

LUCIANA GABARDO

**A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA
APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof. Dra. Márcia Carla Pereira
Ribeiro.

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

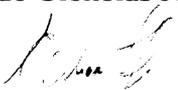
LUCIANA GABARDO

A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:


Prof.^a Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Edson Isfer
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Aos meus pais, João Carlos e Sheila, pelo que significam na minha vida, por todo o apoio e pelas bases do que sou hoje.

À Carmen Gloria Arriagada Andrioli, exemplo de pessoa e profissional que tanto me ensinou e hoje me inspira nos caminhos do Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1. A PESSOA JURÍDICA	06
1.1. INTRODUÇÃO E CONCEITO	06
1.2. ORIGEM E NATUREZA DA PESSOA JURÍDICA	08
1.2.1. A pessoa jurídica no Brasil	10
1.3. CLASSIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS	10
2. REGIME SOCIETÁRIO BRASILEIRO	12
2.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL	12
2.1.1. O caráter subjetivo e caráter objetivo do Direito Comercial	13
2.1.2. O Código Comercial Brasileiro de 1850	15
2.1.3. As sociedades comerciais no Código Civil de 1916	15
2.1.4. Surgimento das figuras da <i>Empresa</i> e do <i>Empresário</i>	16
2.2. O REGIME SOCIETÁRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2003	17
2.2.1. As sociedades simples	18
2.2.2. As sociedades empresárias	19
2.2.2.1. Início da personalização das sociedades empresárias	20
2.2.2.2. Os efeitos da personalização	22
2.2.2.3. O término das sociedades empresárias	23
2.3. A CLASSIFICAÇÃO LEGAL DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS	25
2.3.1. Classificação econômica: sociedades de pessoas ou de capitais	27
2.3.2. Classificação quanto à responsabilidade dos sócios	30
3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	33
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	33
3.1.1. Denominações e significado da expressão “desconsideração”	33
3.1.2. Origens e evoluções da <i>Disregard Doctrine</i>	34
3.1.3. O desenvolvimento doutrinário	36
3.1.3.1. A doutrina estrangeira	36
3.1.3.2. A doutrina brasileira	39
3.2. TEORIAS RELEVANTES	41
3.2.1. A teoria menor da desconsideração	42
3.2.2. A teoria maior da desconsideração	42
3.2.2.1. A abordagem subjetiva	43
3.2.2.2. A abordagem objetiva	44
3.2.2.3. Os pressupostos para a desconsideração	46
3.2.2.3.1. A fraude	46
3.2.2.3.2. O abuso de direito	47
3.2.2.3.3. A confusão patrimonial	48
3.2.3. A desconsideração inversa	49
3.3. OBSERVAÇÕES RELEVANTES	50
3.3.1. Autonomia da teoria da desconsideração	50

3.3.2. A excepcionalidade da teoria	52
3.3.3. Ressalvas quanto à aplicação da teoria	53
3.3.3.1. O pressuposto da licitude	53
3.3.3.2. Ausência de dispositivo legal que opere o mesmo efeito	54
3.4. EFEITOS DA DESCONSIDERAÇÃO	55
4. A DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	58
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	58
4.2. PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES: A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL	59
4.3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	61
4.4. A LEI ANTITRUSTE	64
4.5. A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS	65
4.6. O CÓDIGO CIVIL DE 2002	67
4.6.1. Elaboração do dispositivo	67
4.6.2. O dispositivo	69
4.6.3. Conseqüências práticas do advento do artigo 50	71
CONCLUSÃO	73
BIBLIOGRAFIA	76

RESUMO

O presente estudo destina-se a uma análise acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou *disregard doctrine*. Elaborando um quadro geral acerca de tal instrumento jurídico, aborda os aspectos que seguem: nascimento e evolução histórica, influência e contribuição da jurisprudência e doutrina (no âmbito nacional e internacional), principais teorias formuladas, princípios e pressupostos e, mais importante, sua presença positivada e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, aspecto que ganhou “fôlego” renovado com o advento do Código Civil de 2002, que celebrou acertadamente a teoria da desconsideração. Utiliza-se do método dedutivo, partindo do geral para o particular, ou seja, indo dos contornos mais genéricos dessa teoria, passando pelos princípios e dispositivos legais que consolidaram-na no nosso ordenamento, até chegar a sua aplicação em casos concretos. Por meio de pesquisa bibliográfica, reuniu-se neste trabalho as mais importantes vozes sobre o tema em tela, que optam, com razão, como será demonstrado no decorrer deste estudo, pela teoria maior da desconsideração, com ênfase na abordagem subjetiva da mesma.

Palavras-chave: pessoa jurídica; sociedades empresárias; desconsideração da personalidade jurídica; teoria maior; abordagem subjetiva; abuso de direito; fraude; abordagem objetiva; confusão patrimonial; artigo 50 do Código Civil de 2002.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o instituto da pessoa jurídica é, na verdade, um instrumento criado e disponibilizado pelo Direito para facilitar a prática de determinadas atividades realizadas em conjunto por mais de um indivíduo. Na lição de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, a pessoa jurídica é “*uma ficção, uma técnica que o direito coloca à disposição das pessoas humanas para facilitar suas relações*”¹.

Em que pese alguns dos seus elementos básicos possam ser encontrados já em entidades do Direito Romano e também na Idade Média, foi somente no século XIX que o instituto da pessoa jurídica passou a ser largamente utilizado, tendo em vista a generalização do conceito². E foi também no século XIX que se verificou que tal instituto estava servindo muitas vezes como instrumento para a obtenção de fins diversos dos previstos pelos legisladores, motivo pelo qual juristas e doutrinadores iniciaram uma busca por meios idôneos para a repressão dos desvirtuamentos verificados com a má utilização da pessoa jurídica.

Assim surgiu a *Disregard Doctrine*, ou teoria da desconsideração da personalidade jurídica, instrumento hábil para combater tal “crise” da pessoa jurídica.

Note-se que JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA³, ilustre professor da Universidade Federal do Paraná, apresentou-nos de maneira brilhante dois ângulos do

¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**. 2 ed. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2004. p. 31.

² “*A ruptura ocorrida no século XIX, no campo da teoria das pessoas jurídicas, consistiu na generalização do conceito. O século XIX conheceu a ampliação da aplicação do conceito para agrupamentos contingentes, situacionais. Deixou-se de exigir-se a transcendência para admissão da personificação. Entidades não dotadas de transcendência (quer quanto à estrutura, quer quanto aos fins) tomaram-se personificáveis*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 12).

³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo : Saraiva, 1979.

impasse que atinge a teoria da pessoa jurídica: a crise *sistêmica* e a crise *funcional* desse instituto.

A crise *sistêmica* refere-se à inadequação das normas aplicáveis às pessoas jurídicas diante dos reais agrupamentos verificados na sociedade. Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, tal crise envolveria a própria “*construção do sistema normativo sobre pessoa jurídica, porquanto inúmeros agrupamentos humanos tinham formalmente negada a condição de pessoa jurídica – muito embora acabassem por receber tratamento jurídico coerente apenas com a personificação*”⁴.

Já a crise de *função*, segundo o próprio LAMARTINE⁵, seria a utilização do instituto na busca de finalidade consideradas em contradição com os princípios básicos que fundamentam o ordenamento jurídico.

*“O segundo ângulo da crise reside, ao ver de LAMARTINE, na incompatibilidade verificável, por vezes, entre os fins do Direito e a conduta específica e concreta de agrupamentos personificados. Haveria uma espécie de ‘desnaturação’ da sociedade personificada, no sentido de atingir-se resultado imoral ou antijurídico através da aplicação das regras sobre pessoas jurídicas”*⁶

Ressalte-se desde já que, para o objeto da presente monografia (qual seja, a teoria da desconsideração), interessa tão somente a crise funcional da pessoa jurídica, vale dizer, sua utilização desvirtuada por seus próprios membros e administradores.

Alguns autores, na contramão da evolução do tema em análise, negam a autonomia da teoria da desconsideração, que, para eles, seria apenas uma extensão da teoria dos vícios dos atos jurídicos:

⁴ JUSTEN FILHO, **Desconsideração**..., *op. cit.*, p. 13.

⁵ OLIVEIRA, J. L. C de, **A dupla crise**..., *op. cit.*, p. 262.

⁶ JUSTEN FILHO, **Desconsideração**..., *op. cit.*, p. 15.

“Há quem tenha salientado, como é caso do comercialista Philomeno Joaquim da Costa (COSTA, Philomeno Joaquim da. Revista de Direito Mercantil. v. 50, p. 109), que ‘talvez se possa asseverar que inexistia uma ‘disregard doctrine’ e sim exista uma aplicação específica da regra de que a fraude corrompe tudo’. Isso significaria dizer que tratar tal matéria como uma teoria própria, autônoma, é ainda questão controvertida, passível de análise”⁷.

Contudo, diga-se desde já que, como será estudado, os pressupostos que ensejam a desconsideração não se confundem com meros vícios ou defeitos de atos e negócios jurídicos, sendo tal posição equivocada. Ademais, tal discussão é absolutamente inócua diante da importância e utilidade da teoria da desconsideração: a pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram sua constituição para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos por parte de seus sócios e administradores, tampouco para a realização de interesses particulares destes. E, na infeliz ocorrência de atos nesse sentido, é absolutamente necessário um meio para afastá-los e até mesmo punir aqueles que os praticaram. Tal meio é justamente a desconsideração da personalidade jurídica.

Pode-se dizer que a teoria da desconsideração foi criada com o intuito de orientar e oferecer armas aos operadores do Direito nos casos em que a utilização desvirtuada de pessoas jurídicas acarreta resultados completamente injustos e abusivos, contrários ao Direito e às funções básicas das próprias pessoas jurídicas.

Coibindo essa utilização desvirtuada, afastando a prática de fraudes e abusos de direito por meio da pessoa jurídica, a teoria da desconsideração ao mesmo tempo protege este instituto jurídico, resguardando seus preceitos norteadores.

Ocorre que, em que pese existam trabalhos excelentes sobre o tema (nacionais e estrangeiros), o dogma do absolutismo da pessoa jurídica ainda dificulta e até mesmo chega a obstar a aplicação da teoria da desconsideração em inúmeros casos em que se verificam fraudes, abusos de direito e confusão patrimonial entre sócios e sociedades.

⁷ MARTINS DE FREITAS, Elizabeth C. C. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2004. p. 65.

Ademais, a teoria da desconsideração é resultados dos esforços da jurisprudência e doutrina baseados em casos concretos – mesmo nos países em que a teoria possui total e longínqua receptividade, os dispositivos legais que tratam da matéria são escassos e esparsos. No Brasil, pode-se dizer que a teoria da desconsideração foi recebida de maneira expressa e acertada (embora incompleta) somente com o advento do Código Civil de 2002, que trata do tema em seu artigo 50. Todavia, que a culpa por tal demora não recaia somente sobre os legisladores: trata-se de uma matéria bastante complexa, cujos elementos básicos possuem múltiplas facetas, o que impossibilita qualquer taxatividade legal apriorística (por exemplo, as modalidades de fraudes são incontáveis, inclusive tendo em vista a inesgotável capacidade imaginativa do ser humano).

Não obstante, mesmo diante de todas essas dificuldades o Poder Judiciário não tem ignorado a problemática do desvirtuamento e mau uso da pessoa jurídica por seus sócios e administradores, procurando, ao menos, amenizar e coibir tais práticas e seus efeitos com os recursos que o Direito tem oferecido (muitas vezes alguns juristas invocam o próprio conceito básico de justiça para afastar as regras absolutas das pessoas jurídicas, em casos em que isso se faz necessário). E isso faz com que a matéria esteja em constante análise e evolução.

O tema ganhou renovado fôlego e especial destaque em virtude da edição do Código Civil brasileiro de 2002, que celebrou de forma expressa a teoria da desconsideração em seu artigo 50. Assim, diante de sua atualidade e relevância, passa-se a estudar a matéria em seus principais aspectos e desdobramentos, iniciando o presente estudo com uma breve análise acerca do próprio instituto da pessoa jurídica e, em seguida, das sociedades empresárias.

Note-se que esta monografia não tem o escopo de esgotar todos os aspectos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: não serão abordados aqui, por exemplo, seus aspectos processuais, bem como não serão analisados com profundidade os

outros dispositivos legais presentes no nosso ordenamento que apresentam elementos da matéria, como o artigo 28, parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor.

O método escolhido para a elaboração desta pesquisa é o indutivo e a técnica a pesquisa bibliográfica, em virtude da confiabilidade e qualidade que oferece ao pesquisador.

1. A PESSOA JURÍDICA

1.1. INTRODUÇÃO E CONCEITO

Para que se obtenha um apurado estudo acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no que se refere às sociedades empresárias, indispensável uma análise inicial do próprio instituto da pessoa jurídica, desde seu histórico e evolução até os seus mais atuais desdobramentos. Note-se, todavia, que o presente capítulo não tem o propósito de esgotar o tema, mas sim de apresentar uma abordagem ampla e geral sobre a matéria, ou seja, seus aspectos mais relevantes, os quais certamente podem contribuir para uma melhor compreensão do tema em foco.

O homem, na busca de elementos essenciais para a sua sobrevivência e felicidade, viu-se obrigado a trabalhar em conjunto com outros indivíduos, objetivando a realização de um fim comum. Tal circunstância, amplamente estimulada por seu natural espírito associativo como ser social, ensejou o nascimento de agrupamentos, verdadeiras entidades como situações de fato, que há muito existem.

Com o desenvolvimento humano, tais entidades de fato tomaram proporções muito maiores, com objetivos não mais focalizados na simples sobrevivência e bem-estar de seus componentes. É o que explicita HERNANI ESTRELLA, citado por ALFREDO DE ASSISI GONÇALVES NETO:

*“só muitíssimo mais tarde, já numa fase bem avançada, é que, com o surgir da propriedade individual e com o envolver civilizatório, nascem agremiações com finalidades claramente predeterminadas, umas colimando fins interesseiros, a bem de seus associados, outras propondo-se a finalidades impessoais ou idealísticas”*¹

¹ ESTRELLA, H. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Konfino, 1973, n.º 131. pp. 271-272. *Apud* GONÇALVES NETO, A. de Assis. **Lições de Direito Societário**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 3.

Ocorre que tais agremiações ou entidades, na medida em que cresciam em dimensão e objetivos, tornaram-se difíceis de serem controladas de uma forma que não se apresentasse extremamente complexa e organizada. Assim, objetivando uma maior facilidade na prática de atos e negócios jurídicos interessantes à entidade como um todo, o homem, através do Direito, criou a figura da pessoa jurídica.

Note-se que o Direito não reconheceu a existência fática das pessoas jurídicas, mas sim a necessidade e a utilidade das coletividades de pessoas que se formaram ao longo do tempo. Nesse sentido, a atribuição de personalidade jurídica a certas coletividades foi um verdadeiro incentivo, como explica GONÇALVES NETO:

*“Ao contrário do que sustentam alguns tratadistas, o direito **não reconhece** a existência de um pessoa jurídica como realidade fática para regular-lhe a atuação, mas **outorga** personalidade a certos centros de imputação de interesses para que atuem na prática dos atos da vida civil à semelhança da pessoa natural, (...)”²*

Claro, portanto, que é a pessoa jurídica criação da lei, que outorga personalidade a certos grupos sociais que visam à realização de um fim comum.

Note-se que, como criação do Direito, a pessoa jurídica reflete um conceito relativo e histórico. É o que defende MARÇAL JUSTEN FILHO, ao dizer que “a pessoa jurídica, *enquanto expressão técnico-jurídica, refere-se a conceitos e a situações jurídicas que se inserem dentro de contextos históricos e com os quais estabelece interação*”³.

Considerando que o direito não é um fenômeno unitário, não estando orientado a fins unitários e tampouco redutível à unidade⁴, JUSTEN FILHO explica ainda que “*as categorias formuladas pela Pandectística (tais como sujeito de direito,*

² GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, p. 3.

³ JUSTEN FILHO, M. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 36.

⁴ JUSTEN FILHO, **Desconsideração...**, *ibidem*, p. 38.

*direito subjetivo, pessoa jurídica), não podem mais ser reconhecidas quer como unitárias, quer como absolutas”*⁵.

1.2. ORIGEM E NATUREZA DA PESSOA JURÍDICA

O processo de evolução da pessoa jurídica teve seu início no período pós-clássico do Direito Romano, não apresentando grandes evoluções nos Direitos Germânico e Canônico. Foi somente no século XIX, após uma grande quebra no pensamento filosófico existente até então, que se chegou à pessoa jurídica tal como a conhecemos hodiernamente.

No Direito Romano pós-clássico eram consideradas pessoas as entidades que tinham vida independente de seus membros e que eram de interesse público. Com o passar do tempo, passaram a ser reconhecidas como tais algumas associações de interesse público e, já no final do Império, agrupamentos de indivíduos (*universitates personarum*) e até mesmo de bens (*universitates bonorum*).

Note-se que, no Direito Romano, as sociedades (*societas*) não eram consideradas pessoas, sujeitos de direito, mas sim relações jurídicas, um vínculo contratual entre os sócios. Nesse sentido, o patrimônio das *societas* eram, na verdade, patrimônio em comum de seus sócios.

O Direito Germânico também não conhecia a figura da pessoa jurídica, até adotar os elementos trazidos do Direito Romano, não oferecendo nenhuma contribuição. Já o Direito Canônico proporcionou um pequeno desenvolvimento ao tema ao reconhecer figura do *corpus mysticum*, verdadeiras fundações.

No século XIX, tendo em vista as mudanças sociais ocorridas ao longo do tempo, operou-se uma grande ruptura no pensamento filosófico vigente até então. Tal

⁵ JUSTEN FILHO, **Desconsideração...**, *idem*.

ruptura proporcionou a ampliação da aplicação do conceito de pessoa jurídica para agrupamentos fortuitos, ou seja, temporários. Na visão de JUSTEN FILHO:

“A noção de pessoa jurídica, até então vigorante, abrangia exclusivamente as entidades que transcendessem à individualidade, tanto no tocante à duração como aos fins perseguidos. Podia-se reconhecer, então, a personificação e assimilação ao ser humano daqueles corpus que se mantinham duradouramente na sociedade – e assim se mantinham porque inconfundíveis com as circunstâncias dos homens que os integravam ao longo de sua vida. A Igreja, a Comuna, a Corporação, a Fundação acabavam por ser reconhecidas como pessoas por não serem fenômenos circunstanciais.

A ruptura ocorrida no século XIX, no campo da teoria das pessoas jurídicas, consistiu na generalização do conceito. O século XIX conheceu a ampliação da aplicação do conceito para agrupamentos contingentes, situacionais. Deixou de exigir-se a transcendência para admissão da personificação. Entidades não dotadas de transcendência (quer quanto à estrutura, quer quanto aos fins) tornaram-se personificáveis ”⁶

Tal desenvolvimento do pensamento filosófico fez com que inúmeros doutrinadores se debruçassem sobre o tema concernente à natureza da pessoa jurídica, ensejando o nascimento de inúmeras teorias nesse sentido. Dentre estas, as principais seriam a “Teoria da Ficção”, a “Teoria da Realidade Objetiva” e a “Teoria da Realidade Técnica”.

A “Teoria da Ficção Legal”, cujo principal defensor foi Savigny, afirma que a pessoa jurídica não teria qualquer relação com a realidade, sendo uma mera projeção técnica, uma criação artificial do Direito para facilitar o exercício de certos direitos e atividades. Não explica a natureza da pessoa jurídica uma vez que nega a sua própria existência.

Já a “Teoria da Realidade Objetiva”, defendida por Gierke e Zitelmann, sustenta que as pessoas jurídicas seriam entes reais, verdadeiras pessoas ao lado das pessoas naturais. Seriam seres com vida própria, autonomia, frutos de imposição das forças sociais.

Por fim, a “Teoria da Realidade Técnica” afirma que a pessoa jurídica não seria uma realidade objetiva, mas uma construção técnica do Direito, que lhe dá vida e

⁶ JUSTEN FILHO, **Desconsideração...**, *ibidem*, p. 19.

capacidade para exercer direitos e contrair obrigações. Não seria uma ficção, portanto, pois adquire existência real ao ter reconhecida a sua personalidade pelo Direito. É a teoria mais aceita nos dias atuais.

1.2.1. A pessoa jurídica no Brasil

O Direito Brasileiro celebrou expressamente a existência da pessoa jurídica somente no início do século XX, com os Decretos n.º 1.102/1903 e n.º 1.637/1907. Tais decretos conferiam personalidade jurídica, respectivamente, aos armazéns gerais e aos sindicatos.

Em 1916, o Código Civil abordou o tema em seus artigos 16 a 20, sendo que atualmente a matéria hoje é tratada de forma bastante ampla no Título II, do Livro I do Código Civil de 2002 (artigos 40 a 69). Note-se que as sociedades personificadas, uma das modalidades de pessoa jurídica, são tratadas em apartado, mais especificamente no Subtítulo II, Título II do Livro II do citado Código.

1.3. CLASSIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

O Código Civil Brasileiro classifica as pessoas jurídicas em “*de direito público, interno ou externo, e de direito privado*” (art. 40, Código Civil de 2002).

As pessoas jurídicas de direito público interno, segundo o artigo 41 do mesmo texto legal, seriam a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias (como a OAB) e as demais entidades de caráter público criadas por lei (por exemplo, a EMGEA – Empresa Gestora de Ativos). Já as pessoas jurídicas de direito público externo, determinadas no dispositivo seguinte (art. 42,

Código Civil de 2002), seriam os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público (citando como exemplo clássico, a ONU).

No que se refere às pessoas jurídicas de direito privado, as mesmas estão arroladas no artigo 44 do Código Civil de 2002, senão vejamos:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I – as associações;

II – as sociedades;

III – as fundações;

IV – as organizações religiosas;

V – os partidos políticos.

Apenas a título de curiosidade, diga-se que as organizações religiosas e os partidos políticos antes eram considerados pessoas jurídicas de direito público interno (nesse sentido, os partidos políticos eram, na doutrina, exemplo clássico de entidades de caráter público criadas por lei). Tais entidades passaram a ser classificadas como pessoas jurídicas de direito privado somente com o advento da Lei n.º 10.825, de 22 de dezembro de 2003⁷.

Para o presente estudo interessa-nos tão somente as sociedades empresárias, uma vez que os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica se estendem principalmente sobre tais pessoas. Por tal motivo, passaremos a abordá-las desde já.

⁷ “Art. 1.º. Esta Lei define as organizações religiosas e os partidos políticos como pessoas jurídicas de direito privado, desobrigando-os de alterar seus estatutos no prazo previsto pelo art. 2.031 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil”.

2. O REGIME SOCIETÁRIO BRASILEIRO

2.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL

Até o século XI, não havia um ambiente propício à formação e ao desenvolvimento de um direito comercial sistematizado: o Direito Romano, voltado principalmente à propriedade e às atividades rurais, apresentava algumas poucas regras que tratavam da atividade mercantil, principalmente no âmbito do comércio marítimo, regras estas na maioria importadas dos fenícios (povo que apresentava maior desenvolvimento no setor). Conforme salientado por RUBENS REQUIÃO, “*os comerciantes, geralmente estrangeiros, respondiam perante o praetor peregrinus, que a eles aplicava o jus gentium*”⁸. Ademais, o processo de evolução do capitalismo mercantil de Roma foi abortado de maneira drástica pelas invasões bárbaras, que fracionaram o território imperial, iniciando-se assim a fase feudal.

Tal ambiente, finalmente, começa a apresentar as primeiras modificações já no final do citado século:

*“Desde fins do século XI, mas sobretudo a partir do século XII, ocorreu, na Europa Ocidental, o Renascimento Comercial e Urbano. A paralisação das invasões, que marcaram os séculos anteriores, juntamente com a ação das Monarquias Feudais e da Igreja, empenhadas em restabelecer a ordem nos Reinos, contribuíram para uma relativa segurança, criando condições favoráveis às transações comerciais realizadas pela burguesia. A prosperidade comercial encontrou sua razão de ser no retorno a uma economia monetária, na disponibilidade de excedentes de produção, na melhoria dos transportes marítimos e na intensificação da vida urbana”*⁹

O crescimento das cidades, nessa fase da Idade Média, fez-se de maneira concomitante e ao mesmo tempo dependente do crescimento dos pequenos núcleos

⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 8.

⁹ AQUINO, R. Santos Leão de. **História das Sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. 23 ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993. p. 18.

mercantis que nela existiam. E os comerciantes, que até então não possuíam quaisquer regras que protegessem as suas atividades, uniram-se em corporações de mercadores, tomando-se uma classe extremamente organizada, enriquecida de recursos e dotadas, inclusive, de poderes políticos e militares. Note-se que a atividade comercial trouxe autonomia às cidades mercantis, podendo-se citar Veneza e Florença na Itália e Hamburgo na Alemanha como destaques deste fenômeno.

O Direito Comercial, então, começa a se desenvolver neste contexto, como bem esclarece REQUIÃO:

“É nessa fase histórica que começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juizes designados pela corporação, para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes. Diante da precariedade do direito comum para assegurar e garantir as relações comerciais, fora do formalismo que o direito romano remanescente impunha, foi necessário, de fato, que os comerciantes organizados criassem entre si um direito costumeiro, aplicado internamente na corporação por juizes eleitos pelas suas assembleias: era o juízo consular, ao qual tanto deve a sistematização das regras do mercado”¹⁰

Importante ressaltar, neste ponto, que o juízo consular mencionado atingiu tamanha prosperidade e eficiência que, aos poucos, começou a tratar também de demandas travadas entre comerciantes e não-comerciantes¹¹.

2.1.1. O caráter subjetivo e caráter objetivo do Direito Comercial

Como se percebe, o direito comercial nasceu como um ramo jurídico extremamente classista, corporativo e *subjetivo*, uma vez que se fixava na figura do comerciante. Era a disciplina legal dos comerciantes, sendo que somente se submetiam à competência judiciária dos cônsules aqueles que exercessem a profissão comercial.

¹⁰ REQUIÃO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 10.

Ocorre que a focalização deste novo ramo do ordenamento jurídico na figura pessoal do comerciante mostrou-se, com o passar do tempo, extremamente insuficiente e muitas vezes errônea em sua aplicação, “*pois nem toda a vida e atividade do comerciante eram absorvidas pela sua profissão*”¹². Verificou-se que o direito comercial deveria cuidar de toda e qualquer matéria de comércio, ou seja, deveria ser *objetivo*, focalizando-se nos chamados *atos de comércio*. CESARE VIVANTE, citado por REQUIÃO, oferece um panorama acertado de tal evolução, que significou um grande avanço no mundo jurídico:

“... *passou-se do sistema subjetivo ao objetivo, valendo-se da ficção segundo a qual deve reputar-se comerciante qualquer pessoa que atue em juízo por motivo comercial. Essa ficção favoreceu a extensão do direito especial dos comerciantes a todo os atos de comércio, fosse quem fosse seu autor, do mesmo modo que hoje a ficção que atribui, por ordem do legislador, o caráter de ato de comércio àquele que verdadeiramente não o tem, serve para estender os benefícios da lei mercantil aos institutos que não pertencem ao comércio*”¹³

Ocorre que a teoria dos atos de comércio, cujo marco pode ser considerado o Código Napoleônico de 1808¹⁴, igualmente mostrou-se insuficiente e inadequada para servir de base para o Direito Comercial, uma vez que os comercialistas jamais conseguiram definir com precisão o que seriam tais atos de comércio. “*Não é preciso esforço da imaginação para se concluir da precariedade científica de um sistema jurídico que não se encontra capacitado, sequer, para definir seu conceito fundamental*”¹⁵. Assim, desacreditada restou também a visão objetivista do Direito Comercial, fundamentado nos atos de comércio.

¹¹ REQUIÃO, *Curso...*, *idem*.

¹² REQUIÃO, *Curso...*, *ibidem*, p. 11.

¹³ VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 4 ed. Milão: Francesco Vallardi, 1912. *Apud* REQUIÃO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14.

¹⁵ REQUIÃO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 12.

2.1.2. O Código Comercial Brasileiro de 1850

Tendo em vista a grande controvérsia já existente na doutrina e legislações internacionais acerca do que seriam os *atos de comércio*, o legislador brasileiro optou por adotar uma postura preponderantemente *subjetiva* ao editar o Código Comercial de 1850. Vale dizer, citado texto legal baseava-se precipuamente no conceito de *comerciante*: “*Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império e faça da mercancia profissão habitual*” (art. 4º, Código Comercial de 1850).

Note-se que dentro de tal definição há o conceito de *mercancia*, o qual de igual forma apresentava-se bastante impreciso. Nesse sentido, para fins de se facilitar a determinação da competência dos Tribunais do Comércio, também em 1850 foi editado o Regulamento n.º 737, que apresentava um rol exemplificativo do que seria *mercancia*.

Destarte, “*o sistema do Código de 1850, como resulta desta exposição, é subjetivo, pois assenta na figura do comerciante, não evitando, porém, o tempero objetivo, enumeração legal dos atos de comércio, para esclarecer o que seja mercancia, elemento radical na conceituação do comerciante*”¹⁶.

2.1.3. As sociedades comerciais no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916, cobrindo uma lacuna do Código Comercial de 1850, apresentou em seu artigo 1.363 a sociedade comercial de maneira absolutamente genérica, com a seguinte definição: “*Celebram contrato de sociedade as pessoas que*

¹⁶ REQUIÃO, *Curso...*, *ibidem*, p. 39.

mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”.

Para ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, tal conceito é inadequado, uma vez que apresenta a sociedade com extremado caráter contratual, exigindo ainda a presença de duas ou mais pessoas para a sua caracterização¹⁷.

Note-se que o Código Civil de 1916 apresentava duas espécies de sociedade: a *comercial* e também a *civil*, cujo objeto social era voltado à prática de atos civis¹⁸.

Sinteticamente, RUBENS REQUIÃO apresenta um acertado panorama do Código Civil de 1916, no que se refere à matéria em comento:

*“Nessa ordem de pensamento destinariamos a palavra sociedade para designar a entidade constituída por várias pessoas, com objetivos econômicos. Em virtude da diversificação do direito privado (dicotomia), em direito civil e direito comercial, seriam as sociedades de uma ou outra natureza, conforme seu objeto: sociedade comercial para a prática constante de atos de comércio; sociedade civil, para a prática de atos civis com fins econômicos (p. ex.: uma sociedade imobiliárias)”*¹⁹

2.1.4. Surgimento das figuras da *Empresa* e do *Empresário*

Diante da insuficiência dos critérios subjetivo e objetivo do Direito Comercial, os doutrinadores iniciaram a busca por uma nova alternativa, que se fazia cada vez mais necessária diante do grande desenvolvimento da economia capitalista. Nesse contexto, surgem, então, as figuras da *empresa* e do *empresário*, que vieram a dar novos contornos àquele ramo do ordenamento jurídico.

Primeiramente na Alemanha e, mais importante, no Código Italiano de 1942 (que veio a celebrar num mesmo corpo leis civis e comerciais), colocou-se de lado as figuras isoladas do comerciante e dos atos de comércio, surgindo então o conceito de

¹⁷ GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸ GONÇALVES NETO, *ibidem*, p. 41.

¹⁹ REQUIÃO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 244.

empresa mercantil ou comercial. RUBENS REQUIÃO ensina que “*por empresa comercial passou-se a compreender não a cadeia de atos de comércio isolados, mas a organização de fatores de produção, para a criação ou oferta de bens ou de serviços em massa*”²⁰. Já o *empresário* seria o sujeito da atividade (produção ou circulação de bens ou de serviços)²¹.

Importante salientar que *empresa* também jamais se confundiu com a figura das *sociedades comerciais* (não se confundindo tampouco com a hodierna figura das sociedades empresárias, que veremos adiante). Enquanto a *empresa* “*é a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços*”²², a *sociedade comercial* (ou *empresária*, nos termos do Código Civil de 2002) é o próprio *empresário*, ou seja, a pessoa que pratica tal atividade. “*A sociedade comercial dá a roupagem jurídica com que se veste a empresa coletiva*”²³, uma vez devidamente regularizada nos termos da lei.

2.2. O REGIME SOCIETÁRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como visto anteriormente, o Código Civil de 1916 apresentava duas espécies de sociedades, as *civis* e as *comerciais*, diferenciação realizada com base no objeto das mesmas.

O Código Civil de 2002, por sua vez, divide as sociedades em não-personificadas e personificadas. Apenas a título de elucidação, uma vez que não interessam ao presente estudo, diga-se que as sociedades não-personificadas seriam as sociedades em comum e as sociedades em conta de participação.

²⁰ REQUIÃO, *ibidem*, p. 14.

²¹ REQUIÃO, *ibidem*, p. 245.

²² COELHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 19.

²³ REQUIÃO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 245.

No que se refere às sociedades personificadas, de relevância central na presente monografia, podem ser *sociedades simples* ou *sociedades empresárias*. Comparando com Código Civil de 1916, importante salientar que “*não se trata, como será visto, de mera mudança terminológica, mas de um novo sistema, embora, para fins didáticos de classificação, faça-se, em alguns momentos, uma equiparação entre sociedades civis e sociedades simples e entre sociedades comerciais e empresárias*”²⁴.

2.2.1. As sociedades simples

O critério para a classificação de uma sociedade como *simples* é, na verdade, o da exclusão: são *simples* todas as sociedades que não sejam empresárias. É o que preceitua o artigo 982 do Código Civil de 2002: “*Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário, sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais*” (grifou-se).

O parágrafo único do artigo 966 do mesmo texto legal apresenta outros elementos caracterizadores das sociedades simples, ao determinar que “*não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa*”.

Embora sua classificação seja feita com base em critério excludente, a sociedade simples apresenta-se como espécie de modelo, fundamento primitivo de todas as outras espécies societárias.

Nesse sentido, FÁBIO ULHOA COELHO expressa que a sociedade simples “*explora atividades econômicas específicas (prestação de serviços de advocacia, por*

²⁴ GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, p. 39.

*exemplo) e a sua disciplina jurídica se aplica subsidiariamente à das sociedades empresárias e às cooperativas”*²⁵

Contudo, alguns doutrinadores entendem que a dicotomia “*sociedades simples* x *sociedades empresárias*” existente no Código Civil é absolutamente desnecessária. É o pensamento de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO:

“(…) no Código Civil de 2002 não é localizável, em lugar algum, a razão essencial da distinção entre sociedade empresária e sociedade simples, a não ser que a primeira exerce – e a segunda não – atividade própria de empresário sujeito a registro.

*Na verdade, não se nota no referido Código nenhum dado que justifique essas distinções entre uma e outra. (...) Pelo sistema adotado, a sociedade simples, enquanto sociedade modelo, supre as lacunas das sociedades empresárias; mas, sendo a sociedade simples, também, uma espécie societária, as normas do regime peculiar das sociedades empresárias são-lhe aplicáveis. Uma observação atenta do referido Código mostra, de fato, que a disciplina de toda matéria societária é praticamente idêntica, pois, se a sociedade simples é a plataforma de sustentação das outras sociedades, contendo normas gerais à ela aplicáveis, também àquela aplicam-se as disposições do Direito de Empresa, relativa às sociedades empresárias”*²⁶

2.2.2. As sociedades empresárias

Conforme expressado anteriormente, o Código Civil de 2002 determina que “*salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967)*” (art. 982, Código Civil de 2002).

O conceito legal de *empresário*, por sua vez, pode ser encontrado no artigo 966 do mesmo Código: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.

²⁵ COELHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 13.

²⁶ GONÇALVES NETO, *Lições...*, *op. cit.*, p. 110.

Na visão de JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, “*a sociedade empresária é uma entidade dotada de personalidade jurídica, com patrimônio próprio, atividade empresarial e fim lucrativo*”²⁷.

Depreende-se de tal conceito, bem como do conceito legal supra referido, que toda e qualquer sociedade empresária é, invariavelmente, pessoa jurídica, o que significa dizer que é capaz de exercer direitos e assumir obrigações. Tal requisito está expresso na referência ao artigo 967²⁸ do Código Civil constante no artigo 982 do mesmo Código.

O elemento *atividade econômica organizada* (ou *atividade empresarial*) como objeto da sociedade empresária é outra marca de sua caracterização como tal, imprescindível para tanto. A única exceção para este ponto é a sociedade por ações, que, independentemente de seu objeto social, será sempre empresária, nos termos do parágrafo único do artigo 982 do Código Civil.

Tem-se, ainda, o fim lucrativo como característica marcante das sociedades empresárias: a produção ou a circulação de bens ou de serviços objetiva o lucro, que deverá ser necessariamente distribuído entre aqueles que participam do capital social (sócios).

2.2.2.1. Início da personalização das sociedades empresárias

Tratando das pessoas jurídicas de direito privado em geral, o Código Civil de 2002 determina que “*começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro*” (art. 45, Código Civil de 2002).

²⁷ TAVARES BORBA, J. E. **Direito Societário**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 17.

²⁸ Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Especificamente no que se refere às sociedades empresárias, o início da personalização das mesmas se dá com o registro na Junta Comercial (ou *inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede*, nos termos do artigo 967 do Código Civil de 2002).

Note-se que alguns autores defendem que o simples encontro da vontade dos sócios já seria suficiente para que a formação da pessoa jurídica. Nesse sentido, quando duas ou mais pessoas se unem com ânimo de atuarem juntas, e praticam atos caracterizem os praticados por uma empresa, este encontro de esforços já seria suficiente para caracterizar a existência da pessoa jurídica. É o entendimento de FÁBIO ULHOA COELHO, senão vejamos:

“A rigor, desde o momento em que os sócios passam a atuar em conjunto, na exploração da atividade econômica, isto é, desde o contrato, ainda que verbal, de formação de sociedade, já se pode considerar existente a pessoa jurídica”²⁹

Todavia, a doutrina majoritária³⁰ entende que enquanto tais sociedades não registrarem seus contratos sociais ou estatutos nos órgãos competentes, estarão submetidas ao regime jurídico das *sociedades irregulares*, sendo tratadas como *sociedades em comum*, ou seja, despersonalizadas, nas quais todos os sócios respondem *solidária e ilimitadamente* por obrigações contraídas pela sociedade. E, nesse sentido, terceiros podem provar a existência das sociedades irregulares de qualquer modo, segundo o artigo 987 do Código Civil.

Note-se que o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro é o mais adequado, principalmente em termos de segurança jurídica, uma vez que *“o registro torna pública a formação do novo sujeito de direito, possibilitando o controle dos*

²⁹ COELHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 16.

³⁰ *“se a sociedade não se aperfeiçoa segundo as regras que lhe são aplicáveis para sua regular constituição, ficando ela a meio caminho do fim visado (sem registro, por exemplo), não nasce a pessoa jurídica. Todavia, é preciso reconhecer que, nessa hipótese, algo acabou sendo produzido (uma comunhão de interesses, um ente), porém sem a estrutura e a autonomia de uma pessoa (jurídica)”*. GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, p. 19.

demais agentes econômicos e do próprio estado quanto à existência e extensão das obrigações que o envolvem”³¹.

2.2.2.2 Os efeitos da personalização

Uma vez regularmente personificada, a sociedade adquire plena *capacidade* para tornar-se sujeito de direito e também para exercer direitos e contrair obrigações. Note-se que, como ensina ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO³², a capacidade das sociedades é limitada pelos princípios da licitude, da factibilidade e pelas suas próprias finalidades, ou seja, pelos motivos que levaram à sua constituição.

Um segundo efeito da personificação das sociedades diz respeito à *autonomia de atuação*: os atos praticados por seus gestores, enquanto tais, não se confundem com os atos dos mesmos praticados enquanto simples pessoas naturais.

O derradeiro efeito, decorrente da personalização, é a autonomia patrimonial: uma vez personificada, a sociedade passa a ter patrimônio próprio, inconfundível com o patrimônio dos seus sócios. Conseqüentemente surge a responsabilidade patrimonial: da sociedade, bem explicada por FÁBIO ULHOA COELHO:

*“Os bens integrantes do estabelecimento empresarial, e outros eventualmente atribuídos à pessoa jurídica, são de propriedade dela, e não dos seus membros. Não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais; sobre estes os componentes da sociedade empresária não exercem nenhum direito, de propriedade ou de outra natureza. É apenas a pessoa jurídica da sociedade a proprietária de tais bens. No patrimônio dos sócios encontra-se a participação societária, representada pelas quotas da sociedade limitada ou pelas ações da sociedade anônima. A participação societária, no entanto, não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade, nem como uma sua parcela ideal. Trata-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis os dos sócios e o da sociedade”*³³

³¹ COELHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 16.

³² GONÇALVES NETO, *Lições...*, *op. cit.*, pp. 20/22.

³³ COELHO, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 14/15.

ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO compartilha do mesmo entendimento:

“Autonomia patrimonial da sociedade significa patrimônio distinto e inconfundível com o de seus sócios. Ou seja, os sócios não são condôminos ou co-proprietários dos bens que formam o patrimônio social. Os bens que os sócios trazem para a formação do patrimônio social deixam de lhes pertencer, pois se transferem à sociedade a título de propriedade. Assim, o patrimônio social não responde pelas dívidas dos sócios; só pelas dívidas da sociedade”³⁴

Apenas a título de curiosidade, diga-se que FÁBIO ULHOA COELHO apresenta como mais um efeito da personificação das sociedades o surgimento da titularidade processual (capacidade para demandar e/ou responder em juízo)³⁵, que no entendimento da doutrina majoritária já está implícita na aquisição genérica de capacidade.

2.2.2.3. O término das sociedades empresárias

O término das sociedades empresárias ocorre por meio de processo dissolutório, que encerra a fase ativa da sociedade (veremos, em seguida, que após a dissolução haverá ainda as fases de liquidação e a partilha).

Em seu artigo 1.033, o Código Civil de 2002 apresenta as hipóteses de dissolução ordinária das sociedades empresárias, senão vejamos:

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I – o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II – consenso unânime dos sócios;

III – a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

V – a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

³⁴ GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, p. 28.

³⁵ COELHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 14.

Tais hipóteses referem-se à dissolução *extrajudicial*, também chamada de *distrato*.

Já o artigo 1.034 do mesmo Código trata das hipóteses de dissolução judicial, que seriam: *i)* a anulação de sua constituição; e *b)* esgotamento ou inexecutibilidade do fim social (esta última, a falência). A dissolução judicial ocorre por meio de ação específica, proposta por requerimento de qualquer um dos sócios, cuja sentença determina que sejam dissolvidos os vínculos contratuais.

FÁBIO ULHOA COELHO defende que a simples paralisação da atividade empresarial não enseja a extinção da sociedade empresária como pessoa jurídica:

“É necessário acentuar que a simples inatividade da sociedade não significa o seu fim, como pessoa jurídica. A exemplo do que se verifica com as pessoas naturais que deixam de exercer qualquer atividade profissional (quando, por exemplo, se aposentam), mas não perdem, por óbvio, a capacidade para a prática dos atos jurídicos, a pessoa da sociedade permanece, mesmo que o seu estabelecimento tenha sido fechado e alienado, mesmo que os seus empregados tenham sido dispensados, mesmo que não esteja mais praticando nenhuma operação econômica. A paralisação da atividade empresarial não importa necessariamente a dissolução da sociedade”³⁶

Poderá ser a dissolução *total* ou *parcial*: a primeira implica na extinção por completo da sociedade, de todos os vínculos contratuais. Já a segunda ocorre com a dissolução de somente parte destes vínculos, permitindo que a sociedade continue a existir. A dissolução parcial é tratada nos artigos 1.028 a 1.032 do Código Civil de 2002, sendo ali denominada de *resolução de sociedade em relação a um sócio*.

Uma vez dissolvida a sociedade, procede-se à fase de liquidação, tratada nos artigos 1.102 a 1.112 do Código Civil de 2002. Na lição de JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *“a liquidação é o período de fechamento das contas”³⁷*, fase em que a sociedade deverá ultimar seus negócios pendentes, realizando o ativo e pagando o passivo, ou seja, todos os bens da sociedade deverão ser transformados em dinheiro, bem como todas as dívidas deverão ser pagas. Note-se que o processo de liquidação pode se

³⁶ COELHO, Curso..., *ibidem*, p. 17.

estender por anos, uma vez que não antecipação do vencimento dos créditos e dos débitos das sociedades nesta fase.

Uma vez satisfeitos todos os credores da sociedade comercial, e ainda assim verificando-se a existência de um saldo patrimonial restante, este deverá ser distribuído entre os sócios na proporção de seus quinhões sociais. É o procedimento da *partilha*, fase final da liquidação.

Note-se que na dissolução parcial não há partilha, mas sim o reembolso do sócio excluído, cuja quota deverá ser paga em dinheiro, no prazo de noventa dias a partir da liquidação, salvo acordo ou estipulação contratual em contrário (art. 1.031, parágrafo 2º, Código Civil de 2002).

Importante salientar, por fim, que uma vez encerrada a liquidação, os liquidantes deverão requerer o cancelamento do nome empresarial da sociedade no Registro de Empresas.

2.3. CLASSIFICAÇÃO LEGAL DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

O Direito Brasileiro apresenta cinco espécies de sociedades empresárias, quais sejam, *a)* sociedades em nome coletivo (artigos 1.039 a 1.044, Código Civil de 2002); *b)* sociedades em comandita simples (artigos 1.045 a 1.051, Código Civil de 2002); *c)* sociedades limitadas (artigos 1.052 a 1.087, Código Civil de 2002); *d)* sociedades anônimas (artigos 1.088 e 1.089, Código Civil de 2002) e *e)* sociedades em comandita por ações (artigos 1.090 a 1.096, Código Civil de 2002). Apenas a título de curiosidade, diga-se que dentro do cenário econômico atual, as sociedades limitadas e as sociedades anônimas são as mais expressivas, de maior impacto na economia.

Importante salientar que, conforme o entendimento do artigo 983 do Código Civil de 2002, tais são as únicas formas de constituição de sociedades empresárias no Brasil.

³⁷ TAVARES BORBA, *Direito...*, *op. cit.*, p. 85.

Nesse sentido, o mencionado dispositivo determina que “*a sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092*”, celebrando o princípio da tipicidade no que se refere à constituição das sociedades empresárias. Tal princípio, por sua vez, apresenta aspectos negativos (restrição da autonomia privada, por exemplo) e positivos (maior segurança jurídica), como salienta ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO:

*“Tem-se aí a afirmação do **princípio da tipicidade**, pelo qual as sociedades empresárias devem adotar um dos tipos previstos em lei. Trata-se de um princípio que restringe a autonomia privada, no que respeita à liberdade contratual. As partes não têm a faculdade de celebrar sociedades empresárias fora dos modelos oferecidos pela lei. Esse princípio justifica-se por razões de segurança jurídica, em favor de quem contrata com a sociedade (para que tenham, de pronto, a identificação da garantia de seus créditos) e no interesse dos próprios sócios (notadamente minoritários, quanto aos direitos que lhes são assegurados em cada qual dos tipos)”³⁸*

Note-se que as *sociedades em conta de participação*, embora tratadas pelo Código Civil de 2002 como verdadeiras sociedades não personificadas (artigos 991 a 996), não podem ser consideradas como tais, uma vez que não têm firma ou razão social; não se relacionam com ninguém; não possuem patrimônio e tampouco sede social; não se liquidam e não se sujeitam à falência³⁹. É o entendimento predominante na doutrina:

*“Em suma, a sociedade em conta de participação, por mais que tenha sido catalogada pelo legislador como sociedade e que seja assim também considerada por boa parte da doutrina, **não é uma sociedade** no sentido próprio da expressão. Ela não se apresenta como um ente capaz de direitos e obrigações, nem mesmo como um centro de imputação de interesses, já que tudo se passa como se fosse – e na verdade é – o sócio ostensivo o único a agir na busca dos propósitos sociais. Ela é um simples contrato de participação no qual o sócio ostensivo obriga-se a agir como ajustado com os seus sócios ocultos na aplicação dos recursos (numerário ou bens, dentre eles direitos) que reuniram para tal fim”⁴⁰*

“Embora tenha o nome de sociedade e esteja incluída no título do Código Civil que trata das sociedades, a chamada sociedade em conta de participação não é uma verdadeira sociedade. Faltam-lhe o patrimônio próprio e a personalização (o próprio Código a considera

³⁸ GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, p. 45.

³⁹ GONÇALVES NETO, *ibidem*, p. 179.

⁴⁰ GONÇALVES NETO, *ibidem*, pp. 180/181.

não personalizada), que são características essenciais das sociedades, especialmente a partir da declaração do Código Civil (art. 44), no sentido de que estas são pessoas jurídicas”⁴¹

“Na classificação das sociedades empresárias, não é considerada a conta de participação, em razão das particularidades apresentadas por seu perfil jurídico. Com efeito, trata-se de um conjugação de esforços despersonalizada, e, portanto, sujeita a regras muito específicas, que impossibilitam considerá-la no tratamento geral do tema. Pode-se até mesmo entender que, em razão da inexistência de pessoa jurídica autônoma em relação à dos sócios, a conta de participação não é exatamente uma sociedade, mas mero contrato de investimento comum, que a lei impropriamente disciplina nos capítulos do direito societário”⁴²

Importante anotar ainda que as *sociedades de capital e indústria*, previstas no antigo Código Comercial de 1850, foram abolidas pelo Código Civil de 2002. Todavia, a figura dos chamados “sócios de indústria” é admitida nas sociedades simples, uma vez que os artigos 997, inciso V, 1.006 e 1.007 do Código vigente menciona o *sócio cuja contribuição consista em serviços*.

Paralelamente à classificação legal das sociedades empresárias existem outras classificações oferecidas pela doutrina, baseadas em diferentes critérios, sendo que as de maior destaque serão a seguir abordadas.

2.3.1. Classificação econômica: sociedades de pessoas ou de capitais

O critério econômico, que classifica as sociedades em de pessoas ou de capitais, leva em conta o grau de dependência da sociedade em relação às qualidades subjetivas dos sócios. Note-se que nenhuma sociedade é exclusivamente de pessoas ou exclusivamente de capitais: há, somente, a prevalência da importância de um dos dois elementos (sócio ou capital) dentro de cada sociedade.

Segundo este critério, as *sociedades de pessoas* são aquelas que se constituem em decorrência de uma determinada relação existente entre os sócios (vínculos de amizade,

⁴¹ TAVARES BORBA, **Direito**..., *op. cit.*, p. 89.

⁴² COELHO, **Curso**..., *op. cit.*, pp. 22/23.

familiares etc.), ou seja, são *intuito personae*. “As sociedades de pessoas têm no relacionamento entre os sócios a sua razão de existir. A vinculação entre os sócios funda-se no intuito personae, ou seja, na confiança que cada um dos sócios deposita nos demais”⁴³.

Nas sociedades em que predomina o caráter pessoal, o ingresso de novos sócios e a cessão da participação societária dependem do consentimento expresso dos demais sócios. Nesse sentido, as cotas dessas sociedades são intransferíveis e impenhoráveis, respeitando-se assim o decisivo caráter pessoal das mesmas (por exemplo, ocorrendo a execução forçada de um dos sócios, uma vez adjudicada pelo exequente as cotas daquele, este tornar-se-á necessariamente sócio da sociedade, independentemente da vontade dos demais sócios).

No que se refere às sociedades de capitais, diga-se que as mesmas originam-se não em decorrência de vínculos pessoais, mas no interesse comum dos sócios em aglutinar recursos para a realização de um determinado empreendimento. Ou seja, são *intuito pecuniae*: “A formação das **sociedades de capital**, no entanto, é movida pelo interesse dos sócios em reunir seus recursos para o desenvolvimento da atividade social, independentemente do relacionamento que possam ter entre si. O que os atrai é o intuito pecuniae”⁴⁴.

A regra nas sociedades de capitais é a mutabilidade do quadro de sócios (ao contrário do que ocorre nas sociedades de pessoas, cujo quadro social deve permanecer constante, alterando-se tão somente com o consentimento dos sócios): nas sociedades de capitais, o ingresso e a saída dos sócios é livre, independentemente da aquiescência dos demais sócios.

Note-se que uma diferença bastante relevante entre essas duas formas societárias refere-se ao falecimento de um dos sócios: nas sociedades de capitais, os sucessores, herdeiros e legatários, ou ainda o cônjuge sobrevivente do sócio falecido, poderão

⁴³ TAVARES BORBA, **Direito**..., *op. cit.*, p. 58.

⁴⁴ GONÇALVES NETO, **Lições**..., *op. cit.*, p. 47.

ingressar livremente na sociedade, independentemente do consentimento dos outros sócios. Já nas sociedades de pessoas, pode ocorrer a dissolução parcial da sociedade, uma vez que os sócios remanescentes podem impedir o ingresso na sociedade daqueles que receberam as cotas do falecido. O artigo 1.028 do Código Civil de 2002 apresenta tal possibilidade, senão vejamos:

“Art. 1.028. No caso de morte do sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I – se o contrato dispuser diferentemente;

II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido” (grifou-se).

Resumidamente, oportuno os ensinamentos de FÁBIO ULHOA COELHO:

“As sociedades de pessoas são aquelas em que a realização do objeto social depende mais dos atributos individuais dos sócios que da contribuição material que eles dão. As de capital são as sociedades em que essa contribuição material é mais importante que as características subjetivas dos sócios. A natureza da sociedade importa diferenças no tocante à alienação da participação societária (quotas ou ações), à sua penhorabilidade por dívida particular do sócio e à questão da sucessão por morte”⁴⁵

São consideradas *sociedades de pessoas* todas aquelas cujo capital não esteja dividido em ações, ou seja, *a)* sociedades simples; *b)* sociedades em nome coletivo; *c)* sociedades em comandita simples; *d)* sociedades de capital e indústria; *e)* sociedades em conta de participação e *f)* sociedades limitadas. Já as *sociedades de capitais* seriam as por ações, quais sejam, as anônimas e as em comandita por ações. Mas importa ressaltar, nesse aspecto, que parte da doutrina não considera tal divisão absolutamente válida, tendo em vista a ocorrência de sociedades anônimas de pessoas e também de sociedades limitadas de capital.

⁴⁵ COELHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 24.

2.3.2. Classificação quanto à responsabilidade dos sócios

De plano, diga-se que toda e qualquer sociedade empresária, como sujeito de direito capaz de exercer direitos e deveres, responde ilimitadamente por todas as obrigações que assumir, utilizando-se para tanto de todo o seu patrimônio. Contudo, tal responsabilidade das próprias sociedades empresárias não deve ser confundida, contudo, com a responsabilidade que os seus sócios podem ter sobre as obrigações societárias.

Com base no tipo de responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais verificadas nas sociedades surge uma nova classificação destas, que as divide em sociedades *limitadas*, *ilimitadas* e *mistas*.

Nas sociedades *limitadas* os sócios não respondem pelo pagamento das dívidas sociais, mas tão somente pelos valores que se comprometeram a fornecer para a integralização do capital social. É o caso das sociedades limitadas e também das sociedades anônimas.

Note-se que esta limitação da responsabilidade dos sócios é uma garantia aos mesmos em seus empreendimentos, uma vez que “*justifica-se a sistemática de submeter as perdas dos sócios ao limite do investimento, transferindo o prejuízo para os credores da sociedade, na medida em que ao direito positivo cabe, por meio do controle de riscos, motivar os empreendedores na busca de novos negócios*”⁴⁶.

Já os sócios das chamadas sociedades *ilimitadas* respondem integralmente pelas dívidas da sociedade com os seus próprios patrimônios, sem qualquer limitação. Ou seja, todos os sócios são responsáveis solidariamente pelas dívidas sociais (frise-se que a mencionada solidariedade refere-se às relações travadas entre os próprios sócios, vale dizer, qualquer obrigação inadimplida por um dos sócios poderá ser exigida dos demais). Como exemplo desse tipo societário temos as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comum (mais conhecidas como irregulares).

⁴⁶ COELHO, *ibidem*, p. 27.

Por fim, diga-se que nas sociedades *mistas* existem dois tipos de sócios: aqueles que respondem ilimitadamente pelas dívidas sociais (igualmente de maneira solidária) e aqueles que respondem de forma limitada pela quota que devem integralizar no capital social. Os dois únicos exemplos de sociedades *mistas* no ordenamento brasileiro são as sociedades em comandita e as sociedades por ações.

Nesse ponto faz-se necessário esclarecer a posição das sociedades simples na presente classificação. Segundo o artigo 997, inciso VIII do Código Civil de 2002 determina que no contrato social deverá constar “*se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais*”. E, nesse sentido, as sociedades simples poderão ser tanto de responsabilidade *limitada* como de *ilimitada*, de acordo com o que tiver sido estabelecido no contrato social. Note-se que o silêncio do contrato neste ponto acarreta a responsabilização ilimitada dos sócios, mas não solidária, uma vez que a solidariedade depende de cláusula contratual expressa.

Saliente-se ainda nesta questão que o artigo 1.023 do Código Civil de 2002 (“*se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária*”) só terá aplicação nas sociedades que adotarem a forma ilimitada de responsabilização dos sócios:

“Ora, se cabe ao contrato dispor (art. 997, VIII) dispor a respeito da responsabilidade subsidiária dos sócios, adotando-a e tornando a sociedade de responsabilidade ilimitada, ou recusando-a e conferindo à sociedade a característica da responsabilidade limitada, a norma do art. 1.023 apenas se aplicaria quando acolhida no contrato a responsabilidade ilimitada dos sócios”⁴⁷

Importante salientar que o princípio da autonomia patrimonial permite que, em qualquer tipo de sociedade, o sócio responda somente de forma subsidiária, ou seja, somente quando o patrimônio social já estiver esgotado e, mesmo assim, a sociedade continuar com dívidas a cumprir (ou seja, já em estado de insolvência). Trata-se de “*uma*

⁴⁷ TAVARES BORBA, **Direito**..., *op. cit.*, p. 76.

*responsabilidade subsidiária, isto é, uma responsabilidade perante terceiros, pelos compromissos sociais, caso o patrimônio da sociedade seja insuficiente para satisfazer os compromissos assumidos por esta”*⁴⁸. Nesse sentido, o artigo 1.024 do Código Civil preceitua que os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade antes de serem executados os bens sociais, bem como o artigo 596 do Código de Processo Civil, que igualmente determina que os bens do sócio somente respondem por dívidas da sociedade nos casos previstos em lei.

Por fim, como será visto adiante, diga-se que tal caráter subsidiário da responsabilização dos sócios verifica-se tão somente nos casos em que a personalidade jurídica da sociedade ainda é considerada:

*“Note-se que estou cogitando, aqui, das situações em que o princípio da autonomia da pessoa jurídica ainda é prestigiado, ou seja, basicamente no campo de regência do direito comercial. Naquelas situações em que o direito tem desprestigiado, ultimamente, esse princípio, para tutelar interesses de trabalhadores, consumidores e do estado, claro que o comprometimento do patrimônio de sócio por dívida de sociedade não observa a regra da subsidiariedade”*⁴⁹

⁴⁸ MARTINS, F. **Curso de Direito Comercial**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 220.

⁴⁹ COELHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 28.

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

3.1.1. Denominações e significado da expressão “desconsideração”

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é conhecida por diferentes denominações, de acordo com cada ordenamento jurídico em que é celebrada.

Por exemplo, nos ordenamentos jurídicos da *common law* (norte-americano e britânico, especialmente), tal teoria é conhecida há muito como *disregard doctrine* (no literal, “doutrina do desconhecimento”), *disregard of legal entity* (“desconhecimento de entidade legal), *lifting the corporate veil* (“suspensão do véu corporativo”), *cracking open the corporate Shell* (“abrir a concha da entidade”) ou ainda *piercing the veil* (“atravessando o véu”). Os italianos conhecem a doutrina por *superamento della personalità giuridica*, e os alemães chamam-na de *Durchgriff*.

Entre nós, podemos encontrar na doutrina “*desestimação* da personalidade jurídica”, “*ignorância*”, “*afastamento*”, “*superação*” e até mesmo “*despersonalização*” (esta última denominação é bastante inapropriada e errônea, uma vez que, conforme veremos adiante, a teoria em comento não despersonaliza a entidade, mas somente desconsidera seus efeitos em determinados casos concretos).

Adotaremos no presente trabalho a denominação *desconsideração* da personalidade jurídica, a qual é a mais aceita e utilizada pelos juristas do nosso país, sendo certamente a mais acertada.

Importante ressaltar que, no âmbito do tema em tela, o termo *desconsideração* possui um significado peculiar: aqui ele significa tornar sem efeito, ignorar, anular, ou

seja, não reconhecer a personalidade jurídica de determinada entidade sempre que se verificar um desvirtuamento de sua função como tal.

3.1.2. Origens e evolução da *Disregard Doctrine*

As origens da teoria da desconsideração da personalidade jurídica remontam à jurisprudência do início do século XIX, especialmente no âmbito da *common law*: atentos à crescente atribuição da personalidade jurídica a diferentes entidades⁵⁰, os juristas verificaram que também era crescente a utilização do instituto para fins que não aqueles que lhe foram atribuídos pelo legislador, para a prática de fraudes e abusos por parte de seus membros. E, diante de casos concretos nesse sentido, era necessário encontrar meios para coibir tal desvirtuamento de função.

Pode-se dizer que “foi no âmbito da *common law*, especialmente a norte americana, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pôde desenvolver-se, inicialmente na atuação dos juízes por meio das decisões jurisprudenciais”⁵¹, sendo que rapidamente tais decisões exerceram grande influência na jurisprudência de outros países como Inglaterra, Alemanha e Itália.

O verdadeiro *leading case* da teoria de desconsideração ocorreu nos Estados Unidos, em 1809: no caso “*Bank of United States x Deveaux*”, que discutia uma questão sobre a jurisdição das Cortes Federais, já se percebe o esforço do julgador (no caso, o Juiz norte-americano Marshall) no sentido de desconsiderar a personalidade jurídica da entidade para atingir as características individuais dos sócios⁵².

⁵⁰ JUSTEN FILHO explica que o século XIX sofreu uma grande ruptura filosófica no que se refere ao conceito de pessoa jurídica, o que acarretou a generalização, a ampliação de tal conceito (JUSTEN FILHO, **Desconsideração...**, *op. cit.*, p. 12)

⁵¹ MARTINS DE FREITAS, E. C. Campos. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 57.

⁵² *Idem*.

Outra disputa judicial norte-americana de extrema relevância para o desenvolvimento do tema ocorreu em 1892, envolvendo a *Standard Oil Co.*, que pouco tempo depois de fundada controlava mais de 90% (noventa por cento) da produção refinada de petróleo nos Estados Unidos. A Suprema Corte de Ohio, ao desconsiderar a personalidade e declarar a ilegalidade do monopólio exercido pela *Standard Oil Co.*, criou outro precedente jurisprudencial da teoria da desconsideração⁵³.

Todavia, alguns autores reputam o caso “*Salomon vs. Salomon Co.*”, ocorrido em 1897 na Inglaterra, como o *leading case* da teoria de desconsideração da personalidade jurídica⁵⁴. Julgado pela *House of Lords* (Câmara dos Lordes), este caso envolvia um comerciante do ramo de calçados chamado Aaron Salomon, que em 1892 constituiu uma *Company* (sociedade por ações), distribuindo uma ação para cada um dos 06 (seis) membros de sua família, reservando para si o montante de 20.000 (vinte mil) ações. Constituindo para si um crédito privilegiado no valor de £10.000,00 (dez mil libras), Aaron veio a tornar insolvente a companhia, e, sendo credor privilegiado, recebeu todo o ativo, nada restando aos outros credores.

A justiça inglesa, em sua decisão de primeiro grau, optou por desconsiderar a pessoa jurídica da sociedade, atingindo o patrimônio de Aaron Salomon, entendendo que houve fraude no negócio. Todavia, tal decisão foi posteriormente reformada pela Câmara dos Lordes sob o fundamento de que a sociedade havia sido constituída de forma válida, ou seja, sem nenhum vício para as leis da época, o que desencorajou à época maiores desenvolvimentos doutrinários⁵⁵.

De qualquer forma, é inegável que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve seu desenvolvimento inicial proporcionado em grande escala por decisões

⁵³ KOURY, S. E. Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

⁵⁴ REQUIÃO é adepto de tal posição, ao explicitar que “em sua monografia ‘*Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali*’, o Prof. Piero Verrucoli, da Universidade de Pisa, nos oferece a origem dessa doutrina, que teria surgido na jurisprudência inglesa, nos fins do século passado. Em 1897, a justiça inglesa ocupou-se com um famoso caso – *Salomon vs. Salomon & Co.* – que envolvia o comerciante Aaron Salomon” (REQUIÃO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 265).

⁵⁵ KOURY, **A desconsideração...**, *op. cit.*, p. 38.

jurisprudenciais ocorridas inicialmente nos Estados Unidos e posteriormente na Inglaterra, ainda no século XIX (decisões essas bastante ousadas para a época, importante ressaltar). Foi por meio de tais decisões que começou a haver o desconhecimento da personalidade jurídica para atingir os sócios, visando transferir a estes as responsabilidades pelo mau uso da sociedade:

“Constatado o fato de que a personalidade jurídica das sociedades servia a pessoas inescrupulosas que praticassem em benefício próprio abuso de direito ou atos fraudulentos por intermédio das pessoas jurídicas, que revestiam as sociedades, os tribunais começaram então a desconhecer a pessoa jurídica para responsabilizar os praticantes de tais atos”⁵⁶

3.1.3. O desenvolvimento doutrinário

3.1.3.1. A doutrina estrangeira

Tentando acompanhar a doutrina que se desenvolvia, alguns doutrinadores lançaram-se nos estudos acerca do tema, contribuindo em larga escala para o seu desenvolvimento e proliferação. Aqui falaremos somente de três nomes de grande relevância no cenário internacional: o norte-americano MAURICE WORMSER, o alemão ROLFF SERICK e o italiano PIERRO VERRUCOLI.

No início do século XX, o norte-americano MAURICE WORMSER adotou o conceito de fraude para embasar as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica⁵⁷. Seus estudos serviram de base inicial para os tribunais norte-americanos, que

⁵⁶ MARTINS, **Curso...**, *op. cit.*, p. 226.

⁵⁷ “O citado estudioso versou sobre a doutrina procurando delinear seu conceito, postulando que, nas hipóteses em que a pessoa jurídica (corporate entity) é utilizada como meio para defraudar os credores, para eximir-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinquentes, haveria a possibilidade de os tribunais prescindirem da personalidade jurídica e considerarem ser a sociedade um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos para que se possa fazer justiça entre pessoas reais” (MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração...**, *op. cit.*, p. 58).

posteriormente ampliaram a visão para desconsiderar a personalidade jurídica também nos casos de abuso de direito⁵⁸.

PIERO VERRUCOLI, doutrinador italiano, também contribuiu enormemente para o desenvolvimento da teoria da desconsideração. Defendendo a idéia de que a personalidade jurídica é um privilégio concedido aos membros que formam tal pessoa, PIERO VERRUCOLI defendia a criação de meios legais para impedir o uso indevido de tal benefício, ou seja, impedir a prática de abusos e de atos contrários ao Direito pelas pessoas jurídicas por meio de seus próprios integrantes. Um destes meios seria, obviamente, o instituto da desconsideração.

Citado por SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY, afirma que,

“(...) a superação, que realiza esta atividade da pessoa jurídica, mostra-se em toda evidência como um dos possíveis instrumentos através dos quais o poder central contém e corrige a força dos grupos, restaurando um equilíbrio comprometido, combatendo os abusos do privilégio concedido, realizando completamente os fins perseguidos que se tenham tornado, de qualquer maneira, comprometidos por um rígido respeito formal ao privilégio da personalidade jurídica”⁵⁹

No final da década de 50, o alemão ROLF SERICK tornou-se o principal idealizador e sistematizador da teoria, abordando-a da forma mais adequada. Seus ensinamentos são os mais aceitos na atualidade, sendo a base de muitos outros trabalhos posteriores sobre o tema.

“A teoria é uma elaboração doutrinária recente. Pode-se considerar Rolf Serick seu principal sistematizador, na tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübingen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns outros autores já se haviam dedicado ao tema, como, por exemplo, Maurice Wormser, nos anos de 1910 e 1920. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação central de Serick de buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1955)”⁶⁰ (grifou-se)

⁵⁸ MARTINS DE FREITAS, *idem*.

⁵⁹ KOURY, A **desconsideração**..., *op. cit.*, p. 7.

⁶⁰ COELHO, **Curso**..., *op. cit.*, p. 36.

Ensina FÁBIO ULHOA COELHO que

*“É o próprio Rolf Serick quem sintetiza, no terceiro livro de sua obra *Forma e Realidade da Pessoa Jurídica*, os princípios da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, após análise de diversos casos, dos Direitos alemão e norte-americano. Pelo panorama apresentado por esta análise, divisam-se dois grupos de casos em que a personalidade jurídica pode ser desconhecida. Primeiro, quando se abusa da personalidade jurídica com vistas à realização de fraude, e, segundo, quando o desconhecimento é condição de aplicação de normas jurídicas. Em ambos afasta-se a personalização da pessoa jurídica, para alcançar o que Serick denominou de ‘substrato’, sendo que, no primeiro grupo, com vistas a coibir o abuso, e, no segundo, por força da ratio legis específica”⁶¹*

ROLF SERICK apresentou os que seriam os quatro princípios básicos da concepção *subjetiva* da desconsideração, que seriam o *abuso de direito*, a *ilicitude*, o *paralelismo com a pessoa natural* e o *direito objetivo*:

- a) abuso de direito: *“a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem cabimento quando houver utilização abusiva da pessoa jurídica, com o objetivo de se furtar da incidência da lei ou de obrigações contratuais, ou causar danos a terceiros de forma fraudulenta”⁶²;*
- b) ilicitude: *“a autonomia subjetiva da pessoa jurídica pode ser desconsiderada quando isso for necessário para coibir a violação de normas de direito societário que não possam ser violadas nem mesmo por via indireta”⁶³;*
- c) paralelismo com a pessoa natural: *“as normas que tiverem por base atributos, capacidade, ou valores humanos à pessoa jurídica podem ser aplicadas se, entre a finalidade de tais normas e a função da pessoa jurídica à qual são as mesmas aplicadas, não se detectarem contradições. Importa salientar que, para se determinarem os*

⁶¹ COELHO, *ibidem*, p. 17.

⁶² MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração...**, *op. cit.*, p. 62.

⁶³ MARTINS DE FREITAS, *idem*.

*pressupostos normativos, é possível considerar as pessoas físicas que agem por intermédio da pessoa jurídica*⁶⁴;

- d) direito objetivo: “no caso de a pessoa jurídica servir de instrumento para ocultar o fato de que as partes envolvidas no negócio são, na prática, o mesmo sujeito, a autonomia da pessoa jurídica pode ser afastada, se for necessário aplicar a norma embasada sobre a efetiva diferenciação, não sendo possível ampliar tal entendimento à diferenciação ou identidade apenas jurídico-formal”⁶⁵.

3.1.3.2. A doutrina brasileira

RUBENS REQUIÃO foi o primeiro doutrinador brasileiro a demonstrar que havia uma certa compatibilidade entre o direito nacional da época (meados do século XX) e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, introduzindo-a pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico. Com base nesta compatibilidade, RUBENS REQUIÃO propugnava pela aplicação da teoria no nosso ordenamento jurídico a despeito da ausência de dispositivos legais expressos referentes ao tema, porém sem quebrar os princípios que regem as pessoas jurídicas então já consagrados.

Para RUBENS REQUIÃO, a *fraude* ou o *abuso de direito* seriam elementos essenciais que autorizariam o Poder Judiciário a quebrar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, chegando-se ao patrimônio dos sócios quando do uso indevido da sociedade. Nesse sentido, seus ensinamentos aproximam-se dos estudos do alemão ROLF SERICK.

FÁBIO KONDER COMPARATO foi outro expoente do tema no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo a teoria sob uma visão objetiva. Tal jurista entendia que

⁶⁴ MARTINS DE FREITAS, *idem*.

⁶⁵ MARTINS DE FREITAS, *idem*.

não só a fraude e o abuso de direito seriam causas para a desconsideração da personalidade jurídica, mas também o desvio da função (ou disfunção) da pessoa jurídica, verificada principalmente com a confusão patrimonial entre os bens dos sócios e da sociedade.

Segundo FÁBIO KONDER COMPARATO, em muitos casos a intenção fraudulenta ou abusiva por parte dos membros da sociedade é de difícil demonstração, o que impossibilitaria a aplicação da teoria da desconsideração em situações necessárias. Assim, adotando a confusão patrimonial como pressuposto básico da desconsideração (um critério objetivo, verificável a partir da análise dos livros e documentos da sociedade), este jurista contribuiu muito para o desenvolvimento do tema, facilitando a tutela de algumas situações que ficariam desamparadas com a adoção somente do critério subjetivo.

Outro jurista que contribuiu largamente para o desenvolvimento da teoria em nosso sistema jurídica foi o paranaense JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, segundo o qual os problemas entendidos como hipóteses de desconsideração seriam, em geral, problemas de imputação. Nesse sentido, seria necessário averiguar se determinado ato foi realmente praticado pela pessoa jurídica ou por um de seus membros, sendo aquela mero instrumento para a obtenção de fins particulares.

“Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora da sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência. Nesse sentido, tinha razão Antunes Varela quando, em trecho citado no texto, afirmava visar a desconsideração o corrigir a contradição entre a aparência e realidade na constituição e no funcionamento da pessoa jurídica”⁶⁶

Por meio de seus estudos, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA constatou a ocorrência de uma dupla crise no sistema das pessoas jurídicas de Direito Privado, referente ao sistema normativo e a própria função dessas pessoas. Nesse

contexto, o instituto da desconsideração não só seria um instrumento para impedir novos casos de disfunção, mas ao mesmo tempo seria o maior sintoma da mencionada crise dupla.

MARÇAL JUSTEN FILHO resumiu de forma clara os aspectos da dupla crise da pessoa jurídica verificada por JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA:

“O professor da Universidade Federal do Paraná anotou que o impasse atingia a dogmática jurídica, no que tange à teoria da pessoa jurídica, sob dois ângulos. O primeiro, envolvendo a construção do sistema normativo sobre pessoa jurídica, porquanto inúmeros agrupamentos humanos tinham formalmente negada a condição de pessoa jurídica – muito embora acabassem por receber tratamento jurídico coerente apenas com a personificação.

O segundo ângulo da crise reside, ao ver de LAMARTINE, na incompatibilidade verificável, por vezes, entre os fins do Direito e a conduta específica e concreta de agrupamentos personificados. Haveria uma espécie de ‘desnaturação’ da sociedade personificada, no sentido de atingir-se resultado imoral ou antijurídico através da aplicação das regras sobre pessoas jurídicas”⁶⁷

A partir dos ensinamentos dos mencionados juristas, grandes trabalhos sobre o tema foram sendo apresentados ao longo do tempo, merecendo especial menção os nomes de MARÇAL JUSTEN FILHO, SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY e JOÃO CASILLO.

3.2. TEORIAS RELEVANTES

Para melhor compreender a aplicação e os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica, necessária a análise de duas teorias absolutamente distintas: a teoria *menor* e a teoria *maior* da desconsideração.

⁶⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo : Saraiva, 1979.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, **Desconsideração...**, *op. cit.*, p. 18.

3.2.1. A teoria menor da desconsideração

Sendo uma abordagem pouco elaborada e também equivocada acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a *teoria menor* representa justamente uma crise do instituto da pessoa jurídica, conforme a seguir se demonstrará.

Segundo tal teoria (a *menor*), uma vez verificada a insolvência de uma sociedade e, concomitantemente, a solvência de seus sócios, toda e qualquer execução de obrigação social poderá atingir o patrimônio particular destes. Vale dizer, o simples prejuízo do credor, diante da ausência de bens sociais e da solvência dos sócios (qualquer um deles), é absolutamente suficiente para atribuir a estes a obrigação da pessoa jurídica.

Tal abordagem apresenta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como uma simples eliminação da separação entre pessoa jurídica e seus membros – principalmente no que se refere à autonomia patrimonial verificada entre os mesmos.

Nas palavras de FÁBIO ULHOA COELHO:

*“A teoria menor da desconsideração (...) reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial (...). Se a formulação maior pode ser considerada uma aprimoramento da pessoa jurídica, a menor deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico”*⁶⁸

Em que pese a teoria menor seja insuficiente e, pior, absolutamente equivocada, *“alguns juízes brasileiros se entendem autorizados a desconsiderar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica tendo por pressuposto unicamente a frustração do credor da sociedade”*⁶⁹. Todavia, a teoria menor deve ser encarada justamente como o que não é, o que não significa a teoria da desconsideração.

3.2.2. A teoria maior da desconsideração

⁶⁸ COELHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁹ COELHO, *idem*.

A *teoria maior* da desconsideração tem como pressuposto principal a manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto da pessoa jurídica. Sendo bem mais elaborada e desenvolvida do que a teoria menor, pode-se dizer que a *teoria maior* é a base principal da desconsideração como aceita e utilizada nos dias atuais.

Segundo tal teoria, o juiz estaria autorizado a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade como forma de coibir fraudes e abusos de direito praticados por seus sócios e administradores, por meio da má utilização da mesma.

A *teoria maior* possui como fundamentos iniciais principalmente os quatro princípios de ROLF SERICK antes analisados, quais sejam, o abuso de direito, a ilicitude, o paralelismo com a pessoa natural e, por fim, a observância obrigatória de determinadas normas do direito objetivo. Ao contrário da teoria menor, a *teoria maior* afirma o instituto da pessoa jurídica e seus efeitos, conforme saliente FÁBIO ULHOA COELHO:

*“A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam”*⁷⁰

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica como é conhecido e utilizado hoje tem como base absoluta os ensinamentos da *teoria maior*. Não obstante, importante ressaltar que, com a ocorrência de casos cada vez mais variados nos quais se fazia necessária a aplicação do instituto, desenvolveram-se duas abordagens distintas (mas não antagônicas, diga-se desde já) acerca da *teoria maior*: a abordagem *subjetiva* e a *objetiva*.

3.2.2.1. A abordagem subjetiva

⁷⁰ COELHO, *ibidem*, p. 37.

A abordagem subjetiva, cujo principal representante foi o alemão ROLF SERICK e, no Brasil, RUBENS REQUIÃO, buscava identificar um elemento intencional na utilização fraudulenta ou abusiva da forma societária.

O jurista alemão entendia o fenômeno da personalidade e da desconsideração como um fenômeno unitário, os dois lados de uma mesma moeda. Vale dizer, uma regra e a sua exceção. Nesse sentido, a personalidade jurídica de uma sociedade só poderia ser desconsiderada em casos extremos, nos quais se verificasse a prática intencional de fraude ou abuso de direito:

“Da leitura da obra de Serick é possível extrair que a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus membros constitui um princípio jurídico que, além de ser válido, é justo e só pode ser desprezado pelo Judiciário em determinadas situações caracterizadas pela excepcionalidade. Assim, não é qualquer prejuízo ao credor da sociedade por falta de provisão suficiente para o adimplemento da dívida que enseja tal desconsideração. O credor não pode voltar-se contra o patrimônio dos sócios de responsabilidade não ilimitada sem a prova de práticas fraudulentas ou abusivas da pessoa jurídica por parte dos sócios. Sem esse elemento subjetivo (intenção fraudulenta ou abusiva do uso da pessoa jurídica), não há possibilidade de ignorar a autonomia patrimonial.”⁷¹

Vale dizer em síntese que, segundo a abordagem subjetiva da teoria, a desconsideração só seria aplicada sobre determinado ato fraudulento ou abusivo se tivesse sido praticado simplesmente para prejudicar terceiros, ou se houvesse sido exercido sem qualquer interesse por aquele que o praticou. O que conta, portanto, é a intenção do agente, e não o desvirtuamento em si.

3.2.2.2. A abordagem objetiva

Num primeiro momento, a abordagem subjetiva da teoria da desconsideração era a única abordagem concebida e adotada, não havendo outra maneira de coibir práticas

abusivas ou fraudulentas por meio de pessoas jurídicas senão pela prova da intenção desnaturada do agente, o que, como se sabe, é de difícil demonstração probatória.

Ocorre que, diante da natureza das provas a serem produzidas, chegou-se a um ponto em que a abordagem subjetiva tornou-se não uma solução, mas sim mais um obstáculo na luta contra fraudes e abusos. Conforme ensina FÁBIO ULHOA COELHO, *quando ao demandante se impõe o ônus de provar intenções subjetivas do demandado, isso muitas vezes importa a inacessibilidade ao próprio direito, em razão da complexidade de provas dessa natureza*⁷².

Nesse contexto, surgiu a abordagem objetiva da teoria da desconsideração, cujos principais adeptos e formuladores foram PIERRO VERRUCOLI e FÁBIO KONDER COMPARATO. Segundo tal abordagem, não se pondera acerca da intenção do agente, mas *“o que se analisa é tão-somente o dano em si”*⁷³.

FÁBIO KONDER COMPARATO apresenta a idéia de que a pessoa jurídica possui dois elementos de extrema importância: a sua finalidade e o poder de controle para atingir tal fim. No âmbito do primeiro elemento (ou seja, da finalidade) é que estaria a intenção do agente de praticar fraude ou o abuso, de difícil demonstração prática.

Já a base da abordagem objetiva estaria no segundo elemento, ou seja, no poder de controle para a obtenção da finalidade desejada. Nesse diapasão, seria possível verificar desvirtuamentos da pessoa jurídica com base na simples confusão patrimonial envolvendo administradores, sócios e sociedade, fatos perceptíveis por meio de análises contábeis e absolutamente suficientes para ensejar a desconsideração.

Importante ressaltar que a abordagem objetiva não nega a subjetiva, até mesmo por não exaurir as hipóteses em que são cabíveis a desconsideração (note-se que nem toda fraude apresenta a confusão patrimonial como característica). Na verdade, sua importância refere-se principalmente à facilitação no âmbito probatório, já que possui

⁷¹ MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração**..., *op. cit.*, p. 62.

⁷² COELHO, **Curso**..., *op. cit.*, p. 43

⁷³ MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração**..., *op. cit.*, p. 97.

como pressuposto fundamental um fato objetivo (confusão patrimonial) e não subjetivo (intenção do agente em fraudar e abusar).

3.2.2.3. Os pressupostos para a desconsideração.

Como visto anteriormente, a teoria da desconsideração como aceita hoje apresenta três pressupostos básicos, os quais poderão, isoladamente, ensejar a aplicação de tal teoria, desde que devidamente demonstrados em juízo. Tais pressupostos seriam a fraude, o abuso de direito e a confusão patrimonial.

3.2.2.3.1. A fraude

Segundo a definição de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, fraude é “*todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesses de terceiros*”⁷⁴. Geralmente trata-se de um negócio jurídico real (ao contrário da simulação, por exemplo), feito com o escopo de prejudicar terceiros ou de burlar a lei.

Note-se que a fraude não é caracterizada por um ofensa direta, uma violação à lei. Na verdade, a fraude é um meio de iludir a aplicação do Direito por via indireta. Trata-se de um “disfarce” do agente para eximir-se da incidência de determinada norma jurídica, mesmo que por meio de um ato ou negócio jurídico absolutamente lícito e perfeito. “*A fraude orienta-se em direção à finalidade do ato ou negócio jurídico. Geralmente, o objeto e as condições do ato ou negócio são perfeitos. A causa final do ato é que apresenta vício*”⁷⁵.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 4 ed. São Paulo : Atlas, 2004. p. 505.

⁷⁵ VENOSA, *ibidem*, p. 506.

No âmbito das pessoas jurídicas, pode-se dizer que a autonomia patrimonial verificada é utilizada em larga escala para fraudar interesses de credores, bem como a constituição legal de uma sociedade pode servir para, indiretamente, violar o regime de bens de um matrimônio, dentre tantos outros exemplos (importante lembrar que a fraude é um vício de muitas faces, apresentando-se de diversas maneiras em infinitas situações).

Importante, nesse ponto, a lição de FÁBIO ULHOA COELHO:

“a autonomia da pessoa jurídica, a despeito de sua fundamental importância no regime capitalista, pode dar ensejo à realização de fraudes contra a lei, o contrato ou credores. Ocultando-se atrás da personalidade jurídica de uma sociedade, associação ou fundação, pode por vezes o devedor frustrar a efetivação de sua responsabilidade ou, de qualquer forma, lesar os interesses legítimos do credor. A fraude perpetrada com o uso da autonomia patrimonial de pessoa jurídica, em geral, resulta em imputar-lhe responsabilidade de um ato ou de atos praticados em seu nome apenas com o objetivo de ocultar uma ilicitude”⁷⁶

3.2.2.3.2. O abuso de direito

O termo *abuso* expressa a idéia de excesso, de transgressão. Assim, de maneira bastante simplificada, é possível dizer que *abuso de direito* é “o fato de se usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem (...) O titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da normas, incorre no ato abusivo. Nessa situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade do agente pelos danos causados”⁷⁷

Note-se que o Código Civil de 2002 agasalhou a teoria do abuso de direito em seu artigo 187, apresentando suas linhas gerais, senão vejamos: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites

⁷⁶ COELHO, **Curso**..., *op. cit.*, p. 44.

⁷⁷ VENOSA, **Direito**..., *op. cit.*, pp. 621/622.

impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Do abuso do direito decorre, logicamente, o dever de indenizar.

No que se refere às pessoas jurídicas, de plano diga-se que a concessão de personalidade a determinado agrupamento enseja uma série de prerrogativas aos membros que o compõem, prerrogativas tais que têm a única função de conservar a pessoa jurídica criada.

Não são raros os casos, contudo, em que os membros das pessoas jurídicas abusam dessas prerrogativas, ou seja, utilizam-se do instituto de maneira excessiva e injustificada, muitas vezes para atingir fins particulares, até mesmo ilícitos. São situações de abuso de direito dentro das pessoas jurídicas.

*"O direito deve ser exercido em conformidade com o seu destino social e na proporção do interesse do seu titular"*⁷⁸. Nesse sentido, o instituto da pessoa jurídica deve ser usado por seus titulares na mesma proporção de seus interesses e finalidades, para que não haja abuso de direito que venha a provocar danos a terceiros.

3.2.2.3.3. A confusão patrimonial

O pressuposto objetivo para a desconsideração, segundo a abordagem objetiva da teoria, seria a confusão patrimonial, ou seja, a insuficiência ou até mesmo a ausência de distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio de seus membros.

Em muitos casos percebe-se que a determinada sociedade está pagando as dívidas de seus sócios, ou que estes estão recebendo pessoalmente os créditos daquela (ou vice-versa), ou ainda que bens dos sócios estão registrados no nome da sociedade, ou o inverso. Nesses casos, é possível concluir facilmente que o instituto da pessoa jurídica

⁷⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**, vol. I. 8. ed. rev. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 1996.

está sendo utilizado para fins diversos daqueles colimados pelo ordenamento jurídico ao conceder tal prerrogativa.

Note-se que tal confusão pode ser operada visando diversas finalidades: a fraude contra credores (os sócios “livram-se” de bens próprios, passando-os para o nome da sociedade, para que não sejam executados por dívidas particulares; obtenção de lucros por meio do recebimento de créditos societários etc.). Não obstante, sendo um critério objetivo, de demonstração objetiva, não se questiona acerca da intenção do agente: a simples verificação da fraude a partir de uma análise da escrituração contábil, da movimentação de contas bancárias e de registros de bens pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica para afastar tais atos.

Importa concluir que o Poder Judiciário não pode ficar alheio e inerte diante de situações em que se comprova a ocorrência de fraude ou abuso de direito em qualquer modalidade. Vale dizer, uma vez comprovada (seja pelo critério subjetivo ou pelo objetivo) a ocorrência de um vício, deve o Judiciário afastar a personalidade jurídica no que se refere ao ato viciado, mantendo assim a coerência e a integridade do ordenamento jurídico como um sistema ordenado que é.

3.2.3. A desconsideração inversa

Pela chamada desconsideração inversa, ocorre o afastamento da personalidade jurídica de determinada sociedade para responsabilizá-la por obrigação de um sócio, ou seja, o inverso do que ocorre com a despersonalização tradicional. Não obstante, às duas formas de desconsideração aplicam-se os mesmos princípios.

FÁBIO ULHOA COELHO⁷⁹ elucida que a desconsideração inversa visa coibir principalmente o desvio de bens, bem como a confusão patrimonial criada pelo sócio para eximir-se do pagamento de uma obrigação pessoal (transferindo bens para a sociedade

que controla, por exemplo, um sócio pode evitar que eles venham a ser penhorados em execução particular que sofre).

Na contramão do desenvolvimento dessa teoria, alguns autores defendem que a desconsideração inversa seria uma verdadeira ofensa às regras societárias de conservação de capital, pois se estaria agredindo o patrimônio societário em virtude de obrigação pessoal de um sócio, em detrimento dos demais e da própria saúde da entidade. Todavia, tal posicionamento é equivocado, conforme explica CALIXTO SALOMÃO FILHO:

“Na verdade, a mencionada incompatibilidade entre desconsideração em sentido inverso e conservação do capital existiria apenas se fosse constituída uma obrigação sem contrapartida. Não é o que ocorre. A contrapartida existe e consiste no benefício já auferido pela sociedade em função da transferência patrimonial que justificou a desconsideração, motivo pelo qual não é razoável que a responsabilidade da sociedade ultrapasse o valor da transferência”⁸⁰

A desconsideração inversa é, portanto, um instrumento absolutamente legítimo e eficaz para coibir fraudes praticadas por membros de sociedades que se utilizam da personalidade de tais entidades para fugirem de suas obrigações pessoais. E, se utilizadas da maneira acertada e dentro dos limites da confusão patrimonial verificada, não prejudicam, em absoluto, os demais membros e tampouco a sociedade em si.

3.3. OBSERVAÇÕES RELEVANTES

3.3.1. Autonomia da teoria da desconsideração

Como já mencionado no presente estudo, alguns juristas e doutrinadores entendem que a desconsideração da personalidade jurídica não consubstanciaria uma

⁷⁹ COELHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 45.

teoria própria, autônoma, mas estaria, na verdade, compreendida entre os vícios dos atos jurídicos, juntamente com as nulidades, as anulabilidades e as irregularidades.

Tal posição é indubitavelmente equivocada: é grande a distância entre a teoria da desconsideração e a ocorrência de vícios de atos jurídicos.

O vício do ato jurídico é considerado a partir de uma abordagem estática: trata-se de um defeito predominantemente objetivo verificado na própria estrutura do ato. Nesse sentido, atinge a própria validade do ato, que será considerado inválido ou invalidável em sua totalidade (não produzirá efeitos).

Já a desconsideração da personalidade jurídica é abordada a partir de uma visão funcionalista, dinâmica: trata-se de um descompasso entre os fins que ensejaram a criação de determinada pessoa jurídica e os fins verificados durante a atuação da mesma – reflete um defeito subjetivo, presente na conduta do agente que desnaturou a finalidade da pessoa jurídica.

Diferença mais importante, porém encontra-se no que se refere ao efeito de cada questão: enquanto o vício invalida o ato em sua totalidade, os atos atingidos pela desconsideração serão considerados, via de regra, válidos, só que imputados a outras pessoas e com efeitos diversos do que os previstos:

“A regra geral (na desconsideração) é a de os atos jurídicos serem plenamente válidos, só que atribuídos a indivíduos diferentes daqueles a que originariamente ou habitualmente seriam imputados, ou ainda, que geram efeitos diferenciados dos que produziram se tudo tivesse transcorrido normalmente, como o esperado. Tal peculiaridade da desconsideração da personalidade jurídica marca sua maior qualidade, sua maior vantagem com relação às outras formas legais pensadas com o objetivo de se coibirem as fraudes e os abusos perpetrados sob o manto da pessoa jurídica.

Por sua vez, o vício do ato jurídico atinge a totalidade do ato, salvo na hipótese de ineficácia. Por ter ocorrido infringência à regra legal, não poderá ser reconhecida a existência do ato jurídico que as partes desejavam executar. Assim, não haverá produção dos efeitos que a norma previu, e o ato é considerado inválido ou invalidável à medida que possui uma estrutura maculada por um vício”⁸¹

⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2 ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 190.

⁸¹ MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração...**, *op. cit.*, p. 75.

Por todo o exposto, não resta dúvida que a desconsideração da personalidade jurídica consubstancia uma teoria própria e autônoma, cuja relevância é inegável na afirmação deste importante instituto que é a pessoa jurídica.

3.3.2. A excepcionalidade da teoria

Como se sabe, o instituto da pessoa jurídica e seus efeitos são pilares fundamentais das inúmeras atividades associativas e, especificamente no que se refere às sociedades empresárias, possui importância indiscutível para a economia capitalista. Nesse sentido, é um instituto que deve ser protegido e respeitado pelo Direito e por aqueles que dele se utilizam. É o que defendem vários doutrinadores que trataram do tema:

“Da leitura da obra de Serick é possível extrair que a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus membros constitui um princípio jurídico que, além de ser válido, é justo e só pode ser desprezado pelo Judiciário em determinadas situações caracterizadas pela excepcionalidade. Assim, não é qualquer prejuízo ao credor da sociedade por falta de provisão suficiente para o adimplemento da dívida que enseja tal desconsideração”⁸²

É preciso encarar a personalização a regra, sendo a despersonalização a exceção. Vale dizer, a teoria da desconsideração só deverá ser aplicada em casos extremos, nos quais realmente se constate que houve um desvirtuamento da função do instituto da pessoa jurídica, acarretando uma situação jurídica anômala.

“(…), a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade. Esse é o sentido da ressalva de Serick ao seu primeiro princípio e do segundo, em que insiste no descabimento da desconsideração quando não caracterizada especificamente a fraude na manipulação da forma da pessoa jurídica. Quer dizer, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica

⁸² *Ibidem*, p. 62.

apenas porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto”⁸³

Pode-se dizer, portanto, que o caráter excepcional da teoria da desconsideração significa mais instrumento protetivo do próprio instituto da pessoa jurídica.

3.3.3. Ressalvas quanto à aplicação da teoria

Nesse ponto, importante destacar duas questões referentes à própria aplicação da teoria da desconsideração: o pressuposto da licitude e a ausência de dispositivo legal que determine o mesmo efeito.

3.3.3.1. O pressuposto da licitude

A desconsideração da personalidade jurídica só será aplicada nos casos em que a própria personalidade (e seus efeitos) for uma barreira para a punição e seguida regularização de um ato fraudulento ou abusivo. Analisemos melhor a questão.

A prática de uma fraude ou de um abuso de direito sob o manto da pessoa jurídica muitas vezes dá a aparência de regularidade do ato. Vale dizer, enquanto normalmente imputado à própria pessoa jurídica, o ato fraudulento ou abusivo aparenta ser absolutamente normal e regular. Todavia, se imputado à pessoa (sócio e/ou administrador) que efetivamente agiu sob o véu da pessoa jurídica, a ilicitude do ato será evidente. Em casos assim, deve ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

⁸³ COELHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 38/39.

“(…), enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador. A desconsideração da personalidade jurídica é a operação prévia a essa imputação. A sociedade empresária deve ser desconsiderada exatamente se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa. Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração”⁸⁴

Em suma, o cabimento da teoria da desconsideração só se verifica nos casos em que o ato fraudulento ou abusivo não pode ser atribuído de imediato ao sócio ou administrador que efetivamente o praticou.

3.3.3.2. Ausência de dispositivo legal que opere o mesmo efeito

Como complemento necessário do pressuposto da licitude, para a aplicação da teoria da desconsideração deve inexistir, no caso concreto, qualquer norma jurídica que opere, de imediato, o mesmo efeito que se teria com a aplicação da teoria. Nesse sentido, deve-se *“distinguir a desconsideração de outras hipóteses de responsabilização de sócios ou administradores de sociedade empresária, hipóteses essas que não guardam relação com o uso fraudulento da autonomia patrimonial”⁸⁵*.

Nesse exato sentido, como veremos adiante, existem dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro que responsabilizam diretamente o administrador por atos de má administração, ou ainda fixam a responsabilidade solidária dos sócios por atos da sociedade⁸⁶. Nessas hipóteses, portanto, não cabe a aplicação da teoria da desconsideração.

Ademais, em virtude do próprio regime jurídico que adotam, algumas sociedades não são passíveis de sofrer a desconsideração de sua personalidade: *“os sócios da sociedade em nome coletivo são solidariamente responsáveis pelos atos por ela*

⁸⁴ COELHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁵ COELHO, *ibidem*, p. 43.

*praticados. Essa responsabilidade dos sócios pelos atos da pessoa jurídica decorre, também e exclusivamente, do regime jurídico societário adotado e não da desconsideração*⁸⁷.

Note-se ainda que, conforme salientado por ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, que nem todo ato ilícito praticado no âmbito da pessoa jurídica acarreta a sua desconsideração⁸⁸: vale dizer, se a pessoa jurídica cometeu um ato ilícito na realização de suas finalidades, dentro de seus propósitos, deverá responder normalmente por tal ato. Só seria caso de desconsideração, nesse sentido, quando houver efetivamente o desvio de sua função. O mesmo autor, apresentando uma postura mais moderada com relação à aplicação da teoria, defende que a teoria da desconsideração só poderá ser aplicada nos casos em que o ato ilícito e desvirtuante acarretar um resultado indesejado pelo ordenamento jurídico (como um dano a terceiro, por exemplo), e que tal resultado não possa ser composto diretamente em face da própria pessoa jurídica. *“Só se levanta o véu da pessoa jurídica quando for necessário para possibilitar a reparação dessa lesão”*⁸⁹.

3.4. EFEITOS DA DESCONSIDERAÇÃO

No tocante aos efeitos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, afirma RUBENS REQUIÃO:

“o que se pretende com a doutrina do disregard não é a anulação da personalidade jurídica em toda sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo de a personalidade ter sido desviado de

⁸⁶ Exemplos de regras do regime jurídico societário que abrem exceções à autonomia da pessoa jurídica: *i*) regra que proíbe que o sócio contrate com a pessoa jurídica (art. 154, § 1º, alínea “b”, da Lei nº 6.404/76); *ii*) a que estabelece a responsabilidade do acionista controlador por exercício abusivo do poder (art. 158, § 2º da mesma lei), dentre outras.

⁸⁷ GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁸ GONÇALVES NETO, *ibidem*, p. 34.

⁸⁹ GONÇALVES NETO, *idem*.

*sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude). (...) Com isto, no fundo não se nega a existência da pessoa, senão que se a preserva na forma com que o ordenamento jurídico a há concebido”*⁹⁰

Importa salientar, nesse sentido, que a com a aplicação da teoria da desconsideração não há invalidação ou dissolução da sociedade, associação ou fundação. O que ocorre é apenas a *ineficácia episódica* do ato constitutivo da pessoa jurídica. Vale dizer, ela continua existente, e seus atos plenamente válidos e eficazes em relação a todos os demais negócios de que participa, estranhos à fraude perpetrada. Assim, preserva-se a empresa e, conseqüentemente, não se atinge os interesses dos empregados, consumidores, demais integrantes da pessoa jurídica e os da própria comunidade, em razão de um ilícito praticado *através* da pessoa jurídica, mas pelo qual ela não é responsável.

MARÇAL JUSTEN FILHO, em sua tese de grande aceitação repetidas vezes mencionada no presente estudo, apresenta duas graduações acerca dos efeitos da aplicação da teoria: a primeira refere-se à intensidade e a segunda à extensão da desconsideração⁹¹.

No que se refere à intensidade, teríamos: *i)* desconsideração *total* ou *máxima* (desconsidera-se a pessoa jurídica para atingir direta e exclusivamente a pessoa do sócio); *ii)* desconsideração *média* (desconsidera-se a personalidade para identificar sócio e sociedade, que passam a apresentar posição jurídica idêntica, compartilhando das mesmas obrigações) e *iii)* desconsideração *mínima* (ignora-se apenas “*um ângulo do regime jurídico personificatório*”, atribuindo responsabilidade subsidiário ao sócio por atos da sociedade).

Com relação aos níveis de extensão verificáveis, segundo referido autor, haveria: *i)* desconsideração de *pequena extensão, restrita* ou *unitária* (atinge apenas um ato ou relação jurídica); *ii)* desconsideração *seriada* (desconsidera-se todos os atos e relações jurídicas travadas entre a sociedade e uma determinada pessoa) e *iii)* desconsideração

⁹⁰ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 2002, v. 803, p. 753.

⁹¹ JUSTEN FILHO, **Desconsideração...**, *op. cit.*, pp. 64/67.

genérica (há a desconsideração de todos os atos praticados em determinado período de tempo).

MARÇAL JUSTEN FILHO justifica tais classificações da seguinte maneira: “*a escolha por uma desconsideração mais ou menos extensa, então, não é produzida por atenção à natureza do risco do sacrifício, mas à extensão do abuso. Quanto mais ampla for a utilização abusiva da pessoa jurídica, tanto mais extensa será a desconsideração*”⁹².

Enfim, importa salientar mais uma vez que, seja qual for a intensidade e a extensão da desconsideração, ela jamais terá o escopo de extinguir definitivamente a personalidade jurídica de determinada entidade. Vale dizer, mais uma vez, que o escopo central da teoria em análise é justamente a afirmação desse instituto tão valioso que é a pessoa jurídica, e não a sua negação.

Nas palavras de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO: “*a desconsideração não implica anulação, anulabilidade ou extinção da pessoa jurídica, mas, simplesmente, ineficácia dela relativamente aos atos que, por seu intermédio, foram praticados em desacordo com a função que lhe foi reservada*”⁹³.

⁹² JUSTEN FILHO, *ibidem*, p. 29.

⁹³ GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, pp. 33/34.

4. A DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É possível afirmar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica somente foi celebrada de maneira expressa pelo ordenamento jurídico brasileiro muito recentemente, com a edição do Código Civil de 2002. Outros dispositivos anteriores (os quais serão analisados), se não refletem a teoria de maneira acertada, ao menos expressam a intenção crescente do legislador brasileiro em adotar a teoria em nosso sistema. Assim, o artigo 50 é, até agora, o ápice da teoria no direito positivo brasileiro.

Todavia, em que pese seja bastante recente a celebração acertada da teoria em nosso ordenamento, pode-se dizer que a teoria desde sempre poderia e, mais, deveria ter sido aplicada em nosso país, a despeito da ausência de regras positivadas nesse sentido. E isso decorre de sua importância inegável para a sociedade como um todo e, principalmente, para a economia capitalista.

Conforme ensinamento de FÁBIO ULHOA COELHO, *“a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal. Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos de lei que se reportam ao tema, está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor”*⁹⁴.

RUBENS REQUIÃO, como visto anteriormente, já no início de seus estudos defendia a total compatibilidade entre a teoria da desconsideração e o Direito Nacional, mesmo em face da ausência de normas expressas sobre o tema:

“A disregard doctrine, como insiste o professor germânico, aparece como algo mais do que um simples dispositivo do direito americano de sociedade. É algo, diz ele, que aparece como consequência de uma expressão estrutural da sociedade. E, por isso, em qualquer país em

⁹⁴ COELHO, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 53/54.

que se apresente a separação incisiva entre pessoa jurídica e os membros que a compõem, se coloca o problema de verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que essa radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito”⁹⁵

Nesse diapasão, diante dos desvios verificados no âmbito das pessoas jurídicas, a jurisprudência brasileira viu-se obrigada a romper o absolutismo deste instituto para atender às necessidades sociais e aos ditames básicos do Direito. Assim, durante muito tempo o Judiciário tentou coibir o mau uso da pessoa jurídica sem qualquer dispositivo expresso, mas com os instrumentos legais existentes até então (noção de justiça, equidade, bons costumes etc.).

Inegável, portanto, a importância da jurisprudência na consolidação de normas positivadas sobre o tema também no âmbito do direito nacional.

4.2. PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES: A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A Consolidação das Leis do Trabalho foi o primeiro texto legal a se preocupar com o atuar desvirtuado de pessoas jurídicas. É o que se depreende da leitura de seu artigo 2º, § 2º:

“Art. 2º ...

(...)

§ 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

Nota-se claramente que referido dispositivo não apresenta e não reflete os contornos da teoria da desconsideração, até mesmo porque a edição da CLT ocorreu antes

⁹⁵ REQUIÃO, R. **Abuso de direito**..., *op. cit.*, p. 13.

mesmo da primeira discussão sobre o tema no Brasil (a CLT foi introduzida em 1943, pelo Decreto Lei nº 5.452, e a teoria foi introduzida no Brasil por RUBENS REQUIÃO, como se sabe, somente em meados da década seguinte). Trata-se apenas de um dispositivo legal que estabelece “*pura responsabilidade solidária das empresas para os efeitos da relação de emprego, independentemente de fraude ou de mau uso da pessoa jurídica*”⁹⁶. Não obstante, esta regra possui importância didática no tema em análise por ser uma das primeiras manifestações da preocupação do legislador brasileiro acerca do assunto em tela.

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966) também refletiu tal preocupação do legislador em seu artigo 135, inciso III, senão vejamos:

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

II – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”

Conforme salientado por ELIZABETH C. C. MARTINS DE FREITAS, “o dispositivo trata, na verdade, mais da conduta abusiva do que da desconsideração da personalidade jurídica”⁹⁷. Na verdade, tal como o artigo da CLT antes analisado, o artigo 135 do CTN não é uma manifestação legítima da teoria da desconsideração: em primeiro lugar, atribui responsabilidade por créditos tributários a outras pessoas em situações completamente distintas (hipóteses previstas nos incisos I e II, como mandatários e empregados). Em segundo lugar, seu objetivo é punir objetivamente os diretores, gerentes e representantes das pessoas jurídicas, atribuindo-lhes responsabilidade pessoal, em virtude de uma atuação irregular dos mesmos, e não por desvio da função da entidade que administram.

⁹⁶ GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, p. 37.

⁹⁷ MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração...**, *op. cit.*, p. 78.

Note-se que, conforme exposto no item 3.4.3.2 (vide nota de rodapé nº 86), existem uma série de outros dispositivos legais, além dos dois ora analisados, que responsabilizam sócios e administradores por dívidas sociais. E, conforme o item mencionado, tais dispositivos não são expressões da teoria da desconsideração.

“Com relação às diferenças desses textos legais e da doutrina em debate, tem-se que: quando a lei brasileira determina que ao sócio, gerente ou administrador seja atribuída a responsabilidade por dívidas da sociedade, fundamenta-se no fato de que houve comportamento contrário à lei ou ao contrato. Assim, nesse caso não houve desvirtuamento ou manipulação da pessoa jurídica, afinal, e o que se dá é que o diretor, o gerente ou o sócio em sua atividade diretamente ligada à empresa comportou-se de forma irregular. Assim, nesse caso, cabe uma punição ao diretor, gerente ou sócio. No entanto, nos casos em que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada, o fundamento legal encontra-se no próprio desvio da lei ou do contrato. (...) A própria entidade é que foi desviada de seus fins primeiros e acaba servindo de véu para encobrir uma realidade”⁹⁸

Não obstante, é indubitável que tais dispositivos, mesmo não sendo expressões verdadeiras da teoria da desconsideração, abriram caminho para a consolidação de tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O primeiro texto legal a se referir expressamente à teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Vejamos seu artigo 28, § 5º:

*“Art. 28. 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. A desconsideração também será efetivada houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
(...)”*

⁹⁸ MARTINS DE FREITAS, *ibidem*, p. 79.

§5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Alguns autores, como ELIZABETH C. C. MARTINS DE FREITAS, entendem que o dispositivo transcrito é, sem dúvida, a primeira norma jurídica brasileira que efetiva e corretamente expressa a teoria da desconsideração e seus pressupostos: “*o disposto no art. 28 e seus parágrafos do referido Codex implementou de forma substancial o instrumental colocado à disposição do julgador para ser possível fazer cumprir a lei de forma mais justa, conforme o caso concreto*”⁹⁹.

Todavia, doutrina majoritária entende que o artigo 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor apresenta grave incorreções e redundâncias referentes ao tema que implicariam até mesmo graves retrocessos, ao contrário do que objetivava o legislador. Vejamos.

Do *caput* do artigo, depreende-se que o Código de Defesa do Consumidor adotou como fundamentos legais para a desconsideração: *a)* abuso de direito; *b)* excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social; *c)* falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica em virtude de má administração.

Com relação ao abuso de direito, “*é evidente a correspondência entre o dispositivo legal e a teoria da desconsideração*”¹⁰⁰, conforme amplamente explanado no presente estudo.

Agora, com relação aos pressupostos arrolados no item *b*, diga-se que os mesmos referem-se a tema societário diverso: a responsabilidade do sócio ou representante legal por ato ilícito próprio, ato este que pode ser imputado diretamente a quem praticou a irregularidade, sem que seja necessária a superação episódica da personalidade jurídica.

⁹⁹ MARTINS DE FREITAS, *ibidem*, p. 19.

¹⁰⁰ COELHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 50.

“A circunstância de o ilícito ter sido efetivado no exercício da representação legal de pessoa jurídica, ou em função da qualidade de sócio ou controlador, em nada altera a responsabilidade daquele que, ilícitamente, causa danos a terceiros. Não há, portanto, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social ou por qualquer outra modalidade de ilícito”¹⁰¹

Com relação ao pressuposto da má administração, a mesma crítica se faz pertinente: a personalidade jurídica não obsta a responsabilização do administrador que conduz os negócios sociais de maneira errônea – este deverá responder pelos prejuízos que sua má administração acarretar aos consumidores, independentemente da superação do instituto.

Já no que se refere ao disposto no § 5º da norma, a incoerência é ainda mais gritante: uma leitura literal do dispositivo *“pode sugerir que a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da pessoa jurídica”¹⁰²*. Trata-se, sem dúvida, de um referência expressa à teoria menor da desconsideração que, como visto, deve ser rechaçada uma vez que representa a própria negação do instituto da pessoa jurídica. Conforme defende FÁBIO ULHOA COELHO, o texto legal em análise *“contraria os fundamentos teóricos da desconsideração (...), tornaria letra morta o caput do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica (...) e equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor”¹⁰³*.

Vale mencionar ainda que o artigo 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor omitiu a fraude como pressuposto da desconsideração, o que contribuiu para o surgimento de incertezas e equívocos. Todavia, segundo os próprios autores do anteprojeto do Código, referida omissão teria sido proposital:

¹⁰¹ COELHO, *ibidem*, p. 51.

¹⁰² COELHO, *idem*.

¹⁰³ COELHO, *idem*.

“O texto introduz uma novidade, pois é a primeira vez que o direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito. De fato, o dispositivo pode ser aplicado pelo juiz se o fornecedor (em razão da má administração, pura e simplesmente) encerrar suas atividades como pessoa jurídica”¹⁰⁴

Críticas severas acerca do dispositivo podem ser encontradas em larga escala na doutrina brasileira:

“(…) O mesmo deve ser dito com relação ao artigo 28 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor que, embora expressamente mencione a desconsideração da personalidade jurídica para proteger o consumidor nos casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, mistura defeitos dos atos jurídicos para os quais o ordenamento jurídico já prevê corrigendas e soluções”¹⁰⁵

“(…) ou o legislador não entendeu a teoria da desconsideração ou, ao que parece, desejou banalizar, vulgarizar a técnica, para torná-la panacéia nacional da defesa do consumidor”¹⁰⁶

Não obstante, inegável a relevância do dispositivo e, principalmente, da intenção do legislador na abertura de um campo para a consolidação definitiva e expressa da teoria no nosso ordenamento jurídico.

4.4. A LEI ANTITRUSTRE

A Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 (mais conhecida como Lei Antitruste), surgiu com o intuito de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica. No

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998, p. 195.

¹⁰⁵ GONÇALVES NETO, **Lições...**, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁶ SZTAJN, Raquel. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Revista do Direito do Consumidor. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 2, p. 71.

combate ao fenômeno do *truste*¹⁰⁷, referida lei tutela principalmente as estruturas de livre mercado.

No que se refere à teoria da desconsideração, preceitua seu artigo 18:

“Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”

É inegável a pertinência e importância da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na proteção do livre mercado¹⁰⁸. Todavia, “*como o legislador de 1994 praticamente reproduziu, no art. 18 da Lei Antitruste, a redação infeliz do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor, acabou incorrendo nos mesmos desacertos. Desse modo, a segunda referência legal à desconsideração no direito brasileiro também não aproveitou as contribuições da formulação doutrinária, perdendo consistência técnica*”¹⁰⁹.

Note-se, todavia, que a Lei Antitruste não reproduziu o § 5º do Código de Defesa do Consumidor, sabiamente afastando aquela menção expressa à infeliz teoria menor da desconsideração.

4.5. A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

A Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que disciplina as infrações penais e administrativas ambientais, apresenta uma evolução referente à teoria da desconsideração em relação aos dispositivos antes mencionados.

¹⁰⁷ O *truste* seria uma espécie de aglomeração de empresas com a finalidade de dominar determinado setor do mercado e, com isto, obter maiores lucros (REQUIÃO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 286).

¹⁰⁸ Note-se que o caso da empresa *Standard Oil Co.*, um dos verdadeiros *leading cases* da teoria da desconsideração, ocorrido em 1892 nos Estados Unidos, tratava justamente do tema do domínio de mercado, uma vez que referida empresa passou a controlar nove empresas petrolíferas, sem qualquer alteração societária.

“Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Referida norma não confundiu a teoria da desconsideração com outras figuras do direito societário, ao contrário do que ocorreu no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste. Todavia, *“não se pode, também, interpretar a norma em tela em descompasso com os fundamentos da teoria maior. Quer dizer, na composição dos danos à qualidade do meio ambiente, a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial não poderá impedir a responsabilização de seus agentes”*¹¹⁰. Vale dizer, para que seja aplicada a desconsideração com base no dispositivo em comento, é necessária a verificação de manipulação fraudulenta, de desvirtuamento da pessoa jurídica.

Tal posicionamento fundamenta-se no argumento de que, caso assim não fosse interpretado o artigo, este estaria em desacordo com a teoria da desconsideração. É o posicionamento de ELIDA SÉGUIN e FRANCISCO CARRERA:

*“O art. 4.º da LCA expressamente admite a desconsideração da personalidade jurídica sempre que ela for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do Meio Ambiente, conforme valor fixado na execução civil da sentença (art. 20 parágrafo único da LCA). Deve ser comprovada a fraude contra o credor e que a personalidade jurídica esteja sendo usada para salvar os bens dos sócios. Provada a simulação, a disregard theory pode ser aplicada no caso de insuficiência do patrimônio da empresa, pois a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a da pessoa física, que da atividade da primeira tira proveito”*¹¹¹.

Ressalte-se, por fim, que todo e qualquer dispositivo legal referente ao tema deve necessariamente observar os princípios e pressupostos da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, sob pena de estar agredindo o instituto da pessoa jurídica, ao invés de protegê-lo. E isso também deve ser observado pelos juristas, na aplicação fática da teoria.

¹⁰⁹ COELHO, *Curso...*, op. cit., p. 53.

¹¹⁰ COELHO, *idem*.

¹¹¹ SEGÚIN, Elida; CARRERA, Francisco. **Lei dos Crimes Ambientais**. Rio de Janeiro : Esplanada, 2002, p. 399.

“A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (isto é, os arts. 28 e §5º do CDC, 18 da Lei Antitruste e 4º da Lei do Meio Ambiente) é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica”¹¹²

4.6. O CÓDIGO CIVIL DE 2002

4.6.1. Elaboração do dispositivo

O Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002), cujo projeto (Projeto de Lei nº 634-D) foi apresentado ao Congresso Nacional em 1975, trouxe um avanço imensurável no que se refere à teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro: finalmente, consagrou sua aplicação em nosso sistema por meio do disposto em seu artigo 50.

RUBENS REQUIÃO, defensor primeiro da teoria no Brasil, foi quem encaminhou sugestão à Comissão encarregada de elaborar o projeto do Código Civil, objetivando a introdução da *disregard doctrine* no corpo legal. Todavia, em que pese tenha aceitado desde logo a proposta, a Comissão apresentou grande dificuldade em elaborar um dispositivo adequado, sendo que *“houve muita resistência até que fosse redigido o último texto sobre o assunto”*¹¹³.

Nas duas primeiras elaborações, RUBENS REQUIÃO verificou dois grandes defeitos nas redações apresentadas: a legitimidade irrestrita do Ministério Público, em qualquer caso, para requerer a desconsideração, e a dissolução da entidade como sanção decorrente da aplicação da teoria:

¹¹² COELHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 54.

“Não se deve conferir legitimidade ao Ministério Público – o problema é totalmente de interesse privado – nem aos sócios, mas sim aos credores insatisfeitos; a doutrina da desconsideração deve ser acolhida em sua pureza: não se trata de dissolver a sociedade, mas de deixar de levar em conta, no caso concreto, a sua autonomia”¹¹⁴

Note-se que, inicialmente, nem mesmo o próprio REQUIÃO conseguiu formular uma redação adequada para o dispositivo: sua proposta celebrava tão somente a desconsideração inversa¹¹⁵, já estudada.

Não obstante, não há dúvidas de que os legisladores tinham absoluta intenção de celebrar a teoria no novo Código Civil. Tanto o é que MIGUEL REALE, grande jurista brasileiro que coordenou os trabalhos da Comissão responsável pela elaboração do projeto de lei, explicitou sua intenção de procurar meios para coibir o uso desvirtuado do instituto da pessoa jurídica: *“Não abandonamos o princípio que estabeleceu a distinção entre pessoa jurídica e os seus membros componentes, mas também não convertemos esse princípio em tabu, até o ponto de permitir sejam perpetrados abusos em proveito ilícito dos sócios e em detrimento da comunidade”¹¹⁶*.

Após inúmeras discussões, a Comissão inseriu no projeto dispositivo que mantinha a dissolução da sociedade como uma sanção possível nos casos de desconsideração. Grande parte dos doutrinadores criticou a elaboração, citando-se apenas os nomes de RUBENS REQUIÃO (segundo o qual a dissolução acabaria punindo os sócios inocentes¹¹⁷) e JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA (*“o artigo misturava coisas distintas – a idéia de desconsideração com a dissolução”¹¹⁸*).

¹¹³ MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração...**, *op. cit.*, p. 265.

¹¹⁴ REQUIÃO, Rubens. **Projeto de Código Civil**: apreciação crítica sobre a parte geral e o livro I (das obrigações). RT, 477/19.

¹¹⁵ A proposta de redação apresentada por REQUIÃO era a seguinte: *“A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos de sócios. Neste caso, o juiz, desconsiderando a existência da personalidade jurídica, a pedido do credor do sócio, poderá permitir a efetivação de sua responsabilidade sobre os incorporados na sociedade para a sua participação no capital social”* (in MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração...**, *op. cit.*, p. 267).

¹¹⁶ REALE, Miguel. **Considerações gerais sobre o projeto de Código Civil**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 33 (137) : 1-26, jan./mar. 1976. p. 8. in MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração...**, *op. cit.*, p. 268.

¹¹⁷ REQUIÃO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 556.

¹¹⁸ LAMARTINE, **A dupla crise...**, *op. cit.*, p. 144.

Apesar de todas as críticas por parte da doutrina, somente em 1997, com a elaboração do Parecer Final nº 749, que a Comissão apresentou a redação do hoje vigente artigo 50 do Código Civil. O Relator do Projeto, Bernardo Cabral, baseou-se nos estudos de REQUIÃO, COMPARATO e LAMARTINE (juristas que colaboraram decisivamente para a introdução e desenvolvimento da teoria em nosso sistema) para redigir o dispositivo definitivamente.

4.6.2. O dispositivo

Dispõe o artigo 50 do Código Civil brasileiro de 2002:

“Art. 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”.

De plano, diga-se que na norma em análise não há qualquer menção expressa e específica acerca da figura da desconsideração. Não obstante, embora não exista na redação o termo *desconsiderar* ou equivalente, inegavelmente tem-se um autêntico caso de desconsideração, pois se nota o evidente objetivo de aplicar a teoria quando presentes os requisitos por ele arrolados.

O artigo 50 do Código Civil amplia as hipóteses de aplicação da teoria, na medida em que o conceito de abuso de personalidade foi demarcado consoante as noções de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Ademais, *“a finalidade referida no artigo não diz respeito apenas àquela presente nos estatutos sociais, mas, sim, também nos*

objetivos sociais da pessoa jurídica que motivam a própria personalização da pessoa jurídica”¹¹⁹.

Note-se que, ao eliminar hipótese de dissolução da sociedade como sanção, optando pelo princípio da preservação da sociedade, expressou o legislador que a desconsideração é episódica, atingindo somente determinadas obrigações, sem que haja a extinção da sociedade. “*O fato explica-se porque o objetivo maior para que o instituto seja aplicado é o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo jurisdicionado, e não seria acabando com a pessoa jurídica que se atingiria tal meta*”¹²⁰. Tal postura está em plena harmonia com os ensinamentos da *disregard doctrine*.

Importante salientar que o legislador também acertou em adotar a abordagem subjetiva da teoria, mas com o elemento objetivo da confusão patrimonial. Vale dizer,

*“nosso Código não acolhe a concepção objetiva da teoria, pois a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio importantíssimo de comprovar o abuso da personalidade jurídica, que ocorre nas hipótese do abuso de direito e da fraude. Destarte, o necessário para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que pode ser provado inclusive pela configuração de uma confusão patrimonial”*¹²¹

Não obstante todos os acertos do dispositivo, importante salientar que o legislador olvidou-se de um aspecto importante e bastante útil da teoria da desconsideração: da simples leitura do artigo 50 do Novo Código Civil brasileiro depreende-se que tão somente a teoria da desconsideração principal foi celebrada, sendo esquecida, nesse sentido, a teoria da desconsideração em sua formulação inversa. Vale dizer, hoje o ordenamento positivo brasileiro permite apenas a desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar o sócio por dívidas sociais – não para responsabilizar a sociedade por dívidas pessoais de algum sócio. Felizmente a teoria da desconsideração sempre apresentou força suficiente para ser aplicada em todos os seus aspectos

¹¹⁹ MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração**..., *op. cit.*, p. 271.

¹²⁰ MARTINS DE FREITAS, *idem*.

¹²¹ VENOSA, **Direito Civil**..., *op. cit.*, p. 311.

independentemente da existência de dispositivos legais expressos, e certamente os juristas brasileiros serão capazes de verificar a necessidade de se aplicar a teoria em sua formulação inversa em casos concretos.

Por fim, diga-se que a celebração expressa da teoria da desconsideração no corpo do Novo Código Civil não significa que tal instrumento deixou de ser uma exceção. Em que pese o artigo 20 do Código Civil de 1916¹²², que afirmava a autonomia das pessoas jurídicas, não tenha sido repetido de forma expressa no novo Código¹²³, a afirmação da personalidade jurídica ainda é e sempre será a regra geral – e a desconsideração é mais um instrumento de sua afirmação e conservação.

4.6.3. Conseqüências práticas do advento do artigo 50

Como estudado anteriormente, a teoria da desconsideração independe de dispositivo legal expresso: sua aplicação pode se dar com base em noções básicas de justiça e equidade, por exemplo, desde que se verifique no caso concreto a ocorrência de um desvio de finalidade de instituto, por meio de ato fraudulento ou abusivo. Todavia, conforme ressalta CALIXTO SALOMÃO FILHO¹²⁴, a jurisprudência brasileira sempre mostrou-se bastante hesitante com relação ao tema, justamente em decorrência da ausência de um dispositivo legal expresso, direto e, mais importante, acertado:

“Característico da jurisprudência brasileira é o valor paradigmático atribuído à pessoa jurídica, que fez com que a separação patrimonial seja freqüentemente reafirmada e a

¹²² Código Civil de 1916, art. 20: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

¹²³ Tal ausência é alvo de críticas da doutrina: “Cabe frisar que entendemos que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica seria mais bem compreendido se houvesse mais uma alteração na redação do referido art. 50 do Novo Código Civil. A proposta da lege ferenda é de que se mantenha como caput desse dispositivo a regra constante do art. 20 do Código Civil de 1916 (não repetido expressamente no Novo Código Civil), uma vez que a admissibilidade da teoria da DPG não conflita com o princípio da autonomia da pessoa jurídica e das pessoas físicas que a compõem. A ausência de explicitação da regra da autonomia da personalidade jurídica pode gerar confusão de pessoas e acabar contrariando os próprios princípios teóricos que fundamentam a disregard” (MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração...**, op. cit., p. 274).

¹²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2 ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 195.

sua desconsideração só seja admitida em presença de previsão legal expressa ou de comportamentos considerados fraudulentos. As decisões brasileiras não são, conseqüentemente, classificáveis segundo o tipo de atuação a justificar a desconsideração (confusão de esferas, subcapitalização ou abuso de forma), mas segundo o fundamento jurídico invocado para fundamentar a não-consideração da personalidade jurídica societária”.

O mesmo autor ainda expressa uma criticável característica da jurisprudência brasileira, que seria a pouca freqüência da desconsideração das sociedades anônimas:

“A maior abrangência das regras organizativas nas sociedades anônimas poderia no máximo justificar a não-aplicação a elas dos critérios objetivos da desconsideração. Entretanto, não permite afastar em absoluto a desconsideração (o que parece ocorrer pela pouquíssima freqüência dos casos), sobretudo em caso de atividade irregular ou fraudulenta”¹²⁵

A importância do artigo 50 do Novo Código Civil, neste sentido, é justamente facilitar e consolidar a aplicação da teoria nos tribunais brasileiros, dando-lhes uma segurança que antes não era verificada, tendo em vista a ausência de um dispositivo expresso.

“A inclusão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na nova legislação civil não consiste verdadeiramente em uma inovação, pois além de ele já ter sido consagrado em outros textos de lei, (...) não se pode esquecer que a disregard independe de fundamento legal. No entanto, não se pode esquecer também que a nossa tradição é romano-germânica, caracterizada especialmente pelo grande apego ao direito escrito. Assim, mesmo quando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica já poderia ser aplicada, não o era, por haver quem entendesse que isso só poderia ocorrer quando houvesse texto legal que a consagrasse explicitamente. Com a inclusão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio, facilita-se a sua aplicação, tendo em vista a existência de um fundamento legal explícito”¹²⁶

Os instrumentos estão consolidados e disponíveis. Resta somente a nós, juristas, zelarmos pela conservação e utilização regular do instituto da pessoa jurídica, com vistas ao cumprimento de suas finalidades e, conseqüentemente, ao bem comum da sociedade como um todo.

¹²⁵ SALOMÃO FILHO, *idem*, p. 198.

¹²⁶ MARTINS DE FREITAS, **Desconsideração**..., *op. cit.*, p. 265.

CONCLUSÃO

Conforme explicitado na introdução da presente peça, esta monografia tem como objetivo explicitar os principais contornos da teoria da desconsideração da personalidade, especialmente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, o capítulo inicial tratou do próprio instituto da pessoa jurídica, em suas linhas gerais. Sendo a preservação deste instituto o fim maior da teoria da desconsideração, imprescindível uma análise do mesmo para um melhor entendimento acerca do tema em tela.

No capítulo seguinte, foi abordado o regime societário brasileiro, com especial atenção às sociedades empresárias. Tal abordagem faz-se absolutamente necessária no assunto aqui tratado, uma vez que muitas normas que regulam tais sociedades interagem de forma extremamente relevante com a teoria da desconsideração, servindo como base para a mesma e até mesmo como obstáculo à sua aplicação.

O terceiro capítulo tratou dos contornos gerais da teoria da desconsideração: surgimento, evolução, influências jurisprudenciais e doutrinárias, teorias e abordagens formuladas e pressupostos adotados. Por meio da análise de tais fatores foi possível traçar o caminho percorrido pela teoria desde o seu nascimento, no início do século XIX, até atingir os contornos que apresenta hoje, quase dois séculos depois.

Por fim, o derradeiro capítulo abordou a inserção da teoria da desconsideração no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um fenômeno muito recente, que merece especial atenção por parte dos juristas.

Com a realização deste estudo, chega-se à conclusão de que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento jurídico necessário: trata-se de uma reação contrária à utilização desvirtuada do instituto da pessoa jurídica, esta prerrogativa que o Direito concede tão somente para facilitar as atividades praticadas em grupos, mas que tem sido utilizada para fraudar a lei e violar direitos de terceiros.

O uso desvirtuado da pessoa jurídica é um fato corrente; logo, são absolutamente necessários meios hábeis e eficazes para coibir tais práticas cujo objetivo único é, por meio daquele instituto, burlar normas e obrigações que dizem respeito tão somente a seus integrantes, sócios e/ou administradores.

A inserção da desconsideração da personalidade jurídica em nosso direito positivo, por meio do artigo 50 do Novo Código Civil, não é exatamente um avanço (uma vez que a teoria já estava sendo abordada e aplicada em alguns casos), mas com certeza representa uma grande vitória para aqueles que entendem a grandeza e a utilidade do instituto da pessoa jurídica: agora não há mais dúvidas que o uso abusivo das pessoas jurídicas não só pode, mas deve acarretar a responsabilização daqueles que agem nesse sentido.

Infelizmente, cada vez mais institutos jurídicos criados pelo Direito que facilitam a vida do homem em sociedade têm sido utilizados de maneira, no mínimo, maliciosa por seus beneficiários. E, na contramão dessa panacéia nacional, a consolidação de instrumentos como a desconsideração devem ser celebrados pelas pessoas de bem.

É certo que, em que pese esteja a matéria firmada no artigo 50 do Código Civil, muitas dúvidas e dificuldades podem ser verificadas na aplicação concreta da teoria: caracterizar um ato como abusivo ou fraudulento, demonstrar a intenção ardisosa de determinado sujeito que esconde seus atos sob o véu da pessoa jurídica na qual atua, provar a ocorrência planejada da confusão patrimonial... São questões conceituais e probatórias que podem em muito obstar a aplicação da teoria da desconsideração, mesmo quando isso se faz absolutamente necessário.

Logo, o artigo 50 do Novo Código Civil não deve ser entendido como o ápice da consolidação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro: deve, sim, ser o início de tal processo de fixação do tema.

Estudantes e operadores do Direito devem tomar as dificuldades e até mesmo as impropriedades do tema como incentivo para melhor desenvolver a questão.

O instituto da pessoa jurídica, pode-se dizer, é um dos instrumentos jurídicos mais importantes já elaborados pelo homem. Trata-se de um dos fatores que propiciaram o desenvolvimento da economia capitalista, sendo até hoje uma de suas bases fundamentais. Logo, sua proteção significa uma ferramenta em prol do bem comum.

Desconsiderar a pessoa jurídica não é agredir o instituto: pelo contrário, é protegê-lo da má utilização por seus membros, é afirmar suas finalidades iniciais.

Necessário, nesse sentido, toda prudência e cautela na aplicação da teoria da desconsideração nos casos concretos: seu objetivo não é desvirtuar o instituto da pessoa jurídica; logo, o magistrado somente poderá aplicá-la em casos excepcionais, estando presentes a fraude e o abuso de direito. Nesse sentido, todos os meios probatórios cabíveis devem ser esgotadas – tudo em prol da segurança jurídica tão necessária e desejada.

Se assim não for, e restarem abalados os princípios da autonomia patrimonial e do instituto da pessoa jurídica, ocorrerá uma crise de insegurança jurídica que nada trará de benefícios à sociedade. Pelo contrário, retrocessos imensuráveis se seguirão: fuga de investimentos em vários setores da economia, desemprego generalizado e todas as conseqüências deste fenômeno etc.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do consumidor. Obra coletiva de autoria do Senado Federal com a colaboração de Edílson Alves Luiz de Toledo Pinto e Luiz Evaldo de Moura Pádua Filho e coordenação de José Pedro de Castro Barreto. Brasília: Senado Federal, 2001.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. In: **Código comercial**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 764-788.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. In: **Código penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 294-314.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Obra coletiva de autoria do Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 2: 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas. **Desconsideração da personalidade jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**. 2 ed. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998.

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

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 1994, n. 205, p. 17-27, nov. 1994.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 22 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
_____. **Curso de direito comercial**. 27 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 2002, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.
_____. **Curso de direito comercial**, vol. 1. 27 ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2003.
_____. **Projeto de Código Civil: apreciação crítica sobre a parte geral e o livro I (das obrigações)**. RT, 477/19.

ROCHA, Antonio do Rego Monteiro. **Código de defesa do consumidor: descon sideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, vol. 1. 33 ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2 ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. **Lei dos crimes ambientais**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**, vol. 1. 8. ed. rev. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 1996.

SILVA, Alexandre Couto. **Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 2000, v. 780, p. 47-58, out. 2000.

SZTAJN, Raquel. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Revista Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**, vol. 1. 4 ed. rev. São Paulo : Malheiros, 2004.