

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**THAYANA GABRIELA NOTTAR ESCOBAR**

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO  
EMPRESARIAL**

**Curitiba**

**2009**

**THAYANA GABRIELA NOTTAR ESCOBAR**

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO  
EMPRESARIAL**

Monografia apresentada a como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco

**Curitiba  
2009**

A meu esposo Fabio.

A Kalli e Estephanie, minhas queridas irmãs.

Por todo carinho, apoio e compreensão hoje e sempre.

### **AGRADECIMENTOS**

A todos os mestres, em especial ao meu orientador, professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco.

Aos colegas Bruna, Daniela e Jonatas, e em especial ao colega André, pela amizade e ajuda durante todo o curso.



## RESUMO

As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros, assim dispõe o Código Civil. Da sua constituição decorre o efeito da separação patrimonial que limita, em tese, a responsabilidade do empresário quanto aos atos da empresa. Se, por um lado esta prerrogativa incentiva o desenvolvimento empresarial, por outro, não tardou a ser usada em práticas irregulares, fraudulentas, abusivas e de confusão patrimonial. Surge, então, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Esta monografia busca estudar a aplicação desta teoria no direito empresarial brasileiro. Para isto inicia um estudo sobre o instituto da personalidade jurídica, o histórico, as teorias defensoras da sua existência, a crise da personalidade jurídica e a personificação das sociedades empresárias. Passa, então, a discutir as teorias norte-americana e alemã, a doutrina brasileira e a positivação do instituto que dão base para o estudo específico do instituto no direito comercial brasileiro.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica. Sociedades Empresárias. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Aplicação no Direito Comercial.

## ABSTRACT

Legal entity has separate existence from its members as the Civil Code. From its formation follows the effect of unbundling which limits the liability of the entrepreneur as the acts of the company. If, on the one hand this prerogative encourages business development, on the other, soon it becomes to be used in malpractice, fraud, abuse and confusion of assets. These were the reason to develop the theory of disregard of legal personality. This monograph aims to study the application of this theory in the Brazilian commercial law. By the beginning, it studies the institution of legal personality, its history, theories of its existence, the crisis of legal personality and the personification of business companies. Moving forward, then, to discuss U.S. and German theories of disregard of legal entity, the Brazilian doctrine and the legal recognition of the issue in order to develop a framework to discuss its application in the Brazilian commercial law.

Key words: Legal Entity. Companies. Disregard of Legal Entity. Enforcement in Commercial Law.

## LISTA DE SIGLAS

|      |   |  |
|------|---|--|
| CC   | - | Código Civil   |
| CDC  | - | Código de Defesa do Consumidor                         |
| CF   | - | Constituição Federal                                   |
| CPC  | - | Código de Processo Civil                               |
| CVM  | - | Comissão de Valores Mobiliários                        |
| LIOE | - | Lei de Infrações à Ordem Econômica (Lei nº 8.884/1994) |
| LRE  | - | Lei do Registro de Empresas (Lei nº 8.934/1994)        |
| LSA  | - | Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976)       |
| S/A  | - | Sociedade Anônima                                      |

## LISTA DE ABREVIATURAS

|      |   |           |
|------|---|-----------|
| Cia. | - | Companhia |
| ed.  | - | Edição    |
| V.   | - | Volume    |



## SUMÁRIO

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>10</b> |
| <b>2</b> | <b>PERSONALIDADE JURÍDICA.....</b>   | <b>12</b> |
| 2.1      | HISTÓRICO .....  | 12        |
| 2.2      | TEORIAS DEFENSORAS DA EXISTÊNCIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....  | 14        |
| 2.2.1    | <i>Teoria da Ficção.....</i>   | 15        |
| 2.2.2    | <i>Teoria da Realidade Objetiva .....</i>  | 16        |
| 2.2.3    | <i>Teoria da Realidade Técnica.....</i>  | 16        |
| 2.2.4    | <i>Teoria Institucional.....</i>   | 17        |
| 2.2.5    | <i>Direito Positivo Brasileiro .....</i>   | 17        |
| 2.3      | A CRISE DA PESSOA JURÍDICA.....  | 19        |
| <b>3</b> | <b>AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS .....</b>   | <b>22</b> |
| 3.1      | ASPECTOS GERAIS.....   | 22        |
| 3.2      | PERSONALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E SEUS EFEITOS.....  | 23        |
| 3.3      | TIPOS SOCIETÁRIOS .....  | 26        |
| 3.3.1    | <i>Sociedade em Nome Coletivo .....</i>  | 27        |
| 3.3.2    | <i>Sociedade em Comandita.....</i>   | 27        |
| 3.3.2.1  | <i>Sociedade em Comandita Simples.....</i>   | 27        |
| 3.3.2.2  | <i>Sociedade em Comandita por Ações.....</i>   | 28        |
| 3.3.3    | <i>Sociedade Limitada .....</i>  | 29        |
| 3.3.4    | <i>Sociedade Anônima .....</i>   | 33        |
| <b>4</b> | <b>A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....</b>   | <b>38</b> |
| 4.1      | TEORIAS NORTE-AMERICANA E ALEMÃ.....   | 38        |
| 4.2      | CONCEITO E FINALIDADE .....  | 42        |
| 4.3      | A DOCTRINA BRASILEIRA.....   | 46        |
| 4.3.1    | <i>Rubens Requião.....</i>   | 46        |
| 4.3.2    | <i>José Lamartine Corrêa de Oliveira.....</i>  | 47        |
| 4.3.3    | <i>Marçal Justen Filho.....</i>  | 49        |
| 4.3.4    | <i>Fábio Konder Comparato.....</i>   | 50        |
| 4.3.5    | <i>Fábio Ulhoa Coelho.....</i>   | 53        |
| 4.4      | DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....   | 55        |
| <b>5</b> | <b>A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO.....</b> | <b>60</b> |
| <b>6</b> | <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>65</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>68</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Por se tratar de um dos mais importantes institutos do direito, a pessoa jurídica configura-se como um dos mais complexos e polêmicos temas jurídicos. Seu conceito, requisitos de validade, princípios, enfim tudo é objeto de grande discussão doutrinária, sendo incontáveis os trabalhos que se propuseram a sistematizar as teorias.

Se isso ocorre com a própria entidade já sacramentada pelos anos no Direito Brasileiro, a desconsideração e sua aplicabilidade enfrentam dificuldades. Apenas na década de 1990, no Código de Defesa do Consumidor, e em 2002 no Código Civil, é que o tema ganhou substrato legislativo no Brasil e até hoje muitos operadores jurídicos confundem os objetivos e pressupostos para sua aplicação.

O tema é objeto do Direito Comercial, Econômico, Trabalhista, Tributário, Ambiental, do Consumidor e Processual Civil. Este trabalho visa ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito Empresarial brasileiro, abordando a tentativa de conceituação, origem, recepção pelo sistema romano-germânico, fundamento, requisitos e validade.

Para isso, o trabalho inicia um estudo singelo sobre o instituto da pessoa jurídica e as sociedades empresárias, buscando mostrar que o desenvolvimento do capitalismo liga-se diretamente ao instituto, pois a livre iniciativa encontra forte incentivo na garantia de separação patrimonial entre sócio e sociedade e a limitação dos riscos assumidos.

Todavia nem sempre é praticada de forma correta. Ao serem utilizadas de forma diferente dos princípios e objetivos do ordenamento jurídico, elas servem para outros fins daqueles esperados. Torna-se, assim, importante protegê-la de tentativas de fraude e desvio de sua finalidade.

Surge, então, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – a *disregard of legal entity*. Ela ultrapassa a pessoa jurídica atingindo a pessoa do sócio em um evento episódico, sem, contudo, negar a existência e validade do ato constitutivo. É justamente uma tentativa de proteção da pessoa jurídica, adequando o Direito à realidade.

Como conseqüência da sua origem no direito anglo-saxão, e somente depois recepcionada pelos doutrinadores do direito romano-germânico, o magistrado desempenha papel fundamental na busca de consolidação da norma e o correto uso dos institutos jurídicos na realidade social.

Após fazer-se um apanhado histórico e discutir a finalidade da teoria, passa-se ao estudo da legislação e doutrina brasileira sobre o tema. Aqui se destacam importantes professores paranaenses como Rubens Requião, José Lamartine Correa de Oliveira e Marçal Justen Filho, além de Fábio Ulhoa Coelho e Fábio Konder Comparato.

A partir desta base, o quinto capítulo ocupa-se de estudar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica exclusivamente no Direito Empresarial Brasileiro e os problemas na sua aplicação, já que não se trata de tarefa fácil. De um lado, há a preocupação de se proteger os direitos da personalidade jurídica como forma de ela efetivamente atender os fins para os quais foi criada e, de outro, que suas prerrogativas não venham a ser um obstáculo ao ressarcimento do lesado.

Certamente a questão tem recebido tratamento jurídico e legal de modo que já existe um norte para as análises do tema. Isso, porém, não dispensa novos estudos para que acompanhem o constante dinamismo do Direito na busca da justiça.

## 2 PERSONALIDADE JURÍDICA

### 2.1 HISTÓRICO

A noção de pessoa jurídica que se conhece hoje é uma construção moderna.<sup>1</sup> É com a pandectística alemã do século XVIII e XIX que a ciência do direito concebe a existência material e jurídica de uma entidade distinta dos indivíduos que a constituem.<sup>2</sup>

O Direito romano jamais conheceu a pessoa jurídica como entidade distinta dos indivíduos que a compõem. A figura da *persona* em geral era utilizada como sinônimo de homem, mas também poderia representar as diversas titularidades que um mesmo homem possuía ou herança jacente. Já os institutos da *universitas* – massas independentes de bens – e *corpus* – unidades resultantes de agrupamentos humanos – eram somente agrupamentos coletivos.<sup>3</sup>

Somente com a contribuição dos glosadores e canonistas e a reunião de elementos dos direitos germânico, romano pós-clássico e canônico que se chega ao núcleo do conceito de pessoa jurídica. Inicialmente os glosadores tentaram sistematizar a matéria distinguindo as coletividades dos indivíduos membros e reconhecendo-as como capazes de praticar atos. Depois os canonistas chegaram à noção de pessoa ficta, uma personalidade abstrata e distinta dos seus componentes.<sup>4</sup>

Na Idade Média não se verificou interesse em construir um conceito de pessoa jurídica a partir da noção de pessoa ficta, proposta primeiramente por Sinibaldo dei Fieschi.<sup>5</sup> Os glosadores reconheciam que a *universitas* possuía patrimônio próprio e respondia por suas dívidas e a possibilidade de terem nome e domicílio e se submeterem a determinada jurisdição.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 277

<sup>2</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 263

<sup>3</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 277

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987. p. 20

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 265

<sup>6</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 278

Também havia outras figuras com personalidade como a herança e a sociedade, considerada em duas formas, a *societas simplex* na qual os indivíduos continuavam sendo considerados individualmente e a *societas colegiata*, as corporações.

O renascimento não trouxe grandes alterações nas expressões da pessoa jurídica. Hugo Grocio foi quem difundiu a expressão pessoa moral em substituição a pessoa ficta no pensamento jusnaturalista e, depois com os discípulos de Pufendorf, se reconhecerá a realidade protegida do déspota pelo Direito natural em uma pessoa moral. Apesar dos avanços, o Código Napoleônico negou a teoria ao não aceitar corpos ou entes morais intermediários entre o Estado e o indivíduo.<sup>7</sup>

Com as mudanças na estrutura da sociedade do século XIX e o nascimento do Estado de Direito, a função estatal de garantir ao indivíduo a liberdade para atingir seus objetivos, agora surge como um direito público, distinto do *jus publicum* romano, ao qual o Estado está sujeito a obedecer.<sup>8</sup>

De outro lado, o século XIX também foi marcado pela Jurisprudência dos Conceitos que visava à construção de trabalhos de natureza lógica. Partindo de um fundamento jusnaturalista racional e da vontade humana como fonte de todas as coisas, os pandectistas privilegiaram a figura humana como dado prévio e abstrato ao direito e erigiram a noção de direito subjetivo e sujeito de direitos. Neste contexto, a partir da Revolução Francesa, estes dados se reorganizam de maneira a permitir a generalização da personificação societária, sobretudo com a institucionalização da sociedade autônoma.<sup>9</sup>

Até o século XIX, eram consideradas pessoas jurídicas apenas as entidades que transcendessem à individualidade quanto à estrutura e fins. Exceto as características companhias ultramarinas, inexistiam agrupamentos personificados com fins particulares. Desta forma, a pessoa jurídica que surge no século XIX tem pouco em comum com a figura existente no direito moderno e medieval. Deixou-se de exigir o caráter público e a transcendência para a personalização.

---

<sup>7</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 279

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 20

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id. Ibid.*

A partir de Savigny se desenvolve a busca por um conceito técnico, dentro de uma concepção puramente jurídica. Distinguem-se duas espécies de pessoa jurídica: as naturais, pré-existentes ao Estado; e as artificiais, criadas pela vontade do homem e que necessitavam de aprovação estatal. O autor alemão termina por reduzir as pessoas jurídicas às corporações fundações excluindo as massas de bens.<sup>10</sup>

A liberação da prévia autorização estatal permitiu a utilização do capital privado para o exercício da atividade empresarial, dado que a Revolução Industrial exigia concentração de grande capital. Assim, a instituição de um corpo para a empresa produziu uma verdadeira revolução sobre as concepções de pessoa jurídica ao separar a pessoa dos sócios e da corporação.<sup>11</sup>

Superando esta concepção estrita, o Código Civil francês de 1808 trouxe uma concepção ampla, reconhecendo inclusive grupos sem personalidade civil, mas que tivessem interesses coletivos lícitos passíveis de proteção jurídica.<sup>12</sup> Permitiu que as sociedades comerciais fossem demandadas em juízo, a distinção legal entre os bens da sociedade e dos sócios, entre outras.

Até hoje, nota-se algumas diferenças de significados para pessoa jurídica entre os ordenamentos jurídicos. Entretanto, tais distinções não dizem respeito tanto a forma de classificação como decorrem da adoção da concepção restrita ou ampla da pessoa jurídica. A primeira considera as entidades de origem estatal e as de origem privada reconhecidas e reguladas pelo Estado, enquanto a segunda reconhece as massas de bens e grupos de indivíduos reunidos de forma não corporativa, mas com capacidade civil.

## **2.2 TEORIAS DEFENSORAS DA EXISTÊNCIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Somente na Idade Média é que surge a noção de “*persona ficta*” com significado de criação da mente humana. Desde então, várias teorias tentam

---

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 25

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 24

<sup>12</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 280

justificar a existência e natureza da pessoa jurídica, verificando-se uma divisão entre aqueles que negam e os que a defendem.

Os negadores da pessoa jurídica fundamentam-se basicamente na idéia de que só as pessoas naturais podem ser sujeito de direitos<sup>13</sup> ou a construção técnica é desprovida de sentido, pois existem direitos sem sujeito. Ihering e Bolze advogam que os indivíduos associados em torno de um objetivo em comum são os próprios sujeitos de direito tomados conjuntamente para explicar determinadas relações jurídicas. Planiol e Barthélémy vêem a sociedade como uma propriedade coletiva. Já Brinz e Bekker, vêem-na como um patrimônio comprometido com uma finalidade, sem titulares.

Dentre as teorias que afirmam a existência da pessoa jurídica destacam-se a teoria da ficção, da realidade objetiva, da realidade técnica e a institucional.

### 2.2.1 Teoria da Ficção

A teoria da ficção parte do pressuposto de que só o homem é sujeito de direitos. Contudo, em determinadas ocasiões as pessoas reúnem-se para atingir objetivos comuns, ou destina-se um conjunto de bens para a consecução de um fim de interesse geral e permanente, de modo que o reconhecimento da sua existência é imposto pelas circunstâncias. Nesta teoria, a pessoa jurídica é um conceito destinado a justificar a atribuição de direitos a um grupo de pessoas físicas. Em razão de conveniência, o Estado reconhece uma entidade artificial.<sup>14</sup>

Um dos maiores expoentes desta teoria é Savigny. Para ele, se o direito pode retirar por ficção a personalidade de certos homens como ocorreu com os escravos, também pode outorgá-la por ficção para aqueles que não a detém por natureza. Ou seja, finge-se que existe uma pessoa e atribui a ela capacidade de forma a torná-la sujeito de direito.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 260

<sup>14</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 280

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 26

Essa teoria representa o espírito individualista da época.<sup>16</sup> Ao atribuir ao Estado o poder de conferir personalidade jurídica a certos grupos, concedia-se um poder de intervenção no domínio privado. Por isso esta teoria foi aceita por aqueles que visavam impedir a implantação do Estado Liberal.

### 2.2.2 Teoria da Realidade Objetiva

Para Gierke e os defensores da teoria orgânica<sup>17</sup> ou da realidade objetiva, o grupo social é tão real quanto o homem.<sup>18</sup> Aquele ser que tiver vontade própria pode ser titular de direito. Assim, de um lado temos as pessoas naturais, sociáveis naturalmente, e de outro, os grupos de indivíduos portadores de interesses próprios. “A pessoa jurídica é uma realidade viva, um organismo social capaz de vida autônoma, e, à semelhança da pessoa física, a pessoa coletiva realiza seus fins por meio de órgãos adequados”<sup>19</sup>.

### 2.2.3 Teoria da Realidade Técnica

Para esta concepção, a pessoa jurídica é uma realidade resultante de um processo técnico, a personificação, pelo qual a ordem jurídica atribui personalidade aos grupos com vontade própria. As pessoas jurídicas são uma realidade, não uma ficção, e por questões de conveniência técnica surge a necessidade do Direito reconhecer tais grupos. A personalidade consiste na sua forma jurídica e não no ser em si. Contudo, a forma jurídica é a tradução jurídica de um fenômeno empírico.<sup>20</sup>

Conforme escreve Sílvio Rodrigues, já que o Estado, as associações e sociedade existem, não se pode tê-los senão como titulares de direitos. Sua existência é real e a realidade é unicamente uma técnica para a satisfação dos interesses humanos<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 276

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Id. Ibid.*,

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 27

<sup>19</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 282

<sup>20</sup> AMARAL, Francisco. *Id.*, p. 283

<sup>21</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 1. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 88



#### 2.2.4 Teoria Institucional

Hariou e Santi Romano entendem o Direito como manifestação de poder de autonormação dos grupos humanos socialmente constituídos. Seu elemento básico é a instituição, sendo a personalidade jurídica o elo entre o ordenamento estatal e as instituições.<sup>22</sup>

Então, a personalidade jurídica é uma organização social para a realização de um fim socialmente útil, as instituições, sendo estas grupos sociais dotados de ordem e organização próprias.

Esta teoria foi muito criticada por valorizar demasiadamente o elemento sociológico e a unilateralidade do poder normativo do grupo, pois desconsidera as numerosas pessoas jurídicas que se submetem a disposições externas como as fundações.<sup>23</sup>

#### 2.2.5 Direito Positivo Brasileiro

Conforme se depreende do art. 45 do Código Civil, o Direito brasileiro adota a teoria da realidade técnica. Pontes de Miranda esclarece que a pessoa jurídica é tão real quanto a pessoa física. “São criações do direito; é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por esses, bilateral, plurilateral (sociedades, associações) ou unilateralmente (fundações)”<sup>24</sup>.

Para o Direito, a pessoa jurídica é uma realidade independente da fundamentação. “Existe no mundo e para o mundo das relações jurídicas”<sup>25</sup>, sendo que as justificações teóricas não têm maior importância. Na verdade, é um conceito técnico partilhado pela comunidade jurídica para autorizar determinados sujeitos à prática de atos jurídicos em geral.

Pontes de Miranda ao comentar o art. 20 do Código Civil então vigente, de 1916, que versava sobre a existência distinta da pessoa jurídica da dos seus membros, escreveu:

---

<sup>22</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 283

<sup>23</sup> AMARAL, Francisco. *Id. Ibid.*

<sup>24</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. T.1. Campinas: Bookseller, 1999. p. 345.

<sup>25</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 284

As pessoas jurídicas têm capacidade de direito, que as pessoas jurídicas são pessoas. Além disso as pessoas jurídicas, ainda que tratem com os seus membros (...) ficam como pessoas diante das pessoas de seus membros. Aquele que lhe compra, ou venda alguma coisa, ainda que assine por ela, como seu representante ou órgão, não faz contrato consigo mesmo.<sup>26</sup>

Com a constituição da personificação forma-se um novo centro de direitos e deveres – distinto dos direitos, deveres e interesses das pessoas individuais que dele participam – dotado de capacidade de fato e de direito; nome; domicílio; destino econômico e jurídico diverso; independência das relações jurídicas, de modo que o sócio pode negociar com a sociedade; completa autonomia patrimonial em relação aos seus sócios; independência de responsabilidade civil – os bens da pessoa jurídica não respondem pelas dívidas dos sócios e vice-versa – e criminal – embora neste ponto a questão seja controversa, pois a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 trata da responsabilidade administrativa, civil e criminal por danos ambientais.<sup>27</sup> O que diferencia o sujeito de direito despersonalizado do personalizado é o regime jurídico aplicado.<sup>28</sup>

O Direito brasileiro divide as pessoas jurídicas em de direito público, que podem ser subdivididas em direito público interno e externo, e de direito privado que podem ser subdivididas em associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos. As pessoas de direito público externo são os Estados da sociedade internacional, organizações internacionais e outras entidades. De direito público interno são a União, os Estados, os Territórios, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei.<sup>29</sup>

É importante ressaltar aqui que pessoa jurídica não engloba o conceito de empresa, entendida como “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços”<sup>30</sup>. Ela se desenvolve por meio de

---

<sup>26</sup> MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 354

<sup>27</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 285

<sup>28</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 14

<sup>29</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 286

<sup>30</sup> CC art. 966

um complexo de bens organizado seja por pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária).<sup>31</sup>

### 2.3 A CRISE DA PESSOA JURÍDICA

O século XX apresenta um ambiente social e econômico bastante diferente daquele existente até então. Os acontecimentos da década de 30 levam o Estado a adotar novas posições em relação à economia e suas próprias funções dentro da sociedade. Isso requer uma revisão dos conceitos jurídicos produzidos dentro da filosofia individualista e voluntarista.

Há uma grande dificuldade em adequar as teorias sobre a personalidade jurídica aos fatos sociais. Cada vez mais os juristas reconhecem o descompasso da teoria tradicional e a realidade fática. Lamartine Corrêa de Oliveira via a pessoa jurídica como uma realidade analógica do ser humano. Seria uma individualidade permanente para complementar o ser humano, que é ser social. Define, então, as seguintes premissas:

1) a ordem jurídica reconhece a personalidade jurídica, mas não o faz de maneira arbitrária: pois o reconhecimento deve ser feito em atenção à realidade das organizações; 2) a personalidade é real, embora não idêntica, porém analógica à da pessoa humana.<sup>32</sup>

A partir disso, Lamartine Corrêa de Oliveira via uma dupla crise da personalidade jurídica. O primeiro aspecto refere-se ao sistema normativo: era a negação desta categoria jurídica a agrupamentos humanos como sociedade de fato. Inúmeros agrupamentos humanos têm a personalidade jurídica negada, embora acabem por receber tratamento equivalente. Em outras palavras, a partir da concepção minimalista adotada pelo Direito brasileiro, surge o problema se é indispensável ser pessoa para ter capacidade de ser parte, pois se garante esta representação à massa falida, ao espólio, aos condomínios, entre outros.

---

<sup>31</sup> AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 289

<sup>32</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 20

O segundo aspecto diz respeito ao descompasso entre os fins do Direito e a conduta prática e específica de agrupamentos personificados. Isso ocorre quando a pessoa jurídica serve para outros fins daqueles protegidos pelo ordenamento jurídico como encobrir fraude à lei e abuso de direito. É justamente sobre este segundo aspecto que o trabalho terá maior enfoque.

Marçal Justen Filho aponta que o cerne da crise está na crença absoluta no conceito de pessoa jurídica, que se manifesta sob três aspectos:

A primeira manifestação deste comportamento é a noção de que ela é necessariamente algo existente, cognoscível, algo como uma instituição. É sim um instituto para se referir a certas situações jurídicas.<sup>33</sup>

Em segundo lugar é o que este autor chama de “antropomorfismo da pessoa jurídica”, a constante identificação entre pessoa jurídica e pessoa física. A pessoa jurídica é categoria inconfundível, aberta, em evolução constante e a busca de analogias e semelhanças com o ser humano são exageros. Ela não é imitação ou compartilhamento de atributos e qualidades com o homem. Trata-se de figura para atender o interesse humano e social que se justifica por sua instrumentalidade. Não é só porque se utiliza do vocábulo pessoa que se pode propor identidade, semelhança ou analogia aos demais entes personificados.<sup>34</sup>

A terceira manifestação, para Justen Filho, reside na fé na imutabilidade da pessoa jurídica. Acredita-se que a entidade não se modifica em razão do tempo e do espaço. Comumente se busca resposta aos problemas na investigação histórica ou no direito comparado. Não se trata de desqualificar trabalhos históricos, mas sim analisar precipuamente o contexto atual em que a questão se insere. Além disso, a utilização da mesma expressão por outro ordenamento jurídico não significa que os conceitos são necessariamente os mesmos.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 30

<sup>34</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 33

<sup>35</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 35

A quarta é a noção de que pessoa jurídica é um conceito único dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Ao contrário, cada categoria de pessoa jurídica é distinta, inexistindo identidade entre pessoas jurídicas. O regime para sociedades anônimas é específico e diferente das fundações, associações, entre outros.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 36

### 3 AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

#### 3.1 ASPECTOS GERAIS

No âmbito privado, as pessoas jurídicas constituem-se conforme os objetivos de seus membros. Se os fins são o lucro, constituem-se as sociedades.<sup>37</sup> Esta entidade está diretamente ligada à economia de mercado, pois favorece a constituição do capital necessário à atividade empresarial, sem que o investidor fique pessoalmente sujeito aos riscos da atividade.

Atualmente o próprio Estado incentiva o fenômeno associativo, pois esta permite a multiplicação de riqueza e benefícios não só para seus integrantes como para todo o grupo social. Desta forma, o Estado estabelece um regime jurídico favorável à união das pessoas tornando juridicamente mais atraente e compensadora a conjugação de esforços e recursos para o desenvolvimento de atividades econômicas.

Para Marçal Justen Filho<sup>38</sup> isto corresponde à noção de “sanção positiva” proposta por Bobbio. Quando a obtenção de determinado comportamento não traz riscos, mas sim benefícios ao grupo social, o direito lhe confere um incentivo visando conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica. Isto corresponde a função promocional do Estado.

O benefício está justamente em se afastarem as regras aplicáveis a atividade de agentes individuais. Neste esquema, não se atribui aos sócios as condutas praticadas societariamente, nem lhes são atribuídos poderes e deveres envolvidos com a atividade da sociedade. Pode-se afirmar, então, que a personificação implica no afastamento das regras jurídicas a princípios aplicáveis, substituindo-as por outro complexo normativo que melhor atende as necessidades deste fenômeno. Neste pensamento, “pessoa jurídica” identifica-se com “um regime jurídico mais benéfico ao que seria usualmente aplicável.”<sup>39</sup>

Verifica-se, então, que além da exploração da atividade empresarial, há outro alicerce da sociedade empresária: a pessoa jurídica. Nem todas as

---

<sup>37</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. Curso ..., p. 13

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 46

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 50

peças jurídicas que exploram atividade definida pelo direito como de natureza empresarial podem ser conceituadas como sociedades empresárias. É o modo de explorar o seu objeto, a maneira de se desenvolver a atividade efetivamente exercida pela sociedade é que caracterizará a pessoa jurídica de direito privado não-estatal como sociedade simples ou empresarial.

Por este critério, uma sociedade limitada poderá ser empresária ou simples. Caso exerça atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, será empresária. Mas caso pratique atividade econômica civil será simples.<sup>40</sup> Já as sociedades por ações (anônima e comandita por ações) serão sempre empresárias e as cooperativas sociedades simples independentemente de qualquer outra característica conforme preceitua o parágrafo único do art. 982.

A partir destas idéias, Fábio Ulhoa Coelho define sociedade empresária como “a pessoa jurídica de direito privado não estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações”<sup>41</sup>. É a própria sociedade a titular da atividade econômica e não seus sócios. Assim, é incorreto considerar os integrantes da sociedade empresária como titulares da empresa, pois essa qualidade é da pessoa jurídica. Esta se identifica como o agente organizador da empresa. Isso decorre do princípio da autonomia da pessoa jurídica, um dos mais importantes fundamentos do direito societário.

Assim, empresário, para os efeitos legais, é a sociedade e não os sócios. Quando o Brasil adotava a teoria dos atos do comércio, o conceito de sociedade comercial ligava-se a pessoa jurídica exercente das mais importantes atividades econômicas. A diferença, então, estava na natureza do objeto. O CC de 2002, superando aquela antiga teoria, completou a fase de transição na adoção da teoria da empresa.

### **3.2 PERSONALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E SEUS EFEITOS**

Conforme estudado no Capítulo 2, a pessoa jurídica forma uma entidade distinta não se confundindo com as pessoas que a compõem. Este

---

<sup>40</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 358

<sup>41</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111

princípio também se aplica à sociedade empresária que tem sua personalização com o registro do ato constitutivo na Junta Comercial. Conforme escreve Washington Barros de Monteiro

A constituição das sociedades e associações civis dependem do concurso de dois elementos: o material e o formal. Compreende o primeiro: os atos de associação, o fim a que se propõe a pessoa jurídica e o conjunto de bens necessários à consecução desse fim. O elemento formal refere-se à maneira pela qual se constitui a sociedade ou associação (...) Em qualquer caso, porém, como diz a lei, deverá ser levado a registro.<sup>42</sup>

Os arts. 45 e 985 CC estabelecem a formalidade do registro como o ato responsável pela constituição da pessoa jurídica. Torna-se, assim, pública a criação de um novo sujeito de direito, possibilitando o controle dos demais agentes econômicos e do Estado sobre ele e as obrigações que o envolvem.

Justen Filho fala que “a pessoa jurídica, enquanto fenômeno técnico-jurídico refere-se a conceitos e situações jurídicas que se inserem dentro de contextos históricos e com os quais estabelece interação”<sup>43</sup>. É assim, um conceito histórico e relativo que não pode ser desvinculado da pluralidade de disposições normativas e das concepções dogmáticas acerca de pessoa, sujeito de direito, relação jurídica e outras figuras. Não se pode de qualquer maneira cair em reducionismo.

No século XX, a concepção subjetivista-voluntarista foi suplantada por uma nova concepção objetivista-normativista. O maior defensor desta nova teoria é Kelsen, para quem a pessoa jurídica é uma construção da ciência do Direito. É a ordem jurídica que

estatuíu deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de indivíduos que são órgãos e membros da corporação constituída através do estatuto, e que esta situação complexa pode ser descrita como vantagem, porque de maneira relativamente mais simples, com o auxílio de uma personificação do estatuto constitutivo da corporação<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 122

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 30

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *A teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 212



Desta forma, a construção da pessoa jurídica é a criação de um novo centro de imputabilidade que não representa mais cada indivíduo, mas o conjunto de comportamentos imputados a nova entidade. Suas conseqüências são basicamente três:<sup>45</sup>

Primeiro, titularidade negocial: Uma vez definida a personalidade jurídica da sociedade empresária, cria-se um novo centro do qual emanarão as relações jurídicas. Os sócios não são mais partícipes dessa relação. É claro que a sociedade sempre manifestará sua vontade por meio de pessoas naturais. Todavia, isso não indica o envolvimento da pessoa natural agente dos atos da sociedade. A entidade participante da relação jurídica, seja como credora ou devedora, é a pessoa jurídica da sociedade

Segundo, titularidade processual: A personalização da sociedade empresária implica também na definição de sua legitimidade para demandar e ser demanda em juízo. Nos processos em que seus interesses estejam em jogo a parte legítima é a própria pessoa jurídica da sociedade e não os sócios.

Terceiro, autonomia patrimonial: Os bens atribuídos à pessoa jurídica são de sua propriedade e não dos sócios. Há uma separação entre os bens que pertencem aos sócios e a sociedade. No patrimônio daqueles está a participação societária representada pelas quotas na sociedade limitada ou ações na sociedade anônima. Não existe comunhão ou condomínio dos sócios sobre os bens sociais, pois estes pertencem à sociedade. São patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis.

Em conseqüências dessa afirmação, a princípio, respondem pelas obrigações sociais apenas os bens da sociedade. Como sócio e sociedade são pessoas distintas, não há porque responsabilizar alguém (o sócio) pelas dívidas de outro (sociedade). Ou seja, como a garantia do credor está no patrimônio do devedor e é a sociedade empresária a devedora, é o patrimônio social que garantirá a satisfação dos direitos creditícios.

Esse princípio da autonomia patrimonial é o “alicerce do direito societário”<sup>46</sup> desempenhando papel fundamental para o desenvolvimento das atividades econômicas, produção e circulação de bens e serviços na medida

---

<sup>45</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 14

<sup>46</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id.*, p. 16

em que permite limitar a perda em investimentos mais arriscados. Se ele não existisse, os insucessos empresariais levariam a perda de todos os bens pessoais dos sócios de modo que poucas pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver atividades empresariais. Isso diminuiria a quantidade de investimentos em grandes atividades de risco e o potencial econômico do país.<sup>47</sup>

Somente em situações bem específicas é que se pode excepcionar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica executando o patrimônio dos sócios;<sup>48</sup> este é o tópico do capítulo 5.

A grande peculiaridade da personificação societária é a separação entre a propriedade e o controle dos bens, afirma Justen Filho<sup>49</sup>. Na inexistência de pessoa jurídica, estes dois direitos concentram-se na mesma pessoa.

O término se dá com o procedimento dissolutório, que pode ser extrajudicial ou judicial<sup>50</sup>. Inicia-se com um ato praticado pelos sócios ou pelo Judiciário, depois se realiza a liquidação, dando solução às pendências negociais da sociedade, e a partilha, que distribui o patrimônio remanescente. Enquanto todo este procedimento não é realizado a sociedade empresária continua titular de personalidade jurídica própria. A paralisação da atividade empresarial ou fechamento do estabelecimento comercial não implica necessariamente na dissolução da sociedade. Mesmo que não pratique qualquer atividade, a pessoa jurídica da sociedade não perde a capacidade para realização de atos jurídicos.

### 3.3 TIPOS SOCIETÁRIOS

Verifica-se no direito brasileiro a existência de cinco tipos societários: nome coletivo, comandita simples, comandita por ações, anônima e por quotas de responsabilidade limitada. Assim, os empreendedores não podem associar-se de forma diversa daquelas previstas em lei

---

<sup>47</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 16

<sup>48</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id.*, p. 15

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 44

<sup>50</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 18

Como se pretende fazer o estudo da descaracterização da personalidade jurídica tratar-se-á das sociedades personificadas: em nome coletivo, comandita simples, comandita por ações e especialmente as sociedades anônimas e limitadas, por serem estes dois últimos os tipos mais presentes na economia brasileira. As três primeiras são constituídas apenas para atividades marginais, sem grande importância econômica.

Não se trabalhará aqui, portanto, as sociedades não personificadas: de fato, irregulares e em conta de participação. Apesar de boa parte da doutrina não concordar e estar regulada pelos arts. 991 a 996 do CC, esta última é, a rigor, um contrato de investimento comum e não uma sociedade.<sup>51</sup> Elas não possuem capital social, nome empresarial, registro na Junta Comercial e também são despersonalizadas, o que, portanto, torna desinteressante seu estudo.

### 3.3.1 *Sociedade em Nome Coletivo*

A sociedade em nome coletivo se caracteriza pela integral responsabilidade dos sócios. Todos eles são pessoas físicas, solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais e os únicos capazes de administrar a sociedade. Portanto, neste tipo societário apenas os sócios podem gerir o empreendimento e não estão preservados da sua responsabilização patrimonial.<sup>52</sup>

### 3.3.2 *Sociedade em Comandita*

A sociedade em comandita pode ser dividida em dois tipos: a sociedade em comandita simples, regulada nos arts. 1045 a 1.051 CC, e a sociedade em comandita por ações, disciplinada nos arts. 1.090 a 1.092.<sup>53</sup>

#### 3.3.2.1 *Sociedade em Comandita Simples*

---

<sup>51</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso...*, p. 23

<sup>52</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*, p. 148

<sup>53</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id.*, p. 149

Nas sociedades em comandita simples os sócios são classificados, já no contrato social, em duas categorias: os comanditados, pessoas físicas com responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações da sociedade, e os comanditários, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas e são responsáveis limitadamente ao valor da sua quota. Estes sócios não podem ter seu nome utilizado na firma da sociedade nem praticar ato de gestão a menos que seja constituído procurador da sociedade com poderes especiais para realização de negócio determinado. Pode-se fazer uma comparação do comanditado com um investidor e do comanditário com o investidor.

Em caso de morte do comanditado, suas quotas são liquidadas conforme as regras gerais da sociedade simples. Já na morte de sócios comanditário, se o contrato não estipular a sua liquidação, seus sucessores continuarão como titulares, devendo eleger um representante perante a sociedade. Caso não se verifique uma das categorias de sócio por mais de 180 dias, a sociedade deve ser dissolvida.<sup>54</sup>

### 3.3.2.2 Sociedade em Comandita por Ações

A sociedade em comandita por ações é também regulada pelo regime das sociedades anônimas, pois é sociedade com capital social em ações, valores mobiliários representativos dos investimentos realizados pelos sócios. Ambas são sociedades de capital e institucional, mas diferenciam-se na responsabilidade de parte dos sócios pelas obrigações sociais.<sup>55</sup>

Neste tipo societário, o acionista que não participa da administração da sociedade tem a responsabilidade limitada ao valor das ações que adquiriu. O acionista que exerce funções de administrador responde pelas obrigações constituídas durante sua gestão de forma subsidiária, ilimitada e solidária com os demais membros da diretoria.

Neste ponto, a sociedade em comandita por ações obedece a regras próprias estabelecidas nos arts. 1.091 e 1.092. Estas definem que apenas o

---

<sup>54</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*, p 149

<sup>55</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p 477

acionista pode ser diretor e deve ser nomeado e qualificado no estatuto social.<sup>56</sup>

Se, por um lado, esta determinação traz maior responsabilidade ao acionista, ela também limita a competência da assembleia geral que não pode aprovar deliberações que afetam a responsabilidade dos diretores sem o consentimento destes. Aqui, a assembleia geral não tem poderes para alterar o objeto da sociedade, prorrogar o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital, entre outros. Além disso, o diretor não exerce mandato e sua destituição depende da vontade dos acionistas de pelo menos 2/3 do capital social.<sup>57</sup>

### 3.3.3 Sociedade Limitada

A sociedade limitada tem sua origem nas *private companies* do direito inglês. Surgiu pra proporcionar responsabilidade limitada para pequenos e médios comerciantes que não desejavam se submeter ao rigor das sociedades anônimas. Veio preencher uma lacuna conjugando características das sociedades de pessoas com a limitação da responsabilidade, atendendo a necessidades mais práticas do comércio de médio porte.

No direito brasileiro, o decreto nº 3.708 de 10 de janeiro de 1919 dispôs de forma concisa os aspectos de organização da sociedade limitada. Este decreto atingiu enorme sucesso, difundindo o tipo entre pequenas e médias empresas, e passando, inclusive a atender a necessidade de grandes empresas, como multinacionais. No código de 2002 o legislador tratou com minúcia esse tipo societário e deu maiores poderes a assembleia dos sócios.<sup>58</sup>

Por definição, sociedade limitada é aquela que prevê a responsabilidade limitada dos sócios, restrita ao valor de suas quotas subscritas, quando o capital estiver integralizado; ou solidária pela parte que faltar à integralização, no caso de capital não integralizado totalmente. Vale

---

<sup>56</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p 477

<sup>57</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id. Ibid.*

<sup>58</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id.*, p 366

aqui lembrar que subscrição é o ato de aquisição de cotas ou ações conforme o tipo societário; e integralização é o pagamento das cotas subscritas.<sup>59</sup>

A regra geral de responsabilidade dos sócios é a responsabilidade limitada pelas obrigações da sociedade, uma vez integralizado o capital social. Essa limitação pressupõe o registro do contrato social que dará origem a pessoa jurídica e tornará o regime de responsabilidade limitada eficaz perante terceiros e condutas lícitas e regulares.<sup>60</sup> Contudo, com o propósito de resguardar a segurança jurídica, há certas exceções em que o sócio responde pessoal e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.<sup>61</sup>

Para a constituição deste tipo societário, o contrato deve preencher os requisitos do art. 997 CC. A sociedade limitada pode adotar firma ou denominação, acrescida da expressão “limitada”, ao final, por extenso ou abreviado (a sua omissão acarreta responsabilidade ilimitada aos sócios). A denominação deve designar o objeto da sociedade, sendo possível a sua formação com base no nome de um ou mais sócios.

Como nas outras sociedades, o capital social divide-se em quotas, as quais não podem ser integralizadas através de prestação de serviços. Este capital pode, posteriormente, ser aumentado (integralizando o montante inicial com preferência dos sócios para subscrição) ou diminuído (por perdas irreparáveis, resolução de um dos sócios, ou o capital revelar-se excessivo). Em casos específicos. Na falta de disposição contratual, se não houver oposição dos outros sócios, qualquer sócio pode ceder suas quotas, total ou parcialmente, a terceiro não sócio.

São órgãos da sociedade: a administração, o conselho fiscal e a assembléia dos sócios. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado (estas pessoas não

---

<sup>59</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*, p 153

<sup>60</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id.*, p 156

<sup>61</sup> Responsabilidade ilimitada: dos sócios que aprovarem deliberação infringente do contrato social ou da lei; no caso de retirada de lucros e/ou quantias com prejuízo do capital social; por obrigações tributárias dos diretores, gerentes ou representantes, resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos; por obrigações previdenciárias, que se dá de forma solidária entre todos os sócios, com seus bens pessoais; por obrigações trabalhistas (devido ao caráter alimentar da obrigação trabalhista, a jurisprudência entende que os sócios, inclusive os não administradores, respondem pessoal, ilimitada e solidariamente por tais obrigações) são alguns dos casos em que a limitação da responsabilidade dos sócios pode ser afastada.

precisam ser sócios), aos quais compete o uso da firma social. Se o capital social não estiver integralizado, a designação exige consentimento da unanimidade dos sócios; caso esteja integralizado, a designação exige apenas o consentimento de 2/3, no mínimo, do capital social.

O administrador pode ser destituído a qualquer momento. Tratando-se de sócio nomeado em contrato social, a destituição exige deliberação de no mínimo 2/3 do capital social, salvo disposição contratual diversa; pelo término do prazo, se não houver recondução; ou pela renúncia do administrador.

O Conselho Fiscal tem função de fiscalização da escrituração contábil da sociedade. É composto por três ou mais membros, sócios ou não, nomeados em assembléia ou reunião de sócios.

A Assembléia dos Sócios é o órgão de deliberação, regulando seu funcionamento, atribuições, quóruns e matérias. Toda sociedade com mais de 10 sócios é obrigada a ter uma assembléia anual e está cercada de maiores formalidades no seu funcionamento. Se a assembléia não é obrigatória, é facultado aos sócios regular o órgão deliberativo.<sup>62</sup> Nesta assembléia ou reunião dos sócios lavra-se uma ata, a qual será levada a registro na Junta Comercial. As decisões ali tomadas vinculam todos os sócios, ausentes ou presentes, quando tomadas em conformidade com a lei ou com o contrato. O principal requisito a se observar são os quóruns de deliberação:

- para nomeação de administrador não sócio: unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado; uma vez integralizado, no mínimo 2/3 do capital social;
- para destituição de administrador sócio, nomeado em contrato social: salvo disposição contratual diversa, no mínimo 2/3 do capital social;
- para designação de administradores sócios, por ato separado, destituição de administradores não sócio ou sócio nomeado em ato separado, fixação da remuneração dos administradores, pedido de concordata (recuperação judicial ou extrajudicial) exige-se a maioria absoluta;
- para modificação do contrato social, fusão, incorporação, dissolução da sociedade, cessação da liquidação exige 3/4 do capital social;

---

<sup>62</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*, p 162

- para transformação de tipo societário: consentimento de todos os sócios, salvo disposição contratual em contrário;
- para aprovação das contas dos administradores, nomeação e destituição de liquidantes e julgamento de suas contas e demais casos previstos em lei ou no contrato exige-se maioria dos presentes.<sup>63</sup>

Todo sócio tem o direito de retirar-se da sociedade. Em caso de modificação do contrato social, fusão da sociedade, incorporação pela sociedade de outra ou incorporação da sociedade por outra, tem o sócio dissidente o direito de se retirar da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião. Pressupõem neste caso como fator determinante a dissidência do sócio, não a sua vontade. Ainda pode retirar-se caso se trate de sociedade por prazo indeterminado, sem justa causa, mediante notificação com 60 dias de antecedência; se por prazo determinado, provando uma justa causa.

Por outro lado, a sociedade tem o direito de excluir um sócio em caso de inadimplência deste ou prática de ato de inegável gravidade, quando se decide por maioria absoluta e realiza-se a alteração contratual. Essa exclusão é extrajudicial. Há também a exclusão judicial que pode ser da maioria inclusive, sempre com pressuposto de falta grave, ato que traduza inadimplemento da lei ou do contrato. Nestes casos, os haveres são apurados em balanço especial.

Como tem personalidade própria, o falecimento de sócio não acarreta a dissolução. Sem oposição de pelo menos um quarto dos sócios, os herdeiros podem ingressar na sociedade. Já na dissolução aplica-se o artigo 1.044 do Código Civil.

Na falta de disposições legais para regular este tipo societário, o Código Civil determina a aplicação de normas das sociedades simples. O parágrafo único do mesmo artigo faculta aos sócios, no contrato social, prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade simples.<sup>64</sup>

Com isso surgem duas correntes: Assis Gonçalves Neto defende que as normas das sociedades simples são supletivas da lei, enquanto que as

---

<sup>63</sup> CC arts.1.071 e 1.076

<sup>64</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*,p 154



normas das sociedades anônimas são supletivas do contrato social. Ulhoa Coelho entende que, na ausência de normas específicas aplicam-se as normas de sociedade simples, porém havendo disposição no contrato social elegendo como supletiva a Lei das S/A, a ela se deve recorrer primeiramente, desde que não descaracterize o tipo societário da limitada.

#### 3.3.4 Sociedade Anônima

A sociedade anônima é uma sociedade de capital sujeita às regras da Lei nº 6.404/1976, Lei das Sociedades por Ações (LSA), enquanto o Código Civil é aplicado apenas em caso de omissão, art. 1089 CC.

A sociedade anônima é sempre empresária<sup>65</sup>, mesmo que seu objeto seja atividade econômica civil (art. 982 CC, parágrafo único, art. 2º, parágrafo 1º LSA). Estará sujeita ao regime jurídico-comercial simplesmente pela adoção do tipo societário.<sup>66</sup> A companhia adotará necessariamente as expressões por extenso “sociedade anônima” ou “companhia” ou abreviadamente, S/A ou Cia., sendo que esta última só no início ou meio do empresarial. A menção ao ramo do comércio na denominação também é essencial.

O capital deste tipo societário é fracionado em unidades representadas por ações, livremente negociáveis. Por isso, a denominação acionista para os sócios que respondem pelas obrigações sociais até o limite da integralização das ações que sejam titulares.<sup>67</sup>

O capital social pode ser integralizado em dinheiro, bens ou crédito. Pode ser aumentado e nem sempre decorre do ingresso de novos recursos na companhia, mas também nas hipóteses de emissão de ações (quando há efetivo ingresso de novos recursos no patrimônio social com a realização de pelo menos  $\frac{3}{4}$  do capital social então existente conforme deliberado em assembléia geral extraordinária); valores mobiliários (conversão de debêntures, partes beneficiárias conversíveis, bônus de subscrição em emissão de novas ações); capitalização de lucros e reservas (a assembléia geral ordinária pode destinar parcela do lucro líquido ou de reservas para emissão de novas ações).

---

<sup>65</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p 81

<sup>66</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*, p 177

<sup>67</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id.*, p 178

O capital social pode ser aumentado dentro de certo limite por autorização do estatuto, sem necessidade de sua alteração; e pode também ser reduzido. Discute-se a responsabilidade do acionista controlador no caso em que o capital social é muito inferior ao necessário para o desenvolvimento do objeto social. Assim, pode lhe ser atribuída responsabilidade em caso de subcapitalização, fundada no fato de configurar abuso de forma societária a constituição de pessoa jurídica.<sup>68</sup>

Os valores mobiliários são títulos de investimento que a sociedade anônima emite para obter os recursos de que necessita. Eles podem ser ações, debêntures, partes beneficiárias, bônus de subscrição e nota promissória.<sup>69</sup>

As ações são valores mobiliários representativos de unidade do capital social de uma sociedade anônima, que conferem aos seus titulares um complexo de direitos e deveres.<sup>70</sup> Elas podem ser ordinárias: ações de emissão obrigatória que conferem aos titulares os direitos que a lei reserva ao acionista comum; preferenciais: conferem direitos diferenciados aos seus titulares, devem preencher pelo menos um de três requisitos da LSA; de fruição: atribuídas aos acionistas cujas ações foram totalmente amortizadas.

As ações também podem ser nominativas ou escriturais tendo em vista o ato jurídico da transferência da titularidade. As primeiras circulam mediante registro no livro da própria sociedade emissora. Já as últimas são mantidas em contas de depósito em nome de seu titular por autorização ou determinação dos estatutos.

As sociedades anônimas se classificam em abertas ou fechadas conforme a negociação dos valores mobiliários.<sup>71</sup> Basta que a companhia os negocie em bolsa ou no mercado de balcão, o chamado mercado de valores mobiliários, para ser considerada aberta. Para isso é necessário uma autorização do governo federal. Na verdade, o critério de identificação de uma ou outra categoria é meramente formal.

A companhia é composta por quatro órgãos principais:

---

<sup>68</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*, p 193

<sup>69</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id.*, p 187

<sup>70</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p 82

<sup>71</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *id.*, p. 66

- Assembleia geral: Órgão máximo da sociedade anônima, de caráter exclusivamente deliberativo, reúne todos os acionistas com ou sem direito a voto. A lei exige uma assembleia geral nos quatro meses posteriores ao exercício social para a apreciação das contas e demonstrações financeiras, destinação dos lucros e distribuição dos dividendos e eleição de administradores e fiscais, se for o caso. Caso se deseje discutir outros temas, faz-se necessária a convocação de nova assembleia. Para que estas deliberações tenham validade devem contar com acionistas que representem pelo menos  $\frac{1}{4}$  do capital social votante. Há, porém, outras hipóteses em que é necessário um *quorum* mais elevado.
- Conselho da Administração: Obrigatório apenas nas sociedades anônimas abertas, de capital autorizado e nas de economia mista, é colegiado deliberativo com parte da competência da assembleia geral a fim de agilizar a tomada de decisões na companhia. Cabe ao estatuto fixar o número de conselheiros, quorum, prazo de validade e competência.
- Diretoria: Órgão de representação legal da companhia e de execução das deliberações da assembleia geral e conselho de administração. Os diretores não precisam ser acionistas. São eleitos pelo conselho de administração ou assembleia geral e podem ser destituídos.
- Conselho Fiscal: Órgão obrigatório, mas de funcionamento facultativo, composto de no mínimo três e no máximo cinco membros, acionistas ou não. Destina-se a fiscalização dos órgãos de administração tendo em vista a proteção dos interesses da companhia e de todos os acionistas. A lei estabelece os mesmos requisitos, deveres e impedimentos a seus membros que aos administradores.<sup>72</sup>

Tanto aos membros da diretoria quanto do conselho de administração, a lei (arts. 145 a 160) definiu um conjunto de deveres. Antes de tudo, o administrador deve empregar todo o cuidado e diligência de um homem ativo e probo na administração dos negócios. Deve agir com vistas à realização dos fins e interesses da companhia. Não pode usar em proveito próprio ou de

---

<sup>72</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*, p 196

terceiro informações sobre planos ou interesses da companhia. Deve lealdade, abstendo-se de intervir nas operações sociais em que tenha interesse conflitante com o da sociedade. Ainda, deve informar à Bolsa de Valores e divulgar à imprensa, deliberações sociais que possam influir na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários de emissão da companhia.

O administrador não é responsabilizado por atos regulares praticados pela companhia durante sua gestão. Responderá, porém, pelos prejuízos causados, com dolo ou culpa, ainda que dentro de seus atribuições ou poderes, ou violação da lei ou estatuto.<sup>73</sup> A responsabilização judicial pode ocorrer mediante prévia deliberação da assembléia geral. A partir da publicação da ata da assembléia geral terão um prazo de três anos para ingressar com a ação. Caso os órgãos da administração não o façam em três meses, qualquer acionista poderá fazê-lo.

Os danos não precisam estar restritos a companhia. Consumidores também podem acionar administradores que levaram a sociedade à falência, o INSS pode cobrar as dívidas previdenciárias da sociedade. Além da responsabilidade civil e criminal, os administradores têm responsabilidade administrativa perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que pode impor sanções prescritas na legislação do anonimato.

O acionista controlador também pode se responsabilizado pelos danos advindos do exercício abusivo do poder de controle. Dentre as hipóteses do art. 117 LSA, pode-se citar o desvio de finalidade da companhia, liquidação de sociedade próspera, eleição de administrador ou fiscal sabidamente inapto moral ou tecnicamente. Não é necessário provar a sua intenção, pois a doutrina entende que a exigência de tal prova levaria ao esvaziamento do direito.<sup>74</sup>

O art. 116 LSA considera acionista controlador o acionista titular de direitos de sócio que lhe assegurem a maioria dos votos na assembléia geral e poder de eleger a maioria dos administradores permanentemente, e usa esse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos

---

<sup>73</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p 249

<sup>74</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*, p 207

da companhia. São, assim, dois os elementos que o caracterizam: possuir ações que lhe garantam a maioria nas decisões tomadas nas três últimas assembleias e fazer uso destes direitos para dirigir a sociedade.

O acionista tem como dever principal – art. 106 LSA – pagar o preço de emissão das ações que subscrever. Seus deveres básicos, elencados no art. 109 LSA, são a participação nos resultados sociais; fiscalização da gestão dos negócios sociais; direito de preferência na subscrição de ações e de valor mobiliários conversível em ação; e direito de retirada a sociedade.

Nos casos de transformação, incorporação, fusão e cisão que envolvam pelo menos uma sociedade anônima devem atender à disciplina da LSA e não do CC. A transformação é a operação de mudança de tipo societário; a incorporação consiste na absorção de uma ou várias sociedades por outra; a fusão é a união de duas ou mais sociedades para dar nascimento a uma nova; e, por fim, a cisão é a transferência de parte do patrimônio social para uma ou mais sociedades já constituídas.

Por fim, a dissolução da sociedade – prevista nos arts. 206 a 218 LSA – pode ocorrer por decisão judicial ou decisão da autoridade administrativa competente. Ensejam a primeira a anulação da constituição da companhia, a verificação de impossibilidade de realização do objeto, proposta por acionista que represente 5% do capital social, e a falência. Já a dissolução administrativa tem por causa a o término do prazo de duração, previsão em estatuto, extinção da autorização de funcionamento e deliberação da assembleia geral por acionistas detentores de no mínimo 50% das ações com voto.

À dissolução segue a liquidação que sempre será judicial, exceto no caso de liquidação amigável a contento. Se for irregular, o liquidante ou acionista poderá ser responsabilizado.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual ...*, p 215

## 4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

### 4.1 TEORIAS NORTE-AMERICANA E ALEMÃ

A desconsideração da personalidade jurídica surgiu no direito anglo-saxão. Marcado por sistema casuístico de precedentes e pensamento indutivo, este sistema preocupou-se mais em delimitar a aplicação da “disregard of legal entity”. Foram os juristas da *Civil Law* que se propuseram a esmiuçar o conceito geral e abstrato. Além disso, não se pode esquecer que o direito norte-americano é composto pelo sistema jurídico de vários Estados federados e da União sem uma homogeneidade. O que se tratará aqui, então, são os aspectos gerais do problema.

Inicialmente ressalta-se a importância da diferença entre as sociedades incorporadas e não-incorporadas, pois só as primeiras são reconhecidas como pessoas jurídicas. Entre o último grupo incluem-se as *partnerships*: entidades semelhantes às sociedades em nome coletivo; *joint stocks companies*: sociedades não incorporadas cuja responsabilidade dos sócios pelas dívidas é ilimitada; *joint ventures and syndicates*: que se assemelham com a única diferença que a primeira se destina a empreendimentos financeiros.<sup>76</sup>

De outro lado, as *corporation* por meio do processo de *incorporation* tornam-se reconhecidas como pessoas jurídicas pelo direito e se subdividem em *public corporation* e *private corporation*. Interessam neste trabalho especialmente uma categoria dentro da *private corporation* as *business corporation* que corresponderiam às sociedades anônimas no direito brasileiro. Constituem pessoa jurídica com personalidade distinta de seus sócios, sendo responsável por suas obrigações perante terceiros.

Com efeito, é a *incorporation* que atribui personalidade jurídica a *corporation*. Este processo se dá mediante a expedição da *charter of incorporation*, um atestado formal de plena constituição da *corporation* segundo as disposições legais. Trata-se de procedimento semelhante à averbação do

---

<sup>76</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 265

contrato social no Registro de Comércio. Sua exigência significa uma forma do Estado evitar desatinos a legislação.<sup>77</sup>

Há outras corporações que recebem o tratamento de pessoa jurídica. São as *corporations de facto* que não atenderam aos requisitos para incorporação, mas possuem aparência de *corporation*, são constituídas de boa-fé e reconhecidas pela lei estadual; e as *corporation by estoppel* que apesar de não atenderem aos requisitos mínimos para o reconhecimento de uma *corporation de facto* podem ver vistas como *corporation* para evitar uma injustiça em um caso concreto.

Essa classificação aparentemente arbitrária reflete ainda muito o poder que detinha o governador de reconhecer a *corporation*. Em suas primeiras leis, a outorga da corporação era tarefa do poder estatal, que o utilizava como forma de apadrinhamentos. Por sua má-utilização, gradativamente foram criadas leis estaduais fixando critérios objetivos.

Dentro desse quadro, a pessoa jurídica é vista como uma ficção. Embora o sistema de concessão de outorga pelo Estado tenha sido substituído pelo sistema da prescrição normativa, segundo o qual há critérios a serem obedecidos, é preciso o reconhecimento da autoridade administrativa para comprovar o atendimento aos critérios.

Assim, a pessoa jurídica, ficção jurídica criada para fomentar atividade empresarial, não pode acobertar atos e condutas ilícitas. Antes da aplicação da *disregard of legal entity*, a teoria do *trust-fund* advoga que o patrimônio líquido de uma pessoa jurídica é um fundo de garantia a seus credores. Ou seja, a pessoa jurídica é a proprietária fiduciária de seu próprio patrimônio e em caso de insolvência responde primeiro pelas dívidas que essa contraiu perante terceiros para, depois de quitadas, saldar as contraídas perante seus sócios. Esta teoria foi o ponto de partida para o direito societário ampliar o âmbito de aplicação de modo a autorizar a responsabilidade dos sócios em situações excepcionais. Se é o Estado que concede a personalidade jurídica da *corporation*, esta poderá ser desconsiderada quando utilizada para infringir a ordem pública, causar erro, ocultar fraude e praticar crime.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 266

<sup>78</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Id.*, p. 267

O primeiro caso registrado ocorreu na Inglaterra em 1897, o *Salomon v. Salomon & Co.* Aaron Salomon reunindo-se com seis membros de sua família constituiu uma sociedade na qual foi concedida uma única ação para cada membro da família e vinte mil para Aaron, integralizadas com o seu estabelecimento comercial anterior. A garantia patrimonial que os credores tinham passava agora para uma nova *company*. Embora a *House of Lords* tenha reformado a decisão, a tese dos credores para alcançar os bens dos sócios foi aceita em primeira instância.<sup>79</sup>

Fundamentando sua decisão na fraude à lei, o juiz Sanborn decidiu no caso *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*<sup>80</sup>:

If general rule can be laid down, in the present state of authority, it is that a corporation will be looked upon as a legal entity as a general rule, and until sufficient reason to the contrary appears; but when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, law will regard the corporation as an association of persons.<sup>81</sup>

No caso *Booth v. Bounce*, os sócios de uma *partnership* endividada transferiram todo o patrimônio para uma sociedade de capitais para fraudar os credores daquela.<sup>82</sup> A discussão se deu entre os credores da *partnership* e da sociedade sobre a possibilidade dos daqueles credores executarem os bens da sociedade de capitais. Ao considerar que

(...) and even corporate bodies may be the instruments through which parties may obtain the most unrighteous advantages. All such devices and instruments... are perfect dead letter, the law looks upon them as if they had never been executed.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 345

<sup>80</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Id.*, p. 285

<sup>81</sup> Se uma regra geral pode ser assentada, no presente estado de autoridade, é que a pessoa jurídica será, em regra, respeitada como uma entidade legal, e até que surja razão suficiente em contrário; mas quando a noção de entidade legal é usada para prejudicar a conveniência pública, justificar erro, proteger fraude, ou amparar crime, a lei considerará a corporação como uma associação de pessoas (tradução nossa).

<sup>82</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 276

<sup>83</sup> (...) e até mesmo órgãos sócias podem ser os instrumentos através dos quais as partes podem obter as mais injustas vantagens. Todos esses dispositivos e instrumentos ... são mera letra morta, a lei olha para eles como se nunca tivessem existido (tradução nossa).



A decisão identificou ambas as sociedades e desconsiderou a personalidade jurídica da sociedade de capitais.

Outra situação muito comum nos Estados Unidos é a vinculação entre sociedades, na qual uma controla a outra. A identidade de proprietários ou direção por si só não enseja a desconsideração da pessoa jurídica, apenas no caso de desrespeito a legislação societária é que a jurisprudência aplicará. Conforme escreve Lamartine Correa de Oliveira,

no caso de entrelaçamento de capitais e de membros da administração, se somem outras circunstâncias como, de modo especial, transferência total da direção e dos lucros da subsidiária à matriz ou deficiência de capital da subsidiária devido a 'sucção' do capital por parte da matriz<sup>84</sup>

A finalidade, ainda conforme Corrêa de Oliveira, é “proteger contra o esvaziamento do capital, mistura patrimonial, omissão na formação de capital adequado e extrema subcapitalização, nos casos das sociedades unipessoais e de grupos de sociedades”<sup>85</sup>.

Além destas situações, aplica-se a *disregard of legal entity* quando uma pessoa atua por outra, semelhante a um caso de representação no direito brasileiro, o que caracteriza *agency*; e no caso de *estoppel*, sociedades de fato não reconhecidas formalmente, mas que sob a aparência de regularmente constituídas, estabelecem relações jurídicas com terceiros.

Por fim, a doutrina *ultra vires* preceitua que a capacidade jurídica da sociedade é restrita aos fins previstos em seu ato constitutivo. Os atos praticados além destes poderes de atuação são de responsabilidade dos sócios. Aqui se denota a diferença em relação à *disregard doctrine*, pois esta é ditada pelo próprio ordenamento jurídico enquanto a teoria *ultra vires* encontra os limites de atuação no ato da sociedade.<sup>86</sup>

A partir desta jurisprudência norte-americana, autores alemães, especialmente Rolf Serick na sua tese de doutorado em 1953, buscam definir os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas.

---

<sup>84</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 277

<sup>85</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Id.*, p. 279

<sup>86</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Id.*, p. 252

O autor alemão acaba por definir alguns princípios norteadores na aplicação da teoria. Primeiro, o juiz pode desconsiderar a separação entre sócios e pessoa jurídica quando estiver diante de abuso da pessoa jurídica e para impedir a realização do ilícito. Abuso de direito é entendido pelo autor como a prática de qualquer ato que vise a frustrar a aplicação da lei, o cumprimento das obrigações contratuais e prejudicar terceiros. A existência da prática de abuso é fundamental, mesmo que para a proteção da boa-fé.

Segundo, não se pode atentar contra a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos. A desconsideração é algo mais complexo e requer outros requisitos do que simples insatisfação de direito de credor da sociedade.

Terceiro, caso não haja contradição entre os objetivos dos sócios e a função da pessoa jurídica, aplicam-se as normas sobre capacidade ou valor humano. Aqui, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica para o atendimento dos pressupostos da norma. Quando não se pode considerar as partes um único sujeito devido a forma da pessoa jurídica, pode-se desconsiderá-la e aplicar a norma cujo pressuposto seja a real diferenciação entre as partes.<sup>87</sup>

Quase todos os estudos posteriores a Serick levam estes apontamentos como base.<sup>88</sup> Pouco a pouco a noção unitarista e subjetivista defendida pelo doutrinador alemão foi sendo contestada. Entretanto, a base da teoria – o abuso da pessoa jurídica para consecução de objetivos contrários ao ordenamento – foi mantida por todos que trataram do tema.

## 4.2 CONCEITO E FINALIDADE

Até o presente não se tem um conceito preciso para o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica. Não só devido a novidade, mas também a peculiaridade do tema dificulta a conceituação: a teoria surgiu justamente em oposição à sistematização.<sup>89</sup>

O Black's Law Dictionary define a *disregard of corporate entity* como

---

<sup>87</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 297

<sup>88</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 9

<sup>89</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 55

Tratar uma companhia como se não existisse para efeitos fiscais ou de responsabilidade. Neste evento, cada acionista responderia pela distribuição das ações em todas as transações da companhia que geram tributação ou outras responsabilidades<sup>90</sup>.

A ciência do direito fundamenta-se em um raciocínio sistemático que parte do genérico e abstrato para se atingir o particular e concreto. Na tradição do direito continental europeu, o Direito formula arca-bouços teóricos aos quais as questões práticas são subsumidas. Já no direito anglo-saxão ao invés de se criar conceitos genéricos, busca-se solucionar o problema a partir dele mesmo, através de princípios e orientações de outros casos semelhantes – os precedentes.<sup>91</sup>

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica é fruto deste raciocínio problematizado. No sistema continental, ela passou a ser aplicada como último recurso, pois o problema colocado não encontrava uma resposta satisfatória. Não que inexistisse regulamentação para a matéria. Todavia, a aplicação daquele conjunto abstrato de normas levaria a um resultado indesejado.<sup>92</sup>

Percebe-se que a teoria não surgiu da ciência do direito, mas da jurisprudência, do trabalho do aplicador do direito que se vê diante do problema concreto e avalia as conseqüências da incidência de certos princípios teóricos. Apenas ele pode visualizar a inadequação desta solução perante certos valores.

O tema não se coloca ao nível do sistema ou da teoria: não é cogitável aprioristicamente pelo trabalho doutrinário. O doutrinador, que raciocina o direito independentemente de questões concretas, dispõe da solução sistemática e teórica. Ou seja, se há um agrupamento personificado, a decorrência é a inconfundibilidade entre tal pessoa jurídica e seus sócios. E não há como cogitar, pelo menos a princípio, de outra solução que não seja a aplicação do princípio da personificação.<sup>93</sup>

Como o ordenamento jurídico dispõe de uma solução, mas que é inviável ou indesejável para o conflito, o aplicador encontra um desafio da

---

<sup>90</sup> BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6.ed. St. Paul: West, 1994. p. 472. Tradução nossa.

<sup>91</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 53

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 54

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id. Ibid.*

incompatibilidade entre a solução do caso e os valores que orientam o sistema jurídico. Deve, então, buscar o sentido finalístico do ordenamento jurídico.

Ao ser utilizado de forma contrária à sua função e princípios do ordenamento jurídico, torna-se importante desenvolver mecanismos contra o desvio de atividade. Surge, então, a teoria que extrapola a pessoa jurídica, sem negar sua existência. Atinge apenas episódios específicos, sem afetar a validade de seu ato constitutivo. É, assim, uma adequação do Direito a realidade. Por isso a importância do papel desempenhado pelo juiz.

O magistrado, então, pode afastar o princípio da autonomia patrimonial entre sócios e sociedade, ignorando a existência da pessoa jurídica naquele caso concreto, tendo em vista a repressão de fraude, que não seria coibida se respeitada a autonomia patrimonial. A decisão que desconsidera a pessoa jurídica não desfaz seu ato constitutivo, não o invalida nem o dissolve. Apenas suspende a eficácia episodicamente. No caso específico em que a autonomia foi fraudulentamente utilizada, ela é desconsiderada.<sup>94</sup>

Esta é a grande característica da teoria. Antes da sua elaboração e difusão, a repressão às irregularidades e abusos era resolvida pela dissolução da pessoa jurídica. Na prática, isso significa o fim de uma atividade econômica, de postos de emprego, fonte de renda, tributos, entre outros. A teoria, então, permite reprimir fraudes e abusos sem prejudicar trabalhadores, consumidores, o fisco, ou seja, todo o mercado.<sup>95</sup>

A desconsideração não se fundamenta em defeito de aperfeiçoamento dos atos jurídicos ou falta de requisito de validade.<sup>96</sup> Em sua utilização, deve-se ter em mente a função do instituto pessoa jurídica abstratamente previsto e a função por ele desempenhada no caso concreto. O seu abuso é combatido com a desconsideração.

Torna-se apropriado deixar bem clara a distinção entre a despersonalização e a desconsideração da personalidade jurídica. A primeira visa à anulação da personalidade jurídica, fazendo desaparecer a pessoa jurídica por lhe faltarem condições de existência como validade dos atos ou dissolução da sociedade. Já na última se desconsidera a forma da pessoa

---

<sup>94</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p.70

<sup>95</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p 42

<sup>96</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p.71

jurídica em um caso concreto e específico sem negá-la de uma maneira geral.<sup>97</sup>

Também é interessante lembrar a diferença da desconsideração com as operações de imputação de atos jurídicos.<sup>98</sup> Trata-se destas quando não está presente a responsabilidade subsidiária, mas sim uma questão de atribuir à prática de ato ilícito a quem tenha responsabilidade solidária com a sociedade.

A teoria só pode ser aplicada se a personalidade jurídica coloca-se como um obstáculo para a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador. Se o ilícito pode desde logo ser identificado como advindo de alguém, não é o caso de desconsideração. Este é o caso da responsabilização individual. A teoria da desconsideração é aplicada quando a consideração da sociedade implica na licitude dos atos, tornando-se ilícito quando imputado ao sócio. Isto configura o “pressuposto da licitude”.<sup>99</sup>

Por sua importância vital para a economia capitalista, a personalização das sociedades empresárias e a conseqüente limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios não pode ser descartada da disciplina da atividade econômica. A desconsideração não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade. Seus pressupostos são a pertinência, validade, responsabilidade dos sócios por eventuais perdas do insucesso empresarial, ou seja, regras estimuladoras de atividades econômicas. Toda atividade empresarial envolve fatores relativamente imprevisíveis que podem simplesmente sacrificar a empresa. Assim a limitação das perdas que será suportada parte pelos sócios e parte pelos credores é essencial na atividade econômica capitalista.

A função do instituto da pessoa jurídica de limitar os riscos empresariais, através do reconhecimento da sua existência como distinta da existência de seus membros, que objetiva principalmente estimular o desenvolvimento das atividades econômicas e contribuir para o desenvolvimento social, não é evidentemente ilegítima; todavia, a utilização desta situação pode ter, em alguns casos, esse caráter. Com efeito, todo instituto jurídico corre o risco de ter sua função desviada, ou seja, utilizada contrariamente as suas finalidades.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p.72

<sup>98</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 293

<sup>99</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 42

<sup>100</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 67

Não se trata, portanto, de um apêndice da teoria geral da personalidade jurídica relegado ao plano da excepcionalidade que deve ser utilizada com excessiva cautela. O fato de que a existência de uma pessoa jurídica pode ser desconsiderada, deixando, assim de gerar conseqüências jurídicas deve ser visto como algo característico da personalidade jurídica. Neste sentido Fábio Ulhoa Coelho, escreve que pessoa jurídica pode ser entendida como “o sujeito de direito personalizado, incorpóreo e cujo ato constitutivo pode ser episodicamente ineficaz, se servir de instrumento de fraude ou abuso de direito”<sup>101</sup>.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica é, portanto, uma tentativa de proteger a própria pessoa jurídica. Afirmar a personalidade jurídica nos casos em que deve ser desconsiderada é desvirtuá-la.

### **4.3 A DOUTRINA BRASILEIRA**

Conforme exposto neste trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica é uma resposta criada pela jurisprudência norte-americana para coibir fraudes e abusos praticados por meio da pessoa jurídica. Disso decorre certa dificuldade em sistematizar esta teoria que, como escreve Justen Filho, “surgiu justamente como oposição à sistematização”<sup>102</sup>.

No Direito Brasileiro destacam-se os trabalhos doutrinários de Rubens Requião, José Lamartine Correa de Oliveira, Marçal Justen Filho, Fábio Konder Comparato e Fábio Ulhoa Coelho, os quais se passa a discutir.

#### *4.3.1 Rubens Requião*

O introdutor da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na doutrina brasileira foi Rubens Requião. Ele demonstra que a personalidade jurídica não é um direito absoluto e está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e teoria do abuso de direito.

---

<sup>101</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 89

<sup>102</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 55

Para ele, a função social é o mais alto atributo do Direito. Entretanto, nem sempre há uma perfeita correspondência entre a lei, o Direito e o fato. Por isso, crê na função inovadora do jurista de atender as necessidades concretas. Como ele parte do pressuposto de que a pessoa jurídica é uma criação legal, não há porque se tê-la como “véu impenetrável” que esconda práticas abusivas e fraudulentas ao direito.

Tão logo se verifique ou evidencie que, nas suas relações com terceiros – acionistas ou credores -, o grupo societário se queira valer da autonomia das sociedades isoladamente consideradas que o compõem para, através dessa autonomia, obter vantagens indevidas ou descabidas, deve a personalidade ser desconsiderada, para se tratar o grupo como uma unidade econômica, sem distinções como de fato é<sup>103</sup>

Em outro texto escreve

A doutrina da desconsideração nega precisamente o absolutismo do direito da personalidade jurídica. Desestima a doutrina esse absolutismo, perscruta através do véu que a encobre, penetra em seu âmago, para indagar de certos atos sócios ou do destino de certos bens. Apresenta-se por conseguinte, a concessão da personalidade jurídica como um significado ou um efeito relativo e não absoluto, permitindo a legítima penetração inquirido em seu âmago (...) Ora, assim há de ser. Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado objetivando, como diz Cunha Gonçalves, a realização de um fim nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso<sup>104</sup>

#### 4.3.2 José Lamartine Corrêa de Oliveira

Lamartine Corrêa de Oliveira parte do pressuposto de que o apego ao dogma da separação da pessoa jurídica levou ao desencontro com os fins justos e sociais. Então, sugere uma adequação da interpretação da lei a valores que lhe são imanentes, bem como o estabelecimento de limites aos quais até o legislador deve estar submetido. Embora faça várias críticas a

<sup>103</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.296

<sup>104</sup> REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)* In *Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. p. 71

Serick, concorda com o alemão de que os fatos jurídicos devem ser interpretados e valorados de acordo com critérios éticos.

Quando a pessoa jurídica é utilizada para fins diversos daqueles do Direito, ocorre uma crise de sua função. Ela surge quando a norma não mais qualifica adequadamente o ser que regula. Para Oliveira, são pessoas jurídicas mesmo antes do seu ato constitutivo, visto que possuem continuidade e identidade, formam centros autônomos de interesse e expressam declarações de vontade. Além disso, são orientadas por valores e possuem funções como: tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios isolados de um ser humano; limitação dos riscos empresariais; agrupamento para fins religiosos, políticos, educacionais; vinculação de determinados bens aos serviços de determinadas finalidades socialmente relevantes<sup>105</sup>.

Assim, a pessoa jurídica difere da pessoa humana e diversas pessoas jurídicas diferem entre si. Muitos dos problemas não precisam ser solucionados pela desconsideração, mas com a teoria clássica. Em primeiro lugar, a teoria da aparência na qual a responsabilidade é própria e não subsidiária. Casos de mera imputação de ato não podem ser entendidos como de desconsideração. Em segundo, quando a sociedade é criada por alguém com auxílio de testas-de-ferro, caracteriza-se uma simulação e a responsabilidade será ilimitada do real empresário. Também em caso de comportamento contraditório, nos casos de mistura de negócios e patrimônio, o autor não admite que seja responsabilizado quem se oculta atrás da forma societária, quando a conduta se torna falsa para terceiros.

A desconsideração, para ele, seria a correção entre a “aparência e realidade na constituição e no funcionamento da pessoa jurídica”<sup>106</sup> e é preciso a presença do princípio da subsidiariedade. As questões da desconsideração em geral envolvem um problema de imputação.

Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas

---

<sup>105</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 606

<sup>106</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Id.*, p. 613



fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência.<sup>107</sup>

A solução, então, sempre pode ser buscada através de uma comparação com a pessoa natural e se esta, na busca de seus interesses, agiria como age a pessoa jurídica em questão.

#### 4.3.3 *Marçal Justen Filho*

Justen Filho acredita que o problema da desconsideração da personalidade jurídica não pode ser resolvido a partir de uma teoria, já que a categoria não é unitária e simples. Há variações nos pressupostos jurídicos para a desconsideração nos diferentes ordenamentos jurídicos e diferentes ramos do direito. Também a intensidade e a extensão que a desconsideração assume não são sempre uniformes. Pode ser máxima, média ou mínima, dependendo da natureza do “risco que ameaça o interesse que se busca proteger”<sup>108</sup>, bem como a extensão pode ser unitária, seriada ou genérica, condicionada à extensão do abuso<sup>109</sup>.

Como elemento comum, encontra-se o abuso da pessoa jurídica, entendido pelo autor como “O sacrifício de um interesse jurídico (...) valorado como mais desejável do que o interesse existente na manutenção da eficácia da personalidade societária”<sup>110</sup>.

Justen Filho expõe um rol de elementos que se conjugam para a formação do conceito de desconsideração<sup>111</sup>. São eles:

- a) Existência de mais de uma ou mais sociedades personificadas: em primeiro lugar deve existir uma sociedade personificada que importa na distinção jurídica dos sujeitos envolvidos. Assim, a partir da regra da personificação, dever-se-ia tratar sócios e sociedade como sujeitos distintos, apenas vinculados por laços de coligação ou controle.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 613

<sup>108</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 62

<sup>109</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 63

<sup>110</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 156

<sup>111</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 55

- b) Ignorância dos efeitos a da personificação: A desconsideração da personalidade jurídica afasta aplicação de preceitos de Direito Comercial, “trata-se a questão tal como se inexistisse a personificação societária.”<sup>112</sup>
- c) Ignorância de tais efeitos para o caso concreto: Esta ignorância é específica a algum ato ou período. Ela não é definitiva e não retira a validade da personificação.
- d) Manutenção da validade de atos jurídicos: A desconsideração da personalidade jurídica não significa a invalidação de atos jurídicos praticados em nome da pessoa jurídica. A princípio, todos os atos são válidos e eficazes. Eventual e especificamente, poderá se produzir a invalidação.
- e) Finalidade de evitar o perecimento de um interesse: A questão central da desconsideração está na finalidade, uma vez que ignora os efeitos da personificação para um caso concreto, tendo em vista o desvio de resultado que seria gerado. O abuso na sua utilização é combatido com a desconsideração. Como a conduta que se deseja evitar será produzida pela aplicação do regime correspondente a pessoa jurídica, a solução jurídica é desconsiderar os efeitos da personalização. Assim, a correspondência a uma finalidade é indispensável para a caracterização da desconsideração.

A partir destes dados, o autor intenta uma definição para a desconsideração da personalidade jurídica:

É a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica.<sup>113</sup>

#### 4.3.4 Fábio Konder Comparato

Fábio Konder Comparato parte do pressuposto que a personalidade jurídica é “o meio técnico para distinção de direitos e obrigações entre as

---

<sup>112</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 56

<sup>113</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 57

esferas patrimoniais da sociedade e de seus membros.”<sup>114</sup>. De modo geral, ela se constitui em patrimônio autônomo que não se confunde com as obrigações dos sócios. Essa separação, porém, é estabelecida especificamente para o atingimento de um bem comum expresso no contrato ou estatuto. Assim, a causa da existência e a manutenção só se justificam por esse escopo.

A partir destas premissas, Comparato vê a descon sideração como a ineficácia de atos e negócios jurídicos, mas sem destruir a entidade pessoa jurídica. É a suspensão dos efeitos da separação patrimonial *in casu*<sup>115</sup>. Para que ocorra a descon sideração deve ocorrer o desatendimento aos pressupostos que levaram à criação da personalidade jurídica, sejam eles formais, como a observância do tipo societário, sejam substanciais, como a distinção entre os objetivos da sociedade e os particulares dos seus membros. Criticando as posições subjetivistas apoiadas somente sobre a fraude e o abuso de direito, defende que é o poder de controle o elemento fundamental sobre a consideração.

A descon sideração da personalidade jurídica não é um tema teórico, mas decorre da multiplicação dos grupos econômicos. Para ele, a sociedade visa a atender aos interesses comuns dos sócios. O controlador, por sua vez, deve atentar para os fins sociais da sociedade seja mediante seu voto nas deliberações seja junto à direção da sociedade. Seus atos sofrem limitação pela lei e pelo contrato social e quando age além deles, age com excesso de poder; quando obedece às prescrições legais apenas na aparência, atua com desvio de poder<sup>116</sup>.

Para Comparato, o desvio de poder sempre está ligado à opressão dos não-controladores<sup>117</sup>. O poder de decisão é do controlador que não raro atua segundo seus próprios interesses contrariando os interesses da sociedade e de outros acionistas. Destacando o art. 115 da Lei das S/A. que define o exercício abusivo do direito de voto, o autor fala da responsabilização civil do acionista, tornando a deliberação anulável.

---

<sup>114</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 283

<sup>115</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Id.*, p. 284

<sup>116</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Id.*, p. 295

<sup>117</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Id.*, p. 305

Mas isto também ocorre nos casos de autofinanciamento do controlador, aumento do capital subscrito, contratos para dilapidação do patrimônio social e alterações ou dissolução da companhia a fim de aumentar seu poder em detrimento dos não-controladores.<sup>118</sup>

Não raro os desvios de poder ocorrem nos grupos econômicos seja em detrimento das sociedades controladas como da controladora. A própria mecânica do conjunto empresarial tende a restrição ou supressão da distribuição dos lucros ou até mesma a sua produção. Nunca se pode esquecer que os interesses maiores do grupo devem se sobrepor aos interesses individuais das sociedade componentes. O ponto de equilíbrio está na “legalização do fato, acompanhada da imposição de limites, e de toda uma sistemática de adequada proteção aos interesses individuais lesados”<sup>119</sup>.

Toda sobreposição de interesse deve obedecer aos limites existentes nas convenções do grupo e respeitar os interesses dos acionistas minoritários. O desrespeito ao objeto do grupo constitui abuso de poder e oportuniza direito de regresso e indenização pelos prejuízos sofridos. Os desvios, porém, não se limitam a estes. Eles ocorrem também pela fraude de normas legais imperativas como sinceridade do balanço e intangibilidade do capital social.

Com o advento da sociedade por ações, passou-se a distinguir a participação da administração do capital a fim de estabelecer a irresponsabilidade do acionista pelos débitos da empresa. Assim, a responsabilização pessoal dos administradores tornou-se a regra e a regra da desconsideração sobre a sociedade unipessoal comumente conhecida deixa de ser suficiente.

O autor entende que o acionista majoritário não pode ser penalizado com responsabilidade pessoal em benefício do acionista minoritário, uma vez que aquele está exposto a maior risco.<sup>120</sup>

A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada seria o critério para desconsideração da personalidade jurídica externa corporis.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 310

<sup>119</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Id.*, p. 335

<sup>120</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Id.*, p. 341

<sup>121</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Id.*, p. 343

Como o controlador, que é o maior interessado na manutenção da separação patrimonial, descumpra-a, não há porque mantê-la para acobertar abusos.

Além da confusão patrimonial, a subcapitalização ou empréstimos sobrevivendo de falência ensejam a desconsideração. Comparato defende que

com ou sem o estabelecimento de uma convenção de grupo, a insolvabilidade de uma sociedade controlada, caracterizada pela falência ou pela concordata, deveria acarretar a responsabilidade subsidiária da controladora. Incumbindo a essa o ônus de provar, não havendo convenção, a inexistência de um poder de controle, constituindo o grupo societário de subordinação.<sup>122</sup>

O autor conclui, então, que poder de controle só se legitima quando atende as finalidades para as quais a sociedade foi criada e a função social. O autor do abuso é sempre o titular do poder de controle, exista ou não um grupo de controle. E, a personalidade jurídica nunca será obstáculo à aplicação das sanções ao controlador.

#### 4.3.5 Fábio Ulhoa Coelho

Fábio Ulhoa Coelho entende que a sociedade empresária, em razão da sua personalidade jurídica pode ser utilizada para a realização de fraude ou abuso de direito. Embora o ordenamento brasileiro adote o princípio da autonomia da pessoa jurídica, admite a desconsideração para coibir atos ilícitos. “É exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos de seus membros.”<sup>123</sup>

Trata-se de uma ineficácia episódica do ato constitutivo da sociedade empresária e não sua anulação ou desfazimento. Para ele, “a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiras vítimas de fraude”<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 382

<sup>123</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 35

<sup>124</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id. Ibid.*

Ulhoa Coelho cita dois entendimentos aplicados pelo Judiciário brasileiro. Um denominado a *teoria maior da desconsideração* para o qual é possível desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica quando essa for utilizada para realização de fraudes e abuso de direito; outro denominado *teoria menor da desconsideração* que admite a superação do princípio da autonomia patrimonial sempre que dessa resulte obstáculo à satisfação dos débitos contraídos pela pessoa jurídica.

A teoria menor reflete a crise do princípio da autonomia patrimonial. O seu pressuposto é unicamente o desatendimento aos credores devido a insolvência ou falência da sociedade. Não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da utilização regular da sociedade, basta a insolvência desta e a solvência do sócio.

Argumentando que a adoção da teoria menor leva a ineficácia do princípio da autonomia patrimonial, em geral, prefere a teoria maior da desconsideração, apesar de o STJ já ter adotado a primeira em questão de direito do consumidor

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. 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<sup>125</sup>.*

Defende, ainda, que a teoria independe de uma previsão legal<sup>126</sup>. Todavia, muitos juízes brasileiros em momentos de descuido têm usado de modo apressado e inadequado a expressão “desconsideração” conduzindo a resultados diferentes daquele previsto pela teoria.

Quanto às diferenças de formulações sobre as teorias subjetiva e objetiva, defende que a importância está na facilitação de produção de provas em juízo. Enquanto na primeira formulação, os elementos autorizadores são a fraude e o abuso de direito, facilitando a tarefa do autor; na segunda é a confusão patrimonial, mas que não pode ser utilizada como único pressuposto.

#### **4.4 DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

No direito norte-americano não existe norma jurídica que incorpore a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao sistema. Há alguns estatutos que visam à repressão de negócios fraudulentos, mas sem tratar especificamente.<sup>127</sup>

Até mesmo uma pesquisa em decisões judiciais sobre o tema não é suficiente para apontar um critério geral para a aplicação. Robert Charles Clark aponta quatro postulados para a responsabilização do sócio por obrigação social: veracidade (não pode enganar o credor), primazia (os débitos devem ser saldados antes da distribuição de dividendos), paridade (não pode haver

<sup>125</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 279.273/SP. Relator Ari Pargendler. Disponível no endereço: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=@docn='000201464'>. Acesso em: 20/06/2009.

<sup>126</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 37

<sup>127</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id.*, p. 49

discriminação entre os credores), desobstrução (não pode dificultar a execução da dívida pelo credor).<sup>128</sup>

No Brasil o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica é o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (CDC):

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.

§ 1º - (Vetado.)

§ 2º - As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º - As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º - As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

A análise dos fundamentos legais para a desconsideração da pessoa jurídica em favor do consumidor – o abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração – revela que nem todos têm correspondência com a teoria da desconsideração. Excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência são fundamentos que dizem respeito a temas societários diversos, que dizem respeito à responsabilização de sócio ou representante legal por ato ilícito próprio ou má administração.<sup>129</sup>

Embora relacionado com a pessoa jurídica, o ato gerador da responsabilidade pode ser diretamente imputado ao agente, sendo que a personalidade jurídica não representa um obstáculo a essa imputação. Quando um representante legal ou controlador da empresa provoca danos a terceiro, inclusive consumidor, responderá por isso. Responde, nesse caso, por obrigação pessoa decorrente do ilícito que cometeu, mas sem afetar a pessoa

<sup>128</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...* p. 49

<sup>129</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Id.*, p. 50



jurídica que controla. Da mesma forma, a personalização da sociedade não impede o ressarcimento dos danos quando comprovada a má administração. A teoria da desconsideração, por sua vez, tem pertinência quando a responsabilidade não pode ser imputada, a princípio, diretamente ao sócio ou controlador.<sup>130</sup>

Quanto ao parágrafo 5º não se pode ter uma interpretação literal do dispositivo. Deve-se entendê-lo como uma sanção a ser imposta ao empresário que descumprir norma protetiva do consumidor de caráter não pecuniário.

O segundo dispositivo a tratar do assunto foi o art 18 da Lei nº 8.884/1994, a Lei Antitruste, que autorizou a descaracterização da personalidade jurídica em caso de infração da ordem econômica e na aplicação da sanção.

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.

De fato, a aplicação da teoria da desconsideração no campo do direito concorrencial é bastante pertinente, tanto que uma das primeiras manifestações da *disregard doctrine* no direito norte-americano deu-se neste campo. Entretanto, o legislado da LIOE reproduziu em grande parte o dispositivo já existente no CDC, acabando por incorrer nos mesmos erros e sem aproveitar as contribuições doutrinárias.

Em 1998 tratando da responsabilidade por lesão ao meio ambiente, o art. 4º da Lei nº 9.605/1998 determinou:

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

Sem fazer confusão entre a desconsideração e outros institutos jurídicos, o legislador proíbe a utilização fraudulenta da autonomia patrimonial

---

<sup>130</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...* p. 51

não poderá impedir a responsabilização dos agentes por danos à qualidade do meio ambiente.

O art. 50 do Código Civil contempla as mesmas preocupações que levaram a elaboração da *disregard doctrine*.<sup>131</sup> Positiva a desconsideração da pessoa jurídica na linha desenvolvida por Lamartine Correa de Oliveira, Marçal Justen Filho, Fábio Konder Comparato e Fábio Ulhoa Coelho de que a desconsideração não atinge a validade, mas efeitos episódicos da personalidade.

Assim dispõe o artigo:

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 estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica

Vale lembrar que mesmo nas hipóteses não abrangidas pelos dispositivos que tratam do tema o juiz pode ignorar a autonomia patrimonial quando a pessoa jurídica for utilizada de modo fraudulento. Não pode o juiz, porém, desprezar a entidade da pessoa jurídica apenas pelo desatendimento de um ou outro credor. A melhor interpretação aos arts 28 CDC, 18 LIOE, 4º da Lei do Meio Ambiente e 50 CC é a que se vale também da contribuição doutrinária, respeita o instituto da personalidade jurídica e reconhece sua importância para as atividades econômicas e apenas admite a superação da autonomia patrimonial quando necessária à coibição de fraude e mau uso da entidade.

Mesmo sem tratar expressamente da desconsideração da personalidade jurídica, a Consolidação das Leis Trabalhistas traz em seu art. 2º, § 2º dispositivo que demonstra não ser a personificação societária óbice à desconsideração:

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.

(...)

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção,

---

<sup>131</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 53

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.

Segundo Marçal Justen Filho<sup>132</sup> os princípios norteadores do Direito do Trabalho não admitem que se obstaculize a tutela do direito do trabalhador através de formalidades. O autor afirma que esses direitos são interesses indisponíveis, e, portanto, a possibilidade de sacrifício dos mesmos autoriza automaticamente a desconsideração da personalidade societária.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 103

<sup>133</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 127

## 5 A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

Antes mesmo da definição legal da desconsideração da personalidade jurídica pelo direito brasileiro, os juízes já vinham aplicando a *disregard doctrine*. Já em 1979, Rubens Requião defendia o afastamento da pessoa jurídica, quando esta era a solução para o caso concreto. Conforme o autor,

(...) o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que, dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.<sup>134</sup>

A primeira decisão que aplicou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é de 25 de fevereiro de 1960, no Juízo de Direito da 11ª Vara Cível do Distrito Federal. O Juiz Antônio Pereira Pinto verificou o abuso de direito por parte da sociedade anônima, em que acionista se utilizou da sociedade para prejudicar fraudulentamente terceiros.<sup>135</sup>

Constatando nos autos a existência de documentos lavrado em papel timbrado da sociedade no qual os signatários assumiam a obrigação de aprovar todos os atos de gestão do ex-diretor e de ratificar aqueles que exigiam essa formalidade, evidenciou-se que os compromissos não foram assumidos só pelo acionista majoritário, mas sim pela pessoa jurídica.

Diante desse caso, o Juiz aplicou a teoria da desconsideração nos seguintes termos:

Em face da exaltação da pessoa jurídica como pura forma de organização, ganha terreno hoje em dia a idéia de que é necessário impor-lhe limitações de ordem moral e ética como freio ante possíveis desvios em sua utilização. Já se começa a se afirmar que não basta o frio e externo respeito aos pressupostos assinalados por lei, para permitir que se oculte alguém sob a máscara da pessoa jurídica e desfrute de seus inegáveis benefícios. Acredita-se ter sido encontrado pelos autores e pela jurisprudência o remédio, para esses desvios no uso da pessoa jurídica, na possibilidade de prescindir da sua estrutura formal para nela 'penetrar' até descobrir seu substrato

---

<sup>134</sup> REQUIÃO, Rubens. *Abuso ...*, p. 14

<sup>135</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 348

pessoal e patrimonial, pondo assim a descoberto os verdadeiros propósitos dos que se amparam sob aquela armadura legal.

### Adiante conclui

Entende também a jurisprudência que os atos e obrigações de uma pessoa jurídica podem considerar-se como atos de uma pessoa particular e vice-versa, quando concorram as seguintes circunstâncias: a) que a sociedade esteja influenciada ou governada por essa pessoa, ou que haja entre elas tal identidade de interesses e propriedade, que a sociedade e a pessoa estejam confundidas; b) que os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso equivalha a sancionar uma fraude ou promover uma injustiça.<sup>136</sup>

Justen Filho nota a caracterização do abuso da pessoa jurídica quando estão presentes os pressupostos objetivos: “utilização desconforme com a normalidade, de cunho surpreendente, que provoca sacrifício de interesses disponíveis ou, então, a simples ocorrência de sacrifício de interesses indisponíveis por decorrência da incidência do regime personificatório”<sup>137</sup>. Comparato também escreve que será aplicada a desconsideração na desobediência aos pressupostos da pessoa jurídica, em especial o tipo societário e a distinção entre os objetivos da sociedade e a conduta dos seus membros<sup>138</sup>.

O Direito Empresarial é o ramo que regula a atividade comercial do comerciante e de qualquer pessoa, física ou jurídica, destinada a fins de natureza econômica, de forma habitual e dirigida à produção de bens ou serviços conducentes a resultados patrimoniais ou lucrativos. Embora o crescente número de dispositivos publicísticos que disciplinam a atividade mercantil, este ramo tem cunho privado.

Por tratar essencialmente de direitos disponíveis, o Direito Comercial foi o ramo que manifestou a maior complexidade na aplicação da Teoria da

---

<sup>136</sup> DISTRITO FEDERAL. Juízo de Direito da 11ª Vara Cível do Distrito Federal. Abuso de direito por meio de sociedade anônima – Diretor ou acionista que se serve da sociedade para burlar a lei, violar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros – Nestes casos, pode-se, ou não, prescindir da existência da sociedade e considerar o ato como se fosse praticado diretamente pelo acionista soberano interessado. Predial Corcovado S.A. contra Alziro José D’Ávila Junior e outros e Alziro José D’Ávila Junior contra Predial Corcovado S.A. e outros. Juiz Antônio Pereira Pinto. 25/02/1960. p. 269-82.

<sup>137</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 142

<sup>138</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 297

Desconsideração da Pessoa Jurídica. Torna-se complexo, pois a análise da má utilização da sociedade personificada envolve elementos não só do direito positivado, mas requer uma avaliação global da realidade. Desta forma, é impossível indicar de maneira exaustiva os casos de aplicação da desconsideração no Direito Empresarial.

A dinâmica negocial, correspondente à dinâmica social, propicia alterações das vivências do grupo. Isso produz reflexos sobre a normalidade e a anormalidade na utilização dos benefícios do regime societário. E, assim, altera-se também a aplicação do superamento da personalidade jurídica societária<sup>139</sup>

A criação da pessoa jurídica, conforme Justen Filho, “evita que o insucesso profissional afete o restante dos seus bens, quando confere uma parte de seu patrimônio para a formação do capital social da pessoa jurídica e (...) a insolvência recairá sobre os credores, que não poderão dispor do patrimônio particular do sócio”<sup>140</sup>. Há, assim, certo abuso autorizado pelo Direito. Entretanto, é diferente do abuso praticado com a utilização indevida da pessoa jurídica em atividade atípica, descontrolada e imprevisível.

A aplicação da desconsideração se dará com a maior valoração de certos interesses tutelados em detrimento daqueles tutelados pelo complexo normativo que rege a pessoa jurídica. A dificuldade está em se determinar quais interesses a serem preferidos.

Como a desconsideração visa a corrigir o uso em desacordo com as funções outorgadas pelo Direito, é a *desfunção*<sup>141</sup> que enseja os pressupostos para a configuração da desconsideração.

Partindo de uma diferenciação entre interesses disponíveis e indisponível o autor afirma que “enquanto o conflito de interesses mantiver-se no plano da disponibilidade, a regra é a de que o simples sacrifício dos interesses de uma das partes não é o bastante para provocar a incidência da teoria da desconsideração”<sup>142</sup>. Já, “quando haja uma relação de causa e efeito

---

<sup>139</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p.133

<sup>140</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 120

<sup>141</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p.78

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.*, p. 126

entre a eficácia personalização e o sacrifício de um interesse indisponível, aplicar-se-á a teoria da desconsideração”<sup>143</sup>.

Todavia, inexistem critérios rígidos e genéricos para indicar os casos de desconsideração. A utilização anormal seria a desconformidade com os padrões sociais, negociais e jurídicos de certo momento histórico.

No Direito Comercial, o que autorizará a desconsideração da pessoa jurídica é a forma pela qual o sacrifício se processará e não o sacrificio em si mesmo de um dado disponível.<sup>144</sup> Isto se dará através da análise de referências teóricas, usos e costumes na prática mercantil. É o abuso na utilização da pessoa jurídica de modo a provocar um resulta incompatível com a previsão abstrata do ordenamento jurídico.

Assim, a mera confusão patrimonial não justifica a desconsideração, pois é “produto e, não, causa da utilização abusiva”.<sup>145</sup> Porém, se levar a empresa a insolvência de modo a prejudicar terceiros de boa-fé pode ensejar a desconsideração. Da mesma forma, o controle unipessoal como fato isolado não é motivo para desconsideração. Mas ele pode ser responsabilizado pela conduta abusiva. Não se faz necessário investigar a vontade do sócio, pois o que prevalece é o resultado.

Reconhecendo a inexistência de um conceito único e absoluto de desconsideração da personalidade jurídica, deve-se também reconhecer a inexistência de um único fundamento para a aplicação da teoria. Trata-se de manifestação que atende necessidade e circunstâncias de cada momento, o que leva a várias formas e modalidades de desconsideração da personalidade jurídica societária. A multiplicidade de modalidades desconsiderativas é acompanhada por uma multiplicidade de fundamentos para a sua incidência.<sup>146</sup>

Diante disso, a desconsideração pode se dar tanto na forma de ignorância total do regime jurídico da sociedade empresária como em um abrandamento deste regime. A primeira situação seria a mais intensa, na qual os atos e relações jurídicas são imputados diretamente aos sócios. Supera-se a pessoa jurídica e atinge-se direta e exclusivamente os sócios. O segundo

---

<sup>143</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 127

<sup>144</sup> JUSTEN FILHO, Marçal *Id.*, p. 134

<sup>145</sup> JUSTEN FILHO, Marçal *Id.*, p. 137

<sup>146</sup> JUSTEN FILHO, Marçal *Id.*, p.65

caso seria da aplicação média. Não se ignora a existência da sociedade, mas se toma sociedade e sócio como uma única posição jurídica compartilhando dos mesmos deveres e responsabilidades. A manifestação menos intensa seria quando se considera que o sócio ou a sociedade têm responsabilidade subsidiária pelos efeitos dos negócios jurídicos.<sup>147</sup>

Por fim, de modo bastante rápido, nota-se que a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes só pode ocorrer em ação judicial própria de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra seus sócios ou controladores. Nessa ação, o credor deve demonstrar a existência de fraude na manipulação da pessoa jurídica e a pessoa ou pessoas que devem ser responsabilizadas. Como se deseja a responsabilização dos sócios, a sociedade não é sujeito passivo do processo, mas sim os sócios ou administradores.

Conforme ensina Fabio Ulhoa Coelho “a desconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado.”<sup>148</sup> Se a insolvência é verificada antes da propositura da ação, deve-se acionar os casos. Porém, caso haja receio que durante o processo a entidade seja usada de modo fraudulento, deve-se desde o início incluir no pólo passivo da relação processual, as pessoas sobre cuja conduta incide o fundado temor. Neste caso, sociedade e fraudador seriam litisconsortes.

Neste entendimento caminha a jurisprudência. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça deixou claro que “a desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo que de forma implícita, passível de anulação”<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 61

<sup>148</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 55

<sup>149</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 422.583/PR. Relator José Delgado. Disponível no endereço: <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200354575&pv=010000000000&tp=51> . Acesso em: 20/06/2009.



## 6 CONCLUSÃO

É cada vez maior o número de pessoas jurídicas utilizadas como escudo pelos sócios para burlar o Direito e prejudicar terceiros valendo-se a autonomia patrimonial. Porém, no atual estágio das relações comerciais e a enorme quantidade de grandes companhias que envolvem muitas pessoas e interesses, a coibição de fraudes e abusos de direito requer uma sensível atenção para não prejudicar terceiros de boa-fé.

O instituto da pessoa jurídica surge e ganha grande relevância justamente como entidade autônoma que permite ao grupo a aplicação de um regime jurídico mais favorável à conjugação de pessoas e a consecução de atividades econômicas. Sua importância, desta forma, está ligada diretamente ao fortalecimento do sistema capitalista da economia.

O seu conceito não é absoluto. O instituto como se conhece surge apenas no século XIX, e desde então, teve várias teorias justificadoras. O Código Civil brasileiro, por sua vez, adotou a teoria da realidade técnica.

A partir da sua constituição decorrem basicamente três efeitos jurídicos: a titularidade negocial, a titularidade processual e autonomia patrimonial. Segundo este último princípio, apenas os bens da sociedade respondem pelas obrigações sociais. Há uma separação entre os bens que pertencem aos sócios e a sociedade. São patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis.

Analisando a prática do instituto, Lamartine Corrêa de Oliveira vê uma dupla crise da personalidade jurídica. Por um lado, critica a negação desta categoria jurídica a agrupamentos humanos como sociedade de fato, de outro, verifica o descompasso entre os fins do Direito e a conduta prática e específica de agrupamentos personificados. A segunda hipótese ocorre quando a pessoa jurídica serve para outros fins daqueles protegidos pelo ordenamento jurídico como encobrir fraude à lei e abuso de direito.

Com o objetivo de proteger o instituto e de evitar a sua má-utilização, surge no direito anglo-saxão, a partir dos trabalhos da jurisprudência, a *doctrine of disregard entity*. Desta forma, não se preocupou com uma definição ou

teorização pormenorizada do tema. Foram os juristas da *civil law*, ao se apropriarem da teoria, que buscaram sistematizá-la.

No Brasil, deve-se destacar o trabalho de alguns doutrinadores, sobretudo da escola paranaense do Direito. Rubens Requião é o introdutor do tema ao defender que a pessoa jurídica não é um direito absoluto e está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e teoria do abuso de direito

Como efeito da desconsideração da personalidade jurídica, tem-se a expropriação patrimonial do responsável pelo uso inadequado, embora não se deixe de ter validade em relação aos demais atos.

Lamartine Corrêa de Oliveira, Marçal Justen Filho, Fábio Konder Comparato e Fábio Ulhoa Coelho também apresentam importantes contribuições ao entendimento e consolidação do instituto. Finalmente, em 1990, no Código de Defesa do Consumidor, o direito pátrio dá algum caráter legal a desconsideração da personalidade jurídica e em 2002, o Código Civil no art. 50 contemplou as preocupações que levaram a elaboração da teoria da *disregard of legal entity*.

A desconsideração da personalidade jurídica é medida de exceção, e só deve ser aplicada mediante a verificação de abuso de direito, fraude à lei ou ao contrato, confusão patrimonial entre a pessoa dos sócios e a sociedade ou a dissolução de fato ou extinção irregular da sociedade. Como consequência a desconsideração não atinge a validade do ato constitutivo, mas gera a ineficácia episódica de certos atos no caso concreto. É uma medida que só pode ser tomada frente ao caso concreto e diante da comprovação de um dos pressupostos.

Trata-se de algo bem diverso da despersonalização. A teoria busca reprimir fraudes e abusos sem prejudicar trabalhadores, consumidores, o fisco, ou seja, todo o mercado. A teoria só pode ser aplicada se a personalidade jurídica coloca-se como um obstáculo para a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador. Se o ilícito pode desde logo ser identificado como advindo de alguém é o caso da responsabilização individual.

O Direito Empresarial, por regular a atividade do comerciante e pessoas com atividades econômicas, foi ramo que apresentou grande complexidade para a aplicação da teoria. A desconsideração pode ser dar tanto na forma de

ignorância total do regime jurídico da sociedade empresária como em um abrandamento deste regime.

O elemento que permitirá a desconsideração da pessoa jurídica é a forma pela qual o sacrifício de um dos valores envolvidos se processará e não o sacrificio de um dado disponível em si mesmo. Para isto, faz-se necessária a análise de referências teóricas, usos e costumes na prática mercantil. É a utilização abusiva da pessoa jurídica de modo a provocar um resultado incompatível com a previsão abstrata do ordenamento jurídico.

Por isso, o magistrado desempenha papel fundamental na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Na verdade, ela faz uma adequação da pessoa jurídica à realidade social, coibindo práticas contra o Direito. É uma posição atenta à realidade e preocupada com os valores do ordenamento jurídico e princípios da Ciência do Direito que permitirão a busca da Justiça.

No entanto, a aplicação da teoria como efeito direto da insolvabilidade tem sido freqüente equívoco cometido pelos tribunais brasileiros. Tal entendimento distancia-se dos ensinamentos da doutrina e da interpretação sistemática dos dispositivos legais, e pode conduzir a resultados indesejáveis.

A ausência de autonomia patrimonial fundada apenas no inadimplemento de obrigações torna os fenômenos associativos de alto risco. É exatamente o incentivo do Estado, sob a forma de um regime jurídico mais benéfico aplicável, que torna interessante a forma associativa para a atividade econômica, e que propicia a multiplicação de riquezas – tanto privadas quanto públicas – e empregos, e que gera progresso social, cultural e econômico.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARBOSA, Cleber da Silva; TOKARS, Fábio (Orient.). *A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência*. Monografia de Especialização – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2002.

BEZERRA, Iria Emilia Evangelista. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Monografia de Especialização – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2003.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6.ed. St. Paul: West, 1994.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de Junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências

BRASIL. Lei nº 9.065, de 12 de Fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 422.583/PR. Relator José Delgado. Disponível no endereço: <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200354575&pv=010000000000&tp=51> . Acesso em: 20/06/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 279.273/SP. Relator Ari Pargendler. Disponível no endereço: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=@docn='000201464'>. Acesso em: 20/06/2009.

CAMARGO, Marcos Vinicus Terra; CURI, Ivan Guerios (Orient.). *A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2003.

CASILLO, João. *Desconsideração da Pessoa Jurídica*. *Revista dos Tribunais*, nº 528, out. 1979, p. 24-41.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT, 1976.

DISTRITO FEDERAL. 11ª Vara Cível do Distrito Federal. Requerente: Predial Corcovado S.A. Requerido: Alziro José D'Ávila Junior e outros e Alziro José D'Ávila Junior contra Predial Corcovado S.A. e outros. 25 de Fevereiro de 1960.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 14.ed. Rio de Janeiro:, 1999.

HUBERT, Beno Frederico. *Desconsideração da pessoa jurídica nos tribunais*. Curitiba: JM, 1999.

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

KELSEN, Hans. *A teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. T.1. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol 1. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

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

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Conceito da Pessoa Jurídica*. Curitiba, 1962.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)* In *Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 1. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Teoria e Legislação no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito de Campo*, ano VII, nº 9, dezembro de 2006. p. 399 – 424.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Teses, Dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos*. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 2).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Citações e Notas de Rodapé*. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 3).