida. Isto é, no instante em que uma certeza inatacável - e essa inatacabilidade advém de seu uso dar-se de modo irreflexo, como se fosse naturalmente composto - passa a não ser mais suficiente para gerar um consenso racionalmente motivado, pois lhe são exigidas as razões que legitimam sua pretensão à aceitabilidade. É exatamente essa chamada ao confronto com as pretensões de validade que suspende o modo irreflexo com o qual nos servimos desse pano de fundo consensual”.²⁰

²⁰ Op. cit., p. 113/114.

O PROCESSO, mesmo analisado fora do rigor das exigências do Direito Processual Constitucional, sempre persegue - ou ao menos deveria ser sempre utilizado para tanto - o ideal de ampla argumentação e defesa, bem como não é nada recente a luta humana para que os valores maiores dos povos sejam resguardados nos provimentos respectivos, nas alçadas legislativa, judiciária, administrativa e feitos infra-estatais.

Dessa forma, não seria de todo acertado falar em ausência de atividade comunicativa, à exceção, é verdade, dos feitos operacionalizados em estados totalitários, de toda gênese, onde o princípio inquisitivo prevalece.

Por outro lado, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o princípio maior do DEVIDO PROCESSO LEGAL não se exaure nem se contenta com a mera abstração que até então caracterizou os princípios do CONTRADITÓRIO, da AMPLA DEFESA e da ISONOMIA, já que não dispensa o inequívoco equilíbrio entre os sujeitos comunicantes envolvidos na situação jurídica, e, como tais, edificadores também do respectivo provimento.

Mais uma vez ilustraremos nossas articulações com as doutrinas dos Professores Aroldo Plínio Gonçalves e Elio Fazzalari, *in verbis*:

“Há processo sempre onde houver o procedimento realizado em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” (FAZZALARI, Elio. Istituzioni Di Diritto Processuale, p. 80) da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.

A espécie de procedimento denominada processo se subdivide, também, em subclasses, e pode-se falar em espécies de processos: processo administrativo, em que se desenvolve a atividade da Administração, processo legislativo, em que se desenvolve a atividade legislativa, processo jurisdicional, em que se desenvolve a atividade do Estado de fazer justiça, por meio de seus juízes. Há, ainda, os “processos” infra-estatais, que são aqueles que, no campo do Direito Privado, em que prevalece a autonomia da vontade, preparam um ato final sem a característica do ato estatal, porque não dotado da imperatividade do provimento, mas que tem o caráter de uma deliberação, e

117

cujas dinâmicas se fazem pelo modelo do processo jurisdicional. FAZZALARI lembra exemplos que mostram a extensão, em tendência crescente, do arquétipo do processo jurisdicional, ao campo do Direito Privado para solução de controvérsias, entre outros, nas deliberações internas de partidos políticos,

de sindicatos, de associações esportivas, de sociedades comerciais. Os exemplos poderiam ser multiplicados na realidade social brasileira, em que se observa o movimento ascendente de organização de associações, em vários setores, e a introdução da prática democrática dos debates que precedem as decisões dos grupos.²¹

Em razão do exposto, pode-se deduzir que há PROCESSO em Habermas, muito embora, como bem assevera Rosemiro Pereira Leal, *sem os marcos formais do Processo Constitucional*.²²

6.13 O DIREITO COMO CATEGORIA DA MEDIAÇÃO SOCIAL ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

Em momentos distintos, mas com esforços para que resultassem coordenados, complementares e seqüenciais, falou-se da falência do Sistema de Direito que ainda embasa as principais teorias desenvolvidas na modernidade, agregadas a paradigmas metafísicos, consuetudinários e na tradição.

Nessa etapa, certamente a questão central foi o enfoque a respeito da Relação de Complementaridade entre Direito e Moral, teoria abraçada inclusive pelo próprio Habermas até 1992, quando passou a ostentar o discurso da co-originalidade daquelas categorias, enquanto condição imprescindível de se chegar ao Direito como expressão de liberdade.

Na seqüência, passou-se a tratar do Estado Democrático de Direito, quando foi verificada a necessidade da visitação dos principais aspectos pós-modernos da Teoria do Processo e da Teoria do Agir Comunicativo, e donde se concluiu pela irrestrita adequação e mesmo necessidade, para o advento da DEMOCRACIA, da estreita convivência entre PROCESSO e o AGIR COMUNICATIVO habermasiano.

²¹ Op. cit., p. 115/116.

²² LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo, 6ª ed.rev.atual., Ed. Thomson-IOB, São Paulo, 2005, p. 68.

Não obstante, até então, esses elementos históricos ainda encontram-se bastante dispersos, porquanto, embora abordados seqüencialmente, fez-se tão somente cronológica e conceitualmente. Ou seja, ainda não se enfrentou as

questões donde podem ser depreendidos os elos e fundamentos essenciais da validação e conseqüente legitimação do MELHOR ARGUMENTO, e, pois, do próprio DIREITO, que por sua vez encarnará a efetiva INTEGRAÇÃO SOCIAL.

Aliás, este não é senão o núcleo de estudo de Habermas no Título I do Vol. I, de Direito e Democracia, que procura o convencimento pela Teoria do Direito como Categoria da Mediação Social entre Facticidade e Validade, e que se pretende ver aplicada na Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, para o alcance de bens de terceiros.

De qualquer forma, e conforme já se ressaltou mais de uma vez nos subtítulos anteriores, não haveria como chegar seguramente até aqui sem a efetiva análise de todos os tópicos já desenvolvidos, e lamenta-se mesmo a impossibilidade da abordagem de outros enfoques fornecidos principalmente pela Sociologia e pela Filosofia do Direito, dada à limitação do próprio tema principal aqui em discussão.

6.13.1 TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO

No direito, como em qualquer ciência, é constante e mesmo inerente a busca pela teoria ideal, pela fórmula mais completa, pelo cálculo mais preciso, ou seja, pela completude que não só levará à falsificação das conquistas obtidas, como se encarregará de criar na sua própria fundamentação o germe de evoluções.

Habermas, ao desenvolver suas teses a respeito do DISCURSO JURÍDICO, parte da confrontação e crítica daquela sustentada por Ronald Dworkin, que atrelou o juiz à figura de Hércules, solitário tanto na aferição dos fatos, como na detenção da fórmula que melhor pudesse atender ao anseio de justiça, em cada caso institucionalmente lhe apresentado.

Com efeito, aduz Habermas:

“Tais enunciados pressupõem que o juiz esteja altamente qualificado,

119

seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir interinamente a integridade da comunidade jurídica. E, uma vez que cada juiz está convencido

de que a sua teoria lhe permite chegar à única decisão correta, a prática da jurisdição deve garantir a socialização autônoma de cidadãos que se orientam por princípios.²³

Não só Habermas, mas muitos outros doutrinadores, não poupam Dworkin de agudas críticas quanto ao seu princípio monológico, consistente na INTEGRIDADE, para cuja sustentação faz uso de concepções arcaicas e atreladas à coerção estatal, num estágio que parece não se adequar ao que se exige na pós-modernidade. Vejamos:

“Mostrarei que uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo. Existe mais espaço para o favoritismo ou o revanchismo em um sistema que permite que os fabricantes de automóveis e de máquinas de lavar sejam governados por princípios de responsabilidade diferentes e contraditórios. A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria.”²⁴

²³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - entre facticidade e validade, trad. De Flávio Beno Siebeneichler-UGF, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 277.

²⁴ DWORKIN, Ronald. O império do Direito, trad. De Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 228/229.

Realmente, vê-se estampada, perante esta confrontação de teorias, que a melhor doutrina é a de Habermas. É que, com busca pela democracia mais ampla

possível, não permite outra conotação do Direito senão a máxima garantia da LIBERDADE, sem referências a instituições salvadoras.

Entrementes, assevera ainda Habermas, nos argumentos destinados a convencer sobre a pertinência de sua teoria do Discurso Jurídico:

“As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado Constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor - o respectivo juiz, que escolheu Hércules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworkin deu, ou poderia dar, a seus críticos levantam as primeiras dúvidas com relação à possibilidade de se manter esse princípio monológico. Pois o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma idéia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político apenas tomam de empréstimo ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo...”²⁵

De qualquer forma, ao final, Habermas encontra na própria Teoria da Integridade, de Dworkin, a causa que a falsificará, e que levará mesmo à necessidade de libertação de Hércules da aludida solidão, e do encargo de concentrar em si a responsabilidade inteira da construção de provimentos.

Assim é que:

“Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito

²⁵Op. cit., p. 276.

às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma “sociedade

aberta dos intérpretes da constituição” (Häberle. Die Verfassung des Pluralismus, p. 79-105), ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade”.²⁶

Toda essa ilustração nos permite, acima de quaisquer dúvidas, analisar o descortinamento da Teoria do Agir Comunicativo enquanto proposta insuperável, para a pós-modernidade, de Teoria do Discurso Jurídico, a partir do momento em que seus substratos não compõem qualquer corpo externo à vocação comunicativa, e, se coerção houver, será a resultante do melhor argumento, estabelecido numa interação puramente democrática, e não num contexto de conformação subalterna.

6.13.2 O DIREITO LEGITIMADO PELO PODER COMUNICATIVO

Desenvolvendo o sentido preconizado na sua proposta de Discurso Jurídico, conforme se deparou no subtítulo anterior, Habermas passa a tratar dos aspectos da validação e legitimação do Direito pelo que indigita de PODER COMUNICATIVO.

Esse PODER COMUNICATIVO, na sua mais profunda e abrangente acepção, é em verdade e na proposta daquele Autor o ÚNICO PODER que transcende *erga omnes*, e que também fornece legitimação aos diversos desdobramentos estatais e não estatais.

Isso promove um substancial e revolucionário deslocamento de conceitos, tais como: SOBERANIA, PODER ESTATAL, AUTORIDADE, e muitos outros, sem falar, e principalmente, na sempre iminente possibilidade de confirmação, contestação e recriação de toda e qualquer inserção jurídica sobre interesses sociais.

Mas não é só. A verdade é que a teoria habermasiana pela legitimação do Direito, mediante o PODER COMUNICATIVO, consiste em colaboração expressiva de nova ordem ideológica fundamentada no que se passou a chamar

²⁶ Op. cit., p. 277/278.

de *FIM DA HISTÓRIA*, na medida em que nenhum valor tradicional deve ser levado em consideração no espaço jurídico de comunicação pós-moderno, a

menos que assim seja a vontade dos sujeitos comunicantes. Tudo na soberania é auto-explicitável.

A isso Habermas denomina *INTERSUBJETIVIDADE INTACTA*, e fundamenta:

“Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: o princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são “isentas de violência”, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. Tal cruzamento se faz necessário, porque comunidades concretas que desejam regular sua convivência com os meios do direito não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões referentes à colocação de fins comuns, o que seria possível numa comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis”.²⁷

O pensamento habermasiano, assim desenvolvido - e não bastassem suas convicções internas - ganha dimensão e prestígio ilimitados na medida em que, num momento sócio-político propício, impõe o enfrentamento científico e a crítica daquilo que até agora se chamou de democracia, e neste ponto consegue Habermas colocar em extrema situação de igualdade todos os estados e tribos de todas as gêneses, já que não imaginamos haver um único recanto no mundo que escape de uma necessidade de reformulação política, com vistas ao aperfeiçoamento democrático.

²⁷ Op. cit., p. 190/191.

Em outras palavras, está-se diante de perfeita harmonia ou mesmo inegável equivalência entre o Princípio do Discurso e o da Democracia,

categorias definitivamente inseparáveis, senão pelo Estado de Exceção.

6.13.3 TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE NO INTERIOR DA LINGUAGEM

Inicialmente asseverando quanto à desnecessidade e mesmo impropriedade de se abrir mão de conceitos fundamentais da “razão prática”, para se passar à articulação científica da “racionalidade comunicativa”, Habermas aduz que os questionamentos e as soluções desenvolvidas de Aristóteles até Hegel consistem em fatores de facilitação para a teoria da sociedade.²⁸

Na essência, o Autor preocupa-se tão somente em reconhecer que na razão comunicativa são conservados fragmentos arcaicos, certamente em respeito ao aspecto cultural, face ao qual não se pode, desavisadamente e com imposição objetiva, enxertar elementos metódicos sem se preocupar com o que Habermas descreve como “questões que jamais emudecem no mundo da vida”.²⁹

De qualquer forma, o cerne da questão das tensões no universo da linguagem encontra-se delimitado entre a formação de conceitos e juízos e as representações. Habermas, diante do pensamento de vários autores, vê no de Frege melhores fundamentos, inclusive por afastar os psicologismos Hegelianos.

Com efeito, e parafraseando aquele Autor, Habermas ilustra:

“Frege resume a objeção central na seguinte tese: “Há uma diferença entre nossos pensamentos e nossas representações”. Representações sempre são minhas ou tuas representações; elas têm que ser atribuíveis a um sujeito identificável no espaço e no tempo, ao passo que os pensamentos ultrapassam os limites de uma consciência individual. Mesmo que sejam apreendidos por sujeitos diferentes, em lugares e épocas distintas, eles continuam sendo, de

²⁸ Op.cit., p. 26.

²⁹ Idem.

A análise de proposições predicativas simples revela, além disso, que os pensamentos possuem uma estrutura mais complexa que os objetos do pensamento representador. Com o auxílio de nomes, caracterizações e expressões deícticas, nós nos referimos a objetos singulares, ao passo que asserções, nas quais tais termos singulares assumem o lugar de expressões do sujeito, exprimem na sua totalidade uma proposição ou reproduzem um estado de coisas. Quando tal pensamento é verdadeiro, o enunciado que o reproduz representa um fato. A crítica à opinião, segundo a qual o pensamento não é mais do que consciência representadora, repousa nesta consideração simples. Na representação são dados somente objetos; enquanto que estados de coisas ou fatos são apreendidos em pensamentos. Com essa crítica, Frege dá o primeiro passo à guinada lingüística. A partir de agora, não podemos mais apreender simplesmente e sem mediação pensamentos e fatos no mundo dos objetos representáveis; eles só são acessíveis enquanto representados, portanto em estados de coisas expressos através de proposições”.³⁰

Depreende-se, pois, a necessidade do *medium* da linguagem enquanto instrumento que possibilita tornar evidente a diferença entre pensamento e representação, tendo o pensamento articulado mediante as proposições.

À evidência, todo esse mecanismo deve desencadear para uma idéia de verdade, com estrutura proposicional aceitável intersubjetivamente e que irá diferenciá-la de proposições articuladas e orientadas por convenções sociais.

Com isso, Habermas solidifica seu primeiro grande passo no aspecto interno da explicitação das implicações entre FACTICIDADE e VALIDADE no interior da linguagem, e que é elemento inseparável e sobremaneira fundamental para evidenciar as eficácias da Teoria Discursiva do Direito, principalmente para ressaltar sua categoria enquanto MEDIAÇÃO SOCIAL ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE.

6.13.4 A SUPERAÇÃO DO RISCO DO DISSENSO

Nem é preciso análise mais profunda, ou mesmo conhecimento depurado, para se sentir, na trajetória da Teoria de Agir Comunicativo, a inevitável

³⁰ Op.cit., p.27/28, citando FREGE. G., in *Logische Untersuchungen*. Göttingen, 1966.

necessidade de enfrentamento da questão do RISCO DO DISSENSO. Com

efeito, sua superação é imposição ao sucesso da doutrina habermasiana, e o problema vê-se estampado na própria gênese humana.

Por outro lado, não há que se esperar do Autor a solução da questão em milagrosa e exauriente resolução. Ninguém o conseguiria, pois seria até mesmo o fim do próprio discurso científico, em todos os seus aspectos, além da supressão do que há de mais criativo e latente no homem, que é a pulsão.

Aliás, possibilidade como esta é até mesmo incoerente com toda a proposta de Habermas, que tem entre seus principais pilares a SUPREMACIA DO MELHOR ARGUMENTO e a ATUAL REALIDADE SÓCIO-POLÍTICA, donde emerge não só a consideração construtiva dos DEMAIS ARGUMENTOS, como o caráter de manifesta provisoriedade dos provimentos.

De qualquer forma, e mais uma vez não descartando as estruturas já há muito consolidadas, Habermas, sem abrir mão, por outro lado, de qualquer conquista da pós-modernidade, enfatiza que está na POSITIVAÇÃO DO DIREITO - este enquanto decorrência do agir comunicativo - a concretização de sua proposta para a superação do dissenso, da tensão entre facticidade e validade. E fundamenta, *verbis*:

“Pouco importa o modo como nos posicionamos em relação aos detalhes dessa concepção controversa e ainda carente de um melhor esclarecimento. O fato é que, ao explicarmos o significado de expressões lingüísticas e a validade de proposições assertóricas, tocamos em idealizações ligadas ao medium da linguagem: a idealidade da generalidade do conceito e do significado é acessível a uma análise pragmática da linguagem utilizada para o entendimento. Tais idealizações embutidas na linguagem podem assumir, além disso, um significado relevante para a teoria da ação, caso as forças de ligação ilocucionárias de atos de fala venham a ser utilizadas para a coordenação de planos de ação de diferentes atores. O conceito “agir comunicativo”, que leva em conta o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados - ao menos de indivíduos socializados comunicativamente - devendo ser trabalhada pelos participantes. Veremos mais adiante que essa tensão é estabilizada de

positivo”.³¹

Continuando, Habermas demonstra preocupação com as diferenças pessoais entre os atores envolvidos no processo da fala, e de como promover a respectiva coordenação. Vejamos:

“Toda integração social não violenta pode ser entendida como a solução do seguinte problema: como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser “engatadas” nas do outro? Tal engate contínuo reduz o jogo das possibilidades de escolha, duplamente contingentes, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, portanto o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social em geral. Enquanto a linguagem é utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o “agir comunicativo”. Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. Sob essa condição, ofertas de atos de fala podem visar um efeito coordenador na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as conseqüências da interação”.³²

6.14 O PENSAMENTO DE HABERMAS E A *DISREGARD DOCTRINE*

Uma ponderação que se faz necessária, agora finalizando este capítulo, é

³¹ Op.cit., vol. I, p.35.

³² Idem, p. 36.

no sentido de que a proposta de Habermas para uma nova teoria do direito - enquanto nessa amplitude, e à toda evidência - oferece subsídios a toda e qualquer norma jurídica, daí a iniciativa e a opção face à mesma para integrar e embasar, ao menos em parte, este trabalho, cujo objeto, nunca é demais ressaltar, é a pretensão de ofertar uma outra perspectiva para o enfrentamento, junto aos tribunais pátrios, das questões inerentes à desconsideração da personalidade de pessoas jurídicas.

Objetiva-se, com essa ponderação, evitar uma crítica mais contundente decorrente de eventual compreensão de que o presente capítulo teria conteúdo divorciado daquele tema. A propósito, não se pode depreender muita eficiência em uma proposta de mudança de mentalidade a partir, somente, de argumentos já disponíveis, ou melhor, há muito disponíveis, no que o pensamento do aludido autor, por um direito enquanto expressão da liberdade, muita valia empresta a esta e a qualquer tese jurídica.

Assim é que, nos próximos capítulos, procurar-se-á, paulatinamente, demonstrar a sustentada colaboração habermasiana para aquele enfrentamento, sem desconsiderar, por inteiro, quaisquer outros pensamentos ou instrumentos da técnica processual, o que, aliás, não seria condizente com a doutrina de Habermas.

CAPÍTULO VII

A NECESSIDADE DA INTEGRAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NUMA ORDEM JURÍDICA DEMOCRÁTICA

Habermas, assim, expôs ao mundo as “feridas” que combalem os regimes democráticos, bem como a razão de ser dos estados totalitários, ou seja, a manifesta ausência de participação do povo, desarticulado e submisso a ordenamentos jurídicos arbitrários e instituições ilegítimas; segundo, que a TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO, posta em prática para a INTEGRAÇÃO SOCIAL, pode se revelar como alternativa plausível à terapêutica daquelas “feridas”.

Com efeito, o AGIR COMUNICATIVO encontraria no PROCESSO - embora Habermas não o diz expressamente - sua mais eficiente e satisfatória metodologia aplicativa, posto que os sujeitos comunicantes teriam oportunidade ímpar de interação subjetiva em plena condição de isonomia, e dentro do mais amplo contraditório.

Dessa forma, também se impõe a conclusão de que o PROCESSO aludido seja o DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL, no qual se observa a mais ampla possibilidade de verificação da chamada SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO, em que os elaboradores das normas são seus próprios destinatários.

Aliás, Habermas demonstra de forma inequívoca seu pessimismo com outras formas mais radicais de INTEGRAÇÃO SOCIAL, e mesmo de MUDANÇA DE MENTALIDADE, como é o caso das revoluções, que aduz levarem também a decepções, e ilustra, colocando em dúvida até mesmo alguma colaboração que a Revolução Francesa possa ofertar nos dias de hoje:

“A revolução gera seus dissidentes, cuja rebelião não visa nada mais a não ser a própria Revolução. Esta dinâmica autodestruidora apóia-se num conceito de progresso, já entrevisto por Benjamin, o qual se volta ao futuro sem se lembrar das vítimas das gerações passadas. De outro lado, as conseqüências de revoltas juvenis e de novos movimentos sociais em sociedades do tipo ocidental fazem supor que a dinâmica cultural, liberada

pela Revolução Francesa, se deposita na mudança imperceptível de valores de amplas camadas da população, e que a consciência esotérica da atualidade, da continuidade e da normatividade quebrada se retirou para os domínios da arte pós-vanguardista”.¹

Salta aos olhos a conclusão, também do próprio Habermas, de que não se trata de um caminho sem muitos espinhos, porquanto, antes de tudo, deve-se promover a democratização de instituições estatizadas que já são historicamente “soberanas”.

Assim é que, pondera o Autor:

“Além disso, coloca-se a questão acerca da possibilidade de uma democratização dos próprios processos de formação da opinião e da vontade. Os argumentos normativos podem obter um efeito regulador indireto, quando sua gênese não for regulada pelo sistema político. Ora, os processos democráticos do Estado de direito institucionalizam as formas de comunicação necessárias para uma formação racional da vontade. Sob este ponto de vista, é possível submeter a moldura a uma avaliação crítica. Com um pouco de fantasia institucional, encontraríamos maneiras de complementar as corporações parlamentares existentes, submetendo-as a instituições com poder para obrigar o judiciário e o executivo a se legitimarem, de um modo mais eficaz, perante a esfera pública jurídica e a clientela atingida. O problema mais difícil consiste em saber como a formação da opinião e da vontade, já institucionalizadas, pode tornar-se autônoma. Pois esta só gera o poder comunicativo na medida em que as decisões da maioria satisfazem às condições especificadas por Fröbel,² ou seja, na medida em que surgem discursivamente”.²

De qualquer forma, e finalmente, em nenhum momento se pode concluir que o DIREITO não seja CATEGORIA DA MEDIAÇÃO SOCIAL ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE. É-o, acima de quaisquer dúvidas, e mais uma vez, agora sob a batuta do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL, revela-se como agregador das vontades dos povos, e, por conseguinte, como garantia da soberania legitimada discursivamente.

¹ Op.cit., vol. II, p. 254/255.

² Idem, p. 271, citando FRÖBEL, J. in *Sistem der Socialen Politik*, Mannheim, 1847.

Por outro lado - e não deve haver qualquer dúvida quanto a isso - Habermas é um filósofo, e, enquanto tal, seu compromisso é com a produção científica de raciocínios lógicos para a oferta de idéias que possam equacionar as questões humanas. Pouco fala em PROCESSO, propriamente dito, mas foi sobremaneira feliz ao repensar os sistemas de validação do direito.

Com isso, sua obra, quanto ao próprio direito, se propõe ser e resta bastante útil como doutrina-conceito, paradigma, objetivo a ser alcançado, ou seja, um ideal. Fator este, aliás, mola propulsora de avanços observados nas últimas décadas, nos mais distintos ramos de atuação dos homens, à exceção do direito, é claro.

Dessa forma, de maneira alguma se defenderia a aplicação imediata e *in natura* do pensamento habermasiano para a resolução daquilo que até então o foi pelo processo tradicional. Mas, é certo que aquele mesmo pensamento é dotado de fundamentos e de atualidade eficazes para reformulações que podem retirar do direito pechas constrangedoras, haja vista, por exemplo, sua notória manipulação para fins nem sempre de índole sócio-humanística.

Assim, é verdade também que a proposta de Habermas para a validade do direito poderá ter menor ou maior aplicação conforme o nível de liberdades já observado em cada estado, e, principalmente, conforme menor ou maior a aplicação da técnica processual sob os fundamentos do Devido Processo Legal.

No Brasil - onde se fala muito de uma característica demandista da sociedade - a mensagem de Habermas precisa ser urgentemente levada em consideração em todos os procedimentos dos âmbitos judicial, legislativo e executivo, e, para ficar somente no primeiro, tem-se como evidente a falência do sistema processual, por motivos internos e externos ao próprio processo, mas principalmente pela precariedade ou mesmo inexistência de exercício do contraditório, na prática da jurisprudência.

Numa realidade assim formada sequer se pode falar em sociedade demandista, mas em sociedade que é impelida à demanda, ao manuseio excessivo de recursos legais, decorrência imediata da falta de oportunidade do diálogo, do consenso, de participação efetiva nos provimentos de toda natureza. Mas é também crível que no Brasil o processo de transição para uma realidade jurídica que melhor satisfaça às necessidades atuais de convivência não seja algo tão difícil, pois certamente já teríamos instrumentação para recepcionar

de uma forma viável as propostas de Jürgen Habermas. Com efeito, é inegável, ao menos quanto ao cível, que o País possui um Código de Processo Civil rico o suficiente em instrumentos e técnicas, os quais, por si, ou com poucas alterações, permitem interpretação e aplicação menos divorciadas do Princípio da Supremacia da Constituição.

Aliás, quando se fala da Constituição como “letra morta”, está-se a falar na crise dos processos jurisdicional, legislativo e executivo, sem dúvida. Assim é que o Código de Processo Civil brasileiro, ao contrário de outras leis, até mesmo processuais, oferece amplas possibilidades técnicas para o contraditório, pré ou posticipado, não seguidas pela prática jurisprudencial.

Com essas articulações preambulares, já se pode discorrer sobre a necessidade do alinhamento da jurisprudência brasileira nessa nova ordem, ou seja, numa nova relação entre facticidade e validade através do *medium* lingüístico, no que se refere, é claro, à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias.

Para tanto, far-se-á um estudo aplicativo a partir dos casos concretos arrolados no item 4.2, do capítulo IV deste trabalho, onde o exame da tendência da jurisprudência pátria foi levado a efeito em face de: - qualidade da prova exigida; - fundamentos; - necessidade ou não de ação autônoma, e, - opção, pela celeridade ou pela garantia e segurança processuais.

Assim é que, quanto à qualidade da prova exigida - cuja análise ocorreu tendo como objeto decisões proferidas na Apelação Cível 337.621-2/01 e Agravo de Instrumento 448.827-3, respectivamente pelas Sétima e Terceira Câmaras Cíveis do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais - depreendem-se posicionamentos solipsistas, cujo centro é o julgador, haja vista o entendimento diametralmente oposto adotado em cada decisão. Na primeira, com efeito, há o contentamento com elementos mínimos de prova, ao passo que na segunda exigiu-se demonstração incontestada de fatos que embasassem a desconsideração da personalidade jurídica.

Ou seja, se a análise, em ambos os julgados, estivesse inserida no *telos* do entendimento obtido através da razão comunicativa entre partes e julgador, prescindir-se-ia de orientação vinculante, sem modelos para a ação, e o direito

estaria localizado numa categoria de mediação social entre facticidade e validade. Dessa forma - e se no âmbito da ação comunicativa - tanto em julgamentos afeitos ao primeiro caso ter-se-ia evitado uma decisão embasada em elementos mínimos - não raramente, na razão prática - como, nos do tipo do segundo, não se precisaria impor aos demandantes uma demonstração exauriente, na medida em que a própria lei processual, em inúmeras passagens, autoriza juízos provisórios de cognição, além do que, aquilo que se usa indigitar de prova incontestes, tem justamente no procedimento em contraditório o campo de sua refutação.

Ou seja, antes de se preocupar com provas, deve-se atentar quanto à observância das garantias constitucionais inerentes ao processo, notadamente o amplo contraditório, pois, de uma forma ou de outra, a racionalidade deve ter sempre como instrumento o *medium* lingüístico, já que este viabiliza a separação entre facticidade e validade na perspectiva, é lógico, dos agentes interessados, com a formação de duas dimensões que se excluem mutuamente, no caso, aquela que se guia pela busca instrumental do sucesso (egocêntrica), e a dimensão do entendimento comunicativamente alcançado.

O segundo aspecto a ser enfrentado no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica, e com vistas ao direito enquanto categoria da mediação social entre facticidade e validade, é o dos fundamentos, que no capítulo IV recebeu especial ênfase quanto à grande oscilação observada na jurisprudência, às vezes com a restrita aplicação daqueles mencionados em lei, outras vezes com preocupantes interpretações sobremaneira extensivas, e sempre sem a orientação de tornar menos conflituoso o embate entre as partes, ou seja, sem os cuidados para diminuir o risco do dissenso.

Com efeito, a partir da casuística dos artigos 28 do Código de Defesa do Consumidor e 50 do Código Civil, a jurisprudência faz interpretações às vezes temerárias, quanto aos fundamentos para a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, não tanto pela inovação, mas muito mais pela adoção de uma facticidade artificial, ancorada tão somente na faculdade jurisdicional - em verdade sucedânea de formas arcaicas. O resultado mais flagrante dessa imprudência é sonegar às partes e ao próprio direito a tensão genuinamente interna entre facticidade (sem cunho normativo) e validade, que possibilita ao direito, na pós-modernidade, garantir a integração social.

O que ocorre, em verdade, é que essa busca desautorizada de fatos e

argumentos que possam fundamentar, no caso concreto, a desconsideração da personalidade jurídica, traduz-se numa tentativa extrema de constranger um dos demandantes à determinada conduta, notadamente para abreviar a relação processual, subtraindo-lhe, portanto, paradoxalmente, garantias inerentes ao processo.

São os casos, por exemplo, de desconsideração da personalidade jurídica somente pelo fato de a sociedade não possuir bens ou ter a empresa sido transferida para outro endereço, sem prévia comunicação aos credores, sem, contudo, a verificação simultânea dos fundamentos objetivamente arrolados nas disposições legais, como o abuso de direito, excesso de poder, confusão patrimonial, falência ou inatividade por má administração. Retrata-se, pois, uma razão prática caracterizada pela filosofia do sujeito: secciona a necessária e permanente tensão entre o factual e o válido, inviabilizando, com chancela estatal, a existência de uma comunidade jurídica autônoma, com autodeterminação dos cidadãos inclusive para a auto-legislação, num patamar superior de decisões participadas.

O resultado, muitas vezes, é um provimento precipitado e injusto, desconectado de fatos que, se analisados à luz de fundamentos robustos, levariam a desfecho diferente e convalidado, extraído do equacionamento não solipsista da tensão até então caracterizadora da questão, ou seja, entre facticidade e validade.

Não é menor a importância de se inserir a Teoria do Agir Comunicativo no que se refere à questão da necessidade ou não de ação autônoma, para o fim de se desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades empresárias, tema abordado no sub-item 4.2.3, acima. É que, também a esse respeito, como se enfatizou e demonstrou, a jurisprudência é manifestamente dispersa, tanto por não se orientar, *lato sensu*, no sentido da adoção de uma técnica processual asseguradora dos direitos e garantias inerentes ao processo, como por não se uniformizar quanto à necessidade ou não, sob todos os aspectos, de um procedimento próprio, para aquela finalidade.

Isso demonstra a inconsistência do pensamento jurídico dos tribunais brasileiros quanto ao direito, à democracia e à legitimação dos mesmos enquanto categorias de mediação social entre a facticidade e a validade, colocando em situação sobremaneira vulnerável a comunidade jurisdicionada, principalmente ante a positividade imposta pelo mercado, sempre ávido por transformar o

interesse ilegítimo em normas jurídicas hábeis à supressão de garantias constitucionais, e, principalmente, dos espaços intactos de discussão e das formas dialéticas de decisão.

Ora, sem esses espaços (a ação autônoma, por exemplo) não se consegue resgatar uma obrigação decorrente do melhor argumento, o que é imprescindível ao transbordamento de limites paroquiais de um consenso factual, mediante o que se conseguiria a aceitação racional de uma pretensão de validade. Tal não é possível se esta pretensão não se constituir, simultaneamente, nos contornos entre facticidade e validade.

Fora desse âmbito - e sem possibilidade de integração saudável por meio da tradição ou outras instituições arcaicas - fica praticamente impossível a coordenação satisfatória de ações sociais, a nível de Estado Democrático de Direito.

Finalmente, é mister o exame de facticidade e validade em face da opção pela celeridade ou pela garantia e segurança jurídico-processuais, nos termos alinhavados no sub-item 4.2.4, ainda do capítulo IV, em verdade uma síntese das categorias acima analisadas, sem que isto implique na desnecessidade de sua abordagem, muito pelo contrário.

É que, está justamente na realidade da lentidão de feitos jurisdicionais, uma das principais justificativas para toda a sorte de atentados às garantias inerentes ao Devido Processo Legal, e a validação de uma pretensão no sentido da celeridade passa obrigatoriamente pela questão da segurança jurídica. O grande risco aqui depreendido, é o de se entender que o trâmite célere do rito faz evitar, ao menos em parte, a orientação vinculante, como se isso fosse o bastante para se ir além do moral e do prático.

Consiste, na verdade, no caminho mais curto para o arbítrio. A relação entre facticidade e validade não se presta a qualquer objetivo relevante senão através do *medium* lingüístico, o que exige, antes de tudo, e à evidência, a co-participação dos agentes (razão comunicativa) em irrestrita paridade. Numa última análise, o mero senso de verdade não pode ser confundido com os fatos, na medida em que somente estes são passíveis de críticas e objeções eficientes à falsificação científica, algo sem verificação provável, senão com a integração de sujeitos socializados. E isto é segurança jurídica.

Não cabe, pois, uma preocupação descomprometida a ponto de fixar olhos somente na necessidade factual de celeridade procedimental, mormente quando daí possa resultar a ausência de validação do decorrente provimento, pela falta de elaboração mediada do direito aplicado. Mas será em capítulo à frente que se enfrentará com mais acuidade esta questão da celeridade do rito, sem prejuízo da segurança jurídica, no que se refere à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

De qualquer forma, há que se assinalar a profunda indiferença de nossa jurisprudência relativamente ao direito, enquanto categoria da mediação social entre facticidade e validade, o que só aumenta a incompreensão de uma realidade judiciária, por exemplo, de profunda inapetência burocrática e com resultados que agravam ainda mais a insatisfação da comunidade jurisdicionada, já que justiça sem ampla participação, além de inócua e ilegítima, multiplica os focos de conflitos. Sem muita dificuldade, chega-se à conclusão de que, ao menos em parte, não há justificativa para o tratamento jurisprudencial sem critério dialético. Não falta filosofia, não falta doutrina do processo. A carência está no manuseio da técnica, na ausência de comprometimento humano com o interesse público e na vaidade que leva ao equívoco de que soluções possam ser obtidas através de esforços isolados, personalistas.

Continua a ser o PROCESSO, pois, o remédio para toda esta desinteligência, com propriedade de se reinventar ante aos grandes desafios. E é dentro dessa perspectiva, e com o objetivo imediato do enfrentamento das questões processuais relativas à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que se passará, agora, à análise das inúmeras possibilidades instrumentais disponibilizadas no Código de Processo Civil, inclusive para sua vasta aplicação subsidiária a outras codificações, principalmente com ênfase na demonstração de que celeridade processual não implica - ou ao menos não deve implicar - em insegurança jurídica e muito menos supressão de garantias constitucionais.

CAPÍTULO VIII

A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Embora não se possa afirmar que a legislação processual vigente no Brasil, em qualquer especialidade do direito, seja apta o suficiente para assegurar a verificação dos princípios inerentes ao Devido Processo Legal, e menos ainda quanto ao Princípio da Democracia, por outro lado, também não se pode deduzir ser esta a razão do que se observa principalmente em termos de decisões judiciais, no que se refere à supressão das garantias da ampla defesa, da isonomia e do contraditório pleno, por exemplo.

Com efeito, em nenhuma passagem, nota-se outorga de quaisquer poderes ou atribuições funcionais em que aquela supressão seja possível, quer expressamente, quer mesmo por dedução, muito pelo contrário. Todo o nosso ordenamento jurídico se pauta também pelos Princípios da Bilateralidade da Audiência, da Assistência por Advogado e do Duplo Grau de Jurisdição, donde inexistente qualquer fundamento para o cerceamento de defesa, de efetiva participação na relação processual, sob qualquer pretexto.

A sempre alegada necessidade de celeridade processual não é justificativa suficiente para tal transgressão, mesmo porque, sempre se legislou de forma bem satisfatória para a oferta de medidas acautelatórias e que objetivam evitar o *periculum in mora*, e nos últimos anos tais institutos têm sido introduzidos na legislação processual brasileira com mais efetividade e em maior número, quer quanto ao processo, quer quanto ao mérito.

Também quanto à Carta Magna, não se vislumbra qualquer permissão à supressão de garantias do processo, mormente na medida em que a própria Constituição Federal de 1988 não só recepcionou, mas também deu maior ênfase às mesmas, a teor do artigo 5º, *caput*, e incisos XXXV, XXXVII, XLI, LIV e LV, principalmente.

Examinando esta questão no contexto da “razoável duração do processo”, garantia introduzida pela Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro

de 2004, o Prof^o. Ronaldo Brêtas enaltece a proposição e mesmo refere como implícita no direito fundamental de acesso à jurisdição, mas adverte:

“Porém, é importante ressaltar que a exigência constitucional de se obter a prestação da atividade jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável, o que significa adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas, não permite impingir o Estado ao povo a aceleração dos procedimentos pela diminuição das garantias processuais constitucionais, por exemplo, suprimir o contraditório, proibir a presença do advogado no processo, eliminar o duplo grau de jurisdição, abolir a instrumentalidade das formas, restringir o direito das partes à produção de provas lícitas ou dispensar o órgão jurisdicional de fundamentar racionalmente suas decisões. A restrição de quaisquer dessas garantias processuais constitucionais, sob a justificativa de agilizar ou tornar célere o procedimento, revela-se inconstitucional e antidemocrática, somente servindo para estimular o arbítrio dos juízes, fomentar a insegurança jurídica e escarnecer da garantia fundamental do devido processo legal, em resumo, deslavada e grosseira agressão ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito”.¹

O que ocorre, em verdade, é a incipiência democrática no âmbito jurisdicional brasileiro, que decorre, por sua vez, do precário sentido que também no País se dá ao chamado Estado Democrático de Direito, normalmente relacionado apenas ao escrutínio político-partidário intermitente.

Não bastasse, é também notória a quase que irrestrita adesão da escola de direito e do judiciário nacionais aos regimes de exceção observados em vários períodos de nossa história, o que, à evidência, colabora para que ainda permaneçam resquícios totalitários, mormente na forma de interpretação e aplicação das leis, na condução dos processos e na deliberação sobre o acesso ao serviço jurisdicional, notadamente.

São motivos dessa envergadura que fazem apontar o quanto a filosofia de Habermas possui de potencial contributivo para o engendramento de uma perspectiva melhor, mesmo com os instrumentos de que se dispõe, volta-se a ressaltar.

¹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário, *in* Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 8, n. 15, Belo Horizonte, 2005, p. 233.

Afinal, os instrumentos jurídico-processuais e a própria lei tendem a ficar num plano inferior, na proporção em que a interação democrática passa a ocupar espaços mais qualitativos na vida das pessoas.

8.1 A *DISREGARD DOCTRINE* E A EFICIÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA SUA APLICAÇÃO

No restrito âmbito da aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil brasileiro, com amplitude de escolhas, oferece instrumentos de todo eficazes tanto para a proteção dos direitos materiais subjetivos envolvidos na lide, quanto para a salvaguarda das garantias processuais, e sem prejuízo da aplicação subsidiária em foros especializados, como se verá mais à frente, sendo que nesta análise a abordagem pode partir de inúmeros aspectos: conforme a necessidade de cada caso concreto, o objeto da causa, o rito e a modalidade de processo, apenas para ficar nas possibilidades mais comuns. Contudo, em qualquer situação, e seja qual for o instrumento processual que se manuseie, o interessado, em postulando a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária, deve obrigatoriamente fazer estabelecer - face ao direito abstrato de ação exercido - uma relação jurídico-procedimental com os possíveis sócios e/ou administradores que em tese podem ter o patrimônio particular atingido, para, antes (contraditório diferido) ou após cognição exauriente, demonstrar os fatos e os fundamentos que embasam sua pretensão, e com isto participar e viabilizar a participação democrática da construção do provimento a ser cancelado pelo Estado-juiz, o qual, somente dessa forma estará legal e legitimamente autorizado ao comando sentencial.

8.1.1 PROCESSO CAUTELAR, UMA OUTRA ALTERNATIVA

Com o advento da Lei número 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que alterou o Código de Processo Civil com a inclusão dos artigos 475-A a 475-R, com a finalidade maior de retirar a execução dos títulos executivos judiciais do âmbito do Processo de Execução, viu-se de uma vez por todas sepultado um entendimento muito apregoadado de que a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica só era possível na fase expropriatória do Processo de

Execução, quando seria depreendida a debilidade patrimonial da sociedade empresária. Assim, e demonstrados abuso de poder e desvio de finalidade, estaria autorizada aquela medida.

À evidência, tal entendimento não atende a todas as possibilidades fáticas, e sabe-se que aludidos abuso e desvio de finalidade podem anteceder em muito o próprio Processo de Execução, o que, por si só, já autorizaria medidas acautelatórias, inclusive com a Desconsideração da Personalidade Jurídica, quando o caso.

Se isso é possível e mesmo providencial no Processo de Execução, pelos mesmos motivos também o é no Processo de Conhecimento, mormente agora quando o “Procedimento de Cumprimento de Sentença” é fase do mesmo.

De qualquer forma, tanto num como noutro casos, a constrição de bens particulares de sócios ou administradores, precisa ser antecedida por procedimento em contraditório, seja pré ou posticipado, e também expressamente previsto em lei (Princípio da Legalidade e Princípio da Instrumentalidade das Formas), no qual se pode obter um comando de Desconsideração episódica da Personalidade Jurídica.

Ora, se toda essa pretensão objetiva a efetividade do processo, no sentido de assegurar a satisfação do credor, está-se diante de um acautelamento, ensejando assim, com efeito - e dentre outras opções - o manuseio do Processo Cautelar, nos moldes estabelecidos pelo Código de Processo Civil, eficaz tanto à constrição - mormente quando ainda não se está na fase legal de penhora - como à discussão meritória com oportunidade de ampla defesa, e, se o caso, a decorrente Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Essa presteza do Processo Cautelar é delineada de forma bem clara por Barbosa Moreira, e não importa a característica superficial e provisória da cautela. O fundamental é que está contextualizada em um PROCESSO, ou seja, com a parte ré (sócios, administradores, responsáveis, etc...) tendo à sua disposição todas as garantias constitucionais aí inerentes. Aduz referido Autor:

“O processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua, praticamente, essa norma jurídica concreta, têm um

denominador comum: visam um e outro à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Por isso se diz que constituem modalidade de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa.

A ambos se contrapõe, em tal perspectiva, o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas, segundo a concepção clássica, em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente instrumental em relação às duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional mediata.

A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório. Isso explica o caráter urgente de que se revestem as providências cautelares, e, simultaneamente, o fato de que, para legitimar-lhes a adoção, não é possível investigar, previamente, de maneira completa, a real concorrência dos pressupostos que autorizariam o órgão judicial a dispensar ao interessado a tutela satisfativa: ele tem de contentar-se com uma averiguação superficial e provisória, e deve conceder a medida pleiteada desde que os resultados dessa pesquisa lhe permitam formular um juízo de probabilidade acerca da existência do direito alegado, a par da convicção de que, na falta do pronto socorro, ele sofreria lesão irremediável ou de difícil reparação”.²

Aliás, a utilização do Processo Cautelar para a finalidade de desconsideração de personalidade jurídica, e implicando aí a análise da pretensão, da prova respectiva ou mesmo da resposta da parte requerida, é também bastante salutar para extirpar, do meio jurídico, o equívoco consistente em se entender que não há mérito na delimitação discursiva do Processo Cautelar.

O que ocorre, em verdade, é que o Processo Cautelar não leva à solução da lide posta nos Processos de Conhecimento ou de Execução, o que é evidente. Mas o mérito do Processo Cautelar é outro, senão o de se saber se a cautela é

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro, 18ª ed. rev. e atual. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 352.

pertinente, e, repita-se, em contraditório, demonstrá-lo e construir o provimento estatal que se vislumbra fundamentado.

Isto não é suficiente, porém, para se afirmar que o Processo Cautelar tenha um fim em si mesmo. Não o tem, a rigor, pois é também e sempre acessório. Mas nele decide-se o mérito da medida cautelar que refletirá preventivamente na ação principal, e isto faz com que seja, neste aspecto, bem como no instrutório, autônomo.

São lúcidas as lições de Humberto Theodoro Júnior a esse respeito, cujo trecho de Curso de Direito Processual Civil passa-se a transcrever abaixo:

“Sem embargo do caráter instrumental, pois o processo cautelar serve à realização prática de outro processo - e de sua reconhecida acessoriedade pois sempre depende da existência ou da probabilidade de um processo principal (art. 796), é inegável a autonomia técnica do processo cautelar.

Essa autonomia decorre dos fins próprios perseguidos pelo processo cautelar que são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal.

Inegável perante a mais atualizada doutrina, que a jurisdição compreende três espécies distintas de atividade, a cognição, a execução e a cautela, de modo que ‘o processo cautelar se introduz assim qual *tertium genus* de processo contencioso, ao lado do processo de cognição e de execução’.⁽¹⁹⁾

De tal arte, o pressuposto da autonomia do processo cautelar encontra-se na diversidade de sua função diante das demais atividades jurisdicionais.⁽²⁰⁾

(...)

Isto porque ‘o poder jurídico de obter uma das medidas assecuratórias, ensina Chiovenda, é por si próprio uma forma de ação, e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual, quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe’.⁽²¹⁾

Todo provimento cautelar é, destarte, expressão do exercício de uma ação diversa daquela que procura a solução do litígio, embora exista, obrigatoriamente, uma coordenação entre ambas.⁽²²⁾

142

O poder instrumental manipulado pela parte na ação cautelar não assenta na pretensão material, que é objeto do processo chamado principal, mas na necessidade de garantir a estabilidade ou preservação de uma situação de fato e de direito sobre a qual vai incidir a prestação jurisdicional.

A autonomia do processo mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo, muito bem, a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencedora na ação principal, ou vice-versa.

A ação cautelar é, de tal sorte, acolhida ou rejeitada por seus próprios fundamentos e não em razão do mérito da ação principal ⁽²³⁾”³.

Na mesma linha, Barbosa Moreira fala expressamente em mérito da Ação Cautelar, quando trata da fase decisória, asseverando:

“...O provimento final do juiz no processo cautelar, aprecie ou não o respectivo mérito, é sentença (art. 162, § 1º), a respeito de cuja prolação, publicação e intimação se aplica, *mutatis mutandis*, o que ficou dito com referência ao processo de conhecimento...”⁴.

E isso é uma realidade incontestável, porquanto, se de um lado existem cautelas que não levam necessariamente ao confronto de interesses entre as Partes, ou entre estas e terceiros, por outro, esse confronto pode ocorrer, e muitas vezes em face de objetividade jurídica até mais valiosa que a da própria ação principal. É o caso da medida cautelar com o objetivo de alcance de bens particulares de sócios e/ou administradores, mediante a desconsideração da personalidade jurídica. Essa medida extrema, que descortina uma das instituições mais importantes do mundo contemporâneo (a sociedade empresária), muitas

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op.cit. vol. II, p. 469, citando Francesco Carnelutti, Diritto e Processo, nº 234, p. 355⁽¹⁹⁾; idem, nº 236, nota I, p. 359⁽²⁰⁾; Willard de Castro Vilar, Medidas Cautelares, p. 50, Giuseppe

Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, trad. Menegale, v.I, 3ª ed., n° 82, p. 273⁽²¹⁾; Carlo Calvosa, “Provvedimenti d’urgenza”, in Novissimo Digesto Italiano, v. XIV, p. 447⁽²²⁾ e Enrico Tullio Liebman, Manuale di Diritto Processuale Civile, 1968, v. I, n° 36, p.92⁽²³⁾.

⁴ op.cit., p. 361.

143

vezes pode ocorrer face à necessidade de proteção de um crédito irrisório, sob o aspecto quantitativo.

Mais uma vez, valendo-se do magistério de Humberto Theodoro Júnior, tem-se bastante evidenciada essa distância entre mérito da Ação Cautelar e mérito da Ação Principal, conquanto dão guarida a lides distintas, senão vejamos:

“Quando, porém, o pedido de providência cautelar encontra resistência do adversário, tem-se um conflito de interesses a solucionar, mesmo que tal se passe em âmbito que não se confunda com o mérito da ação principal, pois se limita apenas ao plano da prevenção ou segurança como, por exemplo, a disputa, sobre o cabimento ou necessidade (ou não) *in concreto* da medida cautelar requerida. Depara-se, então, o juiz com uma verdadeira lide (a lide cautelar), cuja solução há de ser dada em procedimento necessariamente contencioso, com total resguardo do contraditório, segundo o rito dos arts. 801 a 804.

Há, como se vê, possibilidade de lide cautelar, ao lado da lide principal, muito embora a tutela e prevenção nem sempre pressuponha a litigiosidade em torno da segurança em si mesma”.⁵

Além do fato de ser PROCESSO, a utilização do Processo Cautelar para o fim da Desconsideração da Personalidade Jurídica e conseqüente constrição de bens particulares dos responsáveis, tem a vantagem das possibilidades de manuseio tanto como medida preparatória, como incidental, aumentando assim as chances da parte em ser beneficiada com uma cautela realmente eficaz.

Veja-se o caso do credor que detenha título executivo extrajudicial líquido e certo, porém ainda não exigível, e que tenha conhecimento da gerência abusiva que ocasionou a dilapidação dos bens da sociedade com a qual contratou, e ainda açodado com a informação de que o administrador estaria prestes a evadir-se ou ocultar seu patrimônio pessoal. O mesmo não teria, ao rigor do correto direito, arresto face aos bens particulares dos sócios, por exemplo, posto que o pólo passivo deveria ser ocupado pela sociedade, esta, sim, a devedora. Contudo, por

ter optado pelo Processo Cautelar, ou seja, tendo ofertado possibilidade de defesa ampla e contraditório, pode cumular aquela pretensão constitutiva com o

⁵ Op.cit. v.II, p. 472.

pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica, justificando a citação dos sócios, agora não mais terceiros, e sim partes vinculadas à demanda.

Da mesma forma, pode-se falar quanto ao Procedimento de Cumprimento de Sentença (Lei número 11.232, de 22 de dezembro de 2005), porquanto, integrado ao Processo de Conhecimento, propicia ao Autor e potencial credor também o livre uso do Processo Cautelar, nas mesmas situações em que a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica for exigida, inexistindo qualquer diferença fundamental quanto à forma e finalidade, mormente, sabendo-se que também nas disposições dos artigos 475-A e seguintes pode-se chegar a uma fase de expropriação, caso não se verifique o cumprimento voluntário da sentença.

Em ambos os casos, é certo, os responsáveis pela gerência abusiva ou pelo nefasto desvio de finalidade social da empresa perdem a condição de terceiros, e deverão integrar obrigatoriamente a lide, mediante providencial citação, e, comparecendo ou não em juízo, poderão ter suas esferas de interesses jurídicos atingidas, com a efetiva constrição de bens particulares, sob os auspícios do Devido Processo Legal, ou seja, sem nenhum atentado às garantias processuais constitucionais.

8.1.2 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E O *LIFTING THE CORPORATE VEIL*

Viu-se então a possibilidade de aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias através do Processo Cautelar, instrumento sobremaneira adequado inclusive face às situações emergenciais, sempre a caracterizar os procedimentos expropriatórios, não raramente atropelados por fraudes e outros descaminhos.

Mas é verdade que esta opção instrumental seria a orientada para aquelas situações em que a parte interessada ainda não tivesse em mãos provas robustas o suficiente para demonstrar de maneira cabal a responsabilidade daqueles cujo patrimônio pessoal deveria sofrer a constrição, restando assim somente a

possibilidade de comprovar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

É o suficiente, porém, para a instauração de um procedimento em contraditório, preservando assim direitos sem que outros sejam sacrificados, ao

145

menos até que, passada a urgência, possam-se produzir provas inequívocas.

Contudo, pode ocorrer de a parte que alegue prejuízos já dispor dessas provas inequívocas, quando então o ordenamento jurídico poderá servi-la de instrumentos mais contundentes, mais definitivos, na medida em que se demonstra, paralelamente, a improvável refutação convincente da parte contrária.

No artigo Teoria Geral da Efetividade do Processo, o Profº. José Marcos Rodrigues Vieira analisa e articula esta possibilidade fática de prévia certeza, conforme o grau de convencimento ofertado pela prova apresentada nos autos, escrevendo:

“As exigências de segurança (*periculum in mora*) e de evidência (*fumus boni iuris*), ambas sob prova inequívoca, estabelecem como premissa para a tutela antecipatória a lógica dos fatos - a recordar os interditos (*inter duos edictum*), lei do caso concreto. Ora, sabido que a tutela antecipatória é meio geral de persecução da efetividade do processo, devo prosseguir apontando o percurso lógico necessário.

Os graus de evidência são a possibilidade, a probabilidade e a certeza, a que se contrapõem a impossibilidade, a improbabilidade e a incerteza - em qualquer domínio científico. A efetividade não se contenta com o primeiro grau, a possibilidade. A lei, que fala em verossimilhança, indica, já, a probabilidade. Exige, entretanto, prova inequívoca. Consumiria esta a anterior? Isto é, haveria exigência de probabilidade e, ao mesmo tempo, de prova? Respondo: acontece que no processo, como no direito em geral, a formação do vínculo (*facultas exigendi*) é bilateral. E, portanto, tem-se de supor, da contraparte, o movimento contrário (contra-possibilidade, contra-probabilidade e contra-certeza). Não exige o legislador, ambas da mesma parte, verossimilhança (probabilidade) e prova inequívoca (certeza). Força é reconhecer que o legislador é sábio: exige a inequivocidade, vale dizer que sem gradações, do lado do réu, isto é, a irrefutabilidade imediata”.⁶

Logo abaixo, complementa conclusivamente o Profº. José Marcos Rodrigues Vieira, mais uma vez enfatizando a antecipada certeza da

⁶ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. In Teoria Geral da Efetividade do Processo. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. I, n. 1, Belo Horizonte, 1998, p. 96.

improvável eficiência do réu, em se insurgir face à inexorabilidade da prova apresentada pelo autor, e que, em decorrência, autorizaria o decreto antecipatório, *in verbis*:

“A bilateralidade do processo, pondo em contato pretensão e resistência, permite, entretanto, a medida de efetividade *a priori*: probabilidade irrefutável. Pode decorrer do estado do processo a associação de dois efeitos fáticos: a produção de prova pelo autor, de fato constitutivo do seu afirmado direito, e a probabilidade (do direito) daí decorrente, irrefutável pelo réu”.⁷

É claro que se está a falar do instituto do artigo 273 do Código de Processo Civil, que permite a antecipação de efeitos da sentença. Mas, antes de se defender a utilização desse instrumento na questão sob estudo, algumas ponderações devem ser feitas.

Com efeito, é certo que a desconsideração da personalidade jurídica normalmente é medida que se faz necessária face a circunstâncias alheias ao mérito da causa, o mesmo se devendo afirmar quanto ao objeto do Processo de Execução. Dessa forma, a rigor, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária com a qual o credor contratou não seria efeito a ser produzido pela sentença no processo de conhecimento, nem alegável face ao manuseio do Processo de Execução, embora se faça constantemente, mas com as já citadas agressões às garantias processuais.

Estará assim, sob este prisma, inviabilizada a utilização do instituto da Antecipação da Tutela.

Mas o enfoque é outro. Se o credor tem em mãos provas inequívocas - e conforme as tenha antes ou após a interposição da ação mediante a qual objetiva seu ressarcimento - terá, como já se adiantou acima, várias possibilidades de trazê-las aos autos, para obtenção de provimento jurisdicional mais célere e eficaz, sem a manifesta provisoriedade observada quando da propositura do

Processo Cautelar.

Assim é que, em se tratando o feito judicial de um Processo de Cognição,

⁷ Op.cit., p. 96.

nada estaria a impedir o autor de cumular a pretensão creditícia, por exemplo, com o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade contra a qual demanda, já que sabedor e detentor de provas inequívocas de abuso na administração da empresa. Ter-se-ia então um pedido para a satisfação do crédito, contra a empresa, e outro contra esta e respectivos responsáveis pelo mesmo abuso, aqui para a afetação dos seus bens particulares.

Agora sim, sendo a desconsideração da personalidade jurídica um dos prováveis efeitos da futura sentença, já que incluída pelo autor no *thema decidendum*, a postulação da antecipação da tutela é plenamente cabível, e com ela se pode abreviar o tempo para garantir as constringências necessárias, respeitados, é claro, os requisitos positivos e negativos inerentes à espécie.

Esta opção por certo será largamente utilizada no foro, face à alteração do Código de Processo Civil consistente no sincretismo dos Processos de Conhecimento e Execução, onde a fase expropriatória é observada sem maiores delongas, aumentando assim, em decorrência, a brevidade das possibilidades de extravios de bens úteis àquela.

Aliás, antecipando-se a essa nova realidade, introduzida entre nós, repete-se, pela Lei número 11.232, de 22 de dezembro de 2005, o Profº. José Marcos Rodrigues Vieira, ainda no ano de 1996, pontuava as razões e os fundamentos dessa dinâmica processual, ensinando:

“A Tutela de Urgência de mérito deve sua origem às características da Crise de Cooperação: aí supostos o ilícito em proveito do réu e a novidade, a inovação do direito pré-processual.

No espectro amplo das violações a direito - móvel geral da provocação da jurisdição - podem-se distinguir o inadimplemento e o ato ilícito. Do Direito Civil, as espécies (*fatispécies*), em geral correspondentes a *mora ex persona* e *mora ex re*. Ou a *inadimplemento relativo* e *inadimplemento absoluto*. Tem-se aí a fonte, diria eu, do critério de determinação do conteúdo de alguma *Fatispécie Instantânea*. Nada mais, afinal, do que a verificação da

necessidade ou não de prévia constituição em mora, pois, dispensada seja a *mise en demeure*, a espécie será de executoriedade imediata. A esse aviso, advém a possível Eficácia Sincrética do Processo: cognição e execução já se completam, mesclam-se, beneficiam-se reciprocamente e, em certa medida, são conviventes, coetâneas. Eis o moderno processo, que, como já tive ocasião de observar (Vieira, 1996), fará do art. 274, do CPC brasileiro, que até outro

148

dia não tinha explicação, a regra de sentido e alcance da nova ordinariedade.

A atualidade realmente exige a Dinâmica Processual. Natural, mesmo, a exigência, pois o Processo é noção visceralmente dinâmica. Sua marcha pode ser acelerada e retardada, a solicitações de executoriedade e de cognoscibilidade. E será crescente o uso do processo para *impedimento ao evento danoso*, portanto preventiva (cautela) ou inibitoriamente (caso de antecipação de tutela)”.⁸

Falou-se da situação em que o autor da ação reunia condições para cumular os pedidos já na petição inicial, mas, se isto não for possível, como nos casos em que a prova inequívoca for conhecida ou obtida quando do feito já em trâmite, poderá o mesmo se valer de pedido incidental, já que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pode ser apreciado e deferido, se o caso, a qualquer tempo do procedimento e em qualquer grau de jurisdição.

Analisando agora a questão no âmbito do Processo de Execução, instrumento que remanesce para atender aos portadores de título executivo extrajudicial, tem-se inicialmente que, se de um lado seria improvável a cumulação sugerida acima, face à manifesta impossibilidade de adequação dos ritos previstos no Livro II do Código de Processo Civil (Do Processo de Execução), com a discussão meritória sobre a pertinência ou não da desconsideração da personalidade jurídica - mesmo porque isto implicaria em retardamento da execução - por outro, não se vislumbram empecilhos para a propositura de Ação Própria, a qual, face à conexão, seria apensada ao feito executivo.

Facilita-se, dessa forma, o desfecho expropriatório no Processo de Execução, através da possibilidade da desconsideração episódica da personalidade jurídica da empresa executada, e decorrente constrição de bens particulares dos sócios, na apensada Ação Própria.

8.1.3 DA RECONVENÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO

Nos dois tópicos anteriores, não foi difícil observar que na delimitação

⁸ Op.cit., p. 102.

deste trabalho não se tem a pretensão de exaurir aspectos objetivos e subjetivos dos instrumentos de que a parte interessada pode se valer para, sob a égide do Princípio do Devido Processo Legal, buscar a Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedade empresária.

Aqui se tem como limite a sustentação do que é tecnicamente possível. Da mesma forma, não se pretende mencionar todos os instrumentos eventualmente empregáveis naquela busca, mas ao menos aqueles mais comumente manuseados no foro. Com efeito, o objetivo é tão somente demonstrar o quanto não é razoável a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica sem que se assegure as garantias constitucionais do processo, se por outro lado uma norma cogente não só impõe o inverso, como também aponta com clareza a técnica a ser utilizada.

Nesta perspectiva, pode-se falar que também o pedido reconvenicional nos Embargos de Terceiro seria uma opção para aquele pleito, com exceção dos casos de fraude à execução e naqueles em que a transferência de bens não foi da sociedade para o sócio, mas sim para terceiro estranho tanto ao feito, quanto à sociedade empresária.

É que, no primeiro caso (fraude à execução), a alienação, a qualquer título e para qualquer pessoa, sócio ou não, não ocasiona qualquer obstáculo ao juízo da execução, e o bem constrito será utilizado para a satisfação do credor, como se alienação não houvesse. No segundo caso, ou seja, quando a alienação foi para terceiro estranho à sociedade - e não se tratando de fraude à execução - porque nenhuma valia teria a Desconsideração da Personalidade Jurídica, cujo objetivo é atingir bens particulares dos sócios ou administradores, e não de pessoas estranhas à sociedade. A questão, a quem interessasse, deveria ser solucionada mediante Ação Pauliana.

A situação aproveitável seria então aquela em que houvesse a transferência ilícita de bens da sociedade para sócios, administradores ou outros responsáveis, - até então terceiros numa ação do credor contra a sociedade - e em que tal

transferência não tivesse implicado fraude à execução, repete-se. Aí sim, pois, uma vez constricto o bem nesta situação, e tendo seu detentor (sócio ou outrem vinculado à empresa) oposto Embargos de Terceiro (é o remédio jurídico que lhe caberia), o embargado, ora credor, além da atitude passiva de contestante, em que poderia argumentar pela manutenção da constrição, face à aludida ilicitude, poderá também, invertendo os pólos da lide e reforçando sua segurança

150

jurídica, reconvir desde logo, postulando a Desconsideração da Personalidade Jurídica da sociedade, embasando-se, para tanto, na inequívoca conexão entre o pedido reconvenicional e os fundamentos da defesa, inteligência depreendida das disposições do artigo 315, *caput*, segunda parte, do Código de Processo Civil.

Seria mais um exemplo de Ação Própria a afastar decisões precipitadas e mesmo infundadas, além de prolatadas fora do processo legal, sem falar de se ter aí aberto possibilidade de requerimentos inúmeros com a finalidade de se dar maior celeridade ao feito, como Medidas Cautelares e a própria Antecipação da Tutela de mérito.

Não se pretende aqui, adverte-se, sustentar que a reconvenção é indiscutivelmente cabível, ou seja, sem polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, em sede de Embargos de Terceiros. Entretanto, deparam-se pouquíssimos precedentes em contrário, e sem qualquer uniformização ou mesmo entendimento majoritário.

A defesa se faz no âmbito restrito do pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica, como se ilustrou, face à manifesta conexão demonstrada, ensejando aí a economia processual que se objetiva com a reconvenção.

Não bastasse, em nenhum momento a lei processual o impede, e os Embargos de Terceiro são ação com objetividade jurídica suficientemente ampla para tanto, reunindo em si características declaratória, constitutiva e mesmo executiva, como bem assevera Humberto Theodoro Júnior, e estes elementos devem ser os mesmos a revestir o pedido reconvenicional, no que for aplicável, diante da imposição constitucional do tratamento igualitário e equilibrado entre as partes (artigo 5º, incisos XLI e LV, da Constituição Federal). Assim, leciona o consagrado Doutrinador Mineiro:

“Como sempre ocorre com os procedimentos especiais, a ação de embargos de terceiro engloba elementos heterogêneos, apresentando-se como figura complexa, onde se mesclam traços de natureza jurídica múltipla.

Há, entre eles, uma natural carga declaratória, em torno da ilegitimidade do ato executivo impugnado. Há, também, um notável peso constitutivo, pois, reconhecido o direito do embargante, revogado terá de ser o ato judicial que atingiu ou ameaçou atingir seus bens. Há, enfim, uma carga

151

de executividade igualmente intensa, porquanto a atividade jurisdicional não se limita a declarar e constituir. Vai além e, tão logo reconhecido o direito do embargante, atos materiais do juízo são postos em prática para liberar o bem constricto e pô-lo novamente sob a posse e disponibilidade efetivas do terceiro. A atividade material - característica dos procedimentos executivos *lato sensu*, como o da ação de despejo e dos interditos possessórios - está presente nos embargos de terceiro, já que, independentemente de uma posterior *actio iudicati*, medidas concretas de efetivação do comando jurisdicional em prol do embargante são atuadas de imediato, até mesmo em caráter liminar (art. 1.051)".⁹

Já quanto à reconvenção, para não restar qualquer dúvida no que se refere a sua completude, enquanto ação, para recepcionar todas as características acima mencionadas, socorre-se mais uma vez das lições do mesmo Autor, agora no volume I de Curso de Direito Processual Civil, *verbis*:

“Reconvenção é, na clássica definição de João Monteiro, ‘a ação do réu contra o autor, proposta no mesmo feito em que está sendo demandado’.⁴²

Ao contrário da contestação, que é simples resistência à pretensão do autor, a reconvenção é um contra-ataque, uma verdadeira ação ajuizada pelo réu (reconvinte) contra o autor (reconvindo), nos mesmos autos.⁴³

Segundo tradição que remonta ao Direito Romano, com ela se formam duas ações mútuas num só processo: ‘a originária, que os jurisconsultos chamavam *conventio* e a segunda, oposta àquela pelo réu *reconventio*’.⁴⁴

Da reconvenção resulta um cúmulo de lides, representado pelo acréscimo do pedido do réu ao que inicialmente havia sido formulado pelo autor. Ambas as partes, em consequência, passam a atuar reciprocamente como autores e réus.

O fundamento do instituto está no princípio de economia processual, com que se procura evitar a inútil abertura de múltiplos processos entre as

mesmas partes, versando sobre questões conexas, que muito bem podem ser apreciadas e decididas a um só tempo.

A reconvenção, todavia, é mera faculdade, não um ônus como a contestação. Da sua omissão, nenhum prejuízo decorre para o direito de ação

⁹ Op.cit., v. III, p. 299.

do réu, pois, se não formulou a resposta reconvenicional, pode, mesmo assim, ajuizar ação paralela perante o mesmo juiz, mesmo depois de vencido o prazo de reconvir, para ajuizar o pedido contra o autor que poderia ter sido objeto da reconvenção^{45,, 10}.

8.2 A AÇÃO PRÓPRIA COMO ALTERNATIVA IRREFUTÁVEL

Já se referiu nos tópicos anteriores sobre a possibilidade de se lançar mão de AÇÃO PRÓPRIA para o fim da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias, e é bom salientar que “AÇÃO PRÓPRIA” não possui nenhum outro sentido especial senão “AÇÃO”, podendo se verificar, sob várias roupagens, aliás, como se sustentou acima quanto à Ação Cautelar, os Embargos de Terceiro e a Reconvenção.

Dessa forma, mesmo se em face de um caso concreto não se vislumbrar adequação no emprego de alguma Ação Nominada, ou seja, pela lei ou pela *praxis* forense dotada de apelido, será possível o exercício desse direito público, autônomo e abstrato, sob a epígrafe de AÇÃO PRÓPRIA, ou também autônoma, simplesmente, na medida em que terá objeto e instrução exclusivos.

O que não se concebe, e nem é de lei, é qualquer empecilho ao direito de ação, há muito erigido em garantia constitucional inerente à própria cidadania (artigo 5º, incisos XXXIV, “a”, XXXV e LV, da Constituição Federal).

Em decorrência, face a qualquer processo ou fase procedimental, terá o interessado assegurado o manuseio de ação para apreciação de questão prejudicial ou incidente, bastando apresentar os fatos e os fundamentos.

In casu, verificado fato que enseja a Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedade empresária, a parte a quem interessar a medida poderá

¹⁰ Op.cit., v. I, p. 428, citando Programa do Curso de Processo Civil, 3ª ed., 1912, v. VIII, § 292, p. 346 ⁽⁴²⁾. “É inépta a petição reconvenção omissa no formular uma pretensão contra o autor, limitando-se ao pedido de rejeição da ação” (TJRS, Apel. 21.829, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, ac. de 11.02.74, *in* Alexandre de Paula, Código de Processo Civil Anotado, 1976, v. II, p. 143). No mesmo sentido: TJSP, Ap. 226.149-2, Rel. Des. Pires de Araújo, ac. de 03.05.94, *in* JTJSP 157/188. ⁽⁴³⁾ João Monteiro, op.cit., § 291, p. 343 ⁽⁴⁴⁾. TACiv.SP, Apel. 194.335, ac. de 06.06.73, *in* RT 458/142 ⁽⁴⁵⁾.

mover a ação com aludido caráter “próprio”, requerendo sua distribuição por dependência, vinculando assim o juízo da causa, que agora deverá apreciar, também, o novo pleito, e a despeito do que se argumentou quanto aos instrumentos nominados, também aqui não se observa qualquer ausência de conexão, já que essa se dá pela coincidência de objeto ou causa de pedir (artigo 103, do Código de Processo Civil), independentemente de quem sejam as partes.

Esta ponderação é sempre importante no trato desta matéria, posto que, ressalta-se novamente, à evidência sempre ocorrerá a inclusão, na AÇÃO PRÓPRIA, de novos personagens até então ausentes no ou nos feitos já em trâmite, no caso, os sócios, administradores e eventuais responsáveis, legitimados ao feito porquanto, de uma forma ou de outra, serão alcançados pelo futuro provimento, no que da construção do mesmo devem participar.

Fazzalari desenvolve este tema sob o título de “situação legitimante”, e leciona:

“...Uma vez que o provimento de quo (quando for emanado) ou, melhor, os seus efeitos incidem no patrimônio de alguns sujeitos (veremos como ⁶⁰⁷), e já que é óbvia a exigência do provimento jurisdicional, participem do iter de formação do mesmo; por essa razão - isto é, enquanto sejam, por hipótese, legitimados passivos em relação ao provimento requerido ⁶⁰⁸ - tais sujeitos são ‘contraditores’ legitimados a ‘dizer e contradizer’ no curso do procedimento: ‘legitimados para o processo’, em suma, ⁶⁰⁹ justamente em virtude de tal participação, o procedimento é ‘processo’.

A situação legitimante das partes (isto é, aquela com base na qual se determina quem pode estar em juízo para dizer e contradizer: autores, réus, intervenientes) é, portanto, constituída por dois adendos lógicos: o de que a medida jurisdicional que o requerente (por exemplo, no processo civil, o autor ou o réu autor em reconvenção, ou o interveniente, ou o credor vencedor) postula deva ser efetivada, e o de que os sujeitos hipoteticamente destinatários de tal medida - isto é, independentemente da postulação ser julgada

procedente - devam estar diretamente envolvidos (tratar-se-á no processo civil o próprio autor e de um ou mais réus, o interveniente, o devedor executado) 610,,¹¹

¹¹ Op.cit., p. 369/370, citando a si próprio (notas nº 607 a 610), *in* Il giudizio civile di cassazione e Appunti di teoria generale.

8.3 A EXPRESSA PREVISÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Ao elaborar a Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o legislador dispensou especial atenção às questões societárias de um modo geral, criando inclusive o livro “DO DIREITO DE EMPRESA”, no qual, a partir do artigo 966, formula o conceito de empresário, estimula o profissionalismo e atrela a estas referências a “atividade econômica organizada”, orientando assim uma economia mais competitiva e responsável.

Nos artigos 1010 e seguintes a preocupação é com um dos fatores fundamentais das sociedades empresárias, ou seja, “DA ADMINISTRAÇÃO”, articulando procedimentos que levam a decisões legítimas, impondo ao administrador, no exercício de suas funções, expressamente, “o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios” (artigo 1011), e, quanto às relações com terceiros, estabelece direitos e responsabilidades que recaem sobre a sociedade e sócios, inclusive a oneração pessoal destes face ao saldo, nos casos de os bens da empresa não lhe cobrirem as dívidas (artigo 1023).

Todas estas previsões ganham particular importância e mesmo dão embasamento à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica dessas sociedades, prevista no artigo 50 do mesmo código, no título que trata “DAS PESSOAS JURÍDICAS”. Aqui também o legislador procurou ser o mais explícito e diligente possível, mas sem se ater a minúcias prejudiciais e limitativas de uma rica exegese.

Com efeito, estabelece o ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA como fundamento para sua desconsideração em juízo, que é caracterizado pelo DESVIO DE FINALIDADE ou pela CONFUSÃO PATRIMONIAL, ou seja,

uma regulamentação de fácil percepção, mas com possibilidade de aplicação bastante abrangente, com eficiência para alcançar as fraudes normalmente observadas neste âmbito de interesses. Entretanto, não é isto o que mais interessa em termos de PROCESSO. Nesta seara, a grande contribuição contida no artigo 50 do novo Código Civil - cuja disposição não encontra correspondência no estatuto revogado - foi impor aos operadores do direito, embora nem o precisasse, a obediência ao Princípio do Estado Democrático de Direito, no caso com ênfase precípua quanto ao

155

Princípio do Devido Processo Legal.

É que, conforme se depreende daquele artigo, fala-se expressamente: “...pode o juiz decidir...”, e, logo em seguida, “...a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo...”. Ora, a decisão judicial, conforme abundantemente já se sustentou, só é dotada de validade se resultante de procedimento em contraditório, ou ao menos liminarmente prolatada em autos de instrumento onde aquele é seguramente diferido. Assim, num primeiro plano, já está vinculado o juízo a este ditame legal, haja vista ter o próprio legislador empregado no texto do artigo o termo “pode decidir”, ou seja, não estaria obrigado, sem a verificação daquele princípio.

Do contrário, verificado o Devido Processo Legal, e demonstrado o ABUSO DA PERSONALIDADE, a decisão pela desconsideração respectiva terá que se verificar.

No segundo plano, referente ao requerimento da parte ou do Ministério Público, não se pode interpretar a intenção do legislador senão como pedido formulado por quem tenha capacidade postulatória, e mediante o obrigatório manuseio de um instrumento processual que atenda aos ditames do Princípio da Bilateralidade da Audiência. Isto é de uma evidência cristalina, porquanto, nem a parte nem o Ministério Público possuem, sob qualquer pretexto, outra forma de postular, pena de se retornar a um patamar arcaico e insustentável de potestatividade, o que nem se deve cogitar.

O que é difícil compreender, é que foi justamente com a edição do atual Código Civil - e com todo o zelo do legislador até mesmo em orientar quanto a aspectos procedimentais - que se passou, na prática forense, e em larga escala, não só a se postular a Desconsideração da Personalidade Jurídica sem maiores

preocupações com a técnica processual, como a se examinar e decidir sem qualquer condicionamento à verificação das garantias constitucionais do processo.

Parece até mesmo que a regulamentação - esperada por longos anos de trâmite do projeto de lei - surtiu efeito contrário, decorrência, entre outros motivos, da carência de fundamento científico que se observa na abordagem de parte da doutrina e da jurisprudência pátrias, quanto ao que é 'celeridade' e o que deve ser 'razoável duração do processo', tema quanto ao qual não

156

é demais reexaminar nesta oportunidade. O fato é que se a cada um for permitida a aplicação daquilo que entender mais útil à celeridade que lhe beneficie, exaure-se aí o PROCESSO, e com ele o ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

A preocupação quanto a isto deve ser permanente, já que é o PROCESSO o que se dispõe de viável para o que Habermas chama de "supremacia do melhor argumento" ¹², e a "superação dos riscos do dissenso" ¹³ só é possível se o melhor argumento coincidir com o interesse público, este espontaneamente abstraído das reais e genuínas necessidades das gentes (comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis ¹⁴), ou seja, devendo o poder decorrente do "agir comunicativo" ¹⁵ estar "embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual" ¹⁶.

O que não se pode é imaginar que se conseguirá este grau de aperfeiçoamento social sem a agregação e a depuração de conceitos, valores, fatores e garantias que somente o PROCESSO pode condensar, desde que dentro de uma moldura jurídica responsável e sem imprudências. Providenciais portanto, mais uma vez, as abalizadas lições do Profº. Ronaldo Brêtas, o qual, no já referido artigo "Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário", articula:

"A partir dessas premissas, o caráter razoável da duração de um processo ou sem dilações indevidas deve ser apreciado conforme as circunstâncias particulares da espécie concreta em julgamento, levando-se em conta três critérios principais, quais sejam, a complexidade das questões de fato e de direito discutidas no processo, o comportamento das partes e de seus procuradores e a atuação dos órgãos jurisdicionais. Por diretriz básica, deve-se exigir dos órgãos jurisdicionais estatais a permanente observância dos princípios da celeridade processual e do impulso oficial, a fim de que a jurisdição não seja prestada com atrasos suscetíveis de comprometer sua

eficiência e credibilidade, sem que isto implique qualquer violação à garantia do devido processo legal. A razão de ser da exigência se expressa em antigo

¹² HABERMAS J. Op.cit., v. I, p. 35.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem, p. 190/191.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem, p. 40.

adágio de origem inglesa amiúde invocado, *justiça retardada, justiça denegada*. A complexidade das questões discutidas no processo, comprometedoras de sua razoável duração, pode resultar, por exemplo, da pluralidade de litisconsortes, que deverão ser citados, da necessidade de intervenção de terceiros, da dificuldade de se localizar testemunhas, com isto frustrando-se a realização de audiências, da necessidade de se produzir provas periciais demoradas e intrincadas, da multiplicidade de incidentes processuais pertinentes suscitados pelas partes ou da controvérsia sobre o direito aplicável ao caso, quando ocorrentes alterações legislativas de relevância nacional, provocando grandes divergências ou incertezas doutrinárias e jurisprudenciais”.¹⁷

8.4 DE UMA EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor trouxe para a realidade social brasileira mais que a mera normatização das relações de consumo. Trouxe um instrumento de mudança de mentalidade como pouco se observou na nossa história, revestindo com sofisticado caráter de cidadania um aspecto do interesse cotidiano das pessoas, num grau de efetividade e legitimidade que provocou reflexos em inúmeras outras esferas de interesses jurídicos.

Editada logo após a Constituição Federal de 1988, a Lei número 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) viu-se imediatamente envolvida numa perspectiva de revitalização cívica da população, retirando-a do ostracismo legal, para dotar cada homem de uma autônoma segurança jurídica, sentimento este de pronto incorporado e protegido pelo senso comum.

Assim, em efeito multiplicativo, de simplórias relações singulares de compra e venda de bens de consumo pessoais, a comunidade passou a exigir melhor qualidade também no consumo coletivo de quaisquer bens relacionados com melhor qualidade de vida, aí se incluindo meio-ambiente saudável, políticas públicas transparentes, comprometimento do capital privado com as questões sócio-educativas, etc., e é inegável o avanço disto resultante, não obstante o

¹⁷ Op.,cit., p. 237/238.

muito que ainda se tem a conquistar.

Retornando ao cerne da questão da aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, tem-se que é matéria umbilicalmente relacionada com as relações de consumo, haja vista ter o legislador - com doze anos de antecedência quanto ao Código Civil - expressamente estabelecido aquela possibilidade no artigo 28 e §§ do Código de Defesa do Consumidor. Em verdade é só uma pequena parcela do que se indigita Política Nacional das Relações de Consumo (artigo 4º), mas sobremaneira importante para integrar à nova ordem os sócios (pessoas físicas ou jurídicas) e administradores de sociedades empresárias solidariamente vinculadas à cadeia fornecedora.

Não tardaram as polêmicas de natureza procedimental, sempre presentes em ordenamentos com forte tendência tutelar, como são também os casos da Consolidação das Leis do Trabalho, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, apenas para ficar com exemplos mais notórios, e, quanto ao Código de Defesa do Consumidor, destaca-se a apreensão quanto aos limites da atuação e discricionariedade do juiz, face às disposições do aludido artigo 28.

Não se vai aqui tratar de eventual discricionariedade de juízes ou de qualquer agente público, possibilidade proscrita pelo estágio de convivência social demasiadamente jurídico que se exige nos dias atuais. Até mesmo os agentes políticos devem estar sob a égide do Princípio da Legalidade, e as iniciativas respectivas em nenhuma hipótese podem estar alheias aos legítimos anseios da comunidade, e sempre controladas pelos princípios que norteiam o serviço administrativo, como os da austeridade, transparência, licitação, orçamento participativo e eficiência.

A análise que interessa é a da atuação processual do juiz, na medida em

que o artigo 28 é enfático: “*O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social...*”. Num contexto, repete-se, protecionista, não são poucos, principalmente os próprios juízes e tribunais, que entendem ser possível a desconsideração acima referida *ex officio judicis*, porquanto, além da já ressaltada característica incisiva do artigo, observa-se a ausência de outras disposições expressas, suficientes para o espancamento da desinteligência. Mas, quando aqui se tratou do mesmo instituto, na previsão do artigo 50 do Código Civil, procurou-se sustentar quanto à desnecessidade de o legislador do direito

159

material subjetivo se preocupar com PROCESSO, ao menos no que se refere ao Princípio do Devido Processo Legal, face a sua onipresença na moldura jurídica do Estado Democrático de Direito.

Mas não é só. Pensar que o juiz poderia agir *ex officio* na aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, é “fazer olhos rasos” frente à doutrina processual como um todo, e assim não perceber, de ante-mão, primeiro a ausência do próprio PROCESSO, já que o faria, à evidência, em outro PROCESSO, com objeto diverso, com causa de pedir e pedido diversos, e com partes diferentes. Segundo, e em decorrência, estaria trazendo para o feito pessoas a ele estranhas, onerando-as sem a postulação dos eventuais interessados, ou seja, afrontando o Princípio da Inércia, que orienta a jurisdição.

Em verdade, depara-se a teratologia de uma AÇÃO do juiz, que se traveste de parte, formula juízos de pretensão, e mesmo impõe à parte legalmente legitimada um *thema decidendum* que talvez sequer seja do seu interesse fático. Vejam-se situações hipotéticas em que, por exemplo, sócios ou administradores possam ser entes queridos do próprio consumidor; ou ainda, quando o consumidor for ao mesmo tempo sócio ou administrador da empresa com quem manteve relação de consumo; mais: quando o consumidor tiver conhecimento da origem criminosa ou temerária do patrimônio particular de sócios e/ou administradores.

Pergunta-se: teria este consumidor real interesse na desconsideração da personalidade jurídica? Não estaria o juiz lhe ocasionando um problema, ao invés de contribuir para a solução racional da demanda?

É evidente que são hipóteses extremas e de difícil verificação, mas a intenção é fomentar o raciocínio para todas as outras múltiplas situações, mais ou

menos prováveis, que podem levar o consumidor a não se interessar, provisória ou definitivamente, pela satisfação do seu direito mediante a constrição de bens que não pertençam à sociedade. Neste aspecto são bastante incisivas e ilustrativas as colocações de Athos Gusmão Carneiro, em *Jurisdição e Competência*, ao ressaltar, notadamente, o Princípio da Inércia, *in verbis*:

“A atividade jurisdicional é uma ‘atividade provocada’. Não há jurisdição sem ação.

160

Essa inércia inicial do Judiciário está no art. 2º do Código de Processo Civil: ‘Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais’. E é reiterada no art. 262: ‘O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial’.

Os juízes não saem em busca das lides para resolvê-las, mas aguardam que os interessados, frustradas eventuais tratativas amigáveis, busquem espontaneamente a intervenção estatal, propondo a *demanda*.

Dois brocardos expressam a necessidade de um pedido, de uma demanda, para que o Estado preste tutela jurisdicional, e isso tanto em jurisdição contenciosa como na chamada jurisdição voluntária:

Nemo iudex sine actore - “ninguém é juiz sem autor”.

Ne procedat iudex ex officio - “não proceda o juiz de ofício”.

O princípio da inércia inicial do Judiciário impõe-se no direito brasileiro com raríssimas exceções,⁷ e assim também nos demais países ‘ocidentais’.⁸

Nos países do Leste europeu (antigamente de orientação marxista), igualmente vigorava o princípio da necessidade da demanda, ajuizada tanto pela parte interessada como, freqüentemente, pelo agente do Ministério Público ou por substituto processual,⁹ admitidas algumas exceções em matéria de execução de sentença^{10, 18}.

Não que se esteja a defender uma postura de inteira imobilidade do juiz, mas parece que o impulso oficial não deve transbordar de maneira desregulamentada para espaços já ocupados por quem de direito, e mais uma vez o próprio PROCESSO oferece a solução, pelo incremento dos Princípios da

Representação por Advogado, do Livre Acesso ao serviço jurisdicional e da Assistência Judiciária Gratuita. É para a verificação destas garantias que o juiz deve agir *ex officio*, sempre que se fizer necessário, propiciando assim eficiência e segurança aos pleitos das partes, sem os riscos de se colocar no lugar das mesmas, ocasionando, no mínimo, suspeição.

¹⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 7/8, com notas referindo ainda à Lei de Falências ⁽⁷⁾; aos Códigos de Processo Civil de Portugal, da Itália e da França ⁽⁸⁾; Fundamentos del derecho soviético ⁽⁹⁾ e ao novo Código de Processo Civil da República Socialista Federativa Soviética da Rússia ⁽¹⁰⁾.

De certa forma, pode-se imputar parte dessa polêmica aos próprios autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, que logo em seguida a sua promulgação, editaram uma obra conjunta comentando-o, mas com flagrante superficialidade e mesmo impropriedade, ao menos no que se refere à desconsideração da personalidade jurídica, não ofertando qualquer contribuição para o processo de uniformização da interpretação sobre a matéria, muito pelo contrário.

Zelmo Denari, com efeito, confunde os papéis e também os interesses de parte e de juiz, quando, de maneira nebulosa, aduz:

“Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos”.¹⁹

Logo abaixo, agora na página 208, falando especificamente sobre “Faculdade do Juiz”, amplia ainda mais as possibilidades de incertezas e polêmicas, ao afirmar:

“Em linha de coerência com os postulados da Escola de Direito Livre e da Jurisprudência de Interesses (*Interessenjurisprudenz*) - ao proclamar que a tarefa do juiz não é puramente cognoscitiva, muito menos mecânica, mas valorativa dos interesses em conflito, além de criativa de novas normas - o dispositivo teve o cuidado de autorizar a aplicação da desconsideração como

faculdade do juiz, a cujo prudente arbítrio confiou o exame preliminar e a aferição dos pressupostos, para concessão da medida extrema”.²⁰

Não bastasse a pouca ou nenhuma contribuição à cultura jurídica, a obra em questão, de um modo geral, ocasionou ainda prejuízos maiores na medida em

¹⁹ DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover (coord.) et al, 6ª edição rev. atual. e ampl., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1999, p. 204.

²⁰ Op.cit., p. 208.

que, articulada, repete-se, pelos autores do anteprojeto - os quais talvez nem devessem fazê-lo - gerou grande expectativa e assédio na comunidade jurídica, apresentando, contudo, manifesta debilidade nos posicionamentos difundidos, retardando sobremaneira o processo de aperfeiçoamento e explicitação doutrinária e jurisprudencial das respectivas matérias.

De qualquer forma, esforços vários têm sido verificados para uma abordagem mais profunda e acertada da questão, dentre os quais se pode mencionar o de Ana Carolina Santos Ceolin, senão vejamos:

“Em sede doutrinária, tem-se tornado lugar comum a afirmativa de que a teoria da desconconsideração da pessoa jurídica seria aplicável de ofício pelos magistrados aos casos concretos por força da norma contida no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, cujo *caput* contém a seguinte expressão: ‘O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando (...)’ (grifo nosso).

O entendimento doutrinário de que o juiz teria a prerrogativa de aplicar de ofício a teoria da desconconsideração decorre da literalidade do dispositivo legal supracitado, em que o legislador empregou o verbo ‘poderá’. Nesse sentido, LUIZ EDSON FACHIN aduz que ‘a utilização da palavra ‘poderá’ permite suscitar a idéia de que a atuação do juiz caberá com ou sem a provocação da parte, posto que inexistente no artigo indicação de que a desconconsideração pressupõe iniciativa exclusiva da parte interessada’.¹³⁰

De fato, o legislador, quando diz que o ‘juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade’, está atribuindo-lhe *poder* ou, segundo a moderna sistemática processual, poder-dever de exercer a atividade jurisdicional, de fazer atuar a vontade concreta da lei nos casos *sub iudice*. Assim, ‘tal disposição de força ou autoridade jurisdicional se identifica com a

função, e não pode ser diversamente definida senão como um poder de afirmar e tornar real (coativamente) o direito no caso concreto, que é justamente a própria definição de jurisdição'.¹³¹ Em outras palavras, o poder atribuído aos juízes pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor encerra-se na própria idéia de jurisdição, não se diferenciando dos demais poderes jurisdicionais, que demandam para seu regular exercício, além de expressa previsão legal, a provocação das partes.

Enquanto atividade eminentemente 'provocada', a jurisdição depende da iniciativa da parte interessada para ser exercida pelo Estado. O Código de Processo Civil consagra a inércia do Poder Judiciário frente ao conflito instaurado entre os sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo, consignando o princípio de que 'nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional,

163

senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais' (art. 2º) (princípio dispositivo ou da demanda).

Além de vedar aos juízes a iniciativa da demanda, o legislador estabeleceu limites objetivos à atividade jurisdicional, impondo-lhes a prolação de decisões circunscritas ao pedido deduzido nos autos. O pedido e a sua respectiva *causa petendi* contêm a medida do poder jurisdicional a ser observada em cada caso concreto. Uma vez ultrapassada, o julgador terá prolatado uma decisão eivada de completa nulidade, porquanto lhe é 'defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte', nos termos do art. 128 do CPC (princípio da congruência)".²¹

O cerne de toda essa questão é se fazer entender quanto aos malefícios e a insegurança jurídica ocasionados pelo desprezo ao Princípio da Inércia, à custa de "procedimentos" que se pretendem milagrosos e aptos para a resolução instantânea das demandas, mas que na verdade são o atalho mais curto às arbitrariedades, à peita e à falência da respeitabilidade dos feitos jurisdicionais, e o mais lamentável de toda esta irresponsável ilusão é que, a promessa de um "processo" mais célere e eficaz à parte hipossuficiente, termina por consistir na subtração, à mesma, de sua verdadeira garantia, ou seja, o DEVIDO PROCESSO LEGAL.

8.5 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS: O MELHOR EXEMPLO DESSA SUBTRAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Criada sob o pretexto de induvidosa proteção de direitos do trabalhador, mas tendo como pano-de-fundo a ascensão de um regime totalitário, não

ocasionaria mesmo perplexidade se ao final a Consolidação das Leis Trabalhistas se convertesse em um dos fatores que mais contribuísse para uma lamentável realidade social daquele.

No plano macro-econômico, retirou das relações de trabalho o que de mais

²¹ CEOLIN, Ana Caroline Santos. Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 154/156, com referências a Luiz Edson Fachin, in Comentários ao código do consumidor. Coordenadores: José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, organizador Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 103 ⁽¹³⁰⁾ e Salvatore Satta, in Direito processual civil. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. I, p. 197 ⁽¹³¹⁾.

eficiente existe no mercado: a livre negociação. E o pior: estabeleceu regras sobremaneira rígidas e adrede formuladas, não com o intuito precípua de incentivar a criação de postos de trabalho, mas o de assegurar maior tributação.

O resultado é a informalidade em torno de 50% da já insuficiente ocupação laboral no País, caracterizada sobretudo pelo que se pretendeu evitar, ou seja, a sonegação fiscal e previdenciária, com reflexos negativos e mesmo temerários em todos os demais aspectos sócio-políticos, e, dentre as inúmeras causas dessa situação, pode-se apontar a supressão do Devido Processo Legal, lamentavelmente substituído por mecanismo de pedinçice e negociatas sempre prejudiciais, repete-se, ao mercado de trabalho, principalmente ao trabalhador.

Assim é que, esse “processo” ora inibe contratações, face aos encargos vinculados e nem sempre suportáveis; ora facilita as demissões irregulares, face às grandes possibilidades de se lesionar direitos da parte mais frágil, mediante a homologação de “acordos” obtidos numa sumariedade estéril, quase sempre sonegadora da discussão jurídica que a técnica processual e a doutrina do direito podem propiciar, decorrência imediata da não aplicação dos Princípios da Assistência por Advogado, da Ampla Defesa, da Isonomia e do irrestrito Contraditório.

Como não poderia deixar de ser, este conjunto de deficiências é também observado de maneira flagrante na aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias, de muita valia e intensa utilização no âmbito da Justiça Trabalhista, onde, contudo, foi deploravelmente banalizada.

O fato é que se optou pelo enfraquecimento das instituições do trabalho e da legislação aplicável à matéria, com insustentável confusão, sob o aspecto

jurídico, entre deveres, responsabilidades, direitos e patrimônios da empresa e de seus respectivos sócios e administradores, numa permissividade jurisprudencial nunca autorizada em lei. Aliás, a Consolidação das Leis Trabalhistas sequer prevê expressamente a possibilidade de desconconsideração da pessoa jurídica, no que busca subsídios no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, nos quais, contudo - e não obstante as já mencionadas falhas - não se encontram fundamentos a tais desregramentos, a tanta afronta ao PROCESSO.

Com efeito, inovou-se naquela área ao instituir o chamado Princípio da

165

Despersonalização do Empregador, cuja consequência mais notória e imediata é uma sustentada dispensabilidade do Devido Processo Legal, inclusive com a proclamação da irrelevância do Princípio da Bilateralidade da Audiência, onde a ausência dos atingidos pelo provimento final não é motivo para nulidades. O único fundamento normalmente levado em consideração é a inexistência de bens da empresa empregadora para a satisfação de créditos trabalhistas, sustentando-se ainda haver comunicação dos patrimônios dos sócios e da sociedade, algo sem qualquer embasamento legal. Vejamos alguns julgados, a propósito:

“RESPONSABILIDADE DE SÓCIO RETIRANTE - Aplicação do princípio da desconconsideração da personalidade jurídica, o que leva à comunicação dos patrimônios dos sócios e da sociedade por quotas de responsabilidade limitada...” (TRT 4ª R. - AP 00592.922/98-7 - 4ª T. - J. 09.05.2001).

“RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA - CONSTRIÇÃO - BENS DOS SÓCIOS. O fato de o agravado, sócio do réu, não constar como parte na ação trabalhista em nada modifica o decidido, pois os sócios são solidariamente responsáveis pelos débitos da pessoa jurídica quando esta age em desacordo com a lei e, neste passo, a demandada, ao ser notificada para comparecer à audiência, tinha pleno conhecimento de que na eventualidade de uma condenação, o patrimônio dos sócios poderia vir responder pelo débito da empresa reclamada.” (TRT 12ª R. - AG-PET 10514/2000 - (04163/2001) - 3ª T. - J. 23.04.2001).

“AGRAVO DE PETIÇÃO - SÓCIO DA EXECUTADA - LEGITIMIDADE PASSIVA NA EXECUÇÃO. Os sócios, em geral, embora possam tratar-se de pessoas físicas aparentemente desvinculadas da empresa, pessoa jurídica, estão econômica e socialmente interligados a ela, em face disso e, especialmente diante da moderna teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, são considerados partes interessadas no processo trabalhista, sendo irrelevante que não tenham integrado a relação processual ou não constem do título executivo judicial.” (TRT 8ª R. - AP 3892/2000 155 - 1ª T. - J. 20.02.2001).

166

O que se tem a analisar, diante de tais posicionamentos, é que a mesma promiscuidade procedimental com a qual, em alguns casos, se busca resguardar direitos do trabalhador, é também manuseada para suprimi-los, na medida em que a imperícia quase nunca é localizada. Tende-se a caracterizar toda uma esfera de atuação, e o móvel de toda esta realidade é uma improvável instantaneidade na satisfação de direitos, ignorando-se ou ao menos faltando habilidade para o equacionamento das adversidades atinentes.

Não se está a defender morosidades, certamente. Mas são as garantias do Devido Processo Legal, estendidas irrestritamente a todas as partes e quanto a todos os atos do rito, que têm a eficiência de construir um “sentimento de juridicidade”, cuja ausência inviabiliza nossos tribunais, enquanto instituições hábeis à colaboração para a resolução convincente das desinteligências humanas.

Enfim, poder-se-ia mencionar várias outras legislações em vigor no Brasil, e com as quais seria possível abordar-se e aprofundar-se a questão da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias, inclusive, para dissipar dúvidas normalmente relacionadas com a confusão que se faz, entre *responsabilidade legal dos sócios por obrigações da sociedade*, com a *desconsideração da personalidade jurídica*, como se observa quanto às disposições dos artigos 134, VII e 135 do Código Tributário Nacional, por exemplo.

Mas isto, a rigor, encontra-se fora da delimitação deste estudo, quanto ao qual parece ter sido suficiente a análise das codificações acima, ou seja, para o enfrentamento da questão da aplicação da TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ante os ditames do PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, na sua mais lúcida expressão, o DEVIDO PROCESSO LEGAL.

8.6 DO PROJETO DE LEI Nº 2426/2003.

Tramitou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei número 2426, apresentado aos 05 de novembro de 2003,²² mediante o qual era proposta a

²² De autoria do falecido Deputado Federal Ricardo Fiúza.

167

regulamentação do artigo 50 da Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ou seja, o novo Código Civil, e que trata, como já se examinou, da desconsideração da personalidade jurídica de sociedades empresárias, com o objetivo de se alcançar bens particulares de sócios e administradores. Arquivado, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pode, contudo, ser reativado a qualquer momento.

Vislumbra-se, nesta proposta, a consequência mais visível da repugnante conduta dos tribunais brasileiros em não atentar para a aplicação das leis processuais, principalmente no que se refere ao princípio do Devido Processo Legal, na medida em que é esta a nota que marca referido projeto, no seu artigo 3º, que propõe: *“Antes de declarar que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, o juiz lhes facultará o prévio exercício do contraditório, concedendo-lhes o prazo de quinze dias para produção de suas defesas.”*

Aliás, na justificação do autor do projeto, este foi claro em articular, *verbis*:

“Embora só recentemente tenha sido introduzido na legislação brasileira, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo utilizado com um certo aodamento e desconhecimento das verdadeiras razões que autorizam um magistrado a declarar a desconsideração da personalidade jurídica.”

Mais adiante, e não bastasse a contundente e irrefutável crítica acima transcrita, vaticina, na mesma motivação, ao falar dos casos que em tese ensejam a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica:

“Esses casos, entretanto, vêm sendo ampliados desmesuradamente no Brasil, especialmente pela Justiça do Trabalho, que vem de certa maneira e inadvertidamente usurpando as funções do Poder Legislativo, visto que enxergam em disposições legais que regulam outros institutos jurídicos fundamento para decretar a desconsideração da personalidade jurídica, sem que a lei apontada cogite dessa hipótese, sendo grande a confusão que fazem entre os institutos da co-responsabilidade e solidariedade, previstos, respectivamente, no Código Tributário e na legislação societária, ocorrendo a primeira (co-responsabilidade) nos casos de tributos deixados de ser recolhidos em decorrência de atos ilícitos ou praticados com excesso de poderes por administradores de sociedades, e a segunda (solidariedade) nos

168

casos em que genericamente os administradores de sociedades ajam com excesso de poderes ou pratiquem atos ilícitos, daí porque, não obstante a semelhança de seus efeitos, a matéria está a exigir diploma processual próprio, em que se firme as hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica possa e deva ser decretada.”

Contudo, e não obstante a aparente pertinência da proposta legislativa, o que se nota de uma análise mais aprofundada é que o ressaltado desmesuramento jurisprudencial - aqui já sobejamente demonstrado - está a acumular em desfavor da comunidade jurisdicionada prejuízos sucessivos, agora, com a possível conversão desse projeto em lei.

É que, ao invés de se redobrar esforços no sentido da aplicação das normas processuais já em vigor, notadamente o Código de Processo Civil - com toda a sua riqueza instrumental cuja eficácia foi acima avaliada - tenta-se editar uma lei não só manifestamente desnecessária, mas também inteiramente alheia à técnica processual depreendida de nosso ordenamento jurídico-procedimental cogente, de cujo exame só se pode inferir menos segurança e celeridade jurídico-processuais, mesmo em se comparando com o que já se verifica.

Com efeito, o Projeto de Lei número 2426/2003 não leva em consideração o sincretismo dos processos de conhecimento e de execução, este, cujo projeto de lei, agora convertido na Lei número 11.232/2005, já tramitava quando da apresentação daquele, o que não só acusa o seu divórcio do contexto jurídico pátrio, mas, também e em decorrência, o engessa na tacanha compreensão de que a desconsideração da personalidade jurídica somente seria cabível em fase processual executiva.

É uma proposta de atentado ao próprio direito de ação, na sua mais ampla

concepção, porquanto promoveria uma exceção de rito odiosa, e que transborda quaisquer parâmetros até então legitimados para a defesa de sócios e administradores que eventualmente incorram em ilicitudes ou abusos, o que, de forma alguma, é o objetivo daquela desconsideração. Assim é que, o jurisdicionado, que tem atualmente à sua disposição todos e quaisquer instrumentos processuais para o manuseio sempre que se verificarem plausíveis e adequados, terá, caso vingue esse projeto de lei, sua pretensão reduzida ao abstrato “requerimento específico” do artigo 2º do mesmo projeto de lei, e à obscura e desarticulada disposição do aludido artigo 3º, no que tudo o que se oferta é um prazo de quinze dias para produção de defesa.

169

É uma pobreza de proposta sem precedentes, que pode fazer cair por terra toda uma tradição de ritos, manuseados ante ao princípio da Bilateralidade da Audiência e com a segurança ofertada pelo princípio da Assistência por Advogado, a quem compete, em cada caso concreto, coordenar a instauração do instrumento que se vislumbrar mais econômico e eficaz à defesa dos interesses da parte.

Ensinando sobre as Garantias Constitucionais do Processo, *in* Da Ação Cível, o Profº. José Marcos Rodrigues Vieira é sobremaneira ilustrativo a esse respeito, quando afirma:

“A efetividade do direito depende do transporte devido da controvérsia ao julgador. Depende da invocação do poder inerente à regra de direito cuja aplicação possa dirimir o litígio. Assim, a inércia da jurisdição ganha, no tratamento constitucional brasileiro, o sentido de ‘substantive due process of law’, porque é inércia ante o *pedido*, que põe baliza intransponível ao juiz. Vale dizer que, conforme o *pedido*, o processo é bem jurídico colocado à escolha do autor da ação. O mesmo se diga do desenvolvimento da relação processual: o devido processo pode ser o indevido - na extinção sem julgamento do mérito. A espécie e o alcance do processo são funções do pedido contido na ação, inclusive, e principalmente, a qualidade do julgamento de mérito. Já o resultado é função da seqüência de atos (ou omissões) das partes e do julgador. A fiscalização dos atos da contraparte e do juiz, ou de suas omissões, é dever processual do advogado, nos limites da controvérsia”.²³

Essa desinteligência decorre, em verdade, do fato de que o legislador, conforme sua própria justificativa, não concentrou suas preocupações no PROCESSO, mas sim nos deslizes da jurisprudência (dos juízes), e o resultado

mais provável dessa empreitada será não solucionar qualquer dos dois problemas. No direito, com efeito, a inadequação instrumental leva à ausência do interesse de agir, e isto parece valer inclusive nas propostas legislativas. Ora, o dissenso legal e doutrinário se dissipa através dos recursos (PROCESSO), e as faltas funcionais (REGIMENTO) são equacionáveis através do direito de representação.

O que não se pode, volta-se a ressaltar, é inverter a ordem aplicativa

²³ Op.cit., p. 77.

dos instrumentos processuais e ao final fazer restarem prejudicados justamente aqueles que deveriam ser beneficiados, ou seja, o jurisdicionado e a relação processual.

Da análise de todos esses aspectos do nosso ordenamento jurídico, específicos quanto a Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades Empresárias, chega-se muito facilmente à conclusão, num primeiro ponto, de que a matéria é tratada, entre nós, de maneira desordenada, com quase que completa ausência de técnica processual, amoldando-se precariamente a interesses e necessidades isolados, quando, na essência, o ato visa a um único objeto, ou seja, a delimitação de direitos, deveres e responsabilidades de sociedades empresárias e seus respectivos sócios e administradores, e, no caso concreto, apontar e regulamentar as oportunidades e os fundamentos de sua prática.

É verdade que cada ramo do direito apresenta realidades próprias, mas estas restarão sempre contextualizadas nas mesmas esferas de direitos protegíveis, na medida em que, nas mais diversas circunstâncias fáticas possíveis, serão sempre a mesma a principiologia e a natureza jurídica a fundamentar e situar, perante a lei, aqueles personagens, repete-se, a sociedade empresária, seus sócios e administradores, e, respectivas responsabilidades, no que não justifica tamanha falta de unicidade de critérios e desígnios.

Num segundo ponto, por outro lado, demonstrou-se também que os operadores do direito dispõem de vários instrumentos processuais que ao menos poderiam colaborar, se regularmente manuseados, para a implementação de uma realidade jurídico-processual menos dispersa, e que ofertasse à comunidade jurisdicionada uma estratégia melhor definida e segura para a busca e defesa de

seus interesses.

Daí a importância de uma eficiente e vigilante produção jurisprudencial, conforme se sustentou em todo este trabalho, opção mais objetiva, democrática e econômica para as reformulações que se vislumbram pertinentes, quer quanto ao expurgo de atos arbitrários e deduções solipsistas, quer quanto à oferta de diretrizes mais aptas para assegurar a eficácia do processo, sob todos os aspectos constitucionalmente assegurados.

CONCLUSÃO

Foi bem a propósito que, nos três primeiros capítulos, procurou-se demonstrar tanto a complexidade intrínseca da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica - inclusive com a análise histórica nos direitos pátrio e alienígena - como os aspectos exteriores da sua aplicação, principalmente mediante o exame contextualizado da realidade do empresário e da empresa brasileiros, e do que estes representam na nossa condição sócio-cultural e econômica.

Isso, porque é justamente a enormidade da relevância de toda esta questão que deve definir a postura de legisladores e operadores do direito perante a matéria, obviamente enfrentando-a com correspondente grandeza e zelando para que condutas e interesses subalternos não prevaleçam quando de sua abordagem. Ou seja, a preocupação é dotá-la de juridicidade.

Assim, e iniciando por revelar, mediante pesquisa, a precariedade, a contradição, a precipitação, e mesmo a ilegalidade do caminho trilhado pela jurisprudência brasileira, quanto à Desconsideração da Personalidade Jurídica, procurou-se demonstrar não só a necessidade de nova postura, mas, e principalmente, a maneira de como esta deve ser levada a efeito, consistindo nisto, enfim, o cerne deste trabalho.

Mas não seria provável a completude dessa empreitada, senão através da

análise dos motivos que colaboram para todo esse despropósito, dentre os quais foi demonstrado o diuturno afastamento da principiologia inerente ao ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, notadamente no que se refere ao DEVIDO PROCESSO LEGAL; e, o alheamento do Judiciário face às atuais e legítimas exigências de ampla discussão e permanente reconstrução de concepções.

Para tanto, foi desenvolvido um raciocínio para enfatizar o descompasso aí observado quanto ao que a ciência do direito historicamente vem edificando, resultando num vácuo em relação àquilo que poderia ser o ideal de validação do direito. Neste ponto, optou-se com mais ênfase pela adoção dos pensamentos de Rosemiro Pereira Leal e Jürgen Habermas, na medida em que ofertam conceitos e parâmetros que seriam com certeza eficientes e adequados para suprimir

172

a ausência de comunicação que marcadamente vem caracterizando os feitos jurisdicionais.

De qualquer forma, não se deve perder de vista fatores da vida política pregressa do País que também contribuem para este quadro, dentre os quais se pode mencionar, após o período do regime de exceção imposto pelo golpe militar de 1964, a empolgação rumo ao estabelecimento de patamares mais democráticos de governo, num contexto em que, talvez explicado pelo próprio processo de transição institucional, cada uma das funções estatais: legislativa, judiciária e executiva, tentou se arrogar constrangedora exclusividade na detenção da fórmula para o equacionamento e restabelecimento da ordem jurídica. O resultado não poderia ser outro, senão a permanência da autocracia.

Mas o processo de abertura política é permanente, e nada nele ocorre sem razão de ser, ou melhor, tudo que nele ocorre é sua própria razão de ser. Nesta ordem de idéias é que se vê ressaltada a importância da contribuição acadêmica. Retornando-se aos contornos mais imediatos da aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, nota-se no tratamento do tema pelos tribunais, que o que, em realidade, ocorre, de uma maneira geral, é a solução sob influência de outras matérias jurídicas, aspecto em que tudo o que se sustentou até aqui consistiria numa pretensão de restituir-se o tema a seu tratamento específico.

Com efeito, em nenhum momento se pretendeu, por exemplo, fomentar o entendimento quanto a uma proteção exacerbada de sócios e administradores abusivos. Isto é apenas um foco da questão, no qual, a melhor juízo, a grande proteção daí resultante é da própria empresa, ou seja, dos fins sociais por ela

objetivados. O PROCESSO possui esse eficiente transbordamento dimensional.

Da mesma forma, em nenhum momento foi feita qualquer sustentação no sentido de que estaria no texto restrito de alguma lei a revelação da superação do problema. Pelo contrário, fez-se inclusive crítica direta a projeto de lei cuja disposição pretende fórmula processual salvadora.

A lei, uma vez interpretada de maneira equivocada - principalmente diante da falta de substrato jurídico-humanista do aplicador - ou com intuito arbitrário e ainda com parcialidade, torna-se a principal fonte de burla à observância das garantias inerentes ao PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO.

173

E foi nessa perspectiva que em todo este trabalho se enfatizou quanto aos desencontros, na prestação jurisdicional, no que se refere à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, principalmente quanto ao grau de exigência qualitativa de prova, aos fundamentos, à necessidade ou não de ação autônoma, e, também, à opção, ou pela celeridade no rito, ou pela segurança jurídica, ressaltando-se, quanto a este último tópico, a necessidade de interpretação mais cuidadosa da expressão constitucional “razoável duração do processo”, principalmente para se evitar as costumeiras e prejudiciais supressões de etapas do procedimento.

A fonte de toda essa preocupação - articulou-se também - é a situação que se observa a todo momento nos juízos de primeiro grau, nos quais a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é observada normalmente mediante simples e infundado despacho, em que se a defere, sem maior ou nenhuma preocupação com o ordenamento constitucional preconizador do Devido Processo Legal, realidade esta ainda mais desoladora na medida em que, nos tribunais superiores, são flagrantes inconciliáveis divergências, quer entre os juízos fracionados, quer a partir de fundamentos confrontados entre si e também com a legislação cogente.

A questão não se restringe, entretanto, ao abandono dos instrumentos jurídicos-processuais, mas, e notadamente, aos riscos a interesses maiores e estreitamente relacionados à supremacia do Estado Democrático de Direito, inclusive em setor sempre vital das sociedades, o econômico, já que não é preciso muito esforço para notar a insegurança jurídica que essas divergências fazem instalar no mercado interno brasileiro, e os correspondentes danos no âmbito externo.

Assim é que, e sem querer sustentar que a legislação processual vigente no Brasil seja robusta o suficiente para assegurar uma satisfatória verificação dos princípios do Devido Processo Legal e da Democracia, asseverou-se, por outro lado, que do mesmo complexo de leis não se deparam permissões à supressão das garantias da ampla defesa, da isonomia e do contraditório pleno, daí a completa ausência de justificativa para a teratologia que se verifica na justiça brasileira, na aplicação da *disregard doctrine*.

Passando então à análise daquilo que o ordenamento jurídico pátrio oferta para a extirpação dessas desinteligências, exaltou-se a inequívoca propriedade do Processo Cautelar, principalmente com o advento da Lei nº 11.232, de 22 de

174

dezembro de 2005, a qual, retirando do ordenamento jurídico o Processo de Execução de título judicial, terminou por destruir a obtusa compreensão de que a desconconsideração da personalidade jurídica só cabe em fase expropriatória. Nessa nova realidade, ou seja, com a instituição do “Procedimento de Cumprimento de Sentença”, não paira qualquer dúvida quanto à eficiência do Processo Cautelar também para aquela desconconsideração, nas múltiplas situações de demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, já que os motivos que a fundamentam - como o abuso de poder, desvio de finalidade e a confusão patrimonial, por exemplos - podem anteceder em muito a própria fase de conhecimento e mais ainda a de expropriação.

Num passo seguinte, e para atender aos casos em que a parte interessada já disponha de provas inequívocas, sustentou-se o manuseio do instituto da Antecipação da Tutela, preconizado pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, com a providencial ressalva de que, como a desconconsideração da personalidade jurídica normalmente é medida que se faz necessária face a circunstâncias alheias ao mérito da causa, a postulação se daria, por exemplo, numa cumulação de pretensão creditícia com o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária contra a qual se demanda, mas agora tendo como figurantes do pólo passivo os responsáveis pelas ilicitudes respectivas. É que, a antecipação se dá quanto aos efeitos da sentença, no que tem seus reflexos limitados ao *thema decidendum*, restando aos titulares do Processo de Execução, como se sustentou, ação autônoma.

Outra situação analisada diz respeito aos casos de transferência ilícita de bens da sociedade para seus sócios e administradores, e estes, face a eventual constrição, manuseando Embargos de Terceiro. Está-se, sem dúvida, diante de

caso concreto passível de desconsideração da personalidade jurídica, no que o credor embargado, além do ônus de resistir às razões do terceiro, pode e deve, também, face à manifesta conexão, reconvir, postulando aquela desconsideração, abrindo possibilidade, mediante contraditório, de obter uma decisão definitiva quanto à questão.

Para esta mesma finalidade, ou seja, a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica sob a égide do Devido Processo Legal, sustentou-se ainda, nos casos em que se vislumbrar adequada, a Ação Própria (autônoma), compreendida na acepção geral de “ação”, com as mais diferentes roupagens e denominações - como os exemplos nominados já mencionados acima - ou ainda como “ação inominada”, atendendo ao que basta

175

em juízo, ou seja, os fatos, os fundamentos e o pedido.

É importante o alargamento dessa possibilidade jurídico-instrumental, na medida em que supera a simultânea inconsistência de costumeiros argumentos em favor de medidas descabidas e mesmo arbitrárias, como a alegação de falta de previsão legal específica, ou ainda o alegado temor de prejuízo irreparável. É que, uma vez em juízo sob os auspícios da ordinariedade, para qualquer ameaça ou lesão de direito haverá sempre uma providência protetiva.

Finalmente, ponderou-se, num primeiro plano, quanto às expressas previsões, no nosso ordenamento jurídico, de possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica de sociedades empresárias, como é o caso dos artigos 28 e 50, respectivamente dos Códigos de Defesa do Consumidor e Civil, com análise quanto aos perigos de interpretações demasiadamente extensivas ou equivocadas, como a que se faz no sentido da possibilidade de desconsideração *ex officio* (CDC), ou ainda pelo entendimento da irrestrita comunicação de bens de sócios e empresas, largamente defendido e aplicado na Justiça Trabalhista.

Em segundo plano, tem-se a preocupação quanto aos destinos do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias, no Brasil, já que estas mencionadas deturpações, embora aparentemente contornáveis na única mensagem legislativa (Projeto de Lei nº 2426/2003) que tramitou na Câmara Federal, a respeito, na verdade ver-se-ão aumentadas, se o PL for reativado e convertido em lei, primeiro ensejando equívocos já de certa forma ultrapassados, como o de que a desconsideração da personalidade jurídica só possa ocorrer em fase executiva, e, segundo, por se revelar alheia e mesmo incompatível com recentes alterações do Código de Processo Civil,

principalmente com a fusão dos Processos de Conhecimento e de Execução, no que se refere a títulos judiciais, numa demonstração de que o legislador está preocupado apenas com os deslizes da jurisprudência - à evidência da própria exposição de motivos - esquecendo-se do principal, ou seja, o PROCESSO.

Em conclusão, tem-se que os impasses verificados no âmbito da aplicação, em juízo, da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica de sociedades empresárias, têm como solução, em primeiro lugar, a expurgação das pretensões e das decisões de caráter potestativo, unilateral e arbitrário, e, em segundo, o império do PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, donde, no plano da codificação, denota-se a toda evidência a consagração do DEVIDO

176

PROCESSO LEGAL, especialmente no artigo 5º, incisos XXXIV, “a”, XXXV, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988.

Embutidos nesta compreensão estão também os Princípios do DIREITO DE AÇÃO e da ASSISTÊNCIA POR ADVOGADO, em função dos quais é possibilitado, com autonomia e abstração, o manuseio do instrumento que no tempo do caso concreto se vislumbrar mais adequado e eficiente à defesa dos interesses das partes envolvidas, deduzindo-se mesmo, que se de um lado a DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA de sociedades empresárias é uma possibilidade recentemente prevista, de forma expressa, em nosso ordenamento jurídico, por outro, há muito nossas leis processuais já se encontram aptas para a sua aplicação prática, e obrigatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY**, Robert. Derecho y razón práctica, trad. de Wistano Orozco. México: Fontamara, 1993.
- ARAÚJO**, Marcelo Cunha. O novo processo constitucional. Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003.
- ARENDT**, Hannah. A condição humana, trad. de Roberto Raposo, 9ª edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1999.
- ASCARELLI**, Túlio. O negócio indireto. *In* Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. Ed. Saraiva, São Paulo, 1969.
- BALEEIRO**, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed. rev.atual. por Flávio Bauer Novelli. Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- BAPTISTA DA SILVA**, Ovídio A. Curso de Processo Civil, vol. I, 6ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. O novo processo civil brasileiro, 18ª ed. rev. e atual. Forense, Rio de Janeiro, 1996.
- BIBLIOTECA - TEXTOS REALIDADE BRASILEIRA** - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra - Brasil, <http://www.mst.org.br>, 2005.
- BOBBIO**, Norberto. Liberalismo e democracia. Ed. Brasiliense, São Paulo, 1995.
- BONNECASE**, Julien. Science du Droit et Romantisme - les Conflits des Conceptions Juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle, Paris: Librairie de Recueil, 1928.
- BRÊTAS C. DIAS**, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário, *in* Revista da Faculdade

Mineira de Direito, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1º sem., Belo Horizonte, 2005,

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Fundamentos do Estado Democrático de Direito, *in* Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 7, n. 13 e 14, p.150-163, Belo Horizonte, 2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2004..

BRUSCATO, Wilges Arian. Empresário Individual de Responsabilidade Limitada. Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2005.

CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 2ª edição, trad. de Douglas Dias Ferreira. Ed. Bookseller, Campinas, 2003.

CALENDÁRIO MENSAL DE OBRIGAÇÕES E TABELAS PRÁTICAS - Trabalhista e Previdenciário/Maio, Thomson-IOB, São Paulo, 2006.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Processo e democracia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.), Participação e Processo, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência, 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 1997.

CARNEIRO JAQUES, Adriana Travassos. A integração social pela execução de políticas urbanas nas diretrizes do Estatuto da Cidade, *in* Direito Público - Coletânea de artigos dos especialistas em Direito Público pelo IEC/PUC Minas, org. Dayse Starling Lima Castro, Belo Horizonte, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del processo civil. Trad. Santiago Sentís Melendo, 5ª ed., EJE, Buenos Aires, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castilho y Santiago Sentís Malendo, Buenos Aires: UTEHA, 1994.

CARVALHO SANTOS, J.M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XXXIV, suplemento IX, por Semy Glanz. Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1982.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito processual constitucional. Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2001.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. Abuso na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, trad. de Paolo Capitanio e anotações de Enrico Tullio Liebman, Ed. Bookseller, Campinas, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo, 19ª ed., rev. e atual., Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A dupla crise da pessoa jurídica. Ed. Saraiva, São Paulo, 1979.

COULOMBEL, Pierre. Le particularisme de la contition juridique des personnes morales de droit privé. Nancy, 1950.

DEL NEGRI, André. Controle de constitucionalidade no processo legislativo - Teoria da legitimidade democrática. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2003.

DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelo Autores do Anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover (Coord.) et al, 6ª edição rev. atual.e ampliada, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 19ª ed., rev. e atual., Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil - Teoria Geral do Direito Civil, 1º vol.,. 3ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1993.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, vol. 3, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

DWORKIN, Ronald. O império do direito, trad. de Jefferson Luiz Camargo, ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999.

FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle, *in* “Coisa Julgada Inconstitucional”, coord. Carlos Valder do Nascimento, 3ª ed. rev.atual. e ampl., p. 77-126, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004.

FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 7ª ed. Cedam, Padova, 1975.

FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual, 1ª edição brasileira, trad. de Elaine Nassif, ed. Bookseller, Campinas, 2006.

FUKUYAMA, Francis. Construção de Estados: Governo e Organização no Século XXI. Rocco, São Paulo, 2005.

GADAMER, Hans George. Verdade e método, traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 2ª edição, Ed. Vozes, Petrópolis, 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença - Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. Teoria geral do processo. Trad. Leonardo Prieto Castro, Ed. Labor, Barcelona, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo, Aide Editora, 1ª ed. 2ª tiragem, Rio de Janeiro, 2001.

GOUEIA, Jorge Bacelar. O valor positivo do acto inconstitucional.[Reimpressão], AAFDL, Lisboa, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, 19ª ed., rev. e atual., Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia - entre facticidade e validade, vols. I

e II, 2ª ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler-UGF. Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Para a reconstrução do materialismo histórico, 2ª edição, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Brasiliense, São Paulo, 1990.

INDICADORES ECONÔMICOS - FGV e IBGE, Lojistas-net, <http://www.lojistas.net/bi.htm>, 2005.

KERVÉGAN, Jean-François. Democratie et Droits de l'Homme, dans L'ignorance du peuple. Trad. de Tito Lívio Cruz Romão. (G. Duprat, dir.), PUF, Paris, 1998.

LAGE, Janaina. In “Quase todas as pequenas empresas brasileiras são informais, diz IBGE”, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro>, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e Mercado Mundial, 3ª edição rev. e aumentada, Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo, 6ª ed.rev.atual., Ed. Thomson-IOB, São Paulo, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. Landy Editora, São Paulo, 2002.

LEPARGNEUR, Hubert. Les sociétés commerciales aux États-Unis d'Amérique. Dalloz, Paris, 1951.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, vol. I. Ed. Intelectus, Tocantins, 2003.

MACINTYRE, Alasdair. Depois da virtude - um estudo em teoria moral. Trad. de Jussara Simões. Edusc, Bauru, 2001.

MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. Ed. Atlas S/A., São Paulo, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Econômico. Forense, Rio de Janeiro, 1987.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR - Secretaria de Desenvolvimento da Produção (SDP), In “A Microempresa e Empresa de Pequeno Porte”, <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/sdp>, 2005.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. [Reimpressão]. Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

MOREIRA, Luiz. Fundamentação do direito em Habermas, 3ª edição rev.atual.ampl., Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia, 2ª edição, Max Limonad, São Paulo, 2000.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. Direito Civil - Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

PACHECO, José da Silva. Evolução do processo civil brasileiro (desde as

origens até o advento do novo milênio), 2ª ed., Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

PASQUIER, Claude du. Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit, 4ª ed., Neuchâtel: Delachaux et Niestlé, 1967.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado - Parte Geral, Tomo I, 4ª ed., 2ª tiragem, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.

POPPER, Karl. Conhecimento objetivo, trad. de Milton Amaro, ed. Itatiaia, Belo Horizonte, 1999.

REHBINDER, Elgard. Konzernausussenrecht und allgemeines privatrecht, Berlin e Zürich, Gehlen-Bad Honburg v.d.H., 1969.

RÉNARD, Georges. La théorie de l'institution, Paris, 1930.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard doctrine*), in Revista dos Tribunais, nº 410, p. 12-24, São Paulo, 1969.

RIBEIRO, Cristiane. In "IBGE: 9,9% das indústrias investem em pesquisa", <http://www.cbcde.org.br>, 2005.

RIBEIRO, Cristiane. In "IBGE aponta que salários pagos por empresas caíram 11% entre 1996 e 2003", <http://www.radiobras.gov.br>, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil, 4ª ed., rev.e atual., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social, 2ª edição, Abril Cultural (Os Pensadores), São Paulo, 1978.

SOARES, Pedro. In "Inovação tecnológica cresce no país, mas com adaptações e cópias", (SBPC) <http://www.jornaldaciencia.org.br>, 2005.

STRECK, Lenio Luiz e José Luis Bolzan de Moraes. Ciência política e teoria geral do estado, 3ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

SWEENEY, Joseph M. La Personnalité Morale et ses limites, Études de Droit Comparé et de droit international public, LGDJ, Paris, 1960.

TAVARES BORBA, José Edwaldo. Direito Societário, 9ª edição, ed. Renovar. Rio do Janeiro, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle, in "Coisa Julgada Inconstitucional", coord. Carlos Valder do Nascimento, 3ª ed. rev., atual. e ampl., p. 77-126, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vols. I a III, 44ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito e Processo - Direito Processual ao Vivo, nº 05, 1ª edição. Aide editora, Rio de Janeiro, 1997.

UNGER, Klaus. Die inanspruchnahme des verdeckten kapitalgebers, in Konkurs-, Treuhand-und Schiedgerichtswesen, p. 33, março/1959.

UNIVERSIA BRASIL, *In* “IBGE: 52 mil empresas fecharam antes de completar três anos”, <http://www.universia.com.br>, 2005.

WOLFF, Martin. On the nature of legal persons, *in* The Law Quarterly Review, 216:512, 1938.

VERRUCCOLI, Piero. Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella “common law” e nella “civil law”, Milano, Giuffrè, 1964.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Carnelutti, o Estado e o Ônus da Prova, *in* Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 1, n. 2, p. 45-52, 2º sem., Belo Horizonte, 1998.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Da Ação Cível. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria Geral da Efetividade do Processo, *in* Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 1, n. 1, 1º sem., p. 90-107, Belo Horizonte, 1998.