

LEONARDO BIBAS

**O ABUSO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS
TRIBUNAIS**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

CURITIBA
2008

LEONARDO BIBAS

**O ABUSO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS
TRIBUNAIS**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Professor Doutor Edson Isfer

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

CURITIBA

2008

RESUMO

O escopo do presente trabalho é analisar o modo como os Tribunais brasileiros vêm aplicando a desconsideração da personalidade jurídica. A pessoa jurídica e a limitação de responsabilidade dos sócios dela decorrente são fatores cruciais para o desenvolvimento econômico-social da nação. É a certeza de que o eventual fracasso da nova empresa não acarretará na execução de todos os bens do sócio que leva empresários a arriscar seu dinheiro em novos empreendimentos, os quais impulsionam o crescimento do país. Entretanto, tais benefícios trazidos pela personalização da sociedade empresária podem ser utilizados de maneira abusiva, preterindo interesses de terceiros e desvirtuando a finalidade da figura. E é justamente esta a função da desconsideração da personalidade jurídica: impedir que a pessoa jurídica seja usada em desacordo com a sua finalidade, através do atingimento dos sócios sempre que estes causarem danos a terceiros por meio do abuso da estrutura societária da empresa. Sua correta aplicação traz, deste modo, o tão necessário equilíbrio entre a proteção dos credores e o fomento do empreendedorismo. Contudo, da mesma forma que o abuso da pessoa jurídica pretere interesses de credores da sociedade, o abuso da desconsideração pretere interesses dos empresários, que passam a ter sua responsabilidade injustificadamente alargada. Assim, este instrumento deve ser utilizado tão somente nos casos em que seus pressupostos de aplicação estejam presentes, sob pena de, ao invés de proteger a utilização correta da pessoa jurídica, cancelar a ineficácia desta figura.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
Capítulo I – A pessoa jurídica e a autonomia patrimonial.....	7
1.1. Explicação prévia.....	7
1.2. Breve visão histórica.....	8
1.2.1. A teorização da pessoa jurídica.....	8
1.3. A atribuição de personalidade jurídica.....	11
1.3.1. O início da existência das pessoa jurídicas.....	12
1.4. A separação entre a pessoa jurídica e os sócios que a integram.....	13
1.5. Capacidade e representação da pessoa jurídica.....	14
1.5.1. Atos <i>Ultra Vires</i> e a teoria da aparência	16
1.6. A limitação de responsabilidade.....	17
1.6.1. Breve histórico da limitação de responsabilidade.....	17
1.6.2. Autonomia patrimonial.....	18
1.6.3. A responsabilidade civil da pessoa jurídica.....	20
1.6.4. A limitação de responsabilidade dos sócios.....	21
1.7. A importância da pessoa jurídica.....	22
1.7.1. A pessoa jurídica como instrumento para a associação do homem.....	22
1.7.2. A pessoa jurídica como motor da economia.....	25
Capítulo II – A desconsideração da personalidade jurídica.....	30
2.1. Introdução – A crise de função da pessoa jurídica.....	30
2.2. História.....	33
2.2.1. O surgimento da Teoria.....	33
2.2.2. A Teoria no Brasil.....	36
2.2.3. As duas vertentes da desconsideração.....	37
2.3. A Teoria Maior da desconsideração.....	38
2.3.1. Conceito.....	38
2.3.1.1. A subsidiariedade da responsabilidade dos sócios.....	39

2.3.1.2. A responsabilização apenas dos que praticaram a ilicitude.....	41
2.3.1.3. A responsabilização dos administradores.....	42
2.3.1.4. Responsabilização de sócios e administradores e a desconsideração – diferenciação.....	43
2.3.2. Funcionamento.....	45
2.3.3. Pressupostos para a desconsideração.....	48
2.3.3.1. A necessidade de pressupostos claros.....	48
2.3.3.2. O art. 50 do Código Civil – a delimitação da Teoria Maior da desconsideração e o uso de <i>cláusulas abertas</i>	50
2.3.3.3. A aplicação da Teoria Maior da desconsideração.....	52
2.3.3.4. Refinamento do conceito.....	55
2.3.4. Conclusão sobre a Teoria Maior.....	58
2.4. A Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica.....	59
2.4.1. Conceito.....	59
2.4.2. Funcionamento.....	61
2.4.3. Âmbito de aplicação.....	62
2.4.4. Crítica à Teoria Menor.....	64
2.4.5. Conclusão sobre a Teoria Menor.....	67
2.5. Desambiguação – a desconsideração e os Direitos Trabalhista e Tributário.....	68
2.5.1. Direito Trabalhista.....	68
2.5.2. Direito Tributário.....	71
2.6. Desconsideração em sentido inverso.....	73
2.7. Conclusão do Capítulo.....	75
 Capítulo III – O abuso da desconsideração da personalidade jurídica nos Tribunais.....	 77
3.1. Introdução.....	77
3.2. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelos Tribunais – estudo de julgados.....	77
3.2.1. Teoria Maior.....	77
3.2.2. Teoria Menor.....	80

3.3. Crítica ao abuso da desconsideração.....	83
Conclusão.....	85
Referências Bibliográficas.....	87

INTRODUÇÃO

Exposição do problema

A limitação da responsabilidade garantida aos sócios das sociedades empresárias é hoje um dos maiores atrativos e principais viabilizadores da atividade empresarial, tão necessária para o desenvolvimento econômico, social e cultural de um país.

Iniciar uma nova atividade empresarial significa assumir riscos. Seja pela dificuldade de prever a aceitação de determinado novo produto pelos consumidores, pela instabilidade de certa área do mercado, pela concorrência acirrada, ou por qualquer outro motivo. As razões são inúmeras, mas certo é que não existe empreendimento com 100% de certeza de êxito.

Nestas condições, saber que o pior que pode acontecer ao iniciar uma nova sociedade é perder “apenas” o que foi investido, restando incólume o patrimônio próprio, é impulso sem o qual a maioria das pessoas não formaria uma sociedade empresária e iniciaria suas atividades¹.

A limitação de responsabilidade dos sócios àquilo que cada um investiu se apresenta como um motor para a economia, através do qual se distribui o risco de empresa com toda a sociedade. A lógica é a seguinte: uma vez que os sócios devem arcar com as dívidas da sociedade apenas até o limite de seu investimento, caso o passivo da empresa supere o ativo, as dívidas remanescentes serão suportadas pelos credores, que, por sua vez, distribuirão estas perdas nos preços de seus produtos, e assim sucessivamente até que aquele crédito não pago seja finalmente suportado pelo consumidor final (toda a sociedade).²

A responsabilidade limitada é, portanto, uma opção feita pelo Estado de fomentar a atividade empresária através da “blindagem” dos sócios e da socialização dos riscos. E esta é uma opção imprescindível, ressalte-se, já que sua ausência significaria estagnação do empreendedorismo e da economia como um

¹ Não que o risco de perder 100% do capital investido já não seja suficiente para tornar qualquer empreendedor receoso ao iniciar uma nova atividade empresária. Nas palavras de um investidor do mercado de capitais: “Qualquer situação em que se arrisca 100% parece um caso estranho de risco limitado. Limitado a 100%!?! A maioria dos especuladores ignora esse aspecto assustador.” (ELDER, Alexander. *Aprenda a operar no mercado de ações : Come into my trading room*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 20.)

² Sobre o tema conf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29.

todo: o grau de certeza e de confiança na nova atividade teriam que ser elevadíssimos, pois eventual insucesso resultaria em atingimento do patrimônio pessoal dos sócios, ilimitadamente.

Contudo, os benefícios proporcionados pela limitação de responsabilidade dos sócios também abrem espaço para que abusos sejam cometidos. Sabendo estarem protegidas pela condição de sócio, e assim não podendo ter seu patrimônio particular alcançado, é possível que as pessoas se utilizem da pessoa jurídica para fins ilícitos, em prejuízo de terceiros e subvertendo o objetivo da separação patrimonial.

Inicia-se, por exemplo, uma suposta revendedora de roupas, que possui personalidade jurídica, sede, capital social e todos os elementos necessários para parecer legítima. Esta revendedora passa a comprar produto a prazo de diversos fabricantes, compondo enorme estoque. Os sócios, então, revendem toda a mercadoria comprada para outra sociedade da qual também são controladores, a um preço irrisório, deixando a loja de roupas com patrimônio muito reduzido. Diante do inadimplemento das obrigações contraídas com os fornecedores, a sociedade é executada. Contudo, encontra-se completamente insolvente, e os credores ficam sem receber seu crédito, já que também não podem executar os sócios, pela limitação de responsabilidade destes.

Este é apenas um exemplo, mas situações como esta passaram a ser cada vez mais comuns. O abuso da separação patrimonial para beneficiar os sócios em detrimento dos credores pode ser verificado em diversos casos, como o de sociedades em vias de falência, em que os sócios tentam “salvar” o máximo de patrimônio social transferindo bens da sociedade para seus nomes, e muitos outros.

Não sendo possível conviver com este tipo de abuso, que afronta o próprio objetivo da separação patrimonial e cria situações injustas, criou-se a *Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*³.

Em síntese, esta figura tem por objetivo afastar, em algumas situações bem definidas, os efeitos da personalidade jurídica (em especial a separação entre sócios e sociedade), permitindo que os credores da sociedade possam executar os sócios

³ Referimos ao Capítulo II para explicação detalhada do surgimento, funcionamento e características da desconsideração.

para ver seu crédito quitado, e que, no caminho oposto, os credores do sócio possam executar o patrimônio da sociedade⁴.

Fábio Tokars explica que são dois os vetores econômicos do direito empresarial, o estímulo ao empreendedorismo e a proteção do credores.

Para que seja atingido o objetivo estatal de incremento de sua economia privada, deve-se construir um ordenamento jurídico que contenha regras de diminuição dos riscos impostos aos empreendedores (como forma de incentivo dos riscos inerentes ao desenvolvimento da atividade empresarial), bem como de diminuição dos riscos impostos ao credores (como forma de manutenção de taxas razoáveis de juros nas operações de concessão de crédito).⁵

São, entretanto, vetores em sentidos opostos, e devem ser equilibrados para que se alcance um sistema ideal, no qual os credores não são excessivamente onerados e os empreendedores têm estímulos para desenvolver suas atividades.

Deste modo, com a aplicação da desconsideração seria possível obter as vantagens da separação patrimonial sem ter que arcar com as desvantagens do seu abuso, alcançando-se um sistema próximo do ideal.

Contudo, não foi o que ocorreu.

Uma das marcas do Direito é ser um fenômeno pendular. Frequentemente, ao agir para compensar um abuso, o resultado é uma ação tão forte que faz o pêndulo passar do equilíbrio e chegar ao outro extremo.

A ânsia por impossibilitar que a separação patrimonial seja utilizada com fins fraudulentos levou ao extremo de possibilitar a aplicação da desconsideração *sempre que a personalidade jurídica constitua um empecilho à satisfação dos interesses dos credores da sociedade*.

⁴ Esta segunda modalidade de desconsideração, a qual tem aplicabilidade quando o sócio frustra os seus credores pessoais através do mau uso da pessoa jurídica, é chamada de desconsideração *indireta* ou *reversa*. Como afirma Calixto Salomão Filho, “esse tipo de desconsideração merece tratamento distinto, em função da peculiaridade dos princípios envolvidos e de suas conseqüências sistemáticas particulares” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 243.). Deste modo, este trabalho tomará como paradigma de estudo a desconsideração *direta*. A indireta receberá tratamento destacado, no Capítulo II, item 2.6.

⁵ TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. *Revista de Direito Público da Economia*, a. 1, n. 1, jan./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, p. 31-32.

Assim, uma parcela do Judiciário vem tratando a insolvência que decorre do risco da atividade empresária do mesmo modo que aquela decorrente do abuso da personalidade jurídica. Não mais questionando acerca da má utilização da pessoa jurídica. Executada a sociedade, vêem na insuficiência do patrimônio desta a legitimação para a responsabilização dos sócios.

O novo extremo do pêndulo é o *abuso* que os Tribunais vêm fazendo da desconsideração da personalidade jurídica. E é este o objeto do presente trabalho.

Objetivo do trabalho

No diapasão do que foi acima exposto como o problema, o presente trabalho terá como objetivo averiguar com que fundamentos e finalidades os Tribunais brasileiros vêm aplicando a desconsideração da personalidade jurídica.

Desde já deixamos claro que o que motivou esta pesquisa foi a desconfiança de que (i) a aplicação da desconsideração não vem sendo feita com o devido cuidado, (ii) este instrumento está sendo utilizado para violar a regra da personalidade jurídica (separação entre sócios e sociedade) e fazer “justiça” no caso concreto e (iii) não se está respeitando os âmbitos de aplicação das Teorias Maior e Menor da desconsideração.

O primeiro ponto de dúvida é bastante singelo e fácil de ser entendido. Como veremos no Capítulo II, a desconsideração é um modo de excepcionar um princípio basilar do Direito – a separação entre a pessoa dos sócios e a sociedade –, e como tal só pode ser utilizada em situações em que os pressupostos de aplicação estejam presentes. Sem os pré-requisitos, a aplicação da desconsideração se mostra absurda e ilegal.

O segundo questionamento deve ser melhor explicado. Não temos dúvida que é função precípua do Judiciário entregar decisões que apliquem o Direito da forma mais **justa** possível. Contudo, nos insurgimos aqui contra a miopia que pode permear algumas decisões, ao olhar apenas para o caso concreto e não levar em conta o contexto geral, não percebendo que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas tem função para além da limitação da responsabilidade dos sócios.

Como já mencionamos e como será pormenorizado ao final do Capítulo I, a separação patrimonial decorrente da personalidade jurídica tem uma função fundamental para o progresso da sociedade, qual seja, o fomento da atividade

empresária, através da socialização das perdas. Será lícito ao julgador violar estas regras e passar por cima desta sistemática *macroscópica* para, no caso concreto, atingir o patrimônio dos sócios a fim de proteger o interesse dos credores e assim fazer “justiça” *microscópica*?

Por último, colocamos em pauta a questão das Teorias Maior e Menor da desconsideração. Como será pormenorizado, estas vertentes têm pressupostos de aplicação completamente diversos. A primeira exige a ocorrência de pressupostos determinados, sem os quais não é possível desconsiderar a personalidade de uma sociedade. Já a segunda quase não exige pressupostos, de modo que é muito mais *perigosa* e deve ter seu âmbito de aplicação restringido.

O ponto que levantamos se refere ao preocupante fato de que a Teoria Menor tem tido aplicação fora do seu âmbito específico.

Em suma, são estas três questões que nos propomos a discutir. Todas elas relacionadas com a aplicação indevida da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, o presente trabalho terá como objetivo principal a demonstração clara do “estado atual da arte”, isto é, do modo como vem sendo aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, e, como objetivo secundário e mais modesto, a exposição de nosso juízo sobre o tema.

Metodologia adotada

Tendo restado claro que o objetivo deste trabalho é analisar e julgar o modo como a desconsideração vem sendo aplicada contemporaneamente, melhor método não há que a análise de acórdãos dos Tribunais pátrios que solucionam os casos a eles apresentados através da utilização deste instrumento.

Contudo, não é possível proceder a tal análise prática sem uma sólida base teórica, que no presente trabalho será constituída por detalhado estudo da Pessoa Jurídica e, em seguida, da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Portanto, no Capítulo I será analisada a pessoa jurídica. Exporemos a origem teórica desta figura e suas principais características. Será dada ênfase na fundamental importância que a personalização das sociedades empresárias tem para a criação de um ente independente e para o desenvolvimento econômico-social da nação.

No Capítulo II veremos a origem da Teoria da Desconsideração e como ela evoluiu para se tornar um instrumento legislado à disposição do julgador brasileiro (deixando, assim, de ser uma “teoria”). Será feita atenta análise das duas vertentes da desconsideração existentes no Brasil, a Teoria Maior e a Menor, verificando-se suas características e diferenças. Daremos especial ênfase no estudo dos pressupostos de aplicação de cada uma destas vertentes, determinando de modo preciso os casos que podem ensejar a desconsideração.

Finalmente, no Capítulo III, estando em posse dos subsídios teóricos obtidos nos dois primeiros Capítulos, procederemos à análise de julgados que aplicam a desconsideração da personalidade jurídica, verificando se estes estão de acordo com as conclusões anteriormente alcançadas ou se, ao contrário, abusam da desconsideração ao aplicá-la sem a verificação dos pressupostos autorizadores.

CAPÍTULO I – A PESSOA JURÍDICA E A AUTONOMIA PATRIMONIAL

1.1. Explicação prévia

Se, por um lado, aceitar o homem como sujeito de direitos é intuitivo e natural, por outro, alçar a pessoa jurídica a esta condição foi o resultado de um processo de desenvolvimento que se estendeu ao longo de séculos. Sujeito de direitos (e, portanto, pessoa) era o homem. E ninguém mais. Superar esta visão foi fruto de muito trabalho.

Certo é que desde sempre os homens se associaram, unindo esforços para alcançar fins comuns, o que “decorre do espírito associativo do homem, como animal eminentemente social”⁶ que é. Contudo, muito tempo passou até que estes grupos deixassem de ser apenas a união de sujeitos para eles próprios se tornarem sujeitos.

Este caminho não é linear, e tentar explicá-lo foi sempre um desafio para aqueles que se debruçaram sobre o tema. Para os fins deste trabalho, a evolução do conceito não é tão importante quanto o conceito em si, razão pela qual faremos apenas breve análise histórica da pessoa jurídica, para, em seguida, nos fixarmos no seu conceito moderno, suas características e sua importância.

Deixamos claro que o presente trabalho irá abordar apenas as pessoas jurídicas de direito privado, mais especificamente as sociedades empresárias e, mais especificamente ainda, as sociedades limitadas e anônimas. Fora deste âmbito não há ou há pouco interesse para o estudo da desconsideração da personalidade jurídica, vez que ela não é aplicável às pessoas jurídicas de direito público e nem às fundações e associações. Assim, a “pessoa jurídica” será aqui estudada na sua espécie “sociedades empresárias”, mesmo sabendo-se tratar-se de realidade muito mais ampla.

⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário : regime vigente e inovações do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira: 2004, p. 3.

1.2. Breve visão histórica

Na relação entre Direito e realidade, o primeiro sempre seguiu a reboque do segundo. Primeiro a sociedade avança, cria e inova, pois é esta sua natureza. Em seguida, o Direito age, buscando explicar e regular a nova realidade.

Com a pessoa jurídica não foi diferente. Nas palavras de Orlando Gomes, “o Direito apercebe-se de sua existência, e, por processo técnico, possibilita a atividade social dos que se agrupam para exercê-la.”⁷

Apesar de as raízes da pessoa jurídica estarem nas associações⁸ de homens, não nos parece interessante verificar aqui a origem deste fenômeno associativo, o qual é social e não jurídico. Além de inútil para o fim deste trabalho, tal digressão nos levaria tão longe quanto à pré-história.

Muito mais relevante é verificar, ainda que brevemente, como as associações passaram a ser realidades distintas da simples soma de seus formadores, isto é, passaram a ter *personalidade*.

A compreensão desta separação entre sócios e sociedade, juntamente com o estudo da limitação da responsabilidade dos sócios, será de vital importância para os objetivos do presente trabalho.

1.2.1. A teorização da pessoa jurídica

À medida que a sociedade evoluiu em complexidade, a utilização de pessoas jurídicas – que existiam como fenômeno, mas não como figura jurídica cientificamente descrita – para os mais diversos fins almejados pelo homem passou a ser cada vez mais comum e necessária. O Direito, cuja função é precisamente a de regular a vida humana nas áreas em que tal intervenção se faz necessária, sentiu a necessidade de conceder tratamento especial para esta nova realidade e assim trabalhou para cientificamente defini-la e satisfatoriamente regulá-la.

⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 188.

⁸ Usamos o termo aqui no sentido amplo, de junção de esforços, e não em referência ao tipo de pessoa jurídica de direito privado previsto no art. 44, I, do Código Civil.

Este esforço jurídico-científico não foi por ninguém pormenorizado tão bem como por José Lamartine Corrêa de Oliveira, em sua tese para concurso de livre docência na UFPR, *Conceito de Pessoa Jurídica*⁹.

Nesta obra, o Professor Lamartine faz minuciosa análise de todas as correntes que trataram da pessoa jurídica, individualizando as idéias dos principais pensadores de cada uma delas. Tomaremos aqui apenas algumas destas correntes, na tentativa de traçar um linha de evolução coerente, mas sucinta.

Fica evidente, pela leitura do livro, todo o trabalho que foi necessário para conceber um conceito de “pessoa jurídica” que espelhasse os aspectos fundamentais da figura (como ser sujeito de direitos e ser entidade autônoma em relação aos sócios) e que, ao mesmo tempo, se adequasse aos dogmas jurídicos pré-existentes.

Como veremos, não foi possível conciliar essas duas tarefas. A satisfatória descrição científica da pessoa jurídica implicou necessariamente a superação de dogmas, em especial daquele que via o homem como o único sujeito de direito aceitável.

Não obstante, no início, os doutrinadores tentaram proceder a esta conciliação. Foi Savigny quem primeiro buscou elaborar uma teoria da pessoa jurídica¹⁰⁻¹¹. Ele foi precursor das chamadas *teorias individualistas*, que, partindo do brocardo romano “*hominum causa omne jus constitutum est*”¹², viam o homem como o único sujeito de direitos e consideravam a pessoa jurídica uma “criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais; pessoa puramente pensada, mas não realmente existente.”¹³

As *teorias individualistas*, como todas as demais teorias, constituem um gênero que comporta muitas subespécies. Não cabe aqui estudar todas elas. Basta saber que todas tinham o mesmo ponto de partida – entendiam que apenas o

⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*. Curitiba, 1962. Tese (para concurso de livre docência de Direito Civil) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

¹⁰ OLIVEIRA, J. L. C. de. *Conceito de pessoa jurídica*. p. 23.

¹¹ Apesar de a idéia de um sujeito de direitos formado por outros sujeitos de direito ter traços desde o Direito Romano, Lamartine, com Julius Binder, afirma que é “claro o desconhecimento pelos romanos, pelos glosadores, pelos canonistas, de um problema teórico da pessoa jurídica tal como objeto da ciência jurídica do século XIX.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 1).

¹² O Direito tem sempre como causa final o homem.

¹³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 41. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 130.

homem era sujeito de direitos –, buscando as mais diversas soluções para não atribuir personalidade aos entes associativos.

Logo percebeu-se que estas teorias não atingiam o objetivo almejado, não abarcando em seu conceito toda a complexidade da pessoa jurídica. O elemento faltante era, justamente, o reconhecimento da existência das realidades coletivas; isto é, o reconhecimento de que não apenas o homem é sujeito de direitos.

Contudo, buscando reconhecer existência à pessoa jurídica, inicialmente os doutrinadores foram longe demais, atribuindo-lhe “vida autônoma e vontade própria”¹⁴. Foi a *teoria da realidade orgânica*, que via na pessoa jurídica um *organismo* social, e que foi mais tarde refutada por recair também no plano da ficção, ao dotar este ente de vontade própria, a qual só o homem possui.

Deste modo, finalmente chegou-se à *teoria da realidade técnica*, aceita hoje como a que melhor reúne as peculiaridades do fenômeno jurídico ora em estudo. Washington de Barros Monteiro define tal teoria como *eclética*, vez que é intermediária às teorias da ficção (ou individualistas) e da realidade orgânica¹⁵.

Assim, por uma lado, esta teoria reconhece que a pessoa jurídica não tem realidade orgânica (física e psíquica), e que sob esse ponto de vista não passa mesmo de ficção. Por outro lado, não deixa escapar o fato de que não é real apenas aquilo que é perceptível aos sentidos. Este ente tem realidade no âmbito da ciência do Direito, isto é, “*no e para o mundo jurídico*”¹⁶.

Nas palavras de Caio Mário,

o jurista moderno é levado, naturalmente, à aceitação da teoria da *realidade técnica*, reconhecendo a existência dos entes criados pela vontade do homem, os quais operam no mundo jurídico adquirindo direitos, exercendo-os, contraindo obrigações, seja pela declaração de vontade, seja por imposição da lei.¹⁷

Portanto, não há mais razão para se duvidar que a pessoa jurídica é dotada de realidade, que é um *sujeito de direito*, distinto da simples união dos sócios que a integram. A personalidade jurídica atribuída a este ente torna-o *pessoa*, dando-lhe

¹⁴ MONTEIRO, W. de B. *Ob. cit.*, p. 131.

¹⁵ MONTEIRO, W. de B. *Ob. cit.*, p. 131.

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 385.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 310.

“vida” e separando-o dos seus criadores. Sua vontade é distinta da dos sócios, mas deles é dependente, já que a pessoa jurídica não tem uma individualidade psicofísica (como tem o homem). A vontade do ente é a *resultante* das vontades dos seus membros, e sempre precisará ser expressa com a “ajuda” de uma pessoa natural.

Compreender esta separação entre sócio e sociedade é fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, motivo pelo qual será tema do item 1.4 deste capítulo. Contudo, antes de analisar as conseqüências da outorga de personalidade jurídica a uma sociedade, analisaremos como e sob quais condições tal atribuição se opera.

1.3. A atribuição de personalidade jurídica

Ao contrário da pessoa natural, cuja personalidade surge simultaneamente ao seu nascimento, a pessoa jurídica precisa que o Direito lhe *outorgue*¹⁸ personalidade jurídica. Ou seja, “a pessoa jurídica somente tem existência quando o *Direito* lhe imprime o *sopro vital*.”¹⁹

E não será qualquer agregação de pessoas que receberá do Direito personalidade jurídica. Tratando-se de um instrumento²⁰ posto à disposição do homem, apenas àqueles entes aos quais a lei preveja a concessão de personalidade e que reúnam todos os pré-requisitos de constituição é que tal privilégio será concedido.

Segundo Caio Mário, são três os requisitos: vontade humana criadora, observância das condições legais e licitude do objeto²¹.

¹⁸ Existem autores, como o Professor Lamartine, que defendem que o Direito *reconhece* a personalidade jurídica, entendendo que “num plano de anterioridade lógica ao Direito estatal, existem os agrupamentos e instituições aptos a serem tratados como pessoas. (...) Num plano distinto, lógica e cronologicamente posterior, o Estado **reconhece, declara** realidade que preexiste a tal declaração.” (OLIVEIRA. José Lamartine Corrêa de. A personalidade jurídica da sociedade irregular. *Revista da Faculdade de Direito – Universidade do Paraná*, a. 10, n. 10, 1964/1967, p. 155-156). Entretanto, a tese que hoje prevalece, e que é a adotada pelo Código Civil (art. 41 a 44), é a de que o Direito “**outorga** personalidade a certos centros de imputação de interesses para que atuem na prática dos atos da vida civil à semelhança da pessoa natural, tanto que o faz em relação a alguns, deixando de fazê-lo em relação a outros”. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. p. 18.).

¹⁹ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 1041.

²⁰ Sobre a personalidade jurídica como um instrumento posto à disposição do homem, conferir o item 1.7, deste capítulo.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. p. 298.

Primeiramente, é preciso que duas ou mais pessoas conjuguem seus esforços *com o intuito de atuar em sociedade*, isto é, é preciso que exista *affectio societatis*. Não basta o simples trabalho em conjunto, que pode ocorrer nas mais diversas hipóteses sem que se forme uma sociedade. É preciso que haja este *ânimo galvanizador e durador*.

A segunda exigência se refere ao seguimento das disposições legais. Este requisito demonstra que, apesar da constituição de uma pessoa jurídica ser livre escolha dos sócios, o Estado exerce seu poder limitador ao impor a *forma* e conteúdo mínimo do ato constitutivo, a necessidade de *inscrição* em Registro Público e a *autorização de funcionamento*²². “É a lei, em suma, que preside a conversão formal de um aglomerado de pessoas naturais em uma só pessoa jurídica.”²³

Por fim, exige-se que o objeto a ser perseguido pela sociedade seja *lícito*. Sendo a personalidade jurídica uma concessão do Estado, nada mais natural e justo que ser vedada a adoção de objeto contrário ao Direito. O art. 115 da Lei de Registros Públicos é claro ao estabelecer, em síntese, que “os entes, para terem vida jurídica, devem enquadrar-se no plano do ordenamento estatal.”²⁴

O homem é livre para constituir pessoas jurídicas. Para tanto deve apenas respeitar os requisitos estabelecidos em lei, sendo que, nas palavras de Orlando Gomes, “são motivos de ordem pública ou de interesse geral que justificam a intervenção do Estado.”²⁵

1.3.1. O início da existência das pessoas jurídicas

Por ser a personalidade jurídica uma *atribuição* do Estado, e não uma consequência natural de um fato (como o nascimento de um ser humano), é preciso marcar claramente o momento em que tem início a existência da pessoa jurídica.

O evento jurídico que indica o começo da pessoa jurídica é o *registro* do seu ato constitutivo no órgão competente. E isto está estabelecido em lei, como afirma

²² Dependendo do objeto da sociedade, pode ser exigida autorização prévia de funcionamento, a ser outorgada pelo Poder Executivo (art. 45, Código Civil).

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. p. 299.

²⁴ VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 251.

²⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. p. 193.

Paulo Nader: “o art. 45 do Código Civil define o início da personalidade jurídica das pessoas morais com o ato de inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.”²⁶

O art. 46 do mesmo diploma define os itens mínimos que devem constar no registro da pessoa jurídica. Em linhas gerais, é preciso tornar público: as particularidades da sociedade (nome, fins, sede), os sócios fundadores, o modo de administração e quem a exercerá, a possibilidade de alteração do ato constitutivo, a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais, as condições de extinção.

1.4. A separação entre a pessoa jurídica e os sócios que a integram

É central para a correta assimilação da teoria da pessoa jurídica a compreensão da cisão que se opera entre sócios e sociedade, quando esta passa a ser dotada de personalidade jurídica. Desta separação derivam a limitação de responsabilidade dos sócios (item 1.6), a capacidade e representação da pessoa jurídica (item 1.5) e o estudo da função desta figura (item 1.7). Ademais, este ponto é nodal para o desenvolvimento deste trabalho, pois a descon sideração da personalidade jurídica implica justamente na momentânea negação de eficácia desta separação.

A *personificação* faz com que a sociedade se transforme em *pessoa* (jurídica). Este fenômeno resulta na criação de um novo sujeito de direito, o qual não se confunde com aqueles que o compõem. “Assume a entidade criada um sentido existencial que a distingue dos elementos componentes, o que já fora pela agudeza romana assinalado, quando dizia que ‘*societas distat a singulis*’.”²⁷

Os sócios que formam uma nova pessoa jurídica com esta não se confundem. Eles simplesmente passam a ter participação no capital social dela. Suas vontades são independentes entre si, seus patrimônios são distintos, suas obrigações (contratuais e legais) são diversas e não se comunicam.

Maneira interessante de se compreender esta separação é através da analogia utilizada pela doutrina americana, que faz referência a um véu (*veil*) que se colocaria entre os sócios e a sociedade, separando-os.

O Código Civil de 1916, em seu art. 20, dispunha que “*as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros*”. Esta norma não foi reproduzida no

²⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 243.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. p. 298.

novo Código. E assim foi feito não por que ela não é mais válida, muito pelo contrário, o motivo é que “tal princípio é imanente à personalidade jurídica, constituindo um *bis in idem* a sua explicação.”²⁸

Não poderíamos ter resumido melhor que Rubens Requião, motivo pelo qual tomamos suas palavras emprestadas:

A sociedade [personificada] transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade.²⁹

Estabelecida esta premissa fundamental, podemos agora passar à análise de outras conseqüências da personalidade jurídica, as quais serão importantes para a compreensão da desconsideração da personalidade jurídica, a ser analisada no Capítulo II.

1.5. Capacidade e representação da pessoa jurídica

Tendo o Direito dotado a pessoa jurídica do *status* de *sujeito de direitos*, é conseqüência lógica que também lhe seja dada *capacidade* para atuar no mundo jurídico.

E de outro modo não poderia ser, já que seria gritante incongruência outorgar a estes entes a “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”³⁰ e não lhes possibilitar o seu exercício. Como afirma categoricamente Assis Gonçalves, “ou a pessoa jurídica existe e há capacidade ou ela não existe (v.g., não chegou a ser criada) e, por isso, não tem como agir, não se cogitando, nessa última hipótese, de capacidade.”³¹

Contudo, diferentemente das pessoa naturais, cuja capacidade é plena, a pessoa jurídica tem sua capacidade “limitada à finalidade para a qual foi criada”³².

²⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. p. 233.

²⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. p. 385.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. p. 310.

³¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário : regime vigente e inovações do novo Código Civil*. p. 3.

³² VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. p. 227.

Isto é, não se permite que as pessoa jurídicas atuem para além de sua atividade própria, já que foi para a busca deste objetivo específico que ela foi constituída.

Esta limitação, conhecida como *princípio da especialidade*, contudo, não pode ser levada ao extremo, sob pena de engessar a atuação da pessoa jurídica. Assim, esta regra deve ser mitigada, como afirma Caio Mário com Rossel e Mentha, no sentido de permitir que o ente tenha “o gozo dos direitos civis que lhe são necessários à realização dos fins justificativos de sua existência.”³³

A teoria que é modernamente adotada para explicar a natureza da pessoa jurídica – a da *realidade técnica* –, ao mesmo tempo que lhe outorga uma vontade própria, também reconhece que não se trata de um ente orgânico dotado de individualidade psicofísica. Ou seja, sua vontade tem origem na conjugação das vontades daqueles que a formam.

Correlatamente, e pelo mesmo motivo da ausência de individualidade psicofísica, a pessoa jurídica também não pode expressar sua vontade por si só, ela “tem sempre de se servir de órgãos de comunicação para os contatos jurídicos”³⁴. Tem, portanto, de ser *representada*³⁵.

Deste modo, para a *formação e exteriorização* de sua vontade, a pessoa jurídica precisa contar, necessariamente, com órgãos de *deliberação e administração* (representação), respectivamente. As regras específicas quanto ao procedimento destes órgãos estarão sempre no ato constitutivo do ente, respeitada a legislação sobre o tema.

Os órgãos deliberativos são compostos por sócios da pessoa jurídica. São os responsáveis por formar a vontade deste ente. Já os órgãos administrativos são aqueles que *agirão* em nome do ente. É o primeiro que dispõe sobre as competências do segundo, podendo dar-lhe maior ou menor autonomia.

O termo ‘órgão’ faz pressupor algo complexo, composto de inúmeras pessoas. Entretanto, muitas vezes uma única pessoa concentra o papel de administrador. Dependendo da complexidade da sociedade, é possível inclusive que os próprios sócios sejam os administradores, havendo coincidência entre os órgãos.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. p. 311.

³⁴ PEREIRA, C. M. da S. *Ob. cit.*, p. 312.

³⁵ A representação das pessoas jurídicas não pode de modo algum ser equiparada à representação de incapazes. Ao contrário destes, aquelas são plenamente capazes, necessitando da intermediação humana não para suprir uma incapacidade, mas “para provê-las de vozes que por elas possam falar, agir e praticar atos da vida civil. Há, pois, na pessoa jurídica, mais propriamente uma *representação*, algo de originário na atividade dos chamados representantes, do que propriamente uma *‘representação’*.” (VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. p. 229).

É importante ressaltar que o Direito admite que pessoas jurídicas ocupem posições como a de *sócio* e *administrador*. Entretanto, tendo em vista a falta de individualidade psicofísica destes entes, a sua vontade terá *sempre* origem em pessoas naturais, que são suas sócias, administradoras, membros dos órgãos deliberativos etc.

Mesmo em sociedades cujos sócios são apenas pessoas jurídicas, esta regra se aplica, pois a vontade destas também deverá ser formada por pessoas naturais (representantes da pessoa jurídica).

O básico para se compreender é que a vontade da pessoa jurídica depende de pessoas naturais para ser formada e exteriorizada. Vontade esta que não se confunde com a das pessoas que a exprimem e a qual não pode exorbitar dos limites de atuação do ente estabelecidos no ato constitutivo.

1.5.1. Atos Ultra Vires e a teoria da aparência

Portanto, sendo a atuação da pessoa jurídica restrita ao âmbito do seu objeto social, há de se perguntar o que ocorre quando ela atua *para além* destes limites, com abuso de poder. São os atos ditos *ultra vires* – além das forças, em latim.

Há diferença, como aponta Assis Gonçalves, entre atos praticados com *abuso de poder* e com *excesso de poder*³⁶. Os primeiro são aqueles que exorbitam o âmbito de atuação da sociedade, como a transportadora que passa a comercializar imóveis. Já os atos com excesso de poder enquadram-se nas atividades da pessoa jurídica, mas o administrador não possuía poderes específicos para praticá-los.

Não há dúvidas que, em ambos os casos, o administrador é responsável por eventuais danos que sua atitude *ultra vires* vier a causar a terceiro de boa-fé. Discute-se, entretanto, se tais atos obrigam a sociedade ou se devem ser imputados diretamente ao administrador que agiu em nome dela

A melhor doutrina vem sustentando a aplicação da *teoria da aparência*, segundo a qual é a sociedade que responde pelos danos causados a terceiros de boa-fé. Assegura-se à sociedade o direito de regresso contra o administrador que

³⁶ GONÇALVES NETO, A. de A. *Ob. cit.* p. 22.

agiu para além do âmbito de atuação da empresa ou para além de suas próprias limitações estatutárias.

O raciocínio é o de que não é possível exigir de terceiros que saibam as minúcias do âmbito de atuação e da distribuição de poder da pessoa jurídica com que contratam.

Contudo, neste aspecto o Código Civil “obrou na contramão da evolução doutrinária”³⁷, determinando, nos arts. 47 e 1.015, parágrafo único, que só obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Assim, atos que excedam os poderes do administrador ou a capacidade da pessoa jurídica não são a ela atribuídos e por eles ela não responde. Tal posição claramente prejudica de maneira gritante os terceiros de boa-fé que contratam com a sociedade, de modo que doutrina e jurisprudência vêm combatendo sua aplicação e defendendo a adoção da teoria da aparência.

É importante ressaltar que a responsabilização dos administradores através da teoria da aparência não é caso de desconsideração da personalidade jurídica. Esta distinção será esclarecida no Capítulo II, item 2.3.1.4, no qual faremos esta diferenciação.

1.6. A limitação de responsabilidade

1.6.1. Breve histórico da limitação de responsabilidade

Não obstante já termos dedicado um item deste Capítulo para analisar a evolução histórica do conceito de pessoa jurídica, faremos agora breve exposição das raízes deste efeito específico da personalização, o qual reputamos de vital importância para o presente estudo: a limitação da responsabilidade dos sócios.

Apesar de esta limitação ser uma decorrência lógica da criação de uma pessoa nova, que se opera com a personalização de uma sociedade – o que será aprofundado nos subitens seguintes –, ela surgiu de maneira independente, como resposta às necessidades da sociedade. Tal limitação só veio a ser “acoplada” à

³⁷ GONÇALVES NETO, A. de A. *Ob. cit.* p. 26.

idéia de pessoa jurídica posteriormente, quando, aliás, foi superada a, até então pressuposta, solidariedade dos sócios pelas obrigações sociais.

Como expõe Assis Gonçalves, apesar de a idéia de limitação de responsabilidade dos sócios ter sido primeiro esboçada no século XV, com o Banco de São Jorge, apenas nos séculos XVII e XVIII é que a figura se consolidou, tendo como precursoras as companhias colonizadoras³⁸.

As explorações marítimas eram empreendimentos de alto risco, que exigiam um capital muito alto logo de início e só podiam gerar qualquer tipo de lucro meses e até anos mais tarde, com a volta das naus para as metrópoles. Portanto, angariava-se pessoas interessadas em investir, as quais ingressavam com certa quantia de capital para financiar a expedição e, em troca, teriam direito a participar dos eventuais lucros. Caso a expedição falhasse, estes investidores poderiam perder tudo aquilo que investiram, *mas nada mais*.

Foi assim que surgiu a limitação de responsabilidade dos sócios, inicialmente na forma de *sociedades por ações*. Posteriormente, com o objetivo de estender este benefício para empreendimentos de menor porte, foram criadas “**as sociedades por quotas de responsabilidade limitada**, por obra premeditada do legislador alemão, em lei de 1892, cujo modelo inspirou as demais legislações a respeito”³⁹.

Esta, portanto, é a origem da limitação, a qual será analisada nos subitens a seguir.

1.6.2. *Autonomia patrimonial*

Apesar de ter surgido de forma independente em relação às pessoas jurídicas, a limitação da responsabilidade dos sócios em relação às obrigações da sociedade é decorrência lógica da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a qual, por sua vez, resulta da separação clara entre a pessoa jurídica e os sócios que a integram⁴⁰.

³⁸ GONÇALVES NETO, A. de A. *Ob. cit.* p. 3-6.

³⁹ GONÇALVES NETO, A. de A. *Ob. cit.* p. 6.

⁴⁰ Mesmo sendo lógico que pessoas distintas tenham patrimônios e responsabilidades independentes, a legislação prevê casos de sociedades personificadas em que os sócios respondem ilimitadamente pelas dívidas da sociedade. É o caso, por exemplo, das sociedades em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044, do Código Civil). Assim, a responsabilidade ilimitada dos sócios deve ser expressa em lei, vez que “a regra, então, seria a de que os sócios, nas sociedades personificadas,

Teresa Cristina Pantoja ressalta esta relação entre pessoa jurídica e autonomia patrimonial, nos seguintes termos:

Se visitarmos brevemente o Direito Comparado contemporâneo, poderemos perceber que, nos mais variegados modelos jurídicos, a noção de *pessoa jurídica* resulta primordialmente de uma *afetação patrimonial*, ou seja, da segregação de determinadas quantias dos patrimônios individuais de certas pessoas, com vistas a atribuir *ao novo monte patrimonial assim constituído* uma *personalização* e, por conseguinte, *dar-lhe capacidade e perenidade*.⁴¹

“Autonomia patrimonial da sociedade significa patrimônio distinto e inconfundível com o de seus sócios.”⁴² E isto está intimamente ligado com a separação a que nos referimos no item 1.4, sendo consequência lógica, como afirma Edson Isfer: “Esta premissa parte, no direito pátrio, da independência existente entre os sócios e a sociedade.”⁴³

Uma vez registrado o ato constitutivo da sociedade e adquirida a personalidade jurídica, o ente formado passa a ser uma *pessoa* independente, dotada de vontade, capacidade e, obviamente, patrimônio próprio, com o qual irá buscar seus objetivos.

Possuir patrimônio próprio é, inclusive, uma das principais características da sociedade *personificada*. Basta ver que, *a contrario sensu*, as sociedades sem personalidade não podem possuir patrimônio próprio. É o que dispõem o art. 988, do Código Civil, que trata das sociedades em comum (sem personalidade), afirmando que “*os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum.*”

Da mesma forma que o patrimônio de João da Silva é diverso do de Maria Aparecida, o patrimônio da pessoa jurídica é distinto do patrimônio dos seus sócios, não havendo entre eles qualquer ligação. Pessoas diferentes têm patrimônios

não respondessem pelas dívidas destas. E a exceção seria a de sua responsabilidade.” (ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 78.).

⁴¹ PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 87.

⁴² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário : regime vigente e inovações do novo Código Civil*. p. 28.

⁴³ ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada*. p. 81.

diferentes. A frase categórica de Fábio Ulhoa Coelho resume bem esta sistemática: “Trata-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis os dos sócios e o da sociedade.”⁴⁴

São os sócios que ingressam com o patrimônio inicial da sociedade, ganhando em troca uma participação no capital social dela. Isto, contudo, não os faz co-proprietários ou condôminos daqueles bens. Proprietária daqueles bens será exclusivamente a pessoa jurídica.

O sócio será proprietário tão somente das *quotas* ou *ações* da sociedade que recebeu em contrapartida ao aporte de capital. É proprietário de “um pedaço” da sociedade, e não dos bens dela. “Esse quinhão substitui, portanto, os bens de que se desfez e passa a integrar o patrimônio do sócio. Nele, portanto, é que os credores do sócio podem buscar a garantia de pagamento de seus créditos.”⁴⁵ É o que veremos a seguir.

1.6.3. A responsabilidade civil da pessoa jurídica

Como afirma Washington de Barros Monteiro, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica tem duas características – ou conseqüências – principais, expressadas em dois brocardos latinos: *quod debet universitas non debent singuli* e *quod debent singuli non debet universitas*⁴⁶.

Ou seja, as dívidas da sociedade não obrigam os sócios e, correlatamente, as dívidas dos sócios não obrigam a sociedade. É o resultado lógico da total separação patrimonial entre sócios e sociedade: a incomunicabilidade das respectivas obrigações.

Sendo a pessoa jurídica dotada de vontade e patrimônio próprios, distintos daqueles dos sócios, “como qualquer pessoa natural, e aqui a invocação tem inteira procedência, o ente moral se obriga e, vinculado à emissão de vontade, responde pelos compromissos assumidos.”⁴⁷

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas, portanto, em nada se distingue da das pessoas naturais. Assumida uma obrigação, seja ela contratual ou

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15.

⁴⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário : regime vigente e inovações do novo Código Civil*. p. 28.

⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. p. 133.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. p. 321.

extracontratual, a pessoa responde com a totalidade de *seu* patrimônio pelo pagamento da dívida. Como afirma Rubens Requião:

Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural.⁴⁸

Exaurido o patrimônio do devedor sem que o débito reste inteiramente quitado, não há legitimidade para a execução do patrimônio de terceiro, a menos que exista disposição legal ou cláusula contratual dispendo de maneira diversa.

O que precisa ficar claro é que o sócio é *terceiro* em relação à sociedade, e só responderá pelas dívidas daquela em situações excepcionais determinadas em lei ou em contrato.

1.6.4. A limitação da responsabilidade dos sócios

São todos conceitos interdependentes e logicamente interligados. Da *separação* entre sócios e pessoa jurídica decorre a *autonomia patrimonial* desta, da qual decorre a sua *responsabilidade* pelas obrigações que contrai. E, de tudo isto, decorre a *limitação da responsabilidade dos sócios*.

Diz-se que o sócio tem responsabilidade limitada porque o máximo que ele pode perder no caso de fracasso total da sociedade é aquilo que ele investiu nela. Como não responde pelas dívidas da pessoa jurídica, como vimos acima, seu patrimônio restará incólume independentemente do futuro da sociedade.

Cada sócio responderá apenas pelo montante que aplicou na sociedade, e nada mais. Se X ingressou com \$40 e Y com \$60 para a formação de uma sociedade, o máximo que cada um irá perder são aqueles \$40 e \$60 investidos, respectivamente. O seu patrimônio próprio, não investido, estará a salvo.

A limitação de responsabilidade dos sócios é a regra nas sociedades mercantis atuais, máxime quando se constata que as duas formas mais utilizadas são, de longe, as *sociedades limitadas* e as *sociedades anônimas*, nas quais a

⁴⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1. p. 385.

limitação está expressa na lei (art. 1.052, do Código Civil, e art. 1º, da Lei 6.404, respectivamente).

Existem tipos de sociedade em que os sócios respondem solidariamente (mas sempre subsidiariamente, segundo o art. 1.024, do Código Civil) pelas obrigações da pessoa jurídica (v.g. a sociedade simples, de acordo com o art. 1.023, do Código Civil). Estes casos não serão estudados neste trabalho, pois além de atualmente ser rara a sua utilização, não são de grande interesse para o estudo da desconsideração.

Mesmo quando a regra é a limitação de responsabilidade, existem algumas situações previstas em lei nas quais os sócios terão sua responsabilidade “alargada” para além do valor de sua quota. É o caso, por exemplo, da responsabilização solidária dos sócios pela integralização do capital social, prevista na segunda parte do art. 1.052 do Código Civil.

Entretanto, previsões como esta também não são objeto de interesse para este trabalho.

O que irá, sim, interessar a este estudo são os casos em que a limitação de responsabilidade é superada mediante a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, em decorrência do abuso da pessoa jurídica. Este será o tema do Capítulo II.

Antes de partir para esta análise, entretanto, trataremos no próximo item da importância da pessoa jurídica, assunto que será fundamental para as conclusões a que se pretende chegar com este trabalho.

1.7. A importância da pessoa jurídica

1.7.1. A pessoa jurídica como instrumento para a associação do homem

A criação e o desenvolvimento da pessoa jurídica foram uma resposta do Direito aos anseios de uma sociedade cada vez mais complexa e organizada. O homem sozinho não mais podia corresponder às necessidades desta sociedade crescentemente exigente.

Paulo Nader faz acurada análise do panorama da sociedade que ambicionava pela pessoa jurídica, nos seguintes termos:

Na medida em que a sociedade foi se organizando, a prática revelou a necessidade de uma categoria que favorecesse especialmente o crescimento dos setores produtivos, culturais, sociais e religiosos, que não poderia ser alcançado pelo esforço isolado de pessoas ou da solidariedade interna de pequenos núcleos familiares. (...) Seria impraticável qualquer projeto arrojado sem que se criassem princípios e normas que distinguissem o todo dos indivíduos. Indispensável que se atribuísse *personalidade jurídica* ao ser meramente convencional.⁴⁹

Portanto, a pessoa jurídica surgiu com o objetivo inicial de facilitar a união de forças para alcançar os objetivos cada vez mais complexos da sociedade. Surgiu para ser um *instrumento* posto à disposição do homem.

Neste sentido, a teoria que explica a natureza da pessoa jurídica como uma *realidade técnica*, já vista no item 1.2.1, tem aplicação perfeita. A personalidade é uma vantagem que o direito outorga a determinados entes, tornando-os *juridicamente reais*, apenas na medida em que estes entes atendam os interesses humanos. Ou seja, apenas por ser a pessoa jurídica um instrumento posto à disposição do homem, pelo qual ele “sobrepõe suas limitações e transcende a brevidade de sua vida”⁵⁰, é que lhe é dada a vantagem extrema de ter uma personalidade equiparada à humana.

Ao contrário do que pode parecer em uma primeira análise, reconhece-se à pessoa jurídica o *status* de sujeito de direitos não em atentado ao princípio de que o Direito deve ter sempre o homem como causa final (*hominum causa omne jus constitutum est*), mas sim em homenagem a este princípio. Como afirma Caio Mário, “o princípio é e continua verdadeiro, pois que o reconhecimento da personalidade jurídica aos entes morais só encontra justificativa nos interesses humanos que se lhes ligam – *hominum causa*.”⁵¹

Segundo Assis Gonçalves, a personalidade jurídica é “um instrumento ou mecanismo que o ordenamento jurídico contempla para que seja utilizado na busca de determinados fins que esse mesmo ordenamento chancela.”⁵²

⁴⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. p. 223.

⁵⁰ VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. p. 217.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. p. 309.

⁵² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário : regime vigente e inovações do novo Código Civil*. p. 20.

Nesta ordem de idéias, é fundamental fazer referência à esclarecida visão de Norberto Bobbio sobre as *sanções positivas*⁵³.

Para este autor italiano, existem duas maneiras pelas quais o Estado busca moldar o comportamento dos cidadãos e dar à sociedade o rumo que entende ser o melhor, a *repressão* e a *promoção* (desencorajamento e encorajamento; castigo e prêmio).

A primeira é atingida através das *sanções negativas*, mediante as quais o Estado coíbe as condutas reputadas indesejáveis, impondo penalidades àqueles que as praticam.

Já a promoção é feita por meio das *sanções positivas*, cujo objetivo é estimular uma determinada conduta tida como benéfica para a coletividade, oferecendo-se benefícios àqueles que agem deste modo.

Na síntese do mestre de Turim: “Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa.”⁵⁴

É assim que autores como Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁵⁵ e Marçal Justen Filho⁵⁶ enxergam, de maneira esclarecida, a personificação societária, como uma sanção positiva.

A formação de sociedades empresárias é uma conduta desejável, que facilita as relações inter-humanas e é fundamental para o desenvolvimento da nação (como veremos no subitem a seguir). Deste modo, o Estado estimula esta conduta, oferecendo àqueles que adotam tal figura um *benefício*, que é precisamente o regime jurídico da personalidade jurídica, consubstanciado na separação entre sócios e sociedade e na limitação de responsabilidade.

Assim, a pessoa jurídica é um *instrumento* oferecido pelo Estado aos cidadãos, não apenas com o objetivo de facilitar a atuação econômica em grupos, mas, como veremos a seguir, também porque esta atuação é extremamente desejável para o progresso da nação.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

⁵⁴ BOBBIO, N. *Ob. cit.* p. 24.

⁵⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário : regime vigente e inovações do novo Código Civil*. p. 20.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 46-51.

1.7.2. A pessoa jurídica como motor da economia

Não há dúvidas que uma das principais funções da pessoa jurídica é ser este instrumento que permite aos homens a conjugação de seus esforços de maneira ordenada e eficaz, de modo a atingir mais facilmente seus objetivos comuns.

Contudo, há uma outra função da pessoa jurídica, *mais importante* que a primeira, já que de *maior alcance*, mas com ela correlata.

Estamos falando da função de *fomentadora da atividade econômica*, de motor do desenvolvimento social, cultural e econômico do país, que está fundada principalmente na limitação da responsabilidade dos sócios, mas que não seria possível sem a completa normatização da pessoa jurídica.

Retomamos aqui a idéia exposta nas primeiras linhas deste trabalho, quando apresentamos como ponto de partida do presente estudo a enorme importância que a limitação da responsabilidade dos sócios, decorrente da personalização das sociedades, tem para o fomento do empreendedorismo.

A idéia é simples.

A criação de novos empreendimentos e o constante aperfeiçoamento das empresas já existentes é o que faz um país crescer e se desenvolver no mundo capitalista em que inegavelmente vivemos. Empresas novas geram riqueza, tecnologia, trabalho. Elas fazem a economia “girar” e disponibilizam ampla gama de produtos e serviços à sociedade, contribuindo para a elevação da qualidade de vida da população em geral. A multiplicação de empresas gera competitividade e faz melhorar a qualidade e abaixar os preços dos produtos. Elas são, portanto, *fundamentais*.

Entretanto, iniciar e manter uma empresa nunca foi tarefa fácil e livre de riscos. Pelo contrário, o futuro de novos empreendimentos é sempre incerto. Os desafios são inúmeros.

A psicologia das massas é algo extremamente difícil de se prever, de modo que a aceitação de determinado novo produto ou serviço não pode nunca ser dada como certa, e mesmo aqueles de alta qualidade e preço competitivo podem não reverter no lucro esperado, selando o fracasso da nova atividade. Este aspecto é apenas agravado pela alta competitividade de alguns setores, em que o empresário

precisa não apenas disponibilizar um produto bom e barato; seu produto precisa ser *melhor e custar menos* que os dos demais participantes do mercado.

Os ciclos de prosperidade e declínio da economia nacional e mundial são tão imprevisíveis quanto importante é a sua influência para o destino de empresas – novas e antigas. Uma sociedade que tenha o azar de iniciar sua atividade de comércio de bens supérfluos no momento em que a economia começa a esfriar e o consumo entra em declínio dificilmente irá sobreviver. Da mesma maneira, a empresa de exportação que abre suas portas quando a moeda brasileira começa a se desvalorizar terá grandes dificuldades para se reverter o investimento dos sócios em lucro.

A atuação governamental também pode se mostrar um fator de risco para novas atividades empresárias. Determinados setores regulados pelo Estado são marcados pela instabilidade de regras, as quais podem ser confusas, contraditórias ou estar mudando freqüentemente. Outros setores podem ter uma regulação coerente e clara, mas pode ocorrer de determinada nova norma ser extremamente contrária aos interesses de uma empresa específica, mesmo se favorável ao setor como um todo.

Ainda no que se refere à atuação do Estado como entrave ao empreendedorismo, Fábio Tokars⁵⁷ enumera alguns motivos pelos quais isto ocorre, como, entre outros, o excesso de burocracia na constituição de empresas, excessos na responsabilidade tributária do administrador, insegurança nas revisões judiciais dos contratos empresariais e, inclusive, o desvirtuamento da desconsideração da personalidade jurídica, tema deste trabalho e que será abordado nos próximos capítulos.

Em suma, os fatores atuando contra o sucesso dos empreendimentos são de tal maneira fortes e numerosos que qualquer sociedade empresária constitui um risco para os sócios investidores.

Portanto, é certo que a atividade empresária é fundamental para o crescimento e desenvolvimento de qualquer comunidade humana, devendo ser almejada e incentivada. Contudo, também é certo que esta atividade representa um risco enorme para aqueles que nela investem seu dinheiro.

⁵⁷ TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. *Revista de Direito Público da Economia*, a. 1, n. 1, jan./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, p. 29-66.

E é neste ponto que entra a importância da pessoa jurídica e da limitação da responsabilidade do sócio para o desenvolvimento econômico, social e cultural do país.

A limitação da responsabilidade dos sócios faz com que estes saibam que se a sociedade empresária em que investiram fracassar, o máximo que poderão perder é aquilo que investiram. A separação patrimonial lhes dá a certeza de que o seu patrimônio próprio não estará sendo arriscado naquele empreendimento.

Toda pessoa ficará sempre receosa ao investir em uma empresa, dado o sempre presente risco de fracasso. Este receio seria paralisante e quase insuperável caso o eventual fracasso do empreendimento pudesse resultar na execução dos bens pessoais do sócio.

É apenas sabendo que seu patrimônio próprio restará resguardado que a enorme maioria das pessoas investe em um novo negócio. Como afirma Edson Isfer:

A instabilidade econômica, que não circunda apenas nossa nação, mas que é vista em todo o mundo, faz com que, cada vez mais, se busque limitar os riscos e os perigos encontrados nas operações empresariais.⁵⁸

Este instrumento – a pessoa jurídica – permite ao sócio quantificar exatamente o quanto de seu patrimônio pessoal pode direcionar para determinada sociedade empresária, comparando de maneira eficaz e realista a relação risco/retorno.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos na exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresárias.⁵⁹

⁵⁸ ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada*. p. 16.

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2: direito de empresa. p. 16.

É importante ressaltar que a limitação de responsabilidade não tem o poder de fazer o risco do empreendimento *sumir*. Ela simplesmente realoca este risco, tornando seu titular a *sociedade* em geral.

Tendo em vista que os sócio não respondem pelas dívidas da pessoa jurídica, se o passivo da sociedade for maior que seu ativo, os créditos não pagos serão suportados pelos credores da sociedade, os quais distribuirão o prejuízo em seus produtos, através do aumento de preços. Este aumento será repassado por toda a cadeia produtiva, até refletir no preço dos produtos para o consumidor final, isto é, para a sociedade em geral, a qual suportará os créditos não pagos.

É o que afirma Teresa Pantoja: “os riscos do empreendimento, na verdade, em lugar de serem *ilimitadamente* suportados pelos sócios da sociedade empresária, são *socializados* por todo o universo em que esta atua.”⁶⁰

É a idéia, esclarecida por Marçal Justen Filho, de que a pessoa jurídica constitui um *abuso*, fazendo com que terceiros arquem com dívidas que não são suas. Porém, é um abuso não apenas admitido, mas *incentivado* pelo Direito⁶¹. Como afirma o autor, “trata-se de abuso com que a sociedade humana tem de conviver – é o preço que se paga pela promoção do desenvolvimento, poderia dizer-se.”⁶²

Na síntese de Calixto Salomão Filho, “a responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador.”⁶³

Utilizamos a Bolsa de Valores para ilustrar tudo o que foi dito neste item e finalizar o Capítulo I deste trabalho. O mercado de capitais é certamente um dos meios mais ágeis e eficientes para a angariação de fundos para financiar empresas, sendo propulsor da economia do país.

Como demonstrado no Editorial da Revista Veja de 09/07/08, “nos últimos quatro anos, 161 companhias lançaram ações na Bolsa, captando mais de 130 bilhões de reais.”⁶⁴ Números desta magnitude não seriam nem ao menos cogitáveis se cada pessoa que comprou um lote de ações destas empresas corresse o risco de ter seu patrimônio próprio atingido caso a companhia viesse a falir.

⁶⁰ PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 99.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. p. 120.

⁶² JUSTEN FILHO, M. *Ob. cit.* p. 121.

⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 243.

⁶⁴ A Bolsa é a vida. *Revista Veja*, São Paulo, 9 de julho de 2008, p. 7.

A separação entre sócios e sociedade e a limitação da responsabilidade dos sócios, decorrentes da personificação das sociedades, é, portanto, instrumento que viabiliza a atividade empresária e, conseqüentemente, possibilita o desenvolvimento econômico, social e cultural do país.

CAPÍTULO II – A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1. Introdução – A crise de função da pessoa jurídica

Vimos no Capítulo anterior os importantes benefícios resultantes da atribuição de personalidade jurídica a uma sociedade empresária, em especial a separação entre sócios e sociedade, a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidade. Vimos, também, a enorme importância que estes benefícios têm para viabilizar a conjugação de esforços e para permitir o desenvolvimento econômico, social e cultural de uma nação.

Contudo, como já brevemente referido na introdução deste trabalho, os benefícios trazidos pela personalização da sociedade são de tal maneira poderosos, que podem também facilitar o cometimento de atos anti-jurídicos, permitindo que os sócios e administradores “escondam-se” atrás da barreira da personalidade jurídica.

Rubens Requião, na conferência que, em 1969, inaugurou no Brasil o estudo da desconsideração da personalidade jurídica, inicia com a seguinte indagação, que bem exemplifica o problema:

Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios (...), seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens.⁶⁵

Fábio Konder Comparato afirma que a *causa* de constituição de sociedades deve ser compreendida de duas formas, uma genérica e outra específica. De modo específico, a causa diz respeito à “consecução do objeto social, expresso no contrato ou nos estatutos.”⁶⁶ Já de forma genérica, ela se refere à “separação

⁶⁵ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, a. 58, v. 410, dez./1969, p.12.

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1983, p. 281.

patrimonial, à constituição de um patrimônio autônomo cujos ativos e passivos não se confundem com os direitos e as obrigações dos sócios.”⁶⁷

De toda forma, a manutenção da pessoa jurídica “só se justifica pela permanência desse escopo, de sua utilidade e da possibilidade de sua realização.”⁶⁸ Esta causa, portanto, é a sua *função*, condição para sua validade, como esclarece o citado autor:

No mundo jurídico, enquanto o homem pode ser considerado apenas estaticamente – pois ele vale para o Direito pelo que é, em si e por si (o seu ser já é valer) – as chamadas pessoas jurídicas só podem ser consideradas dinamicamente, ou seja, pela função que exercem.⁶⁹

Lamartine Corrêa, no seu *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, de 1979, aborda dois aspectos da pessoa jurídica que conclui estarem em crise: o seu reconhecimento e a sua função.

É a segunda crise observada pelo Professor Lamartine que nos interessa. Sendo a personalidade jurídica um *instituto jurídico*, ela tem por função “dar satisfação a determinadas necessidades compatíveis com o ordenamento jurídico sob forma também compatível com o ordenamento jurídico.”⁷⁰ Assim, a crise estaria caracterizada no fato de a pessoa jurídica estar sendo utilizada para uma função contrária àquela sancionada pelo Estado, em virtude da qual a personalidade jurídica foi outorgada em primeiro lugar.

Em suma, trata-se de um paradoxo insustentável: a personalidade jurídica, instrumento de vital importância para o desenvolvimento de um país e cuja outorga é feita pelo Estado com o objetivo de melhor atender os interesses do homem, é utilizada também em atentado à sociedade, tendo sua finalidade desvirtuada e servindo para prejudicar interesses de terceiros. Esta situação não pode subsistir.

Para superar esta incongruência, foi primeiro necessário ultrapassar uma barreira, qual seja, o entendimento de que a separação entre sócio e sociedade, decorrente da personalização de uma sociedade, era *absoluta*.

⁶⁷ COMPARATO, F. K. *O poder de controle na sociedade anônima*. p. 281.

⁶⁸ COMPARATO, F. K. *Ob. cit.* p. 281.

⁶⁹ COMPARATO, F. K. *Ob. cit.* p. 283.

⁷⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 259.

Como afirma Rubens Requião, a personalidade jurídica era vista “como um véu impenetrável, [...] via de regra, como uma categoria de direito absoluto.”⁷¹

Entretanto, o absolutismo da separação entre sócios e sociedade, com o passar do tempo, torna-se empecilho para a realização de outros valores, não podendo mais ser validamente sustentado. Nas palavras de Marçal Justen Filho,

Se existe a definição expressa da distinção entre a pessoa jurídica e a pessoa de seus sócios, também existe uma pluralidade de outras normas e princípios que não podem ser ignorados. (...) Portanto, não é cabível uma interpretação da regra da personificação societária que conduza à invalidação das garantias expressamente atribuídas por outras normas. (...) [A]s faculdades asseguradas pelo direito não podem ser frustradas através da utilização reprovável de outras faculdades instituídas pelo mesmo direito.⁷²

Assim, como sumariza o autor mineiro Alexandre Couto Silva, “a personalidade jurídica passa a ser considerada, doutrinariamente, um direito relativo, que permite ao juiz superá-la para atingir a personalidade de seus sócios e coibir os abusos ou condenar a fraude por meio de seu uso.”⁷³

Portanto, desenvolveu-se a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, criada exatamente com o objetivo de coibir o uso inapropriado dos benefícios decorrentes da personalidade jurídica, através do atingimento do patrimônio pessoal dos sócios que ilegalmente se beneficiaram do “véu” da pessoa jurídica. A desconsideração busca, portanto, proteger os *credores*.

Se, por um lado, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é importante para o desenvolvimento econômico-social, limitando a responsabilidade e fomentando o empreendedorismo (como visto no Capítulo I), por outro, a proteção ao crédito também é fundamental para a economia.

Nos referimos a *crédito* em sentido amplo, englobando tanto os empréstimos bancários, imprescindíveis para o financiamento da atividade empresária, como aquele decorrente de operações rotineiras, como compra e venda de mercadorias e

⁷¹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. p.15.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. p. 118.

⁷³ SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999, p. 35.

matérias-primas. Não é possível cogitar-se uma economia madura sem que haja um nível elevado de satisfação dos credores.

Diferentemente da compreensão da importância da *limitação de responsabilidade* (proteção ao empreendedorismo), a compreensão da *proteção ao crédito* é muito mais inata, não havendo necessidade de aprofundadas explicações para sustentar que uma dívida assumida deve ser paga⁷⁴, motivo pelo qual não nos alongaremos nela.

O fundamental é saber que estas duas proteções têm papel imprescindível para a economia, constituindo os dois “vetores jurídico-econômicos” referidos por Fábio Tokars⁷⁵, que apontam para sentidos opostos, mas que devem ser equilibrados de forma eficaz.

Assim, a desconsideração vem para compor o arsenal de armas a favor do vetor *tutela do crédito*, impedindo que a limitação de responsabilidade (arma do vetor *fomento ao empreendedorismo*) seja usada de maneira abusiva e desequilibre a equação.

A análise deste instrumento será o tema deste Capítulo II.

2.2. História

Começaremos com uma breve visão de como a Teoria surgiu e se desenvolveu no exterior, posteriormente analisando como ela foi trazida para o Brasil e incorporada no arsenal dos Tribunais pátrios como arma de combate aos ilícitos cometidos através do abuso da personalidade jurídica.

2.2.1. O surgimento da Teoria

Apesar de, como demonstra o Professor Lamartine⁷⁶, a Teoria da Desconsideração ter sido desenvolvida principalmente pelos tribunais e doutrina norte-americanos e alemães, o caso considerado como paradigma do instrumento

⁷⁴ Um dos brocardos latinos de maior repercussão e que, aceitas algumas relativizações, perdura até hoje, é o que dispõe que os pactos devem ser respeitados: *pacta sunt servanda*. A norma do art. 391, do Código Civil, corporifica este brocardo: *Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.*

⁷⁵ TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. p. 30-32.

⁷⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. p. 259-558.

foi julgado em Londres, em 1897, sendo conhecido como *Salomon vs. Salomon & Co. Ltd.*⁷⁷⁻⁷⁸

Aron Salomon era um comerciante de couro londrino especializado em produzir botas, que por muitos anos trabalhou como empresário individual. Em 1892 seus filhos estavam interessados em participar do negócio e ele decidiu criar uma “Limited Company”, a *Salomon & Co. Ltd.* Como à época o número mínimo de acionistas era de sete, formou a sociedade com sua mulher e seus cinco filhos, distribuindo uma ação a cada um deles e tendo em seu nome 20.001 ações. O Sr. Salomon vendeu então o seu negócio individual à nova companhia por £39.000,00, a qual passou a ser devedora dele da quantia – garantida e, portanto, preferencial – de £10.000,00.

O negócio acabou não prosperando e a companhia entrou em liquidação. O liquidador, verificando que o crédito garantido de Aron Salomon absorveria todo o patrimônio da sociedade sem restar nada aos credores quirografários, ingressou em juízo alegando que a garantia era inválida, por ser fraudulenta.

O juiz Vaughan Williams J. decidiu em favor dos credores sem garantia, entendendo que a companhia era mero agente do Sr. Salomon, que deveria responder pelos débitos.

A Corte de Apelação manteve a decisão do juiz, entendendo que Aron teria utilizado de modo fraudulento a pessoa jurídica para limitar sua responsabilidade num negócio que, na prática, continuava sendo seu como empresário individual.

A Casa dos Lordes, entretanto, reformou a decisão, julgando em favor do Sr. Salomon e entendendo que a separação entre sócios e sociedade era *absoluta*.

O caso Salomon, que tinha o potencial de se tornar a primeira decisão vinculante sobre a *Disregard Doctrine*, com a reforma dos Lordes acabou se tornando um empecilho para o desenvolvimento da teoria na Inglaterra. Lamartine Corrêa, citando Wolfgang Friedmann, diz que “o precedente criado pelo caso

⁷⁷ Informações detalhadas sobre o caso *Salomon vs. Salomon & Co. Ltd.* disponíveis na Internet via <http://en.wikipedia.org/wiki/Salomon_v._Salomon_%26_Co.>. Última atualização em 23 de setembro de 2008.

⁷⁸ Parte da doutrina sustenta que o *leading case* da Teoria da Desconsideração teria ocorrido nos Estados Unidos, em 1809, no caso *Bank of the United States v. Devenaux*. Neste sentido: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica* (disregard doctrine) e os grupos de empresas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 64; e NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 89.

Salomon (...) levantou *cortina de ferro* entre a sociedade e seus membros, [a qual] continua a planar sobre decisões dos tribunais ingleses⁷⁹.

Assim, o desenvolvimento da Teoria acabou ficando a cargo dos tribunais dos Estados Unidos, onde foi batizada de *disregard of legal entity* ou *lifting the corporate veil*, em alusão ao “véu” que separa sócio e sociedade. A nomenclatura estrangeira, traduzida por Rubens Requião, deu origem à nossa Desconsideração da Personalidade Jurídica⁸⁰. Segundo este autor, o desfecho do caso *Salomon*, acabou tornando “a ‘*disregard doctrine*’ mais uma construção jurisprudencial norte-americana do que britânica.”⁸¹

Foi, de fato, nos Estados Unidos que surgiram os primeiros precedentes sobre o tema, em disputas famosas como *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*⁸², em que a empresa de John D. Rockefeller foi considerada culpada por monopolizar o mercado de petróleo, já que era acionista controladora de quase a totalidade das empresas de refino de petróleo dos Estados Unidos. A Suprema Corte entendeu que a *Standard Oil Co.* se utilizava da personalidade jurídica distinta das diversas companhias para mascarar o fato de que possuía monopólio sobre o setor (o que é vedado pelo *Sherman Antitrust Act*), de modo que ordenou o desmembramento da empresa em 34 companhias independentes.

Por mais interessante e instigante que seja a matéria, não iremos nos estender na análise dos precedentes norte-americanos. Remetemos, neste ponto, ao magistral livro do Professor Lamartine, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, que traz profunda análise de casos de aplicação da *disregard doctrine*, não só nos Estados Unidos, mas também em muitos outros países.

Os tribunais da Alemanha também tiveram papel crucial no desenvolvimento da chamada *Durchgriff* (a desconsideração alemã). Entretanto, foi a *doutrina* deste país que teve destaque para o avanço da Teoria, vez que trouxe à matéria a formulação teórica ausente na sistemática norte-americana e tão necessária nos sistemas romano-germânicos⁸³.

⁷⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. p. 458.

⁸⁰ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. p.13.

⁸¹ REQUIÃO, R. *Ob. cit.* p.18.

⁸² Caso julgado pela Suprema Corte norte-americana, em 1911, identificado pela sigla “221 U.S. 1”.

⁸³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. p. 295.

Neste sentido, é amplamente reconhecida a fundamental contribuição de Rolf Serick, considerado “o fundador da moderna teoria do *Durchgriff*”⁸⁴. Foi ele que, em 1952, primeiro sistematizou a matéria, na obra intitulada (na tradução italiana) *Forma e realtà della persona giuridica*.

Também não há lugar neste trabalho para uma análise detida da doutrina alemã sobre o assunto, pelo que remetemos uma vez mais ao livro do Professor Lamartine.

2.2.2. A Teoria no Brasil

A doutrina da Desconsideração da Personalidade Jurídica ingressou no Brasil com o Professor Rubens Requião, em 1969, quando proferiu conferência pioneira na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, intitulada *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, introduzindo pela primeira vez o tema em terras nacionais.

No país, imperava a visão da personalidade jurídica “como uma categoria de direito absoluto”⁸⁵, não se concebendo hipótese em que a separação patrimonial entre sócios e sociedade poderia ser excepcionada.

Este posicionamento, como já fizemos referência e como apontou Requião em sua exposição, permitia o uso abusivo da personalidade jurídica. Foi para coibir este tipo de conduta (e reequilibrar a balança) que o Professor Rubens Requião buscou introduzir a Teoria no Brasil, seguindo o exemplo bem-sucedido de outros países.

Dado os cada vez mais freqüentes abusos da personalidade jurídica observados no país e, portanto, a crescente necessidade de uma “arma” que combatesse estes problemas, a Teoria teve boa e rápida aceitação na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Dez anos após a conferência de Rubens Requião, o Professor Lamartine publicou o livro *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, que ficou conhecido como sua obra-prima no campo do Direito Societário. Esta obra consolidou o ingresso da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Brasil.

⁸⁴ OLIVEIRA, J. L. C. de. *Ob cit.* p. 296.

⁸⁵ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. p.15.

Outros estudos de autores de renome também foram fundamentais para o desenvolvimento pátrio da Teoria, nas décadas de 70 a 90. Entre eles *O poder de controle na sociedade anônima* (1976), de Fábio Konder Comparato⁸⁶, *Desconsideração da pessoa jurídica* (1979), de João Casillo⁸⁷, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro* (1987), de Marçal Justen Filho⁸⁸.

Não obstante isto, a Teoria só foi abarcada pelo nosso ordenamento jurídico muito mais tarde, em 1990, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, o qual trouxe dispositivo específico sobre o assunto (art. 28). Em seguida, as Leis 8.884/94 e 9.605/98, que tratam sobre infrações contra a ordem econômica e sobre condutas lesivas ao meio ambiente, respectivamente, também trouxeram dispositivos em que se aplica a Teoria.

Finalmente, em 2002, o novo Código Civil, em seu art. 50, dispôs sobre a desconsideração. Portanto, aquilo que antes era mera *teoria*, está agora positivado, constituindo instrumento *legislado* à disposição dos magistrados.

2.2.3. As duas vertentes da desconsideração

As distintas interpretações dadas à desconsideração pelo Judiciário (que resultam em modos díspares de aplicação) e as diferenças fundamentais de estrutura existentes entre os dispositivos legais que tratam do tema (que serão analisadas oportunamente), fizeram com que, no Brasil, a desconsideração tenha se separado em duas vertentes distintas.

De um lado, está a teoria que segue mais de perto a *Disregard Doctrine* como idealizada em suas origens. Vê na desconsideração um instrumento de responsabilização dos sócios pelo uso abusivo da pessoa jurídica. Sua utilização é excepcional, na medida em que é aplicável apenas em situações bem definidas, quando presentes os pressupostos autorizadores. É a Teoria Maior.

De outro lado, desenvolveu-se em terras pátrias uma espécie de desconsideração que, apesar de ter os mesmos resultados finais que a original (superar a personalidade jurídica para atingir o patrimônio dos sócios e

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1983.

⁸⁷ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, a. 68, v. 528, out./1979, p. 24-40.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

administradores), possui pressupostos muito menos excepcionais e rígidos. Seu uso, como veremos, quase prescinde de requisitos, constituindo ameaça à segurança jurídica e ao desenvolvimento sócio-econômico da nação. É a Teoria Menor.

A seguir, serão analisadas separadamente estas duas teorias da desconsideração (Maior e Menor). Veremos o conceito, a forma de funcionamento, os requisitos e o âmbito de aplicação de cada uma. As considerações a seguir expostas repercutirão de forma determinante no Capítulo final deste trabalho, quando analisaremos criticamente alguns julgados que aplicam ambas as vertentes da desconsideração.

2.3. A Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica

2.3.1. Conceito

Como já afirmamos, a Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica é a vertente que mais se assemelha à desconsideração como originalmente concebida e desenvolvida pelos tribunais e pela doutrina da Europa e dos Estados Unidos.

É, portanto, o instrumento, de uso exclusivo pelo Poder Judiciário, aplicável apenas na presença de pressupostos rígidos, que tem por objetivo coibir a utilização abusiva da separação entre sócio e sociedade, por meio da desconsideração casuística da personalidade jurídica e da imputação de certos atos formalmente praticados pela pessoa jurídica aos sócios, os quais deverão responder pelas conseqüências do ato com o seu patrimônio pessoal.

Este é o cerne da Teoria Maior. O seu “núcleo”, que reúne os pontos amplamente aceitos pela doutrina, sobre os quais não há divergências significativas.

Contudo, o tema da desconsideração encontra-se muito assistematizado na doutrina e jurisprudência brasileiras, de modo que existem diversos aspectos desta doutrina que são dominados pela incongruência de opiniões e pela conseqüente disparidade de decisões.

Entre estes pontos de desencontro, destacamos os seguintes:

- a) a subsidiariedade da responsabilidade dos sócios;*
- b) a responsabilização apenas dos sócios que praticaram a ilicitude;*

- c) a responsabilização dos administradores;
- d) a confusão entre a desconsideração da personalidade jurídica e a aplicação de dispositivos legais que determinam a responsabilidade de sócios e administradores por atos ilícitos.

Juntamente com os requisitos para a aplicação da desconsideração (que serão vistos no item 2.3.3), estes são pontos fundamentais para o presente trabalho, pois determinam os limites da Teoria Maior e, portanto, permitem saber quando ela está sendo aplicada de maneira correta e quando sua aplicação é equivocada e abusiva, o que será objeto de análise do Capítulo III, através do estudo de julgados sobre o assunto.

2.3.1.1. A subsidiariedade da responsabilidade dos sócios

O primeiro ponto a ser esclarecido diz respeito ao momento da responsabilização dos sócios, uma vez verificado o abuso da pessoa jurídica e, portanto, a aplicabilidade da desconsideração.

Parte da doutrina sustenta que o patrimônio do sócio só pode ser atingido quando exauridos os bens da sociedade, isto é, sustenta a subsidiariedade da responsabilidade dos sócios.

O Professor Lamartine defende este posicionamento, afirmando que “para que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade”⁸⁹.

Contudo, esta não nos parece ser a tese mais adequada.

Com efeito, tem razão a parte da doutrina que defende que não existe tal preferência de execução dos bens sociais, podendo o patrimônio dos sócios ser atingido desde logo fique comprovado o mau uso do ente.

Foi, inclusive, neste sentido o pronunciamento da IV Jornada de Direito Civil que, no Enunciado nº 281, estabeleceu:

⁸⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. p. 610.

281 – Art. 50. *A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.*

O objetivo da desconsideração é, justamente, superar a personalidade jurídica para atingir aquele que verdadeiramente praticou determinado ato, responsabilizando-o por sua conduta. Assim, vai contra o objetivo da ferramenta ora em análise exigir que primeiro seja exaurido o patrimônio da sociedade.

Como afirma Calixto Salomão Filho,

A desconsideração é [...] um método para permitir exatamente a continuação da atividade social.

A consequência da subordinação da desconsideração à insolvência seria a imposição aos credores de uma difícil escolha: a tentativa de receber o seu crédito excluiria necessariamente a continuação da sociedade e das relações comerciais.⁹⁰

Atinge-se, deste modo, diretamente o real responsável pelo ato, não sendo necessário indagar acerca do patrimônio da sociedade.

O art. 1.024, do Código Civil, que dispõe que “*os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais*”, não constitui empecilho à posição aqui defendida.

Isto porque esta regra tem aplicação apenas enquanto *eficaz* a personalidade jurídica e a separação entre sócios e sociedade. Uma vez invocada a desconsideração, tal regra não mais se aplica, pelo simples fato de a personalidade jurídica estar (momentaneamente) despida de eficácia.

Portanto, dada esta *ratio* da desconsideração, certo é que, quando da aplicação deste instrumento, a responsabilidade dos sócios e administradores não é subsidiária em relação a da sociedade.

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 216.

2.3.1.2. A responsabilização apenas dos que praticaram a ilicitude

Este é um aspecto de importantes efeitos práticos para a responsabilização dos sócios através da aplicação da Teoria. A questão cinge-se a saber se, uma vez desconsiderada a personalidade jurídica, todos os sócios tornam-se responsáveis pela dívida em questão ou apenas aqueles que utilizaram abusivamente a pessoa jurídica para prejudicar terceiros.

Não temos dúvidas que só os sócios que de fato praticaram o ato abusivo devem ser afetados pela desconsideração, vez que foram eles que cometeram o ato censurável e por ele devem responder. Não há sentido em penalizar pessoas que não cometeram falta alguma.

Segundo Osmar Brina Corrêa Lima, o sócio só pode ser responsabilizado através da desconsideração da personalidade jurídica quando fique comprovado “que sua atitude contribuiu para o prejuízo causado ao credor a favor de quem se aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.”⁹¹

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Marcos Aurélio de Lima Júnior afirmam que “todos aqueles que, valendo-se do manto societário, agiram de modo fraudulento ou abusivo, burlando a lei, violando obrigações contratuais ou prejudicando terceiros, responderão pelos créditos insatisfeitos dos credores sociais.”⁹²

Portanto, é imprescindível que se proceda a uma minuciosa investigação do ilícito cometido, verificando-se exatamente quem foram os responsáveis.

Contudo, na aplicação da desconsideração, não é rara a responsabilização indiscriminada de todos os sócios, sem a verificação de quem cometeu o ato abusivo. Esta responsabilização de todos os sócios torna mais eficaz a quitação da dívida executada e a satisfação dos credores, ampliando o número de pessoas que responderão pela dívida.

Porém, o que é uma facilitação e simplificação no caso concreto, acaba se tornando um prejuízo enorme no cenário amplo. Como afirma Ana Caroline Santos Ceolin,

⁹¹ LIMA, Osmar Brina Corrêa. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica descomplicada. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 6, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 229.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; LIMA JÚNIOR, Marcos Aurélio de. Fraude – Configuração – Prova – Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista do Tribunais*, a. 90, v. 783, jan./2001, p.155.

sujeitar alguém a uma sanção, sem que para o ato abusivo tenha concorrido, além de contrário aos ditames legais, acarretará o completo desestímulo daqueles que investem em ações sociais, comprometendo a constituição e o regular desenvolvimento de pessoas jurídica no País.⁹³

Corroborando este entendimento, o Enunciado nº 7, aprovado na I Jornada de Direito Civil, tem a seguinte redação:

7: Art. 50: só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

Assim sendo, não há dúvidas que a desconsideração da personalidade jurídica deve atingir apenas os envolvidos na prática do ato censurável através do abuso da pessoa jurídica.

2.3.1.3. A responsabilização dos administradores

A desconsideração foi criada com o escopo de atingir aqueles que utilizam abusivamente a separação decorrente da personalidade jurídica, empregando esta para ferir direitos de terceiros.

Inicialmente, cogitava-se deste abuso apenas por parte dos sócios, vez que são eles os beneficiários da separação outorgada pela personalização de uma sociedade e apenas eles poderiam utilizá-la de forma reprovável.

A relação dos administradores com a sociedade é totalmente distinta da dos sócios com a sociedade. Como já demonstramos no item 1.5 deste trabalho, os administradores são o instrumento de manifestação da vontade da pessoa jurídica, que não tem individualidade psicofísica e não pode fazê-lo por si só. É nos sócios, por outro lado, que a vontade da pessoa jurídica se *forma*.

O *desvio de finalidade* da pessoa jurídica (que é o pressuposto para a desconsideração, como veremos no item 2.3.3) pode se originar tanto na formação

⁹³ CEOLIN, Ana Caroline Santo. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração de pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 5-6.

como na exteriorização da vontade do ente, motivo pelo qual é possível cogitar a aplicação da desconsideração tanto contra sócios como contra administradores.

O art. 50, do Código Civil, fixou a desconsideração nestes termos, fazendo referência expressa à aplicação aos administradores, de modo que não há mais dúvidas.

2.3.1.4. Responsabilização de sócios e administradores e a desconsideração – diferenciação

Há, no Direito brasileiro, uma série de dispositivos cujo objetivo é a responsabilização de sócios ou de administradores por atos anti-jurídicos. Apesar de terem o mesmo resultado final que a desconsideração (atingir sócios e administradores), com esta não se confundem, vez que naqueles casos não é preciso superar a personalidade jurídica da sociedade para atingir os responsáveis.

Fábio Ulhoa Coelho apresenta eficaz método de distinção dos casos de responsabilização e de desconsideração, o qual chama de “pressuposto da licitude”⁹⁴.

Parte-se da consideração óbvia de que só haverá desconsideração se a personalidade jurídica constituir empecilho “à justa composição de interesses. Se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou ao administrador, não existe nenhuma desconsideração.”⁹⁵

Deste modo, ensejam a desconsideração os casos em que o ato é formalmente praticado pela sociedade, e assim visto trata-se de um ato *lícito*, mas que na realidade é um ato praticado pelo sócio ou administrador, em abuso da pessoa jurídica, que quando imputado a eles se torna ato *ilícito*.

Nas palavras do autor:

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 o caso de desconsideração.⁹⁶

⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2: direito de empresa. p. 43.

⁹⁵ COELHO, F. U. *Ob. cit.* p. 43.

⁹⁶ COELHO, F. U. *Ob. cit.* p. 43.

Este é o motivo para casos como o abuso de controle, a responsabilização dos administradores, a aplicação da teoria da aparência etc. não ensejarem a desconsideração. Em nenhum deles é preciso superar a personalidade jurídica para atingir os responsáveis pelo ato ilícito.

A separação entre sócios e sociedade, originada da personalidade jurídica, não constitui empecilho algum para que, por exemplo, se aplique a regra do art. 117, da Lei 6.404, que determina a responsabilidade do acionista controlador pelos atos que praticar com abuso de poder.

Do mesmo modo, a responsabilidade do administrador pelos atos praticados *ultra vires* é feita sem que a personalidade jurídica seja questionada. Como visto acima (item 1.5.1), ele será responsável sempre que agir para além de suas forças ou do âmbito de atuação da sociedade, sem prejuízo de, pela aplicação da *teoria da aparência*, ser a sociedade quem responderá perante terceiros, tendo direito de regresso contra o administrador.

Também não é preciso desconsiderar a personalidade jurídica para imputar ao administrador a responsabilidade pelos danos que causar quando agir com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto (art. 158, LSA). A Lei inclusive permite que terceiros prejudicados pelos atos do administrador possam promover a ação de responsabilidade civil (art. 159, § 7º).

No que toca os administradores, aliás, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica acaba tendo campo de aplicação bastante restrito, tendo em vista o extenso leque de ferramentas disponibilizadas pelo Direito para a sua responsabilização, nas mais diversas situações (além das já citadas, as do Código Civil – arts. 1.010 a 1.017 – e inúmeras outras).

São regras que, além de severas, são específicas para a regulação da atuação destas pessoas, motivo pelo qual Márcio Tadeu Guimarães Nunes questiona:

Fica no ar, portanto, a dúvida acerca da real necessidade de mecanismos adicionais (do que a teoria da desconsideração é exemplo) para o reforço de uma regulação por demais repressiva e

com imprevisíveis conseqüências às iniciativas dos administradores.⁹⁷

Independentemente disto, certo é que os casos de responsabilização dos sócios e administradores por atos ilícitos cometidos sem a utilização abusiva da personalidade jurídica não se confundem com a desconsideração.

2.3.2. Funcionamento

A Teoria Maior da desconsideração tem como objetivo impedir o uso abusivo da personalidade jurídica. Ela faz isto através do atingimento do patrimônio pessoal dos sócios que se beneficiam desta prática anti-jurídica.

O nome inglês da desconsideração é bastante ilustrativo para a compreensão do seu funcionamento: *piercing* (ou *lifting*) *the corporate veil*. Isto é, perfurando (ou levantando) o véu societário. Parte-se da analogia de que a personificação da sociedade cria um véu, uma barreira, que se antepõe entre a figura da sociedade e a dos seus sócios, separando-os. Assim, a desconsideração seria um instrumento que perfuraria esta barreira, alcançando aqueles que estão por trás dela (os sócios ou administradores).

O nome adotado no Brasil – Desconsideração da Personalidade Jurídica – dá a mesma idéia, servindo “para indicar a ignorância, para um caso concreto, da personificação societária. Vale dizer, aprecia-se a situação jurídica tal como se pessoa jurídica não existisse.”⁹⁸

Portanto, como foi mencionado acima, a desconsideração é um modo de responsabilizar diretamente aquele que abusou da personalidade jurídica; aquele que praticou determinado ato mas que o fez de modo a ser formalmente imputado à pessoa jurídica, assim prejudicando terceiro. Busca-se a *realidade* em uma situação de *dissimulação*.

Assim, a personalidade jurídica é momentaneamente “superada” para que, no caso concreto de seu uso abusivo, determinado ato ou conjunto de atos formalmente imputados à sociedade, mas que foram na realidade praticados pelos

⁹⁷ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. p. 358.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. p. 55.

sócios, sejam a estes atribuídos, fazendo com que respondam com o seu próprio patrimônio.

É fundamental destacar que a desconsideração não resulta nunca na declaração de nulidade ou invalidade da personalidade jurídica. Importa, tão somente, a sua momentânea e provisória *ineficácia*, permanecendo intocada para todas as demais relações da sociedade.

Neste sentido, Rubens Requião destaca que “não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar *nula* a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos.”⁹⁹

Assim, o juiz que determina a desconsideração da personalidade jurídica não determina a sua extinção nem a responsabilidade dos sócios por todas as dívidas da sociedade, mas apenas o atingimento do patrimônio pessoal dos sócios *in casu*.

É o que esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

A desconsideração da pessoa jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas a sua eficácia episódica. Uma sociedade que tenha a sua autonomia patrimonial desconsiderada continua válida, assim como válidos são todos os demais atos que praticou. A separação patrimonial em relação aos seus sócios é que não produzirá nenhum efeito na decisão judicial referente àquele específico ato objeto da fraude.¹⁰⁰

Esta, aliás, é uma das virtudes da desconsideração, vez que possibilita o atingimento do sócio ou administrador que cometeu um ilícito mediante o abuso da pessoa jurídica, sem que isto comprometa a continuidade da sociedade. Como afirma Calixto Salomão Filho, “nesse sentido, a desconsideração é um eficaz antídoto contra as situações falimentares, já que permite a proteção do patrimônio social.”¹⁰¹

Outro aspecto importante do funcionamento da desconsideração é que ela é sempre – e exclusivamente – aplicada por magistrados. É instrumento exclusivo do

⁹⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1. p. 390.

¹⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127.

¹⁰¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. p. 238.

Poder Judiciário, não podendo ser utilizado em qualquer outro âmbito (como no administrativo, por exemplo¹⁰²).

Debate-se na doutrina se a aplicação da desconsideração deve estar condicionada ao requerimento das partes (e do Ministério Público) ou se pode o Juiz aplicá-la *ex officio*, tão logo constate o seu cabimento.

Em decorrência do art. 50, do Código Civil, parece não haver dúvidas que a desconsideração depende de requerimento da parte interessada ou do Ministério Público.

De fato, tendo em vista a excepcionalidade que deve marcar a utilização da desconsideração e os perigos inerentes à atuação jurisdicional *ex officio* (como a perda da imparcialidade e objetividade do juiz), entendemos que a desconsideração deve estar condicionada ao provocamento do juiz.

A outra conclusão não chega Márcio Nunes:

é inconcebível a aplicação da teoria da desconsideração por livre iniciativa do juiz da causa, ou seja, sem requerimento das eventuais partes interessadas nessa modalidade de extensão de efeitos da relação obrigacional primária.¹⁰³

Se não há dúvidas que a desconsideração só pode ser aceita mediante o requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, também é inquestionável que a aplicação deste instrumento não depende da propositura de uma ação específica e da instauração de um processo autônomo.

A desconsideração não necessita de um processo dedicado, podendo ser declarada pelo juiz de modo incidental. Deste modo, “no próprio processo de execução, não nomeando o devedor bens à penhora [...], o credor pode e deve, em presença dos pressupostos que autorizam a aplicação do método da desconsideração [...], pedir diretamente a penhora em bens do sócio”¹⁰⁴.

¹⁰² Márcio Tadeu Guimarães Nunes deixa claro que “é ilegítima, nesse contexto, a possibilidade genérica de mesmo a lei ordinária permitir que a Administração possa determinar essa medida [a desconsideração] unilateralmente, mais ainda sem contraditório prévio.” (NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 394).

¹⁰³ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. p. 166.

¹⁰⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. p. 238.

Portanto, em relação ao funcionamento da desconsideração, as conclusões que se mostram importantes são que (i) a superação da personalidade é episódica, com efeitos apenas no caso concreto, não resultando na nulidade da pessoa jurídica; (ii) apenas o Poder Judiciário pode aplicar este instrumento; e (iii) a desconsideração não pode nunca ser aplicada *ex officio* pelo juiz, dependendo sempre de requerimento da parte ou do Ministério Público, mas não necessitando de processo autônomo para ser declarada.

2.3.3. Pressupostos para a desconsideração

2.3.3.1. A necessidade de pressupostos claros

Rubens Requião, em seu estudo inaugural sobre a teoria da desconsideração, citando o autor Polo Diez, que prefaciou a edição espanhola da obra de Rolf Serick, já advertia que

‘o nervo e medula de toda a obra se assenta na questão de determinar em que fundamentos e em virtude de quais princípios dogmáticos podem os tribunais chegar a prescindir ou superar a forma externa da pessoa jurídica, para ‘penetrando’ através dela, alcançar as pessoas e bens que debaixo de seu véu se cobrem’.¹⁰⁵

A desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento cujo objetivo é ignorar um princípio básico e de fundamental importância do Direito, qual seja, a separação entre pessoa jurídica e sócios que a compõem.

Portanto, é essencial que se saiba com clareza quais são as hipóteses em que se pode lançar mão deste instrumento, isto é, os pressupostos que devem estar presentes para que se possa “violar” o mencionado princípio e desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade, assim atingindo o patrimônio dos seus sócios.

¹⁰⁵ SERICK, Rolf. *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles – el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Prólogo de Antonio Polo Diez. Traducción e comentarios por José Pruiç Brutau. [s.l.], [s.n.], [s.d.]. Apud REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, a. 58, v. 410, dez./1969, p.13.

Observando-se a gênese da teoria da desconsideração, constata-se que o que autoriza a invocação deste instrumento é o *mau uso (ou abuso) da pessoa jurídica*. Isto é, a utilização do ente para função não sancionada e pretendida pelo Direito.

É o que afirma Alexandre Couto Silva: “O desvio de função é considerado pela maioria dos autores como o critério básico para operar a desconsideração da personalidade jurídica, sendo o pressuposto fundamental do conceito de desconsideração.”¹⁰⁶ Foi para evitar este abuso que ela foi criada, e é este o seu pressuposto genérico.

Contudo, o “abuso da pessoa jurídica” é conceito extremamente amplo e fluído, podendo ser interpretado das mais diversas formas e aplicado nas mais diversas situações. Ele permite que o julgador, com um pouco de habilidade argumentativa, consiga aplicar a desconsideração a qualquer situação em que a separação patrimonial constitua um empecilho à satisfação do interesse do credor.

Se, por um lado, ter um conceito impreciso como pressuposto para a desconsideração se mostra uma poderosa arma a favor dos credores, por outro, constitui atentado contra a segurança jurídica e contra o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, desequilibrando em muito a equação entre proteção ao empreendedorismo e proteção ao crédito.

Como já vimos no item 1.7, a pessoa jurídica tem função primordial para o desenvolvimento econômico-social de uma nação, de modo que não se pode admitir que um instrumento cuja grave conseqüência é a desconsideração da personalidade jurídica seja utilizado sem critérios, sob pena de tornar regra aquilo que deveria ser exceção.

Assim, como afirma Marçal Justen Filho, é fundamental definir quais são os limites jurídicos para a utilização da pessoa jurídica, vez que “de nada servirá reprovar o *abuso* da pessoa jurídica se não for possível definir quando e como ocorrerá tal abuso.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. p. 34.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. p. 99.

No mesmo sentido, Ana Caroline Santos Ceolin destaca que “a expressão *abuso de direito através da pessoa jurídica* merece detido tratamento, pois só assim se evitarão equívocos na aplicação da teoria da desconsideração.”¹⁰⁸

Portanto, como será pormenorizado adiante, não podemos aceitar as afirmações genéricas no sentido de que a desconsideração tem lugar sempre que houver abuso ou fraude à lei.

É imprescindível a definição clara do que deve ser entendido por “abuso da pessoa jurídica”, ou seja, a exposição dos pressupostos necessários para que seja possível proceder à aplicação da Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica. É o que faremos a seguir.

2.3.3.2. O art. 50 do Código Civil – a delimitação da Teoria Maior da desconsideração e o uso de *cláusulas abertas*

Apesar da absoluta necessidade de se determinar com precisão os casos que permitem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, breve busca doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto é suficiente para que se constate que, neste aspecto, sempre imperou a dúvida e o desencontro.

Nunca houve, de fato, critérios de aplicação da desconsideração aceitos e defendidos de forma unânime ou mesmo majoritária. Tratando-se de uma *teoria*, a liberdade de interpretação era máxima.

Com a completa ausência de dispositivos legais tratando sobre o tema (a não ser alguns em leis especiais e, conseqüentemente, de aplicação restrita) de modo abrangente, os magistrados eram (ou sentiam-se) livres para fazer uso da *teoria* da desconsideração sempre que entendiam pertinente¹⁰⁹.

Como já afirmamos, o magistrado com um pouco de habilidade argumentativa era capaz de sustentar a existência de um “abuso da personalidade jurídica” em praticamente qualquer caso.

¹⁰⁸ CEOLIN, Ana Caroline Santo. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração de pessoa jurídica*. p. 19.

¹⁰⁹ Ana Caroline Santo Ceolin faz interessante paralelo entre a desconsideração da personalidade jurídica e o arbitramento da indenização na responsabilização por danos morais. Em ambos os casos verifica-se uma ausência de critérios bem definidos que orientem a atuação dos juizes, de modo que o magistrado é dotado de grande discricionariedade para analisar e qualificar os fatos. Não de maneira surpreendente, são dois casos em que a jurisprudência é extremamente desuniforme e, muitas vezes, desastrosa. (CEOLIN, Ana Caroline Santo. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração de pessoa jurídica*. p. 15).

Neste sentido, o esforço do Novo Código Civil em delimitar o âmbito de aplicação da desconsideração é merecedor de elogio. Com efeito, o art. 50 deste diploma “cuidou de limitar a aplicação da teoria em comento, preservando-lhe o caráter subsidiário e excepcional.”¹¹⁰

Este dispositivo tem o seguinte enunciado:

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.

Assim, mantém a referência ao “abuso da personalidade jurídica”, como elemento principal a ensejar a desconsideração. Contudo, define que este abuso ocorrerá mediante o *desvio de finalidade* ou *confusão patrimonial*, assim delimitando a aplicação do instrumento.

Portanto, a princípio este dispositivo põe fim ao uso discricionário e sem critérios da desconsideração da personalidade jurídica, vinculando sua aplicação aos casos de abuso da pessoa jurídica *mediante desvio de finalidade da organização societária ou confusão patrimonial*.

Contudo, como se pode notar pela referência a “*desvio de finalidade*” e pela ausência de listagem dos casos que ensejam a desconsideração, o dispositivo em comento faz uso da técnica das *cláusulas abertas*, isto é, termos abrangentes e que deixam espaço para a interpretação do aplicador.

A utilização das cláusulas abertas é o reconhecimento, por parte do legislador, de que é impossível pretender criar dispositivos legais capazes de prever e satisfatoriamente regular todas as diversas e incontáveis situações que podem vir a ensejar a aplicação de determinada norma. É, sobretudo, o reconhecimento de que a realidade e a imaginação humana são muito ricas para serem aprisionadas em fórmulas legais estáticas.

¹¹⁰ CEOLIN, Ana Caroline Santo. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração de pessoa jurídica*. p. 18.

Assim, faz-se uso de terminologias propositalmente imprecisas, de modo a englobar situações que não poderiam ser previstas e dar ampla efetividade à norma.

No caso em análise, o legislador admitiu que não seria factível prever todas as hipóteses em que é desejável desconsiderar a personalidade jurídica. Deste modo, absteve-se de arrolar todos os casos em que isto deveria ocorrer, na certeza de que, se o fizesse, certamente deixaria de fora inúmeras situações e acabaria por engessar a utilização da figura.

Deixe-se claro que a adoção de cláusula aberta não franqueou ao juiz a aplicação da desconsideração em qualquer situação, sem a exigência de critérios. Muito pelo contrário. Os critérios foram determinados e devem ser respeitados. Tais cláusulas simplesmente fazem com que a norma tenha a abrangência necessária para ser eficaz.

Ao mesmo tempo em que a norma do art. 50 delimita a figura, ela também lhe dá abrangência. Pode parecer um contra-senso, mas não é.

Por um lado, o dispositivo impõe limites à desconsideração, apenas admitindo o seu uso quando haja abuso da personalidade jurídica mediante o desvirtuamento de sua finalidade. Delimita, assim, o seu *campo de aplicação*.

Por outro lado, faz uso de cláusulas abertas, permitindo a utilização do instrumento sempre que os pressupostos forem verificados, sem elencar os casos em que isto ocorre, deste modo dando-lhe ampla abrangência *dentro do seu campo de aplicação* e conferindo-lhe efetividade na sua utilização.

2.3.3.3. A aplicação da Teoria Maior da desconsideração

Contudo, como ocorre com substancial parcela dos dispositivos de lei, em especial com aqueles que se utilizam das cláusulas abertas, os critérios apresentados no art. 50 necessitam de desenvolvimento e interpretação por parte da doutrina para tornar inequívoca a aplicabilidade da norma.

Certo é que a desconsideração é aplicável nos casos em que se cause dano a terceiro através do desvio de finalidade da organização societária. Portanto, é preciso buscar na doutrina o que exatamente deve ser entendido pela expressão “desvio de finalidade”¹¹¹, tornando inequívoca, deste modo, a utilização da figura.

¹¹¹ Apesar de o Código Civil referir-se também à *confusão patrimonial* como caracterizadora da desconsideração, entendemos que não se faz necessário estudo separado desta hipótese, vez que,

Inicialmente, é preciso saber o que deve ser entendido por “finalidade”.

Como já visto na introdução deste Capítulo, Fábio Konder Comparato afirma que a *causa* de constituição das sociedades se apresenta de forma genérica e específica.

Correlatamente, o autor afirma que a criação de toda pessoa jurídica tem sempre como escopo o desempenho de funções gerais e especiais. As especiais se relacionam ao objeto social eleito por cada sociedade, variando, portanto, de acordo com o tipo e o escopo de cada pessoa jurídica.

Já a função geral, que é a que nos interessa, “consiste na criação de um centro de interesse autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem”¹¹².

Esta função, portanto, é a essência da pessoa jurídica, aquilo que ela tem de mais marcante e próprio, aquilo que a distingue e identifica. É, como buscamos demonstrar no Capítulo I deste trabalho, a criação de um sujeito de direitos autônomo e independente daqueles que o integram.

É o desrespeito a esta função, isto é, o desvirtuamento da principal característica da pessoa jurídica, que deve ser entendido como “desvio de finalidade” e, portanto, como o autorizador do uso da desconsideração da personalidade jurídica.

É o que afirma o professor Calixto Salomão Filho:

Em forma aproximativa, pode-se dizer que os parâmetros [para aplicar a desconsideração] são aqueles mesmos que foram presumidos para a atribuição da personalidade jurídica, ou seja, é necessário demonstrar, *a contrario sensu*, que a organização criada não foi suficiente para garantir a existência de um centro de decisões autônomo.¹¹³

É fundamental ressaltar que o cometimento de *abuso de direito* ou de *ato ilícito* pela pessoa jurídica ou pelo sócio, diferentemente do que entende grande parte dos julgadores, não são casos autorizadores de desconsideração. Ao lado

como veremos adiante, ela está englobada no conceito de *desvio de finalidade*, constituindo uma espécie deste desvio. Por este mesmo motivo, entendemos que a referência do art. 50 à confusão patrimonial é dispensável.

¹¹² COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. p. 286.

¹¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. p. 237.

destas condutas, deve necessariamente haver o *uso abusivo da pessoa jurídica*, que normalmente se configura como *meio* para as atividades anti-jurídicas supramencionadas.

O mero fato de a sociedade ter cometido ato abusivo, fraudulento ou anti-jurídico (como encerrar irregularmente suas atividades, deixar de pagar dívidas, causar danos a terceiro etc.) não enseja a aplicação da desconsideração. Atos como estes devem ser respondidos pela sociedade, sem a extensão da responsabilidade para os sócios.

Este entendimento foi consolidado, ainda que apenas em relação ao encerramento irregular, pela IV Jornada de Direito Civil, que editou o Enunciado nº 282, com a seguinte redação:

282 – Art. 50. O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica.

O objetivo da desconsideração é coibir o abuso da pessoa jurídica, quando a autonomia deste ente é utilizada em contrariedade à sua finalidade. Apenas nestes casos é que é possível falar em penetração do véu e responsabilização dos sócios. Caso contrário, apenas o patrimônio da sociedade irá responder pelos ilícitos por ela cometidos, da mesma forma que ocorre com as pessoas naturais.

Neste sentido, é extremamente proveitoso citarmos trecho do Acórdão do Recurso Especial 876.974/SP, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, que muito habilmente esclareceu a questão:

Assim, para a desconsideração da personalidade jurídica não basta a existência de um dano provocado pela sociedade ou pelo sócio ou de uma dívida por qualquer deles assumida. A pessoa jurídica tem existência própria, distinta das pessoas físicas que a compõem, e tem, imanente, o princípio da autonomia patrimonial, de sorte a, via de regra, não permitir a confusão entre seus bens e aqueles de seus sócios.

A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro,

infração da lei ou descumprimento de contrato. Em outras palavras, há de se ter presente a efetiva manipulação da autonomia patrimonial da sociedade em prol de terceiros.

(REsp 876974/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.08.2007, DJ 27.08.2007 p. 236)

2.3.3.4. Refinamento do conceito

O professor Calixto Salomão Filho refina o conceito acima apresentado, classificando e exemplificando as hipóteses de desconsideração.

Em primeiro lugar, temos a **desconsideração para fins de responsabilidade**, que é a modalidade mais referida de desconsideração, através da qual busca-se responsabilizar por determinada obrigação o verdadeiro participante dela, que não é a pessoa jurídica que formalmente praticou o ato, mas alguém que dela se utilizou de maneira abusiva.

Calixto Salomão dá três exemplos desta modalidade, apontando que são os três casos paradigmáticos da desconsideração para fins de responsabilidade.

O primeiro caso é o da confusão de esferas. Ocorre quando “a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem de forma clara da pessoa do sócio”¹¹⁴. Constitui claramente caso de desrespeito à finalidade da pessoa jurídica, já que apaga a linha que separa a pessoa dos sócios da pessoa da sociedade.

Como se vê, a hipótese de confusão patrimonial encaixa-se perfeitamente a este caso. Por este fato, entendemos que não haveria necessidade de o art. 50 do Código Civil tê-la previsto de modo expresso, vez que já englobada no conceito de *desvio de finalidade*.

Aliás, a referência à *confusão patrimonial* como autorizadora da desconsideração não só é redundante, como também é perigosa. Isto porque é possível conceber casos em que a confusão patrimonial ocorra “de maneira branda”, sem que signifique abuso da pessoa jurídica. São casos, portanto, em que a desconsideração não seria aplicável. Assim, o *desvio de finalidade* deve ser tido como o verdadeiro critério.

¹¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. p. 221.

O segundo caso é o de subcapitalização da sociedade. Como no Brasil não existe exigência legal de valor mínimo para o capital social¹¹⁵, os sócios são livres para formar uma sociedade com o capital que entenderem pertinente.

Esta realidade abre a possibilidade de que seja assinalado valor bastante baixo ao capital social, de modo a reduzir ao mínimo a responsabilidade dos sócios (determinada pelo valor de suas quotas/ações). A capitalização da sociedade é feita de outras maneiras, normalmente através do empréstimo de dinheiro dos sócios, os quais são terceiros nesta relação e exigem garantias reais, de modo a terem preferência no recebimento de seu crédito e preterir os credores da sociedade.

Ivens Henrique Hübert demonstra de maneira clara como a subcapitalização pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, nos exatos termos aqui expostos:

Baseado, portanto, na teoria da desconsideração e respaldado pelo art. 50 do Código Civil, seria possível afirmar a existência de abuso da personalidade jurídica, através de desvio de finalidade de forma a responsabilizar os sócios pela subscrição de um capital social absolutamente irrisório, bastante inferior às necessidades da empresa, cumulado com o aporte de montantes através de outras formas que não a subscrição de capital social. Caso restasse evidenciado o intuito dos sócios de beneficiar-se do patrimônio social, deixando a sociedade propositalmente com capital próprio reduzido, e cercando-se, por exemplo, de garantias reais para execução dos contratos de mútuo celebrados entre eles e a sociedade, seria possível a aplicação da regra. A caracterização do abuso decorreria da evidência do desvio de finalidade, manifestada na absoluta incongruência entre capital social e dimensão do objeto social.¹¹⁶

¹¹⁵ Esta é a regra geral. Contudo, o ordenamento impõe, para sociedades que atuam em certos ramos, um capital social mínimo para operar. É o caso, por exemplo, das distribuidoras de combustíveis. A Portaria nº 202, de 30 de dezembro de 1999, da Agência Nacional do Petróleo – ANP, dispõe, em seu art. 7º, que “A pessoa jurídica interessada na obtenção de registro de distribuidor deverá possuir capital social integralizado de, no mínimo, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de Reais).”

¹¹⁶ HÜBERT, Ivens Henrique. O capital social e suas funções na sociedade empresária. São Paulo, 2007, 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, p. 106.

O professor Calixto Salomão adverte que, nos casos em que a subcapitalização não for extremamente evidente, a desconsideração só será aplicável se for demonstrada a culpa ou dolo dos sócios em não prover o capital social com recursos compatíveis com a atividade, sob pena de excessivo rigor no tratamento desta hipótese.

O terceiro caso paradigmático é o de abuso de forma, que o professor Calixto divide em individual e institucional. O primeiro se refere aos casos em que utiliza-se da pessoa jurídica com o específico objetivo de prejudicar um terceiro. Assim, apenas este terceiro é que poderá requerer a desconsideração.

Já o segundo trata dos casos em que há “uma utilização do privilégio da responsabilidade limitada contrária a seus objetivos e à sua função”¹¹⁷. Neste caso, a desconsideração pode ser pleiteada em benefício de todos os credores da sociedade.

Ao lado dos casos de desconsideração para fins de responsabilidade, temos os casos de **desconsideração para atribuição de normas**. Nesta modalidade, busca-se ultrapassar a personalidade jurídica da sociedade com o intuito de atribuir aos sócios normas (legais ou contratuais) que a princípio são aplicáveis apenas à sociedade, ou vice-versa.

É o caso clássico da pessoa que assina contrato com obrigação de não fazer (como a proibição de concorrência), mas que cria uma sociedade que faz exatamente aquilo a que o sócio estava impedido. Neste caso, é possível desconsiderar a personalidade jurídica para atribuir a norma (ou melhor, o descumprimento da norma) ao sócio que a descumpriu através do mau uso da pessoa jurídica.

Calixto Salomão assevera que este tipo de desconsideração é particularmente útil para regular a atuação da sociedade unipessoal, na qual a identidade entre sócio e sociedade é enorme. Esta importância é ainda maior no Brasil, onde há previsão da subsidiária integral (art. 251, da lei 6.404/76), sem que haja para “ela qualquer disciplina organizativa especial.”¹¹⁸

Este autor, entretanto, entende que o art. 50 do Código Civil não engloba a hipótese de desconsideração atributiva, tendo previsto apenas as hipóteses de responsabilidade patrimonial.

¹¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. p. 222.

¹¹⁸ SALOMÃO FILHO, C. *Ob. cit.* p. 235.

Tendo em vista que o referido dispositivo é expresso ao determinar que o efeito da desconsideração será o atingimento *dos bens* dos sócios e administradores, acreditamos que o Professor da USP está correto em seu posicionamento.

Isto, contudo, não implica na inaplicabilidade da desconsideração para atribuição de norma, que tem enorme importância para o correto estabelecimento do equilíbrio entre os vetores da proteção do crédito e do estímulo ao empreendedorismo. Sua invocação é possível como *Teoria*, como o era toda a desconsideração anteriormente ao Código Civil.

Há, ainda, outros dois tipos de desconsideração mencionados por Calixto Salomão. A **desconsideração inversa**, que será analisada em um item apartado deste trabalho (2.6), tendo em vista as suas particularidades. E a **desconsideração em benefício do sócio**, que tem aplicabilidade restrita às sociedades unipessoais e que não será aqui trabalhada, já que “a aplicação de tal tipo de raciocínio ao direito brasileiro parece, no momento, de pouca utilidade.”¹¹⁹

Portanto, após todo o estudo feito ao longo deste item 2.3, em especial a análise dos pressupostos que autorizam o uso da Teoria Maior, feita neste item 2.3.3, acreditamos restar claro e inequívoco quais casos podem ensejar a aplicação da desconsideração.

2.3.4. Conclusão sobre a Teoria Maior

Não há dúvidas acerca da importância que a pessoa jurídica e a separação entre sócios e sociedade têm para o desenvolvimento econômico-social da nação, de modo que esta é uma figura indispensável nos dias de hoje.

Contudo, também não é possível conviver com os injustos danos causados a terceiros, principalmente aos credores sociais, pelo mau uso da organização societária. O ordenamento defende a pessoa jurídica, mas não a tem como inviolável e superior a todos os outros valores, de modo que ela deve ceder ante a verificação de que seu uso (ou melhor, *abuso*) está sendo feito em detrimento de outros interesses.

¹¹⁹ SALOMÃO FILHO, C. *Ob. cit.* p. 226.

Assim é que a Teoria Maior da desconsideração pode restabelecer o equilíbrio entre a proteção do empreendedorismo e do crédito. Ao mesmo tempo que ela possibilita o gozo das vantagens da personalização societária, ela impede que se tenha que arcar com as desvantagens do seu abuso, alcançando um sistema próximo do ideal.

Para atingir este nobre objetivo, deve apenas ser aplicada corretamente. Isto é, deve ser restrita aos casos em que se verifica o abuso da estrutura societária mediante o desvio de sua função, nos termos expostos ao longo deste item 2.3. Casos em que a sociedade comete ato anti-jurídico, mas não há abuso da estrutura societária, não podem ensejar a penetração do véu societário.

Se o abuso da pessoa jurídica é inadmissível, também o é a utilização da desconsideração sem que estejam presentes os pressupostos autorizadores. Caso contrário, aquilo que foi desenhado para trazer equilíbrio, justiça e segurança jurídica trará resultados diametralmente opostos.

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sem que tenha havido abuso da estrutura societária é, em si, um abuso. Desequilibra a balança crédito/empreendedorismo, penaliza atos que não violaram norma alguma e gera enorme insegurança jurídica.

Portanto, no Capítulo III deste trabalho, serão tomados como aplicação correta da Teoria Maior da desconsideração apenas aqueles casos que tenham observado os pressupostos autorizadores, superando a personalidade jurídica tão somente quando a estrutura societária tenha sido utilizada de modo abusivo e causado dano a terceiros.

2.4. A Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica

2.4.1. Conceito

A Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica tem o mesmo objetivo básico da Maior: atingir os sócios e administradores por atos formalmente atribuídos à sociedade. Tem, igualmente, como característica mais marcante o fato de implicar na superação da personalidade jurídica da sociedade. Por este motivo, são-lhe aplicáveis as mesmas advertências acerca da fundamental importância da personalidade jurídica e da gravidade de sua desconsideração.

Contudo, a Teoria Menor constitui um perigo muito maior à separação entre sócios e sociedade, gerada pela personalidade jurídica.

Diferentemente da Teoria Maior, que tem utilização limitada aos casos de ocorrência de abuso da pessoa jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, a Menor não exige tal pressuposto para ser aplicada. Seu pressuposto é tão somente a *insolvência da sociedade*, não sendo necessário mais nada para que se supere a personalidade jurídica e se execute os bens dos sócios e administradores.

De fato, como explica um dos arautos desta vertente, Fábio Ulhoa Coelho:

o seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela.¹²⁰

Assim, a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica é o instrumento, de uso exclusivo pelo Poder Judiciário, cujo objetivo é executar os sócios e administradores por dívidas da sociedade, sempre que esta não tiver patrimônio suficiente para quitá-las, por meio da desconsideração casuística da personalidade jurídica.

Basta compararmos este conceito com aquele da Teoria Maior, apresentado no item 2.3.1, para notarmos que o que caracteriza a vertente ora analisada é justamente a facilidade com que ela pode ser invocada, vez que seu pressuposto de aplicação, por ser extremamente amplo, representa a concessão de *carta branca* para o atingimento dos sócios e administradores por dívidas não saldadas da sociedade.

É, portanto, uma concepção que põe em cheque a limitação de responsabilidade dos sócios e o fundamental papel da pessoa jurídica na sociedade. Tais conseqüências, contudo, serão detidamente estudadas mais adiante, no item 2.4.4. Vejamos, antes, o funcionamento e o âmbito de aplicação desta vertente da desconsideração.

¹²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2: direito de empresa. p. 47.

2.4.2. Funcionamento

No que toca o *funcionamento* da Teoria Menor, não há grandes diferenças com aquele da Maior.

Também na Menor a desconsideração é casuística, suspendendo temporariamente e apenas em relação a obrigações específicas a eficácia da personalidade jurídica, mas nunca importando na decretação de sua invalidade ou inexistência.

Assim como a Teoria Maior, é instrumento de uso exclusivo pelo Poder Judiciário, não sendo admissível a desconsideração por qualquer outro componente da estrutura estatal.

Em relação à aplicação *ex officio*, inadmissível na vertente Maior da desconsideração, há quem sustente a sua possibilidade na Menor.

Como será visto pormenorizadamente no ponto a seguir, a Teoria Menor tem como um de seus principais fundamentos legais o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, com base neste dispositivo, em cuja redação se lê que “o juiz *poderá* desconsiderar a personalidade jurídica”, alguns autores defendem que, na seara do direito consumerista, a aplicação do instrumento pode ser feita de ofício pelo juiz.

Luiz Edson Fachin defende este ponto de vista, argumentando que “a utilização da palavra ‘poderá’ permite suscitar a idéia de que a atuação do juiz caberá com ou sem provocação da parte [...], por isso, tem abrigo na lei a interpretação de que poderá o magistrado agir mediante provocação ou *ex officio*.”¹²¹

Entretanto, segundo Ana Caroline Santos Ceolin, o verbo *poderá*, empregado na norma do art. 28, do CDC, “não se inclui entre as expressões que franqueiam a aplicação de ofício das normas legais pelos magistrados aos casos concretos.”¹²²

Esta autora, portanto, defende que a desconsideração deve *sempre* depender de requisição das partes. É o que conclui, após profunda análise sobre o tema, afirmando que “a teoria da desconsideração não pode ser aplicada de ofício

¹²¹ FACHIN, Luiz Edson et al. Comentários ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 103.

¹²² CEOLIN, Ana Caroline Santo. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração de pessoa jurídica*. p. 157.

pelo magistrado, nem mesmo às relações consumeristas, dada a ausência de autorização legal.”¹²³

2.4.3. Âmbito de aplicação

Como visto, a Teoria Menor da desconsideração constitui grave ameaça para a validade da regra da separação entre sócios e sociedade, sendo capaz de subverter a sistemática vigente, ao tornar a responsabilidade limitada em *ilimitada*.

Por este motivo, sua invocação deve ser necessariamente restrita aos casos previstos em lei, em que foi expressamente autorizada a aplicação da desconsideração sem o pressuposto do abuso da personalidade jurídica.

Isto ocorre nos casos em que o legislador identificou uma fraqueza excessiva por parte dos credores, julgando necessário tutelar de maneira extraordinária os seus interesses.

É o caso, por exemplo, da tutela ao consumidor. O legislador constituinte de 1988 identificou a importância de se erigir um sistema que outorgasse eficiente proteção aos interesses do consumidor (art. 5º, XXXIII, e art. 170, V Constituição Federal).

Deste modo, uma das providências para que isto ocorresse foi dispor, na redação extremamente ampla do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), sobre a *desconsideração da personalidade jurídica*:

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 quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Como se vê, franqueia-se a superação da personalidade jurídica em uma enormidade de casos, de modo que, no âmbito consumerista, “a teoria da

¹²³ CEOLIN, A. C. S. *Ob. cit.* p. 168.

desconsideração assume ampla aplicabilidade, devendo incidir sempre que ocorrer a prática de um ato contrário ao Direito.”¹²⁴

Contudo, não bastasse a amplitude do *caput*, o § 5º do art. 28 ainda adiciona a regra extremamente genérica de que

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

Tal disposição é tão abrangente que engloba o disposto no *caput* e nos demais parágrafos do artigo, tornando-os dispensáveis.

Assim, como afirma Claudia Lima Marques, a importância dada à tutela do consumidor leva o legislador a intervir e “destruir o importante dogma da personalidade jurídica se em jogo estiver a proteção do consumidor.”¹²⁵

Portanto, é inequívoco que o dispositivo do CDC trata-se da criticável Teoria Menor da desconsideração, vez que permite a superação da personalidade jurídica em *qualquer* hipótese em que a sociedade não possa pagar todos os seus débitos.

Outro exemplo é a Lei 8.884/94, que trata da repressão às infrações contra a ordem econômica e que assim dispõe em seu art. 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 a reprodução quase que *ipsis litteris* do *caput* do art. 28, do CDC. Mesmo não contando com disposição “alargadora” como aquela do § 5º do referido artigo, o art. 18 da Lei 8.884/94 tem amplitude suficiente para possibilitar a desconsideração

¹²⁴ CEOLIN, A. C. S. *Ob. cit.* p. 17.

¹²⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2005, p. 282.

além dos casos de abuso da personalidade jurídica, sendo, também, exemplo da Teoria Menor.

Já a Lei 9.605/98, que dispõe sobre sanção de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, em seu art. 4º, adotou diretamente redação tão abrangente quanto a do § 5º, do art. 28, do CDC. Assim dispôs:

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

Assim, também não há dúvidas que esta é a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Em suma, para que seja aceitável a aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, é imprescindível que ela seja restrita aos casos previstos em lei.

Pela sua gravidade e pelo seu caráter restritivo de direitos (dos sócios, que terão sua responsabilidade limitada transformada em *ilimitada*), é inadmissível a interpretação extensiva dos dispositivos que prevêem a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica.

2.4.4. Crítica à Teoria Menor

Como visto, a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, por sua amplitude e facilidade de aplicação, permite que se atinja os sócios e administradores de uma sociedade pelo simples fato de esta não possuir patrimônio suficiente para arcar com suas dívidas. Não cogita de qualquer abuso da pessoa jurídica, de modo que constitui tão somente caso de alargamento da responsabilidade dos sócios e administradores.

Tal sistemática faz cair por terra toda a formulação teórica da personalidade jurídica, reduzindo a nada as regras de separação entre a sociedade e seus membros, de autonomia patrimonial, de responsabilidade limitada etc.

Esta vertente da desconsideração torna a responsabilidade limitada dos sócios em *ilimitada*, violando a vigente sistemática das regras que regulam a atividade societária.

Os ensinamentos da doutrina sobre o cabimento da desconsideração sempre foram no sentido de que nas “situações onde a empresa tornou-se insolvente sem que tenha havido utilização da pessoa jurídica de maneira indevida, [...] não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica.”¹²⁶

Em situações tais nunca se cogitou da aplicação da desconsideração, pelo simples fato de que direito nenhum foi violado. Sócios e sociedade atuaram estritamente de acordo com o ordenamento jurídico, e desconsiderar a personalidade jurídica nestes casos significa aplicar punição sem que tenha havido ato anti-jurídico.

A justificativa da desconsideração procedida pela *Teoria Maior* é coibir as condutas que, abusando da separação entre sociedade e seus membros (vetor do empreendedorismo), prejudica os interesses dos credores. Ela busca, portanto, restabelecer o equilíbrio entre a tutela do empreendedorismo e a tutela do crédito, desconsiderando a personalidade jurídica *apenas* nos casos em que haja danos causados a terceiros mediante o abuso da figura.

A Teoria Menor claramente não tem tal objetivo e preocupação. Muito pelo contrário, a sua aplicação apenas contribui para que a balança saia do equilíbrio, passando a pender excessivamente para o lado da tutela do crédito.

Sua justificativa é dar maior proteção a classes de credores reputados hipossuficientes ou carecedores de atenção especial, como os consumidores. Não há dúvidas que buscar tal proteção é atitude válida e constitucionalmente definida como necessária. Contudo, a intensidade desta proteção não pode ser tão extrema a ponto de preterir todo e qualquer outro interesse constitucionalmente assegurado, como o da livre iniciativa. A este respeito, precisa é a advertência de Márcio Tadeu Guimarães Nunes:

É preciso que se tenha em mente que o princípio da defesa do consumidor não é um salvo-conduto teórico, tampouco um subterfúgio libertador para iniciativas ativistas no âmbito dos direitos sociais, motivo pelo qual deve-se ter redobrada atenção com as

¹²⁶ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. p. 37.

visões facilitadoras que decorrem do manejo do citado princípio a fim de evitar abusos tanto no campo legislativo quanto no judicial.¹²⁷

Com efeito, a Teoria Menor vai a tal extremo para proteger o vetor do crédito, que acaba sufocando quase que mortalmente o vetor do empreendedorismo.

É por tais motivos que já se vêem na doutrina questionamentos acerca da própria *constitucionalidade* dos dispositivos legais que determinam a aplicação da Teoria Menor, em especial do § 5º, do art. 28, do CDC.

Leandro Martins Zanitelli apresenta esta questão nos seguintes termos:

Seria preciso examinar se a Constituição, ao regular a atividade econômica, não veda, implicitamente, a supressão, pela via legislativa, da limitação da responsabilidade do empresário, o que constitui evidente desestímulo à livre iniciativa e ao crescimento econômico.¹²⁸

Se a aplicação da Teoria Menor já é de questionável justiça e constitucionalidade nos âmbitos em que há previsão expressa (direito do consumidor, ambiental etc.), a sua extensão para outras áreas do direito é simplesmente **inaceitável**.

Ana Caroline Santos Ceolin, comentando o art. 28, do CDC, é categórica em seu posicionamento contrário à interpretação extensiva:

Pode-se dizer, sem margem de dúvidas, que constitui imprecisão técnica invocar-se o art. 28 do CDC como fundamento jurídico para a aplicação da teoria da desconsideração nos casos em que não se defronta com uma relação de consumo.¹²⁹

¹²⁷ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. p. 85.

¹²⁸ ZANITELLI, Leandro Martins. Abuso da pessoa jurídica e desconsideração. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 728.

¹²⁹ CEOLIN, Ana Caroline Santo. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração de pessoa jurídica*. p. 43.

Nos casos em que há previsão para a Teoria Menor, sua aplicação se justifica (ainda que, como demonstramos acima, não de modo satisfatório) na necessidade de se dar proteção extra aos credores.

Fora destes casos, a aplicação desta vertente da desconsideração é simplesmente **abusiva**.

2.4.5. Conclusão sobre a Teoria Menor

Portanto, de acordo com o que apresentamos acima, a aplicação da Teoria Menor pode ser encarada sob dois *planos* diversos.

O primeiro, que chamamos de *hipotético/ideal*, é aquele que considera inconstitucional a aplicação da Teoria Menor da desconsideração, mesmo nos casos em que há previsão expressa.

É a visão de que o extremismo desta vertente, que leva a proteção do crédito ao limiar do insustentável, simplesmente não se justifica. Ela viola as regras da ponderação entre princípios constitucionais, uma vez que, para tutelar interesses daqueles que considera “hipossuficientes”, acaba por suprimir completamente outros direitos igualmente protegidos pela Constituição, em especial o direito ao empreendedorismo (livre iniciativa).

Caso fosse levada a cabo esta interpretação, seria necessário declarar inconstitucional todos os dispositivos que prevêm a aplicação da Teoria Menor. A desconsideração da personalidade jurídica só seria aceitável nos casos do art. 50, do Código Civil, isto é, quando restasse comprovado o abuso da pessoa jurídica.

Já o segundo plano, que chamamos de *realista*, é aquele que encara a vertente menor como aplicável nos casos em que há previsão expressa.

Assim, apesar de termos como correto o entendimento de que a Teoria Menor é inconstitucional e não deve ser aplicada, compreendemos que este passo (a declaração de inconstitucionalidade) não foi dado, de modo que atualmente dispositivos legais como o art. 28 do CDC e o art. 4º da Lei 9.605/98 são inteiramente aplicáveis.

Entretanto, mesmo no plano realista, a aplicação desta perigosa ferramenta só pode ser aceita nos casos em que haja dispositivo legal exposto prevendo-a. Sua aplicação extensiva é **abusiva e inaceitável**.

Portanto, como o objetivo do presente trabalho é analisar o *estado da arte* no que se refere à aplicação da desconsideração, tomaremos o segundo plano como critério de valoração dos julgados, no Capítulo III deste estudo.

2.5. Desambiguação – a desconsideração e os Direitos Trabalhista e Tributário

Doutrina e jurisprudência debatem sobre a previsão da desconsideração da personalidade jurídica nos âmbitos dos Direitos Trabalhista e Tributário.

A questão se coloca pelo fato de existir, na legislação de ambas áreas jurídicas, dispositivos que prevêm a responsabilidade de membros da sociedade por dívidas desta. Contudo, como veremos a seguir, são casos que não se confundem com a desconsideração, de modo que a desambiguação se impõe.

2.5.1. Direito Trabalhista

No caso do Direito do Trabalho, a questão coloca-se em relação ao art. 2º, § 2º, da CLT, que tem a seguinte redação:

§ 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 outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Há autores que vêem neste dispositivo verdadeira técnica desconsiderante, aplicável no específico caso de execução por dívidas trabalhistas, sendo possível atingir pessoa jurídica que não é a empregadora, mas que participa do mesmo grupo societário daquela.

É esta a visão de João Casillo, que afirma: “Aqui [§ 2º, do art. 2º, da CLT] não temos dúvida: é a teoria da desconsideração que pode ser aplicada,

francamente.”¹³⁰ Outros autores, como Marçal Justen Filho¹³¹ e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury¹³², dividem a mesma opinião.

Contudo, entendemos que tal posicionamento não pode prosperar. A doutrina mais moderna parece caminhar no sentido de considerar que o referido dispositivo não trata da desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, para a sua aplicação não é preciso indagar de abuso da estrutura societária ou superar a personalidade jurídica da sociedade empregadora. Trata-se, tão somente, de caso de responsabilização solidária de empresas coligadas.

É esta a conclusão de Alexandre Couto Silva, comentando especificamente o § 2º, do art. 2º, da CLT:

Esse dispositivo não consagra, portanto, a teoria da desconsideração, mas apenas trata da responsabilização civil das sociedades coligadas juntamente com a principal, as quais são responsabilizadas solidariamente.¹³³

A desconsideração da personalidade jurídica só pode ser aplicada ao Direito Trabalhista nos termos do art. 50, do Código Civil. Não há regra desconsiderante específica para as relações de trabalho.

Ademais, a sistemática adotada pelo Direito do Trabalho para tratar os empregadores pessoas jurídicas torna a aplicação da desconsideração *desnecessária*.

Vejamos o que diz o *caput* do art. 2º, da CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

¹³⁰ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. p. 24-40.

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. p. 102-106.

¹³² KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. p. 166-179.

¹³³ SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. p. 114.

Com efeito, é sintomático o fato de tal artigo referir-se a “empresa” como empregador, e não a “pessoa jurídica”. Para o Direito Trabalhista, o empregador não é a *sociedade*, mas toda a *organização de capital e trabalho* que compõe a *empresa*.

Assim, todos os integrantes da empresa são responsáveis pelos créditos trabalhistas, inclusive os sócios, sem que seja preciso desconsiderar a personalidade jurídica. Portanto, no caso de débitos trabalhistas, a regra parece ser a de que não há limitação de responsabilidade dos sócios.

É o que constata Ana Caroline Ceolin, mesmo considerando equivocada a exceção da regra da responsabilidade limitada no Direito Trabalhista:

Na Justiça do Trabalho, portanto, se a sociedade não possui patrimônio para arcar com os créditos dos seus empregados, cumpre aos sócios responder por eles, independente de prova de abuso ou fraude.¹³⁴

Neste ramo jurídico, a *personalidade jurídica* não tem o mesmo significado que possui no Direito Privado. O Direito do Trabalho parece não se preocupar com a outorga ou não de personalidade ao ente abstrato, não cogitando de separação entre sócios e sociedade, autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade.

Com efeito, o Direito Trabalhista parece passar ao largo do conceito de *pessoa jurídica*, adotando, em seu lugar, o conceito de *empresa*, muito mais amplo e, deste modo, muito mais eficaz para proteger os interesses dos empregados.

Não há, portanto, *necessidade* alguma de aplicar-se a desconsideração ao Direito Trabalhista, vez que a própria sistemática deste ramo jurídico já tem como *pressuposto* o atingimento dos sócios pelas dívidas trabalhistas da sociedade.

Este posicionamento é explicado pela importância dada à proteção do trabalhador, e, em especial, aos créditos trabalhistas, que, por terem natureza alimentar, devem receber todas as facilidades possíveis para serem quitados.

¹³⁴ CEOLIN, Ana Caroline Santo. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração de pessoa jurídica*. p. 92.

Como afirma Marçal Justen Filho, “o direito do trabalho, por sua imposição característica, inadmitte obstáculo jurídico ou ‘formal’ para a tutela do direito do trabalhador.”¹³⁵

Há, contudo, críticos fervorosos a esta sistemática trabalhista que estabelece a responsabilidade da *empresa*, assim tornando os sócios ilimitadamente responsáveis por dívidas da sociedade.

Entendemos que não cabe analisar aqui se esta ampliação da responsabilidade dos sócios frente a créditos laborais é, ou não, válida. Basta saber que o art. 2º, § 2º, da CLT não consagra a desconsideração, e que, no ramo trabalhista, não há motivos para se invocar tal figura.

2.5.2. Direito Tributário

No campo do Direito Tributário, o dispositivo de lei que causa dúvidas é o art. 135, I e III, do Código Tributário Nacional, que dispõe:

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:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ou seja, responsabiliza-se os sócios (através do inciso I, já que referidos no art. 134, VII) e os administradores (inciso III) por débitos tributários não pagos pela sociedade. É responsabilização direta e pessoal, que tem lugar quando tais pessoas agem “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

Não há qualquer indagação acerca do abuso da pessoa jurídica para a responsabilização de que trata o art. 135. Do mesmo modo, a personalidade jurídica não precisa ser superada para que se atinja o fim da norma. É por isso que Alexandre Couto Silva afirma que, na hipótese em análise, não há

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. p. 103.

qualquer quebra do princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa-membro, ou seja, não se trata de hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, mas, sim, de responsabilidade por ato próprio.¹³⁶

A mesma conclusão já chegava José Lamartine Correa de Oliveira, argumentando que

Não tem sentido em Direito brasileiro enxergar em dispositivos como o do art. 134, VII, do Código Tributário (que responsabiliza, verificados determinados pressupostos, os sócios pelas obrigações tributárias da sociedade) indícios que revelem a presença entre nós das teses da *desconsideração*. Tal dispositivo significa apenas que, em determinadas circunstâncias, os sócios são responsáveis por dívida alheia – no caso, dívida da sociedade. Não envolve qualquer quebra ao princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa-membro.¹³⁷

É, portanto, previsão que não se confunde com a desconsideração, tendo, tão somente, fim semelhante (atingir sócios e administradores por dívidas da sociedade).

Alexandre Alberto Teodoro da Silva busca a gênese do entendimento errôneo de que o CTN teria previsto a desconsideração:

Objetivamente, a única forma de compreender o porquê da interpretação desse dispositivo como suporte normativo da desconsideração da personalidade jurídica reside no fato de que nossos Tribunais buscavam sustentar essa teoria a partir de alguma regra textual, pois eram, e ainda hoje são, extremamente apegados à tradição do direito escrito.¹³⁸

¹³⁶ SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. p. 117.

¹³⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. p. 520.

¹³⁸ SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 98.

Não há, portanto, regra tributária especial no que toca a desconsideração da personalidade jurídica. Neste ramo, tal instrumento só poderá ser invocado através do art. 50, do Código Civil, seguindo os requisitos da Teoria Maior acima analisados (item 2.3.3).

2.6. Desconsideração em sentido inverso

A desconsideração que até aqui analisamos supera a personalidade jurídica da sociedade para atingir os sócios, quando há abuso da estrutura societária e, em consequência disto, violação a interesses de terceiros. São casos em que a intenção é fazer a sociedade arcar por uma conduta que, na realidade, é do sócio, isentando este de responsabilidade.

Contudo, a separação entre sócios e sociedade pode ser utilizada (abusada) para preterir interesses de terceiros também da maneira *inversa*. Ou seja, é possível que o objetivo do abuso seja resguardar a *sociedade*, respondendo o *sócio* pela conduta ou obrigação. São casos em que o sócio é insolvente ou de alguma forma imune, de modo que assume a conduta e protege a pessoa jurídica.

O caso mais comum deste abuso inverso é o de sócios que têm contra si alguma execução (ou iminência de execução) e buscam “blindar” seu patrimônio pessoal, transferindo-o para uma pessoa jurídica, que, a princípio, não tem qualquer relação com as dívidas dos sócios e não pode ser por elas executada.

Uma outra hipótese seria a da já analisada (item 2.3.3.3) violação de norma ou de contrato com cláusula de não fazer, agora com os papéis invertidos. Tendo a sociedade assinado contrato com cláusula de não concorrência, o sócio, que é *imune* a tal pactuação (não foi parte nela), faz exatamente aquilo a que a sociedade estava impedida.

Casos como estes podem ser solucionados através da chamada **desconsideração da personalidade jurídica em sentido inverso**. Seu objetivo é o mesmo da desconsideração “padrão”, coibir o abuso da separação entre sociedade e sócios. A única diferença é que, na padrão, a superação da personalidade jurídica visa atingir os sócios, enquanto que, na inversa, atinge-se a sociedade.

O Professor Calixto Salomão Filho questiona se, em casos como os acima expostos, tal desconsideração é *necessária*, ou se “tudo não se resolveria através

da hoje largamente admitida penhora da participação social do sócio (quotas ou ações)?”¹³⁹⁻¹⁴⁰

O próprio autor responde, concluindo pela necessidade da desconsideração inversa, já que “o interesse do credor é o recebimento de seu crédito e não a participação em ou mesmo a venda de quotas de uma sociedade a respeito da qual não tem qualquer informação.”¹⁴¹

Assim, teria lugar a desconsideração em sentido inverso, em casos como os acima expostos, nos quais se pretere interesses de credores dos sócios através da utilização desviada da pessoa jurídica.

Tratando de instrumento que, como a Teoria Maior da desconsideração, visa coibir o abuso da pessoa jurídica, acreditamos que nada mais natural que impor à aplicação da desconsideração em sentido inverso os mesmos pressupostos da Teoria Maior.

Deste modo, é imperativo que fique comprovado o abuso da organização societária da pessoa jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, nos exatos termos referidos no item 2.3.3.

Não há qualquer possibilidade de sustentar a aplicação da desconsideração inversa na Teoria Menor. Como foi visto, esta vertente é extremamente perigosa e restritiva de direitos, de modo que os dispositivos de lei que a prevêm devem ser sempre interpretados restritivamente. Não havendo previsão expressa da desconsideração em sentido inverso segundo os critérios da Teoria Menor, esta hipótese fica vedada.

Corroborando a possibilidade de aplicação da desconsideração em sentido inverso e a necessidade de que, para tanto, sejam observadas as regras do art. 50 do Código Civil (Teoria Maior), foi editado o Enunciado nº 283, da IV Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação:

283 – Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.

¹³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. p. 224.

¹⁴⁰ Ações e quotas de sociedades de capitais são penhoráveis. Como explica Fábio Ulhoa Coelho, “apenas são impenhoráveis as quotas sociais de sociedade limitada de pessoas”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2: direito de empresa. p. 46.)

¹⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. p. 224.

É plenamente aplicável, portanto, a desconsideração em sentido inverso, desde que presentes os pressupostos da Teoria Maior.

2.7. Conclusão do Capítulo

Como vimos ao longo deste trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento que, se aplicado corretamente, tem o condão de restabelecer o equilíbrio entre o fomento do empreendedorismo e a proteção ao crédito, coibindo o abuso das vantagens propiciadas pela personalização das sociedades.

Contudo, da mesma maneira que o abuso da pessoa jurídica é extremamente prejudicial para a evolução do país, também o *abuso da desconsideração* pode levar ao desequilíbrio da balança, agora para o lado oposto.

A mesma ferramenta que tem como objetivo trazer equilíbrio para a equação *empreendedorismo X crédito* pode, se aplicada incorretamente, desequilibrá-la. O único modo de garantir que isto não ocorra é aplicá-la estritamente dentro de seus limites. Só assim seu papel no Direito será *construtivo*, ao invés de *destrutivo*.

Portanto, o objetivo da análise feita ao longo deste Capítulo foi o de definir o *fiel da balança* em relação à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Isto é, determinar quando invocar tal instrumento é o procedimento correto e desejável (ou ao menos aceitável) a ser adotado pelo julgador, e quando tal invocação é simplesmente abusiva.

A partir das conclusões aqui alcançadas, será possível proceder a uma avaliação crítica da maneira como a desconsideração vem sendo aplicada pelos Tribunais pátrios.

Em relação à Teoria Maior da desconsideração, sua aplicação é restrita aos casos de abuso da pessoa jurídica com desvio de função, nos termos do art. 50 do Código Civil. Apenas quando prejudica-se terceiros mediante o abuso da estrutura societária (item 2.3.3), isto é, utilizando-se a pessoa jurídica não como sujeito autônomo e independente dos sócios, mas como anteparo para fraude, é que a desconsideração é admissível e necessária. O mero cometimento de ato anti-jurídico pela sociedade, sem a existência de abuso da pessoa jurídica, não permite que se levante o véu societário.

Mesmo acreditando tratar-se de instrumento inconstitucional (item 2.4.4), aceitamos que a Teoria Menor da desconsideração seja aplicada nos casos em que há previsão expressa para tanto. Contudo, a aplicação deve ser restrita a estes casos. É inadmissível a interpretação extensiva dos dispositivos legais que prevêm esta vertente da desconsideração.

Nos âmbitos Trabalhista e Tributário, não existem espécies de desconsideração especiais. O art. 2º, § 2º, da CLT, e 135, do CTN, encerram sistemáticas próprias de responsabilização dos membros de sociedades, não se confundindo com a desconsideração. Não é dizer que o instrumento ora em análise não é aplicável nestes ramos jurídicos. É. Mas seguindo as regras gerais do art. 50, do Código Civil (Teoria Maior), e não regras diversas.

No que se refere à desconsideração em sentido inverso, sua aplicação é aceitável nos casos em que o abuso da pessoa jurídica visa preterir o interesse de credores do sócio. Deve, entretanto, respeitar os mesmos pressupostos estabelecidos para a Teoria Maior (item 2.6).

Tendo em mãos estes subsídios, podemos agora partir para o Capítulo final do trabalho, no qual analisaremos alguns julgados que aplicam a desconsideração da personalidade jurídica.

CAPÍTULO III – O ABUSO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS TRIBUNAIS

3.1. Introdução

O presente Capítulo terá o objetivo de demonstrar o modo pelo qual os Tribunais pátrios vêm aplicando a desconsideração da personalidade jurídica, através da análise de casos paradigmáticos, capazes de resumir o modo de interpretação e pensamento de grande parte dos julgadores brasileiros.

Em especial, será dada ênfase aos principais casos em que a aplicação deste instrumento é feita de maneira errada, sem que estejam presentes os pressupostos autorizadores.

Portanto, destacaremos os casos de **abuso** deste instrumento, cotejando-os com exemplos em que a invocação (ou o afastamento) da desconsideração foi feita de maneira adequada.

3.2. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelos Tribunais – estudo de julgados

3.2.1. Teoria Maior

O primeiro julgado que analisaremos demonstra como a invocação da desconsideração da personalidade jurídica freqüentemente se baseia em ato abusivo, fraudulento ou anti-jurídico cometido pela pessoa jurídica, mas que não representa *abuso da pessoa jurídica*. Tais casos, como já apontamos, não podem ensejar a desconsideração.

No acórdão a seguir, a mera dissolução irregular da sociedade foi suficiente para que o órgão julgador colegiado invocasse a desconsideração e determinasse a execução dos sócios:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR.
POSSIBILIDADE.

É perfeitamente possível a desconsideração da personalidade jurídica no caso de dissolução irregular da sociedade. Havendo provas no sentido de que a sociedade foi irregularmente extinta, deve ser deferida a desconsideração da personalidade jurídica, para que a execução atinja os bens dos sócios.

(TJMG - 9ª C.Cível – Apelação Cível 1.0024.06.976691-3/001 – Belo Horizonte - Rel.: Des. Pedro Bernardes - Unânime - J. 02/10/2007)

São casos nos quais certamente há prejuízo a interesses de terceiros. Contudo, isto não é feito mediante o abuso da estrutura societária da sociedade, de modo que não é possível invocar a desconsideração.

Nestas hipóteses, a pessoa jurídica é a responsável pela conduta e, portanto, pelos danos causados a terceiros, devendo responder pelos débitos com o seu patrimônio próprio.

Contudo, como se pode observar, tais postulados não são sempre respeitados.

O caso a seguir, que também aplica a desconsideração sem que haja abuso da pessoa jurídica, é ainda mais grave, vez que sua fundamentação demonstra como as regras de separação entre sócios e sociedade são por vezes simplesmente deixadas de lado:

AGRAVO INOMINADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO, NOS TERMOS DO ART. 557, DO CPC. DECISÃO QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL, DETRAN E RGI. VIABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE BENS EM NOME DE SÓCIO, O QUE TORNA LEGÍTIMA A EXPEDIÇÃO A ÓRGÃOS DE CADASTROS, QUE ENSEJA A MANUTENÇÃO DA DECISÃO GUERREADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(Agravo de instrumento, processo n.º 2008.002.11759, 7.º Câ. Cív., TJRJ, Des. Carlos Eduardo Moreira Silva, julgado em 23/07/2008.)

O seguinte trecho deste acórdão reflete bem nossa preocupação, tendo em mente que a pessoa jurídica aqui referida é uma Sociedade Anônima:

Embora a pessoa jurídica possua personalidade jurídica própria, seus componentes respondem, em comunhão com os da pessoa jurídica, pelo cumprimento das obrigações assumidas, quando esta é a única forma de satisfação do crédito.

Indubitavelmente, uma vez não encontrados bens em nome da Executada, suficientes para satisfação do crédito da Exequente, ora

Agravante, torna-se possível à desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, de modo que se alcancem os bens de seus sócios.

Em dois simples parágrafos, passa-se por cima de toda a construção teórica da pessoa jurídica, deixando para trás a regra de limitação de responsabilidade e a fundamental função deste instituto jurídico.

Não buscamos aqui traçar um panorama tendencioso do modo de aplicação da desconsideração, trazendo a lume tão somente julgados que dão interpretação equivocada à ferramenta.

Esta, com certeza, não é a tendência majoritária, como podemos exemplificar através do impecável acórdão do Recurso Especial 876.974/SP, ao qual já tivemos a oportunidade de nos referir neste trabalho¹⁴²:

COMERCIAL, CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO PADEÇA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DECLARAÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ABUSO. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADE SEM BAIXA NA JUNTA COMERCIAL. CIRCUNSTÂNCIA INSUFICIENTE À PRESUNÇÃO DE FRAUDE OU MÁ-FÉ NA CONDUÇÃO DOS NEGÓCIOS. ARTS. 592, II E 596 DO CPC. NORMAS EM BRANCO, QUE NÃO DEVEM SER APLICADAS DE FORMA SOLITÁRIA. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR E DO CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. SÓCIOS NÃO RESPONDEM PELO PREJUÍZO SOCIAL. PRECEDENTES.

- Mesmo se manejados com o intuito de prequestionamento, os embargos declaratórios devem cogitar de alguma hipótese de omissão, contradição ou obscuridade, sob pena de rejeição.

- A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato.

- O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios.

- Os arts. 592, II e 596 do CPC, esta Turma já decidiu que tais dispositivos contêm norma em branco, vinculada a outro texto legal, de maneira que não podem - e não devem - ser aplicados de forma solitária. Por isso é que em ambos existe a expressão “nos termos da lei”.

¹⁴² Item 2.3.3.3.

- Os sócios de empresa constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada não respondem pelos prejuízos sociais, desde que não tenha havido administração irregular e haja integralização do capital social.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 876974/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.08.2007, DJ 27.08.2007 p. 236)

Com efeito, foi perfeito o entendimento da Ministra Nancy Andrighi neste REsp. Balizou-se nos pressupostos do art. 50 e da Teoria Maior, deixando claro que a desconsideração é medida excepcional, que só tem lugar nos casos em que haja *abuso da personalidade jurídica*, não bastando o simples encerramento irregular das atividades da sociedade.

3.2.2. Teoria Menor

Em relação à Teoria Menor, o abuso mais comum é a aplicação desta vertente da desconsideração a casos que estão fora do âmbito específico em que pode ser invocada.

A equivocada interpretação extensiva do art. 28, § 5º, do CDC, a relações que não são de consumo é prática freqüente no Judiciário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO - COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE BENS EM NOME DA EMPRESA EXECUTADA PARA SOLVER O DÉBITO - MUDANÇA DE ENDEREÇO SEM COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS OFICIAIS - ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DE FORMA IRREGULAR - DEFERIMENTO DO PEDIDO FORMULADO PELO CREDOR PARA QUE SEJA EXPEDIDO OFÍCIO AO BACEN DETERMINANDO O BLOQUEIO DE NUMERÁRIOS EXISTENTE NAS CONTAS DOS SÓCIOS, ATÉ O LIMITE DO CRÉDITO - DINHEIRO - PREFERÊNCIA NA ORDEM DE GRADAÇÃO LEGAL NOS BENS PASSÍVEIS DE PENHORA (ART. 655, I, CPC) - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJPR - 14ª C.Cível - AI 423842-4 - Guarapuava - Rel.: Des. Themis de Almeida Furquim Cortes - Unânime - J. 05.03.2008)

No texto deste acórdão, fica claro como o mencionado art. 28 tem sua aplicação estendida para casos em que não há previsão em lei da Teoria Menor, sendo importante destacar que, no caso deste acórdão, não se tratava de relação de

consumo, mas sim de relação de distribuição entre duas empresas:

Já a teoria da menor desconsideração, acolhida no § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, permite a desconsideração da personalidade jurídica com a mera prova da insolvência da pessoa jurídica em detrimento do consumidor, independente da existência do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial.

A simples prova da insolvência da pessoa jurídica já justifica o obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor, o que autoriza a desconsideração, nos termos da Lei 8078/90.

As regras aqui analisadas são muitas vezes simplesmente ignoradas, dando espaço para a aplicação da Teoria Menor da desconsideração a todo e qualquer caso, como se fosse figura que permite a execução dos sócios frente à mera insolvência da sociedade. É o que verificamos no seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO - COMPROVAÇÃO DE INSOLVÊNCIA DA AGRAVADA EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE BENS CAPAZES DE SOLVER O DÉBITO - RECURSO PROVIDO.

Deve haver a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica quando verificar-se que a existência da pessoa jurídica é obstáculo ao adimplemento da obrigação em razão de sua insolvência.

(TJPR - 14ª C.Cível - AI 0434314-2 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Rubens Oliveira Fontoura - Unânime - J. 28.11.2007)

Também em relação à Teoria Menor, o cenário não é de total desrespeito às regras, como se pode ver no famoso REsp 279.273/SP, o qual julgou o caso da explosão no Shopping Center de Osasco/SP, que deixou mais de 300 feridos e resultou na morte de 42 pessoas.

Equiparou-se os transeuntes do shopping a consumidores, de modo que a aplicação do art. 28, § 5º, do CDC, foi restrita à relação consumerista.

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOÇÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS.

OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ART. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004 p. 230)

Este mesmo acórdão é exemplificativo de como a radicalidade do art. 28, § 5º é motivo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Com efeito, tal julgamento se deu por maioria, tendo os Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votado contra, entendendo que o referido parágrafo deve ser aplicado à luz do seu *caput*, sendo necessária a demonstração de atuação culposa por parte dos sócios e administradores, assim abrandando a radicalidade do dispositivo.

No sentido do acórdão vencedor votaram a Ministra Nancy Andrigli (Relatora) e os Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro.

3.3. Crítica ao abuso da desconsideração.

Fica claro, portanto, que a desconsideração vem sendo abusada pelos Tribunais pátrios, mesmo se, como foi demonstrado, esta tendência não é por todos seguida, havendo importantes vozes no sentido da defesa da aplicação correta do instrumento em análise.

Já foi extensamente demonstrada a importância da *pessoa jurídica*, que funciona como *sanção positiva*, limitando a responsabilidade dos sócios e incentivando o empreendedorismo, assim sendo motor do crescimento e desenvolvimento econômico-social do país.

Também já foi demonstrado que a desconsideração da personalidade jurídica, instrumento utilizado para corrigir os desvios de finalidade da pessoa jurídica, deve ser aplicada estritamente dentro de seus limites, sob pena de desconfigurar o instituto que busca proteger (a pessoa jurídica) e, de quebra, desestabilizar o sistema erigido para possibilitar o desenvolvimento da nação.

Tratamos, portanto, do **pêndulo** a que nos referimos na Introdução deste trabalho. Ao buscar a correção do abuso da pessoa jurídica e a proteção ao crédito, o impulso é tão forte que a solução acaba por *negar* a pessoa jurídica e preterir o interesse do empreendedorismo.

No caso em mãos, a radicalidade das decisões é inversamente proporcional à justiça do provimento jurisdicional. A desconsideração aplicada fora de seus limites deixa de servir aos interesses da sociedade e passa a feri-los. Ao invés de coibir o abuso da pessoa jurídica e proteger os credores lesados, a desconsideração passa a constituir em si um abuso, injustificadamente prejudicando os empreendedores e, conseqüentemente, toda a nação.

Como afirma Teresa Pantoja, utilizar a desconsideração sem que estejam presentes os pressupostos autorizadores

é erigir-se em concreta e imediata a *responsabilidade social* do empresário, quando nem a Constituição o fez, nem o CC/2002

pretendeu assim qualificá-la, nem muito menos os padrões de auto-sustentabilidade econômica pós-modernos assim comportam.¹⁴³

A justiça está, sem dúvidas, no equilíbrio perfeito entre a proteção do crédito e a proteção do empreendedorismo. E este equilíbrio só pode ser alcançado através da correta aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que permite, simultaneamente, a fruição das vantagens proporcionadas pela pessoa jurídica e a coibição do seu abuso.

¹⁴³ PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. p. 124.

CONCLUSÃO

Após toda a análise aqui realizada, onde foi demonstrada a importância da pessoa jurídica e o perigo representado pela aplicação incorreta da desconsideração, resta apenas retomar as três questões (desconfianças) levantadas na Introdução deste estudo, quais sejam:

- i – se a aplicação da desconsideração vem sendo feita com o devido cuidado;
- ii – se este instrumento está sendo utilizado para violar a regra da personalidade jurídica e fazer “justiça” no caso concreto; e
- iii – se vêm sendo respeitados os âmbitos de aplicação da Teoria Maior e Menor da desconsideração.

Pelo que vimos, principalmente no Capítulo III, as suspeitas que motivaram este trabalho foram, infelizmente, confirmadas.

De fato, é comum encontrarmos casos em que a aplicação da desconsideração é feita sem a verificação dos pressupostos autorizadores, sendo invocada frente à mera insolvência, irregularidade etc. da sociedade (questão i).

O mesmo ocorre com o desrespeito aos âmbitos de aplicação das Teorias Maior e Menor da desconsideração (questão iii), que, em última análise, refere-se também à aplicação sem pressupostos.

Chamamos a atenção para a questão ii, cuja resposta resume todo o trabalho. Esta suspeita, como as anteriores, também foi confirmada. Fica claro pela análise dos julgados que, na maioria das vezes em que há aplicação abusiva da desconsideração, o objetivo do juiz é entregar uma decisão (aos seus olhos) justa. Inquirimos acerca da validade disto.

Em alguns casos, pode ser tentador ao julgador determinar a execução dos sócios por dívidas da sociedade. De um lado, estarão os credores, pessoas que perderam muito devido ao não recebimento de seus créditos e que agora buscam ressarcimento. Do outro lado, os sócios da sociedade devedora, que não raro possuem grande patrimônio. Assim, ao juiz parecerá injusto que os fornecedores tenham que arcar com todo o prejuízo, enquanto os sócios saem ilesos da situação.

Sendo assim, lhe parecerá correto determinar a execução dos sócios, para tanto tendo “apenas” que violar a personalidade jurídica e a regra da autonomia patrimonial. Assim, “encaixa” à situação a desconsideração da personalidade jurídica e faz justiça.

Contudo, o juiz que assim procede está olhando tão somente para o caso concreto, esquecendo do panorama maior. A “mera” regra da separação entre sócio e sociedade pode parecer injusta no caso concreto, mas ela tem propósitos muito maiores. Sua existência é fruto de uma decisão da sociedade, que escolhe dar este privilégio aos empresários, de modo a estimular o empreendedorismo e o crescimento de sua nação.

Talvez exigir do julgador que analise o panorama macroscópico seja pedir demais. Talvez ele nem possa fazê-lo, estando sua análise vinculada àquilo que está nos autos. Contudo, o julgador não *precisa* fazer esta análise. Isto já foi feito para ele. A sociedade o fez, através dos legisladores constituintes, quando foi decidido que a separação entre sócios e sociedade seria uma regra. Do julgador exige-se, tão somente, que siga esta regra.

Concluimos, portanto, que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada estritamente dentro de seus limites. Por mais nobre que seja o objetivo do julgador ao determinar o atingimento dos sócios sem a existência dos pressupostos da desconsideração, tal conduta estará violando regras de influência muito maiores, pensadas no benefício de toda a comunidade.

É, portanto, conduta inaceitável desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância dos seus pressupostos de aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 243-278.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP Editora, 2005.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, a. 68, v. 528, out./1979, p. 24-40.

CEOLIN, Ana Caroline Santo. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração de pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

_____. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1983.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

FACHIN, Luiz Edson et al. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FRASÃO. Stanley Martins. Responsabilidade civil do administrador e sócios da sociedade limitada. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Coord.). *Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 93-117.

GEVAERD FILHO, Jair Lima. *Direito Societário: teoria e prática da função*. Curitiba: Genesis, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Oskandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Lições de direito societário: sociedade anônima*. v. 2. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

HABIBE, Taís Cruz. Desconsideração da personalidade jurídica. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Coord.). *Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 165-179.

HÜBERT, Ivens Henrique. O capital social e suas funções na sociedade empresária. São Paulo, 2007, 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada*. Curitiba: Juruá, 1996.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6. ed., v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica descomplicada. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 6, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 225-229.

MARINONI, Luiz Guilherme; LIMA JÚNIOR, Marcos Aurélio de. Fraude – Configuração – Prova – Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista do Tribunais*, a. 90, v. 783, jan./2001, p.137-164.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 41. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A personalidade jurídica da sociedade irregular. *Revista da Faculdade de Direito – Universidade do Paraná*, a. 10, n. 10, 1964/1967, p.139-161.

_____. Conceito de pessoa jurídica. Curitiba, 1962. Tese (para concurso de livre docência de Direito Civil) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

_____. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 85-124.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

PERRET, Claudia Renata da E. Lemos. A Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a 4, n 4 e a 5, n 5, 2003/2004, p. 361-433.

REALE, Miguel. *O processo da reforma do Código Civil*. Disponível na Internet via <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11_04_03/1_miguel_reale1.htm>.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, a. 58, v. 410, dez./1969, p.12-24.

_____. *Curso de direito comercial*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. *Revista de Direito Público da Economia*, a. 1, n. 1, jan./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, p. 29-66.

VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ZANITELLI, Leandro Martins. Abuso da pessoa jurídica e desconsideração. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.