

CARLOS ALEXANDRE GALLAS

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná
como requisito parcial à obtenção
de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Edson Isfer.

CURITIBA

2002


TERMO DE APROVAÇÃO

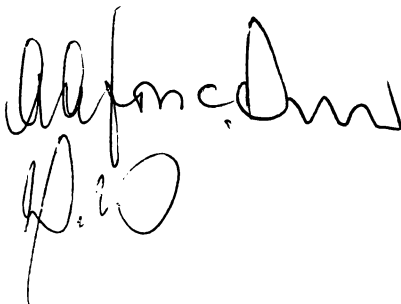
CARLOS ALEXANDRE GALLAS

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Termo de aprovação como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Dr. Edson Isfer



CURITIBA

2002

SUMÁRIO

RESUMO.....	iii
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 - SUJEITO DE DIREITO.....	3
1.1 Pessoa Física	4
1.2 Pessoa Jurídica.....	5
1.3 A Questão da Responsabilidade Societária.....	12
CAPÍTULO 2 - A DUPLA CRISE DA PESSOA JURÍDICA.....	16
CAPÍTULO 3 - A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	18
3.1 Origem e evolução.....	18
3.2 Formação do conceito de desconsideração.....	22
3.3 Pressupostos.....	25
3.4 Fundamentos.....	26
CAPÍTULO 4 - A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	29
4.1 Doutrina	29
4.2 No Direito do Trabalho.....	32
4.3 No Direito Tributário.....	34
4.4 No Direito Comercial.....	35
4.5 No Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).....	36
4.6 No Projeto do Código Civil.....	38
4.7 No Direito Antitruste (Lei n.º 8.884/94).....	39
4.8 No Direito Ambiental (Lei n.º 9.605/98).....	40
4.9 Aspectos Processuais.....	41
4.10 Jurisprudência.....	43
CONCLUSÃO.....	46
BIBLIOGRAFIA.....	49

RESUMO

A presente monografia busca contribuir para o esclarecimento de algumas questões surgidas com o reconhecimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelo legislador pátrio e a conseqüente aplicação em nossos tribunais. É de extrema importância para assegurar a segurança jurídica a definição dos pressupostos e requisitos de sua aplicação tendo em vista o grau de disponibilidade dos direitos subjetivos que se busca tutelar. A referida teoria teve sua origem no sistema de direito anglo-saxônico (*common law*), tendo sido recepcionada por vários ramos do direito brasileiro a fim de se evitar que a pessoa jurídica fosse utilizada em desacordo com os princípios norteadores do ordenamento jurídico.

INTRODUÇÃO

Consagrado em nosso ordenamento no artigo 20 do Código Civil, o princípio da autonomia patrimonial implica em inúmeras conseqüências de salutar importância para toda a estrutura jurídico-social-econômica existente.

Entretanto, enfrentamos situações em que a personalidade distinta atribuída à pessoa jurídica é usada para fraudar o direito, de modo que a incompatibilidade com a função deste instituto torna-se patente, ensejando uma resposta jurídica para o problema.

O presente trabalho trata da desconsideração da personalidade jurídica, um tema que vem sendo, cada vez mais estudado e divulgado dentro da comunidade jurídica mundial. A atual focalização da desconsideração vem ocorrendo, principalmente, em razão da crescente utilização da personalidade jurídica para expedientes abusivos e fraudulentos por parte de alguns sócios, administradores ou gerentes dos entes personalizados.

Os instrumentos previstos no ordenamento jurídico vêm se mostrando insuficientes para imputar aos verdadeiros responsáveis a prática de tais atos abusivos e fraudulentos. Isto ocorre ao mesmo tempo em que o Estado vê aumentar, a cada dia, a necessidade de tutela do crédito. Assim, procura meios diversos de responsabilização, dada a importância da preservação dos fins a que se propõe o instituto da pessoa jurídica.

Deste modo, este estudo tem o objetivo de analisar a *disregard doctrine*, seu conceito, alcance e limitações. Tendo como embasamento doutrinário teorias amplamente defendidas por figuras consagradas dentro de nosso meio jurídico, e por alguns outros juristas, menos conhecidos, mas igualmente respeitáveis.

Deve-se observar que no presente trabalho não trataremos da desconsideração indireta, a qual diz respeito à situação em que a pessoa jurídica é criada justamente para que o devedor possa se abrigar sob a proteção da separação patrimonial entre os sócios e a pessoa jurídica que certos tipos de sociedade dotadas de personalidade oferecem, mas tão-somente da desconsideração direta.

A presente monografia é dividida em quatro capítulos, os quais foram dispostos de modo a facilitar o entendimento do estudo ora realizado. O primeiro capítulo versa sobre o sujeito de direito e a personalidade jurídica em si, uma vez

que não há como tratarmos da desconsideração, que é exceção, antes de tratarmos da personalidade, que é a regra. Buscou-se tratar o tema de uma forma lógica, abrangendo uma noção a respeito da personalidade, seus requisitos, sua natureza jurídica e a questão da responsabilidade.

No segundo capítulo procurou-se abordar o tema da dupla crise da pessoa jurídica, uma realidade que exige um tratamento por parte do Estado para resolver o impasse.

O terceiro capítulo, por sua vez, analisa a desconsideração da personalidade jurídica, procurando-se trazer o histórico da disregard doctrine, seu conceito, fundamentação, além de opiniões de vários juristas, bem como as divergências existentes entre os mesmos acerca da citada teoria.

Já no quarto capítulo, estudou-se a utilização da teoria da desconsideração na legislação brasileira, bem como as discussões doutrinárias e a jurisprudência em que a teoria foi aplicada.

1. SUJEITO DE DIREITO

De acordo com o art. 2º do Código Civil, sujeito de direito é aquele a quem cabe o dever de cumprir ou o poder de exigir, ou, ainda, ambos. A palavra pessoa tem sua origem etimológica no latim *persona* emprestada da linguagem teatral na antiguidade romana, que significava uma máscara facial.¹ Conforme nos ensina Osmar Vieira da Silva ², na Grécia tal máscara era usada para configurar e caracterizar os tipos ou personagens destinadas a dar eco às palavras e maior ressonância à voz. Posteriormente, o vocábulo veio expressar o próprio indivíduo que representava os papéis.

Hans Kelsen em sua obra Teoria Pura do Direito critica a distinção entre pessoa e sujeito jurídico, justificando que “a chamada pessoa física é uma construção artificial da ciência jurídica, que também ela é uma pessoa jurídica.”³

Edson Isfer⁴, analisando os ensinamentos de Kelsen, afirma que para o referido autor “a qualidade de ser pessoa – tanto física como jurídica – nada mais é do que ter direitos subjetivos e deveres jurídicos. E complementa sua análise, com a afirmativa de que a pessoa – física ou jurídica – que tem direitos e deveres, é o complexo de direitos subjetivos e deveres jurídicos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa.”

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵ “as noções de pessoa física, jurídica e de sujeito são também ferramentas teóricas do jurista, com ajuda das quais os agentes intervenientes na interação social podem ser juridicamente qualificados, tendo em vista a decidibilidade dos conflitos.”

A personalidade jurídica é atribuída pelo Direito tanto ao homem (pessoa física ou pessoa natural), ao nascer com vida, como à pessoa jurídica.⁶

¹ SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v.1

² SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

⁴ ISFER, Edson. Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada. Dissertação apresentada à PUC-SP. 1994

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Editora Atlas S/A, 1989.

⁶ GOMES, Orlando. Introdução ao estudo do Direito. 12 ed. Atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

Conforme ensina o mestre Vicente Ráo a personalidade consiste, pois, na aptidão que a ordem jurídica reconhece às pessoas físicas, ou outorgas às pessoas jurídicas, para serem sujeitos de direito.⁷

Dessa forma, presente determinado direito existirá um sujeito que tenha titularidade. Sujeito de um direito é um centro de imputação de direitos e deveres reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Sujeito de direito é a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou o dever de agir ou a pessoa a quem cabe o dever a cumprir.

1.1 Pessoa Física

Todo homem é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Como o homem é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a aptidão reconhecida pela ordem jurídica para o exercício de direitos e para contrair deveres a ela reconhecida, diz-se que todo homem é dotado de personalidade. Personalidade é a aptidão atribuída ao homem de exprimir a aptidão genérica de adquirir direitos e contrair deveres; capacidade é a aptidão para exercer pessoalmente esses direitos.⁸

Para Osmar Vieira da Silva “todo homem tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico como sujeito de direitos e deveres. A personalidade tem sua medida na capacidade. A personalidade jurídica é ampla, enquanto a capacidade jurídica é sua medida. Os sujeitos de direito precisam de capacidade para exercer direitos e para contrair deveres.”⁹

Edson Isfer ao citar Mota Pinto afirma que a personalidade da pessoa física “é uma qualidade jurídica ou um estatuto onde se vaza diretamente a dignidade do homem”, e que ao se decidir quais os homens que serão dotados de personalidade, está a se “ abandonar o terreno das implicações lógicas para penetrar a camada das opções valorativas e culturais determinadas pela concepção do homem e do mundo que se sufrague.”¹⁰

⁷ RÁO, Vicente. O Direito e a vida dos Direitos. 5 ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.1.

⁹ Op. cit. pág. 41

¹⁰ Op. cit. pág. 18

Para Paulo Dourado de Gusmão¹¹, no que concerne ao homem, pode-se dizer que, se toda pessoa tem personalidade e capacidade jurídica, nem toda pessoa tem capacidade de fato ou capacidade de exercício que a habilite a exercer por si seus direitos e a obrigar-se. A impossibilidade de exercício traduz-se tecnicamente por incapacidade. As limitações da capacidade de fato produzem a incapacidade absoluta ou relativa.

Não é somente o homem, individualmente que tem essa aptidão. Aos agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de um fim econômico ou social em comum e às pessoas jurídicas de direito público, o Direito atribui, igualmente, personalidade. São conferidas a tais entidades autonomia e independência relativamente às pessoas naturais de seus componentes e dirigentes.¹²

Não obstante, para Batalha, toda personalidade é jurídica. Pessoa física e pessoa jurídica são criações da juridicidade, que estabelece os pressupostos para sua aquisição. Pessoa só é pessoa porque o Direito assim a considera. E isto vale tanto para a pessoa física como para a pessoa jurídica. Nesse sentido seria acertado dizer que também a personalidade física é uma personalidade jurídica. Por fim, conclui que a pessoa, para o Direito, é o centro de imputação de direitos e deveres.¹³

O Código Civil brasileiro distingue pessoas físicas e pessoas jurídicas: a pessoa física é o homem, enquanto a pessoa jurídica pode ser de direito público (interno ou externo) e de direito privado.

No presente trabalho nos restringiremos às pessoas jurídicas de direito privado, mais especificamente nas quais exista limitação de responsabilidade aos sócios, que é o requisito básico para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, conforme nos ensina Osmar Vieira da Silva.¹⁴

1.2 Pessoa Jurídica

¹¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 286

¹² PEREIRA. op. cit. p. 154-155.

¹³ BATALHA, Introdução ao Direito: filosofia, história e ciência do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. v.2 .

¹⁴ SILVA, op. cit. p. 43

Até o início do século XIX e excetuadas as atípicas figuras das companhias ultramarinas, o direito continental europeu desconhecia agrupamentos personificados com fins mercantis. A doutrina, conforme a tradição romanista, só considerava pessoas as entidades que tinham vida independente de seus membros e eram de interesse público.¹⁵

Conforme expõe o professor Marçal a noção de pessoa jurídica até então, abrangia exclusivamente as entidades que transcendessem à individualidade. Podia-se reconhecer a personificação e a assimilação ao ser humano daqueles *corpus* que se mantinham duradouramente na sociedade.¹⁶

Ainda de acordo com o referido jurista a “ruptura ocorrida no século XIX, no campo da teoria das pessoas jurídicas, consistiu na generalização do conceito. O século XIX conheceu a ampliação do conceito para agrupamentos contingentes, situacionais. Deixou de exigir-se a transcendência para admissão da personificação. Entidades não dotadas de transcendência (quer quanto à estrutura, quer quanto aos fins) tornaram-se personificáveis.”¹⁷

Até então, os pensadores jurídicos não buscavam racionalizar abstratamente o fenômeno jurídico. O trabalho dogmático desenvolvia-se com noções externas e descritivas das peculiaridades de cada figura perante o direito.

As alterações do século XIX envolveram, primeiramente, o nascimento do Estado de Direito, adotando o princípio da separação dos poderes. A filosofia do direito foi então sacudida pela concepção de que o Estado é não apenas titulares de poderes, mas sujeito de deveres.¹⁸

De outra parte, o século XIX foi orientado pelo predomínio do movimento pandectístico, que objetivava a conceptualização. A dita Jurisprudência dos Conceitos colimava formular um trabalho de natureza lógica, construindo referências intrínsecas e essências para as figuras jurídicas.

Os pandectistas fundavam-se em um jusnaturalismo racionalista e localizavam o fundamento do Direito na vontade humana. O fundamento de validade da norma jurídica deixa de ser a força do passado para tornar-se o poder estatal

¹⁵ SILVA cita Federico de CASTRO Y BRAVO, op. cit. p.63

¹⁶ JUSTEN FILHO, op. cit. p.19

¹⁷ Op. cit. p.19

¹⁸ Ibid. p. 20

contemporâneo, localizável na vontade humana, titularizada por um número mais ou menos diminuto de pessoas.¹⁹

Este quadro se integra com o predomínio filosófico do individualismo, com o direito individualista e com a política do liberalismo. A partir da Revolução Francesa, todos esses dados se organizam em um universo que produz a generalização da personificação societária, especialmente a partir da institucionalização da sociedade anônima.²⁰

As pessoas jurídicas surgiram da necessidade do homem realizar certos objetivos, que ultrapassam suas forças e os limites da vida individual. Para realizar estes objetivos, o homem une-se a outros, formando associações com estrutura e personalidades próprias, simplificando toda uma massa de relações jurídicas, e, nas palavras de BARROS MONTEIRO “superando assim a debilidade de suas forças e a brevidade de sua vida”²¹.

Na concepção clássica, pode-se definir a pessoa jurídica como instituições formadas para a realização de um fim social e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direito; ou ainda, organizações sociais a que o ordenamento jurídico atribui a característica de centros autônomos de direito e obrigações.²²

De esclarecedora precisão, GEORGI²³ conceitua a pessoa jurídica como sendo uma unidade jurídica, que resulta de uma coletividade humana organizada, estável, para uma ou várias finalidades de utilidade pública ou privada, sendo distinta dos membros que a compõem, dotada da capacidade de possuir e exercitar *adversus omnes* os direitos patrimoniais compatíveis à sua natureza, com o subsídio e o incremento do Direito Público.

As pessoas jurídicas como sujeitos de direito, estão ao lado das pessoas físicas. Podem resultar da união de várias pessoas físicas para atingir um fim comum, com autonomia, independente de seus sócios (sociedade), como podem resultar da destinação de um patrimônio para determinado fim (fundação).²⁴

¹⁹ Ibid. p.21

²⁰ Ibid. p.21

²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, pág.95

²² FERRARA, op. cit.

²³ GEORGI, *apud* SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil Interpretado, Vol. I, p. 338

²⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. Desconsideração da Personalidade Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.65-66

Não obstante o ensinamento de Fabio Ulhoa, deve-se observar que as pessoas jurídicas podem resultar, ainda, da união de duas ou mais pessoas jurídicas e que a também os clubes e sindicatos podem ser pessoas jurídicas, tendo em vista a Constituição Federal de 1988.

Para Orlando Gomes as pessoas jurídicas são “entes formados pelo agrupamento de homens, para fins determinados, que adquirem personalidades distintas de seus membros. Reconhece-lhes, a lei, capacidade de ter direitos e contrair deveres.”²⁵

Conforme Osmar Vieira da Silva, para que haja o nascimento da personalidade jurídica do grupo não é suficiente apenas que indivíduos ou pessoas jurídicas se agrupem; é necessário que se estabeleça também uma vinculação jurídica específica, imprimindo-lhe unidade orgânica. Com isso assume a entidade formada sua própria existência, que a distingue de seus elementos (pessoas físicas ou pessoas jurídicas) que a compõem.²⁶

Rubens Requião²⁷, ao definir a personalidade jurídica das sociedades mercantis, acuradamente elucida que a “sociedade transforma-se em um novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade”.

Importante ponderar, qual seja a definição preferida, haja vista a sistemática adotada pelo ordenamento vigente, que a personalidade jurídica sempre denotará caráter instrumental e funcional, de forma que ela só deverá valer se e na medida em que se verificarem os pressupostos em vista dos quais é outorgada, donde conuiu-se que deve declarar-se a sua ineficácia quando usada para a realização de interesses diversos.²⁸

Vale observar que, por uma questão de política legislativa, no direito brasileiro as sociedades, com exceção das sociedades de fato, das sociedades irregulares e das sociedades em conta de participação, são personificadas, ou têm

²⁵ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 191.

²⁶ SILVA, op. cit. p.47

²⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, Vol.I. São Paulo. Saraiva, 1995, pág. 272

²⁸ NORONHA, Fernando. Pessoas Jurídicas, Organizações Sociais e Patrimônios Especiais. Revista da Faculdade de Direito da UFSC, Vol. I, pág. 43

personalidade jurídica, enquanto tal fato não ocorre com os comerciantes individuais.²⁹

Segundo Osmar Vieira da Silva “a essência da pessoa jurídica, contraposta à pessoa física, fica mais clara a partir da análise do caso típico de determinada pessoa: a sociedade dotada de personalidade jurídica. Para o funcionamento desse tipo de sociedade é necessária certa organização, que dependerá da atuação das pessoas físicas ou jurídicas que a compõem. O nosso direito adotou a teoria organicista para explicar a natureza dessas entidades como centro de poderes sociais.”³⁰

Aos sócios que exercem o poder de direção e aos administradores, na qualidade de órgãos da sociedade, são impostos pela ordem jurídica direitos e deveres, interpretados como da própria sociedade. Os direitos e deveres da sociedade não seriam direitos e deveres de tais sócios ou administradores; entretanto, é através dessas pessoas naturais, como órgãos da sociedade, que ela se faz presente.³¹

Segundo Edson Isfer, dois são os sistemas mais utilizados para explicar o que seja pessoa jurídica: o da ficção e o da realidade.³²

O sistema da ficção considera a pessoa jurídica como uma ficção da lei, uma vez que sua existência depende da vontade arbitrária do legislador. São partidários desse sistema nomes como Ihering, Savigny, Laurent e outros grandes juristas.

Os partidários do sistema da realidade entendem a pessoa jurídica como “o conjunto de condições mediante as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei geral de liberdade; a pessoa jurídica não é mera ficção, mas um sujeito de direitos, real e certo, como as pessoas de existência visível.”³³

Osmar Vieira da Silva³⁴ divide o sistema da realidade em realidade objetiva, segundo a qual a personalidade é apenas reconhecida pelo ordenamento jurídico, e realidade técnica, para a qual a pessoa jurídica é uma criação técnico-

²⁹ ISFER, op. cit. p.18-19

³⁰ SILVA, op. cit. p.48

³¹ Ibid., p.49

³² ISFER, op. cit. p. 19

³³ FERREIRA, Waldemar. Sociedades Comerciais Irregulares. São Paulo, 1947 , p. 32

³⁴ SILVA, op. cit. 50

judiciária correspondente à necessidade social, sendo um fim normal da atividade social.

O referido autor distingue a teoria da realidade técnica da teoria da ficção no que tange à criação. Enquanto na segunda a criação é arbitrária da lei, constituindo os agrupamentos meras criações do Estado inventadas do nada, na primeira, a criação ocorre em função de uma necessidade social.

A teoria da realidade técnica é adotada por Caio Mário da Silva Pereira. Para ele, o Direito sempre reconheceu a autonomia e independência da pessoa jurídica em relação aos seus componentes, encarando-o como um sujeito de direito.³⁵

Segundo Fabio Konder Comparato³⁶ a doutrina da ficção teve duas fases: a primeira é a dos glosadores e canonistas medievais, que pretendiam explicar quem seria o sujeito da Igreja. Segundo Comparato, essa doutrina não via a pessoa jurídica como mera ficção, pois que ficção, para estes, era criação da mente humana, o que não se compatibilizava com a idéia da Igreja. Na segunda fase, do ficcionismo defendido por Savigny, a pessoa jurídica é criação do legislador e, portanto, ficção decorrente de sua falsidade.

Para Kelsen, quando se diz que a ordem jurídica confere a uma corporação (sociedade) personalidade jurídica, isso significa que a ordem jurídica estatui deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de indivíduos que são órgãos e membros da sociedade constituída através de um estatuto, sendo, portanto, ambas as pessoas "realidades" exclusivamente jurídicas ou mais precisamente criação da ciência jurídica.³⁷

Para Edson Isfer " o eventual entendimento de que haveria certa aproximação entre a doutrina de Kelsen e as teorias ficcionistas é rebatido por Comparato. Segundo este autor, a rejeição do conceito jurídico na Teoria Pura do Direito, não se aproxima de nenhuma das duas posições ficcionistas. Afasta-se da idéia medieval de corpo espiritual, moldado à imagem da pessoa física, porque para Kelsen também esta é mera criação intelectual. Não se confunde com o ficcionismo

³⁵ PEREIRA, ob. cit. p.267

³⁶ COMPARATO, Fabio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977

³⁷ KELSEN, op. cit.264

defendido por Savigny, pois o legislador não cria coisa alguma: são os juristas que interpretam esse centro de imputação normativa como sujeito de direitos.”³⁸

Compartilhando do pensamento de que a pessoa jurídica é exclusiva criação do Direito está Tullio Ascarelli, que a concebe como uma expressão resumida de um conjunto de normas.³⁹

Segundo Osmar Vieira da Silva a concepção de Ascarelli sobre a pessoa jurídica a reduz a uma disciplina jurídica que regula, na verdade, relações entre homens, contrapondo-se, naturalmente, à concepção pré-jurídica, que confere à pessoa jurídica o estatuto de um “não-homem.” E se contrapõe, igualmente, às teorias da ficção e mesmo à teoria da realidade, na medida em que estas partem da idéia de personalização da pessoa jurídica como um atributo jurídico e não como uma forma de resumir certa disciplina jurídica. Fica evidente, dessa forma, a proximidade com a concepção de Kelsen.⁴⁰

Fábio Ulhoa Coelho⁴¹, analisando as teorias existentes sobre a natureza da pessoa jurídica afirma que “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um dado a mais, na discussão da natureza da pessoa jurídica, a afastar a solução pré-jurídica. Afinal, se ela pode ser desconsiderada em certas circunstâncias, é porque nada há, em sua natureza, que obrigue o Direito a reconhecê-la., senão a sua própria relatividade. Essa é a contribuição que a *disregard of legal entity* pode trazer à discussão da questão ontológica da pessoa jurídica, superando tênues limites entres as diversas concepções exclusivamente jurídicas, ao apontar para sua natureza ideal, aspecto comum a todas elas, e afastando a concepção pré-jurídica.”

Dessa forma, afirma que as teorias que entendem ser a pessoa jurídica uma criação do Direito ou da Ciência do Direito estão corretas, faltando a elas, apenas perceberem “que o elemento comum de aproximação é a redução da pessoa jurídica a uma idéia, compartilhada pela comunidade jurídica”.⁴²

Antes de adotar-se uma ou outra teoria a respeito da natureza da personalidade jurídica, deve-se verificar se essa escolha não implicará na

³⁸ ISFER, op. cit. p.22

³⁹ SILVA, op. cit. p. 54

⁴⁰ Ibid. , p. 54

⁴¹ COELHO, op. cit. p.73

⁴² Ibid.

impossibilidade da aplicação da desconsideração. Nesse sentido esclarece Marçal JUSTEN Filho:⁴³

“Com extrema felicidade, Verrucoli observou que não há um vínculo necessário entre o conceito de pessoa jurídica e o problema da desconsideração a partir de uma determinada teoria acerca da natureza jurídica da pessoa jurídica. Em outros termos, queria indicar que a desconsideração permaneceria tal como posta, independentemente de adotar-se teoria da ficção ou teoria da realidade ou qualquer outra orientação filosófica para o conceito de pessoa jurídica.

Verrucoli não pretendia, evidentemente, sustentar que o sentido ou a fundamentação da desconsideração seriam idênticos, independentemente da teoria adotada acerca da essência da pessoa jurídica.

Seu enfoque era de que nem ficção, nem realidade da pessoa excluiriam a desconsideração. Mas variaria a concepção acerca do tema, conforme a teoria adotada”.

Assim sendo, constata-se que não é preciso um ou outro posicionamento para admitir-se a desconsideração, independentemente da teoria adotada pelo aplicador do direito a desconsideração é cabível.

1.3 A Questão da Responsabilidade Societária

Jose de Aguiar Dias diz que tendo em vista que toda manifestação da vontade humana traz em si o problema da responsabilidade, seu conceito pode variar tanto quanto os aspectos que pode abranger, conforme as teorias jurídico-filosóficas tomadas por orientação.⁴⁴

A partir dessas considerações, Carlos Santiago Nino, doutrinando segundo a lição de Hart, distingue quatro sentidos de responsabilidade:⁴⁵

- 1) Responsabilidade como obrigação ou função derivada de um certo cargo, relação, papel, etc. Neste sentido, usa-se o termo, segundo o Autor, quando a obrigação não se cumpre mecanicamente, havendo alternativas para a habilidade ou diligência do sujeito;

⁴³ JUSTEN, Marçal Filho, in “Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro”, 1987, pág. 58

⁴⁴ AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade Civil. Vol. 1. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 1

⁴⁵ ISFER, op. cit. p. 60-61

- 2) Responsabilidade no sentido de fator causal. O termo se usa, meramente, para indicar que algum ato ou fenômeno é causa de algum evento;
- 3) Responsabilidade como capacidade ou como estado mental. Aqui, segundo o Autor, o uso de responsabilidade está ligado ao de imputabilidade. Ou seja, o indivíduo é responsável, quando possa dirigir seus atos e compreender o valor ou desvalor ético daqueles;
- 4) Responsável como punível ou moralmente reprovável. Neste sentido usa-se o termo quando o agente é credor de uma pena ou de uma reprovação moral.

É a partir deste último sentido de responsabilidade que Kelsen, segundo Nino, inclui responsabilidade no seu elenco de expressões jurídicas fundamentais. Kelsen ao se referir sobre a responsabilidade afirma que “um indivíduo é judicialmente obrigado a uma determinada conduta quando uma conduta oposta à sua é tornada pressuposto de um ato coercitivo (como sanção).”⁴⁶

Desta forma, Aguiar Dias entende que responsável, responsabilidade e vocábulos cognatos estão em linha direta de ligação com a idéia de equivalência, de contraprestação, de correspondência. Diante disto, dá a noção de responsabilidade como sendo a “repercussão obrigacional da atividade do homem.”⁴⁷

Tércio Sampaio Ferraz Jr., por sua vez, analisa a questão da responsabilidade, através dos termos dever e obrigação. Informa que, mesmo o senso comum, consegue captar dois sentidos na utilização do termo obrigação: um é o de estar obrigado e o outro é de ter obrigação. No primeiro momento, entende o autor, temos uma proposição sobre crenças e motivos com os quais uma ação é feita. No segundo, fica repellido o dado psicológico, sendo a obrigação algo que possui permanência independentemente da vontade do sujeito. Exalta, ainda, a diferença entre as expressões obrigação e responsabilidade no seu uso lingüístico, diferenças que repercutem no mundo jurídico.⁴⁸

Analisando o termo obrigação, diz o mesmo autor que a dogmática pergunta pelo fundamento do vínculo obrigacional, chegando à palavra dever. Seja ela sua carga decorrente da força moral, seja em função da aprovação social. E

⁴⁶ KELSEN, op. cit. p.132

⁴⁷ ISFER, op. cit. p.61

⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, op. cit. p.153

essa idéia de dever atua como um motivo para o comportamento conforme ao direito.⁴⁹

A partir dessa identificação entre dever e obrigação, revela Tércio a dualidade existente entre os termos dever e responsabilidade, que podem ou não coincidir numa mesma obrigação. A obrigação envolve o fator vínculo (dever), ao qual os alemães chamam de Schuld; e a responsabilidade (fator prestação), é chamada de Haftung.⁵⁰

Kelsen também revela essa distinção, mas não usa os termos “dívida (dever) e responsabilidade”. Prefere utilizar os termos “indivíduo obrigado” e “indivíduo responsável”. Aquele, seria o indivíduo que está obrigado a uma determinada conduta, cuja conduta contrária faz com que ele responda pela mesma.

A conduta ilícita do indivíduo obrigado provoca uma sanção. Quanto ao indivíduo que apenas responde pelo não-cumprimento do dever de outrem, a sua conduta não provoca ou impede a sanção.⁵¹

Segundo Liebman “ a figura da relação jurídica obrigacional foi submetida nos últimos decênios a cuidadoso estudo analítico, do qual resultou uma doutrina que distingue nessa relação dois elementos conceitualmente separados: o débito, isto é, o dever da pessoa obrigada de cumprir a prestação, ao qual corresponde do lado ativo o direito de exigir o seu cumprimento; e a responsabilidade, isto é, a destinação dos bens do devedor a garantir a satisfação coativa daquele direito, à qual corresponde do lado ativo o direito de conseguir tal satisfação à custa desses bens, ou seja, o direito de agressão ao patrimônio do devedor”. E conclui que a responsabilidade “é vínculo de direito público processual, consistente na sujeição dos bens do devedor a serem destinados a satisfazer o credor, que não recebeu a prestação devida, através da realização da sanção por parte do órgão judiciário.”⁵²

Pode-se dizer que o problema da responsabilidade está intimamente relacionado com o da garantia dos bens, seja do devedor, seja do terceiro, pelas dívidas assumidas por aquele. E mais, que não há limitação dessa responsabilidade, a não ser em caráter absolutamente excepcional, por força de lei. Parece mais consentâneo com a efetiva personificação do ente social, a não responsabilização

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid. p.154

⁵¹ KELSEN, op. cit. p.122-123

⁵² LIEBMAN, Enrico Tuñal. Processo de Execução.

dos sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade. Se o patrimônio da pessoa deve responder por suas obrigações, é natural que o dos sócios não respondesse pelas das sociedades, salvo quando expressamente previsto por lei.⁵³

Dessa forma, conforme já se pode concluir a partir das considerações já feitas, o patrimônio da pessoa é a garantia dos seus credores. Ou seja, a pessoa responde com seu patrimônio pelas dívidas contraídas. No caso das sociedades essa afirmação também prevalece. As sociedades respondem com seu patrimônio pelas dívidas sociais.

Conforme ensina Edson Isfer⁵⁴ “esta premissa parte, no direito pátrio, da independência existente entres os sócios e a sociedade. Por ser um ente autônomo, têm, as sociedades, patrimônio que responde pelas dívidas por elas contraídas. Veja-se que o artigo 20 do Código Civil Brasileiro não deixa dúvidas, ao estabelecer que as pessoas jurídicas têm existência distinta de seus membros. E tendo existência distinta dos membros, o patrimônio que para ela for carregado será considerado patrimônio da sociedade e não dos sócios. Essa autonomia patrimonial, como diz Requião⁵⁵, é um atributo da personalidade da sociedade.”

Sendo personificada, portanto, a sociedade responde com seu próprio patrimônio pelas dívidas sociais. Seria, então, uma responsabilidade decorrente da atividade da própria sociedade.

⁵³ ISFER, op. cit. p.66

⁵⁴ Ibid., p.69

⁵⁵ REQUIÃO, op. cit. p. 226

2. A DUPLA CRISE DA PESSOA JURÍDICA

O apego aos critérios formais da chamada jurisprudência dos conceitos tornou-se insuportável para a consciência jurídica. É que se começou a perceber como inegável o contraste entre a fidelidade à lógica formal do sistema e a finalidade à justiça e às finalidades humanas e sociais do Direito. Sente-se que não mais tem sentido, em nome da fidelidade à lógica formal, a admissão de decisões gritantes ou socialmente insensíveis.⁵⁶

O esforço do legislador em bem apreender a realidade, por maior e mais bem sucedido que seja, sempre deixará margens para equívocos tendo em vista as alterações que se produzem na realidade social.⁵⁷ Os modelos abstratos e arcaizados pelas normas deixam de regular os fatos sociais, provocando uma crise no sistema.

No Brasil a obra que mais profundamente analisou o problema da crise da pessoa jurídica foi *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, de J. Lamartine Corrêa de Oliveira.

Segundo o professor Lamartine, o caminho adequado para a conciliação das necessidades para que a pessoa jurídica cumpra a sua função foi encontrado em uma autonomização que se concretiza tecnicamente pelo caráter autônomo reconhecido à organização e ao patrimônio, que são destinados ao serviço das finalidades do grupo. A responsabilidade limitada não é decorrência inevitável da personalidade jurídica, pois o nosso sistema conhece exemplos de pessoas jurídicas nas quais existem membros com responsabilidade ilimitada. É sem sombra de dúvidas, porém, que a chamada limitação de responsabilidade é apenas a expressão máxima do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoas-membros, expressão da noção de pessoa jurídica levada às últimas exigências de coerência lógica.⁵⁸

Conforme Osmar Vieira da Silva, a problemática é comum a todo e qualquer sistema jurídico em que vigore o princípio básico da separação entre pessoa jurídica e a pessoa-membro. Pois, da mesma forma em que todos os países que adotam o referido princípio pode surgir o fenômeno da utilização da pessoa

⁵⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. p.605

⁵⁷ SILVA, op. cit. p.79

⁵⁸ OLIVEIRA, op. cit. p.200-261

jurídica no contexto da busca de finalidades distintas daquelas que inspiram o conjunto do sistema jurídico, nesses países pode surgir a reação jurisprudencial e, por conseguinte, a doutrinária, tendente a impedir que a pessoa jurídica seja utilizada com sucesso para finalidades imorais ou antijurídicas.⁵⁹

Ensina Lamartine que não se trata de uma simples alteração de necessidades novas, não previstas pelo legislador. Tal fenômeno é sempre possível, desde que as novas necessidades e a sua satisfação guardem relação de conformidade com os grandes princípios informadores do ordenamento jurídico. Trata-se ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos.⁶⁰

Conforme afirma o professor Marçal Justen Filho, Lamartine anotou que o impasse atingia a dogmática jurídica, no que tange à teoria da pessoa jurídica sob dois ângulos. O primeiro envolvendo a construção do sistema normativo sobre a pessoa jurídica, porquanto inúmeros agrupamentos humanos tinham formalmente negada a condição de pessoa jurídica – muito embora acabassem por receber tratamento jurídico coerente apenas com a personificação.⁶¹

O segundo aspecto da crise consiste, ao ver de Lamartine, na incompatibilidade, por vezes, entre os fins do Direito e a conduta específica e concreta de agrupamentos personificados. No dizer de Lamartine, a crise de função personifica “utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos” – ou seja, com os princípios básicos e fundamentais que informam o ordenamento jurídico.⁶²

Conforme ensina o Professor Marçal “ as conclusões e postulados atingidos pela dogmática jurídica, consagrados normativamente, tornaram-se de tal modo insatisfatórios que a personificação societária deslocou-se da condição de solução para necessidades jurídicas para a situação de problema em si mesma.”⁶³

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

⁵⁹ SILVA, op. cit. 78

⁶⁰ OLIVEIRA, op. cit. p.262-263

⁶¹ JUSTEN, op. cit. p. 16-17

⁶² Ibid., p.17

⁶³ Id. Ibid. p.17

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

3.1 Origem e evolução

Diante das mutações necessárias ao Direito, a doutrina e a jurisprudência passaram a se preocupar com a utilização da pessoa jurídica de maneira diversa daquelas consideradas pelo ordenamento jurídico para o reconhecimento desses seres dotados de existência própria e autônoma.

A doutrina da desconsideração foi desenvolvida no Direito norte-americano com o intuito de se combater a destinação incompatível com os fins para que fora constituída a pessoa jurídica, não condizentes com princípios jurídicos com o da boa fé e outros que regem a vida societária.

Decidiram as Cortes, sob a inspiração da *equity*, invocando, de início, conceitos *standards*, assim o já citado, de boa fé, um dos pilares do Direito americano das sociedades – e hoje do moderno Direito das obrigações da *civil law* – como as idéias matrizes de "consciência popular dominante", "realidade da vida", "força ou poder dos fatos", ou "exigências da vida econômica".

A doutrina alemã, sistematizando o tema, discorreu longamente sobre o Direito daquele país, sobre cujas decisões se debruçou para mostrar ser lícito ao juiz *'to look to the man behind the mask'*, toda vez que a pessoa jurídica for empregada, em autêntico abuso, atentatório da boa fé, em destinação alheia ou contrária à vida societária.

Nas expressões do jurista Wormser, citado por Rubens Requião⁶⁴, já em 1912 professava-se a doutrina: "quando o conceito de pessoa jurídica (*corporate entity*) se emprega para defraudar credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinqüentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais".

Assinala o comercialista brasileiro que os tribunais norte-americanos alargaram ainda mais o conceito, aplicando a doutrina quando a consideração da pessoa jurídica levar a um resultado injusto, partindo, assim, do conceito de *fraude*,

⁶⁴ Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", in *RT* 410/13 n. 2

basilar na enumeração de Wormser, para abranger também o de *abuso de direito*, adotando assim uma concepção subjetiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.⁶⁵

Segundo Suzy Elisabeth Cavalcante Koury, há divergências marcantes na utilização da teoria da desconsideração pelas diferentes famílias de direitos, especialmente a do *common law* da *civil law*. Segundo a autora “o direito no sistema *common law* é concebido através da jurisprudência (*case law*), e suas regras encontram-se na *ratio decidendi* das deliberações tomadas pelos tribunais. A teoria da *disregard* é utilizada no *common law* sempre que existe a necessidade de evitar uma decisão anômala ou injusta. Há uma análise no caso concreto.⁶⁶

E prossegue ao afirmar que a família romano-germânica reconhece que a melhor maneira de chegar-se a soluções de justiça está nas disposições legais, ficando a jurisprudência com papel secundário. As questões são resolvidas e embasadas de acordo com a regra jurídica existente.⁶⁷

Conclui por assim dizer que é fácil perceber, então, que a *disregard* é um procedimento normal na *common law*, onde é a análise do caso concreto que conduz a um princípio específico, sendo, ao contrário, de difícil aplicação em sistemas jurídicos fechados, pertencentes à família romano-germânica, como o brasileiro.⁶⁸

Segundo o professor Marçal Justen Filho, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica societária não foi produzida pela ciência do direito, mas a partir da jurisprudência (ou seja, da atividade judiciária do direito no caso concreto). Na sistemática dessa teoria, que surgiu justamente como oposição à sistematização, reside o grande desafio.⁶⁹

A maioria dos doutrinadores acredita que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve sua origem na Inglaterra, no célebre caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado pela *House of Lords* – última instância – em 1897.⁷⁰

Trata-se do caso de um comerciante de couros e calçados, Aaron Salomon, que fundou, em 1892, a *Salomon & Co. Ltd.* tendo como sócios

⁶⁵ Ob. cit.

⁶⁶ KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas*. 2. ed. São Paulo: Forense. 1995. p.79

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, op. cit. p.54-55

⁷⁰ OLIVEIRA, op. cit. p. 456

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

Aparentemente, de acordo com a narrativa dos fatos existentes em várias obras que tratam do assunto, o preço da transferência desse fundo seria superior ao valor das ações subscritas: pela diferença, Aaron Salomon, era ainda credor da Salomon & Co. Ltd., com garantia real em seu favor constituída. Com a sociedade, entretanto, vindo a entrar em insolvência e a ser dissolvida, estabeleceu-se o litígio judicial entre o próprio Aaron Salomon e ela. Tanto a *High Court* quanto, em grau de recurso, a *Court of Appeal* deram ganho de causa à sociedade, condenando Aaron a pagar-lhe certa soma em dinheiro, ressaltando as decisões de que a sociedade seria apenas um outro nome para designar o próprio Aaron Salomon.⁷¹

A *High Court* acreditava ser um estratagema de que Aaron se serviu para ter lucro de uma atividade econômica sem os riscos e a responsabilidade pelas dívidas. A sociedade seria um representante (*agent*) de Aaron Salomon e teria direito, como todo representante, a obter do representado a soma necessária à satisfação dos débitos contraídos no interesse do representado.

A *Court of Appeal*, embora preferindo falar em uma relação fiduciária, de *trust*, e não em *agency*, chegou ao mesmo resultado.

Contudo, a *House of Lords*, reformando as decisões e aferrando-se aos princípios ortodoxos em matéria de pessoa jurídica, censurou asperamente aquilo que considerou incoerência das decisões recorridas. A *House of Lords* ponderou que, uma vez que se admite a sociedade, por seu liquidante, possa fazer valer determinados direitos contra seu sócio principal, está-se, evidentemente, a reconhecer sua personalidade jurídica distinta; que a circunstância de estarem quase todas as ações em nome de Aaron e de estarem poucas ações restantes em mãos de pessoas de sua família não tinha por si só o condão de afetar o fato de que a sociedade fora validamente constituída, nem o de fazer nascer contra a pessoa

⁷¹ SILVA, op. cit. p.96

dos sócios deveres, que, de outra forma, inexistiram; que, também, a circunstância de virem as ações a serem transferidas durante a vida da sociedade a uma só pessoa não afeta em nada a existência nem a capacidade de uma sociedade cuja personalidade jurídica foi reconhecida.

O caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* Exerceu influência negativa no Direito Inglês, onde as cortes passaram a aplicar com maior intensidade o princípio da separação subjetiva e patrimonial dos sócios e da sociedade. Verifica-se nesse caso que somente as cortes inferiores aplicaram a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto a *House of Lords* intensificou o princípio da separação subjetiva e patrimonial.⁷²

Para Verrucoli, a jurisprudência inglesa preserva bastante o privilégio da personificação das pessoas jurídicas, em que a teoria da desconsideração somente é utilizada em casos extremos.⁷³

Suzy Koury afirma haver inverdades com relação ao referido caso inglês, pois ele foi julgado em 1897, 88 anos após a primeira manifestação da jurisprudência norte-americana, que, em 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*, o Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre *corporation*, já que a Constituição Federal americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados, conheceu da causa.⁷⁴

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

Maurice Wormser, citado por Osmar Vieira da Silva, afirma que “é simplesmente necessário para o presente propósito notar que, em 1809, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos não considerou razoável que o conceito de pessoa jurídica pudesse permitir desalojar os tribunais federais de sua importância e seu alcance jurisdicional sobre as sociedades anônimas, um resultado que qualquer um por mais zeloso e condizente com a teoria da pessoa jurídica poderia inevitavelmente vincular. Já naqueles dias, as cortes colocaram de lado a

⁷² SILVA, op. cit. p.98

⁷³ VERRUCOLI, op. cit. p. 90-103

⁷⁴ KOURY, op. cit. p. 64

personalidade que protege a sociedade anônima e olharam para as personalidades individuais dos membros que a compõe.⁷⁵

Verifica-se que a aplicação da teoria da desconsideração é realizada no Direito norte-americano com bastante cautela, mas sem a preocupação presente no Direito inglês. Entretanto, pode-se constatar que no Direito norte-americano a teoria é aplicada em obediência às razões de justiça social sem que haja atenção exagerada à qualificação jurídica do meio aplicado. Nota-se aí certa flexibilidade da jurisprudência norte-americana na admissão da desconsideração.⁷⁶

3.2 Formação do conceito de desconsideração

Segundo Marçal Justen Filho⁷⁷, a formação do conceito de desconsideração depende da conjugação dos seguintes elementos:

- a) existência de uma ou mais sociedades personificadas – o problema central situa-se justamente na personificação, que importa distinção jurídica entre os sujeitos envolvidos. A regra da personificação acarretaria a necessidade de tratar como sujeitos distintos a sociedade e seus sócios (pessoas físicas ou pessoa jurídica) ou várias sociedades personificadas, mas entre si vinculadas por laços de coligação ou controle (grupos de fato ou de direito);
- b) ignorância dos efeitos da personificação – a desconsideração indica a suspensão da incidência das regras da personificação societária. Opõe-se ao regime formal e comum previsto para as sociedades personificadas como que uma barreira. Afasta-se a aplicação de preceitos de direito societário. Ou melhor, trata-se a questão tal como se inexistisse a personificação societária;
- c) ignorância de tais efeitos para o caso concreto – tal ignorância não tem cunho permanente. Ou seja, não se confunde com uma invalidação da personificação societária, com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Não é definitiva e não retira, por isso, o cunho de pessoa jurídica à sociedade. Reconhece-se como válida a constituição da sociedade, como também válida é a sua existência. A desconsideração significa tão somente a suspensão dos efeitos da personificação relativamente a algum ato específico, a algum período

⁷⁵ SILVA, op .cit. p.100

⁷⁶ Ibid. p. 101

⁷⁷ JUSTEN FILHO, op. cit. p.55-57

- determinado das atividades da sociedade ou ao relacionamento específico entre a sociedade e certa(s) pessoa (s);
- d) manutenção da validade de atos jurídicos – a desconsideração não significa a invalidação, diretamente, de qualquer ato jurídico. Reputam-se válidos todos os atos jurídicos, tomando em vista, tão somente, a incoerência dos efeitos da personalidade jurídica. Eventualmente, contudo, poderá produzir-se a invalidação de ato jurídico, como decorrência indireta da aplicação da teoria da desconsideração. Assim, por exemplo, quando a ignorância dos efeitos da personificação e a consideração exclusivamente das demais pessoas envolvidas permite a verificação da ocorrência de um vício na realização do ato. Mas, em suma, desconsiderar a personalidade jurídica não significa invalidar atos jurídicos;
- e) finalidade de evitar o perecimento de um interesse (função) – aspecto fundamental do conceito de desconsideração reside no tópico da finalidade da pessoa jurídica. O ângulo teleológico é fundamental para apreender adequadamente a natureza do conceito. Trata-se, basicamente, de ignorar os efeitos da personificação, para um caso concreto, tendo em vista o risco que a conduta oposta traria no sentido de sacrifício de um interesse tutelado pelo direito.

Dessa forma, o referido jurista conceitua a desconsideração da personalidade jurídica como “ 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.”⁷⁸

O saudoso mestre Lamartine⁷⁹ afirma em sua obra já citada que “para que se possa falar da verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de uma concepção dualista de obrigação: responsabilidade subsidiária por dívida alheia.”

Assim sendo, segundo o eminente professor não se trataria de desconsideração quando a questão fosse de atribuir a prática de ato ilícito a quem tenha responsabilidade solidária para com a sociedade. Haveria desconsideração

⁷⁸ Ibid. p.56-57

⁷⁹ OLIVEIRA, op. cit. p. 610-611

somente quando o caso fosse de responsabilidade subsidiária de uma pessoa pelo débito alheio.

Rubens Requião⁸⁰ afirma que “ a *disregard doctrine* não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É o caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo-se, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos.”

Para Wilson de Souza Campos Batalha “ a *disregard doctrine* é apenas uma formulação moderna do velho brocardo – *fraus omnia corrumpit*. É preciso afastar as cortinas conceituais quando se trata de apanhar a realidade que se oculta sob as máscaras do formalismo jurídico.⁸¹

Rolf Serick, citado por Osmar Vieira da Silva⁸², afirma que “se se busca da forma da pessoa jurídica, o juiz pode, a fim de impedir que se alcance o objetivo ilícito perseguido, não respeitar a forma, afatando-se, por conseguinte, o princípio que estabelece a distinção entre o sócio e a pessoa jurídica.”

Suzy Koury afirma que “a *Disregard Doctrine* consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizando, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.”⁸³

Finalmente, Maurice Wormser, citado por Osmar Vieira da Silva⁸⁴, diz que quando a pessoa jurídica é empregada para defraudar credores, evitar uma obrigação existente, tirar vantagem da lei, alcançar ou perpetuar monopólio, ou proteger a desonestidade ou o crime, os tribunais irão colocar de lado a pessoa jurídica, irão considerar a sociedade como uma associação ativa de homens e mulheres, e irão fazer justiça.

⁸⁰ REQUIAO, Rubens. Aspectos modernos do Direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1977. p.156

⁸¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista – responsabilidade dos sócios em execução trabalhista. Revista Ltr, n. 58, p.11

⁸² SILVA, op. cit. p. 93

⁸³ KOURY, op. cit. p.80

⁸⁴ SILVA, op. cit. p.94

3.3 Pressupostos

Normalmente, os casos em que se pode aplicar a teoria da desconsideração não são definidos em lei, e nem mesmo seria necessário a enumeração exaustiva das situações em que se poderia utilizá-la, eis que é da essência da teoria ser um meio para coibir a fraude nos objetivos da sociedade.⁸⁵

Segundo Fabio Ulhoa Coelho⁸⁶, nas duas teorias preponderantes a respeito da desconsideração, a maior (subjéctiva) e a menor (objetiva) existem divergências quanto aos pressupostos para a aplicação da teoria ao caso concreto.

Para a teoria maior, deve-se verificar se houve uso fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica, enquanto que a teoria menor se limita apenas a verificar a capacidade que a sociedade tem de cumprir com suas obrigações. ou seja, verifica a inexistência de bens da sociedade para responder pela reparação dos prejuízos causados.⁸⁷

Fábio Ulhoa entende como pressuposto inafastável da desconsideração a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência.⁸⁸

Fabio Konder Comparato⁸⁹ propôs uma formulação diversa da teoria, em que os pressupostos de sua aplicação são objetivos, como a confusão patrimonial ou o desaparecimento do objeto social. Por esta razão, é possível chamar-se a primeira de concepção subjéctivista e esta última de concepção objetivista da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Alexandre Couto Silva⁹⁰ considera como pressupostos para a desconsideração que o ordenamento jurídico faça distinção entre as pessoas dos sócios e da sociedade e a existência de responsabilidade limitada dos sócios, o que restringiria a desconsideração para as sociedades anônimas e para as de responsabilidade limitada.

⁸⁵ Ibid., p. 117

⁸⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. p. 43

⁸⁷ Ibid

⁸⁸ Ibid, p.54

⁸⁹ COMPARATO, Fabio Konder, S/A: o poder de controle na sociedade anônima. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.1977 .

⁹⁰ COUTO SILVA, Alexandre. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro. p.28

Para Marçal Justen Filho “não existe pressuposto da desconsideração, mas há pressupostos para a desconsideração, variáveis na medida em que variam as pessoas jurídicas de que se cogita os ramos do direito, os interesses tutelados, etc...”⁹¹

O renomado mestre assinala apenas um ponto em comum aos casos de desconsideração, como a atuação da sociedade em contradição entre os resultados visualizados como desejáveis pelo ordenamento jurídico e os resultados que seriam atingidos se mantida a incidência do regime jurídico personificatório.⁹²

Vale observar que em nosso direito, como veremos adiante, há inúmeros casos em que diretores, sócios ou gerentes são considerados responsáveis diretos por seus atos. Tais hipóteses não podem ser interpretadas como casos de desconsideração da pessoa jurídica, pois não há um desvio de finalidade da sociedade, e sim imputação direta sobre as pessoas dos sócios ou diretores por atos próprios.

É pressuposto da desconsideração, portanto, que existam barreiras para a responsabilização dos agentes que se utilizaram da autonomia patrimonial para praticar o desvio de função da sociedade personificada.

3.4 Fundamentos

A pessoa jurídica, tendo suas atividades limitadas pelo direito positivo, é considerada como um meio de realização de determinados interesses da sociedade, e a sua utilização para fins outros daqueles previamente estabelecidos tende a enfraquecer a segurança jurídica relacionada à preservação do instituto.

O desvirtuamento da pessoa jurídica, seja através do negócio indireto feito pelos sócios ou do abuso de direito, exigiu a criação de recursos jurídicos que protegessem os fundamentos do instituto, ao mesmo tempo que servissem de desestímulo à prática de tais atos.

Suzy Elizabeth afirma que “nos casos em que a aplicação do regime da personificação societária desvie a sociedade da finalidade que o ordenamento jurídico vise a alcançar por seu intermédio; nos casos em que tal aplicação conduza a situações de injusto prejuízo ao Estado ou à coletividade nele organizada; e,

⁹¹ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 95

⁹² Ibid., p.97

ainda, quando a sua aplicação produza efeitos contrários aos valores que inspiram o ordenamento jurídico, poder-se-á subestimar os efeitos da personalidade jurídica, utilizando-se assim a *Disregard Doctrine*.⁹³

A sociedade personificada tem uma finalidade social determinada e especificada nos contratos ou estatutos. Partindo dessa afirmativa, pode-se dizer que a separação patrimonial dos bens como um dos meios necessários para a consecução dos fins a que se destina. Sendo assim, uma vez que se verifique uma deturpação na finalidade, nada justifica a manutenção dos meios, ou seja, da separação patrimonial.⁹⁴

Segundo Del Vecchio⁹⁵, a conexão do direito positivo com o contexto histórico-cultural de determinada sociedade é fator determinante para a variabilidade da lei, afirmando que: “é impossível estudar o direito positivo de certo povo, em certo momento, prescindindo de atender às condições de vida; a gênese e a duração de cada instituto jurídico estão vinculadas a determinadas condições. Se estas se modificam, terá o direito positivo de se modificar também. Este, por conseguinte, não é apenas mutável, mas necessariamente mutável: acha-se sujeito à lei da atividade histórica.”

Ocorre que a legislação nem sempre se desenvolve no mesmo ritmo que a sociedade que regulamenta, de tal modo que esperar uma solução legal para as diversas situações vividas seria coadunar com a injustiça legitimada por uma lei estática.

Alexandre Couto Silva, ao considerar possível o abuso de direito da pessoa jurídica, conclui que: “quando isso ocorre e a lei permanece silenciosa, a jurisprudência, principalmente a americana e a alemã, tem reagido, decretando o afastamento da pessoa jurídica para penetrar a fundo e chegar até as pessoas individuais que se ocultam atrás do aparato técnico.”⁹⁶

Daí a importância dos conhecimentos técnicos e da compreensão da realidade que se espera de um julgador que deva decidir um caso de pedido de desconsideração, uma vez que se exige para a boa consecução da teoria um amplo domínio dos princípios informadores do direito para adequar o caso concreto à

⁹³ KOURY, op. cit. p 79

⁹⁴ COMPARATO, Fabio Konder, S/A: o poder de controle na sociedade anônima. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.1977 . p.270

⁹⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do Direito. 5 ed. Coimbra: A. Amado, 1979. p.338

⁹⁶ COUTO SILVA, op. cit. p. 27

norma, que precisará ser interpretada não gramaticalmente, mas sistematicamente.⁹⁷

⁹⁷ SILVA. op. cit. p. 123

4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Doutrina

A literatura jurídica nacional pode, hoje, vangloriar-se de apresentar uma das mais completas obras produzidas, no próprio cenário mundial, vasta na análise e profunda na abordagem da problemática da desconsideração da pessoa jurídica, enfocando-a sob o aspecto de vicissitudes por que passa, este o já citado livro do culto e saudoso Prof. J. Lamartine Corrêa de Oliveira⁹⁸, em que dilargou os lindes de sua investigação, exaustivamente, aos Direitos estrangeiros, especialmente o alemão.

Lamartine, em sua monumental obra, após análise e objeções de cunho dogmático a várias das correntes que procuram justificar a desconsideração, com penetração e amplitude científica, dentre as quais as de inspiração subjetiva, expõe seu pensamento *in verbis* : "Os problemas ditos de 'desconsideração' envolvem freqüentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta *no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de alguma das pessoas, físicas ou jurídicas?* É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado, repudiados os normativismos, os ficcionismos, os nominalismos, que essa pergunta tem sentido. *Se é 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 fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência e realidade na constituição e funcionamento da pessoa jurídica*" (grifos nossos).

Há excelentes pareceres da lavra de jurisconsultos como Francisco Campos, Caio Mário da Silva Pereira e Simão Isaac Benjó que, sob fundamentos diversos, conferiram soluções, na linha da desconsideração.

⁹⁸ A dupla crise da pessoa jurídica.

Há que se destacar a notável conferência do Prof. Rubens Requião⁹⁹ pronunciada na Universidade Federal do Paraná, que, dentre outros, tem o mérito de haver, pioneiramente, versado o assunto de forma específica e com tratamento esquemático.

Invoca os limites da concessão da personalidade jurídica pelo Estado, que não pode ser utilizada contra seus fins, e funda a teoria da desestimação, em nosso Direito, sobre os conceitos de abuso de direito e fraude, vendo, no abrigo-se a teoria, uma solução ética para os desvios da pessoa jurídica de seus fins.

O Prof. Requião, no que tange aos fundamentos para a desconsideração, propende para a corrente objetiva, ao desprezar como tais a fraude e o abuso de direito, a seu pensar insatisfatórios, assentando-a como decorrente do poder de controle societário, critério para a desestimação.

Assim, escreve: "De tudo o que se vem de expor, decorre que esse efeito jurídico fundamental da personalização – separação de patrimônios – e que pode ser atingido por outras técnicas de direito, como lembramos, deve ser normalmente afastado, quando falte um dos pressupostos formais, estabelecidos em lei; e também, quando desapareça a especificidade de objeto social de exploração de uma empresa determinada, ou do objetivo social de produção e distribuição de lucro – o primeiro como meio de se atingir o segundo; – ou, ainda, quando ambos se confundem com a atividade ou o interesse individuais de determinado sócio.

A sanção jurídica, em tais casos, não deve ser indistintamente, a nulidade (absoluta ou relativa) do ato, negócio, ou da relação, mas a ineficácia.

Não deve ser a destruição da 'entidade' pessoa jurídica, mas a suspensão dos efeitos da separação patrimonial *in casu*".

E justifica: "É essa, em nosso entender, a melhor explicação para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*), que a jurisprudência sobretudo a norte-americana, vem aplicando tranqüilamente há várias décadas, para espanto e indignação da doutrina jurídica tradicional, em outros países".

Vincula-a à revisão crítica do conceito de pessoa jurídica e exprime não consistir a questão do afastamento da personalidade jurídica em "simples fruto

⁹⁹ Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica ("Disregard Doctrine"), in RT 410/12 e ss.

de uma cogitação de gabinete, mas foi posta em direito sobretudo pela multiplicação dos grupos econômicos, um dos fenômenos centrais de nossa época".

Alentada e invocando sólidos argumentos em prol da desconsideração é a também já citada obra do professor Marçal Justen Filho¹⁰⁰, em que, partindo da historicidade do conceito, contingente, de pessoa jurídica, propugna por sua desestimação, que diz com a ineficácia da personificação, ao verificar-se seu abuso, que terá lugar quando "o sacrifício do interesse alheio originar-se de uma utilização anormal e surpreendente da pessoa jurídica".

Anote-se ainda o bem lastreado trabalho do Prof. João Casillo¹⁰¹, favorável à desconsideração, onde, após amplo e atual exame do Direito comparado, sustenta o acolhimento da teoria na sistemática e jurisprudência brasileira.

Suscita interessante diferença entre o espírito dos textos legais entre nós invocados como permissivos da desestimação e esta, propriamente dita, que, ao contrário daquelas disposições, não implicaria punição a Diretores e sócios ao serem responsabilizados por obrigações sociais, desta forma muitas vezes interpretada pelos tribunais, mas antes se fundamentaria em que a própria entidade é que "foi desviada da rota traçada pela lei e pelo contrato. A sociedade é utilizada em seu todo para mascarar uma situação, ela serve como véu para encobrir uma realidade".

Acatando e defendendo a *disregard* em nosso Direito, anatem-se outros valiosos trabalhos dentre os quais o do Min. Clóvis Ramalhete¹⁰², em que defende sustentar-se em norma expressa de lei ou no sistema legal genérico, o da eficácia dos atos jurídicos, e nos princípios gerais do Direito.

Adere, também, à corrente da despersonalização o eminente Des. Wellington Moreira Pimentel¹⁰³, em que conclui não negar aquela "a existência da personalidade jurídica da sociedade de capital, nem a distinção e separação entre o patrimônio desta e dos sócios, mas despreza e supera tais conceitos e distinções se a pessoa jurídica é usada como escudo para a responsabilidade civil por ato ilícito, para a prática de fraudes ou em detrimento do interesse público".

¹⁰⁰ Ob. cit.

¹⁰¹ Desconsiderações a pessoa jurídica, in RT 528/25

¹⁰² Sistema de legalidade na desconsideração da personalidade jurídica" (RT 586/9)

¹⁰³ A aplicação da teoria do superamento da personalidade jurídica, in RDTJRJ 2/12, de 1981

O Prof. Arnoldo Wald¹⁰⁴, em síntese lapidar, descreve o desenvolvimento histórico da concepção de pessoa jurídica, até à formulação moderna da teoria do *disregard* em palavras que importa se reproduzam:

"Se formos examinar a evolução dialética da personalidade jurídica na história contemporânea, encontraremos uma tese, uma antítese e uma síntese. A tese foi no sentido de considerá-la uma ficção, fazendo depender o funcionamento da sociedade anônima de decisão do poder público, que lhe concedia a personalidade. Em seguida, passamos à antítese. Sociólogos, historiadores e juristas, reconhecem a existência do grupo, como realidade social autônoma e independente do indivíduo, com vontade própria e responsabilidade limitada em todas as hipóteses, não se admitindo que os atos da empresa possam repercutir nas pessoas físicas dos seus diretores e acionistas.

Finalmente, ocorre a síntese. Diante dos abusos, fraudes e distorções, o direito, reconhecendo a personalidade própria da empresa, não permite mais que possa funcionar como uma espécie de biombo ou véu para garantir a impunidade de diretores ou acionistas. Sucessiva ou simultaneamente, o direito penal, o direito fiscal, o direito trabalhista e o direito falimentar consagram o princípio da *transparência* ou da 'desconsideração' da pessoa jurídica, não aceitando que a sociedade anônima possa encobrir a fraude dos seus diretores e acionistas. Assim sendo, predominam, em ocasiões normais, os princípios que asseguram a independência entre a empresa e o acionista, mas passam a ser aplicados, eventual ou excepcionalmente, quando há dano causado a empregados, acionistas minoritários, credores ou terceiros em geral, as normas que alcançam, atrás ou através da pessoa jurídica, as pessoas físicas que a manipulavam e cujos atos ilícitos a empresa acobertava".

4.2 No Direito do Trabalho

O direito do trabalho inadmite obstáculo jurídico ou formal para a tutela do direito do trabalhador, de forma que a tutela recebida por este é insuscetível de qualquer sacrifício. Como a personalidade societária é instrumento de sacrifício de

¹⁰⁴ Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova lei das sociedades anônimas, *RT* 500/13.

faculdades alheias, o direito do trabalho ressalva o campo das relações empregatícias.¹⁰⁵

A personificação societária, como já foi dito, importa uma séria de efeitos colaterais maléficos, que são assumidos e acatados pelo ordenamento como necessários para a consecução de objetivos positivos muito maiores.

Entretanto, esse sacrifício, que não autoriza a desconsideração da personificação no direito comum, é vedado quando se trata de relação empregatícia. Isso se deve pelo fato de que o direito do trabalho reputa que as faculdades jurídicas atribuídas ao empregado não podem ser sacrificadas por qualquer outra faculdade reconhecida pelo direito.¹⁰⁶

A consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2º, parágrafo 2º, estabelece expressamente que “sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Tal determinação é decorrente dos próprios princípios norteadores do direito do trabalho, que consideram o trabalhador sempre a parte hipossuficiente na relação jurídica entre empregador-empregado.

Por decorrência, se alguém é empregado de uma determinada pessoa jurídica e presta serviços à outra, o direito do trabalho desconsidera a personalidade jurídica da primeira sociedade. O vínculo empregatício atinge a segunda pessoa jurídica, em toda a sua extensão.¹⁰⁷

Segundo o professor Marçal Justen Filho¹⁰⁸, a desconsideração da personificação societária no direito do trabalho, tem por pressuposto a verificação de sacrifício de faculdade assegurada ao trabalhador.

A melhor doutrina atualmente não considera que o dispositivo mencionado não se configura como sendo caso de desconsideração da personalidade jurídica. Para Osmar Vieira da Silva, o parágrafo 2º, artigo 2º, da CLT, não é caso de desconsideração da personalidade jurídica e sim exemplo clássico de

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO. op. cit. p. 103

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid, op. cit. p. 104

¹⁰⁸ Ibid.

responsabilidade solidária, em que pese a teoria também poder ser aplicada no direito do trabalho pelos seus próprios e peculiares fundamentos.¹⁰⁹

Há que se mencionar, ainda, a Súmula 205 do TST, a qual afirma que o responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.

A referida súmula tem sido a tábua da salvação para todas as empresas em cuja reclamatória trabalhista não tenha sido instaurada uma relação litisconsorcial passiva na fase de constituição do título executivo judicial.¹¹⁰

4.3 No Direito Tributário

O direito tributário tem como princípio fundamental o da legalidade, de tal modo que a desconsideração somente seria admitida nos casos em que a lei tributária expressamente a autorizasse, ao contrário da aplicação da teoria em outros ramos do direito.

A imposição tributária produz um sacrifício da propriedade individual em prol do Estado ou de alguém por ele indicado. O tributo não encontra fundamento nem na noção de ilicitude nem na idéia de comutatividade. Aquele que é obrigado ao pagamento da prestação tributária encontra-se em tal situação jurídica por exclusiva decorrência de, em última análise, ser titular de riqueza. Por atenção a essas considerações, a sujeição da potestade tributária a uma estrita legalidade é uma conquista da civilização ocidental.¹¹¹

O legislador tributário necessita, assim, prever a hipótese de desfunção, tipificá-la e determinar a desconsideração. Caberá à lei autorizar a desconsideração, como também, definir os pressupostos de sua incidência.

Como já foi observado anteriormente, quando a imputabilidade for decorrente de ato ilícito de gerentes, diretores ou sócios, a responsabilidade destes por seus atos é direta, e a hipótese de desconsideração é afastada.

O artigo 135 do Código Tributário Nacional não teve origem nas concepções da teoria da desconsideração, dizendo respeito apenas aos atos ilícitos

¹⁰⁹ SILVA. op. cit. p. 136

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, op. cit. p.107

praticados por representantes, cujas condutas lhes serão imputadas pessoalmente.¹¹²

O saudoso professor Lamartine afirmou que quando se aplique a noção de imputação “a responsabilidade não será dominada pelo princípio da subsidiariedade, essencial nos autênticos casos de desconconsideração, em que se supõe a prévia demonstração da insolvência do primariamente responsável. Quem criou a aparência ou se comportou contraditoriamente responde por ato próprio.”¹¹³

Pode-se, entretanto, analisar-se casos no direito tributário passíveis de desconconsideração da personalidade jurídica, são eles:

- a) Decreto-lei nº 1.598/77, artigos 60 e seguintes: dispõe sobre a distribuição disfarçada de lucro e os negócios realizados entre a pessoa jurídica e o seu acionista majoritário/controlador;
- b) Decreto-lei nº 2.065/83, amplia a categoria das práticas do decreto acima, inserindo no rol todas as operações que envolvem qualquer sociedade e o seu sócio majoritário.

O que se procurou nesses casos foi desconsiderar a personalidade nos casos em que se pratica atos em que exista disfarçadamente a distribuição de lucro para o acionista controlador através de uma outra pessoa jurídica pertencente ao mesmo sócio, ou a interposição de uma pessoa jurídica entre o sócio controlador e a pessoa jurídica ou ainda quando o sócio tem interesse direto ou não nessa sociedade intermediária.¹¹⁴

4.4 No Direito Comercial

A aplicação do artigo 20 do Código Civil encontra no direito comercial uma de suas maiores vertentes, devendo a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica ser bastante sopesada pelo aplicador da lei.

A problemática da aplicação da teoria no direito comercial ou nos casos em que não seja expressa a possibilidade de sua utilização, encontra-se em elementos subjetivos, como distinguir um interesse disponível de um indisponível, tal como esclarece o professor Marçal Justen Filho, para quem a opção pela

¹¹² SILVA, op. cit. p.139

¹¹³ OLIVEIRA, op. cit. p. 611

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, op. cit. p.112

desconsideração será precedida de uma análise dos interesses das partes, enfocando principalmente a natureza desses interesses.¹¹⁵

Se os interesses das partes forem considerados disponíveis, geralmente não se aplica a desconsideração, pois o sacrifício do interesse de uma das partes pode não se mostrar como razão forte o suficiente para embasar tal decisão. O sacrifício desse interesse é, inclusive, autorizado em diversas situações pelo legislador.¹¹⁶

Entretanto, se um dos interesses for considerado como indisponível pelo direito, a opção pelo sacrifício disponível encontra-se totalmente fora de dúvida. Ainda segundo o professor Marçal “quando haja uma relação de causa e efeito entre a eficácia da personificação e o sacrifício de um interesse indisponível, aplicar-se-á a teoria da desconsideração.”¹¹⁷

Dessa forma, o que se deve levar em conta é o fato de que, se utilizar a pessoa jurídica para fins de frustrar um interesse indisponível é considerado abuso de direito, nem sempre o é quando o interesse for disponível.

Quando ocorre a colisão de interesses disponíveis, pode-se dizer que de um modo geral não se aplica a desconsideração. Mas há casos em que existe a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica, pois mesmo sendo igualmente disponíveis, um dos interesses pode ser menos ou mais disponível que o outro.¹¹⁸

Vale observar que, também no direito comercial, não há que se falar em desconsideração quando a lei imputar diretamente a responsabilidade aos sócios ou administradores sendo o caso de ineficácia ou nulidade de atos praticados por tais pessoas, ou ainda se os interesses atingidos forem disponíveis.

4.5 No Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90)

O artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor prescreve que:

“... O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houve abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, op. cit. p.126

¹¹⁶ Ibid. p. 126

¹¹⁷ Ibid. p.127

¹¹⁸ SILVA, op. cit. p.142

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.

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

Osmar Vieira da Silva¹¹⁹ considera que existem impropriedades técnicas na redação do referido artigo, pois nomeiam como desconsideração casos em que ocorre unicamente a responsabilidade direta daqueles que praticaram determinados atos, ao mesmo tempo em que exclui as hipóteses em que se verifica a fraude na finalidade da pessoa jurídica.

Para o citado autor, o único caso em que a desconsideração é aplicada tal quanto entende a maioria doutrinária é a do abuso de direito, figurando os demais casos como de responsabilidade direta daquele que, por exemplo, infringe a lei ou administra mal a sociedade.¹²⁰

Fábio Ulhoa Coelho¹²¹ censura o preceito no § 5º, concebendo apenas sua aplicação em matéria de sanções não pecuniárias (proibições de fabricação, suspensão temporária de atividade, etc...), apesar do contrário defluir do texto da lei: "*ressarcimento de prejuízo do consumidor*". Por fim salienta que no embate entre o *caput* e o § 5º, se um tiver que ceder será o parágrafo, não o *caput*. A interpretação meramente literal, no entanto não pode prevalecer e isto por três razões: Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Em segundo lugar, porque uma tal exegese tornaria letra morta o *caput* do art. 28. Em terceiro lugar, porque esta interpretação equivaleria à revogação do art. 20 do CC (as pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros) em matéria de defesa do consumidor. E se esta fosse a intenção do legislador, a norma jurídica que a operacionalizasse poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.

Osmar Vieira da Silva¹²² conclui que o legislador previu no *caput* as hipóteses para desconsideração e no parágrafo 5º assinalou que, mesmo que nenhuma das hipóteses tipificadas no *caput* ocorram, mas que, por exemplo, por um

¹¹⁹ *Ibid.* p.143

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ COELHO, op. cit. p. 143

¹²² SILVA, op. cit .p. 145

mero defeito do produto, encontre o consumidor um obstáculo constituído pela separação patrimonial para ter reparado o seu dano, poderá, também, o juiz declara a desconsideração da personalidade jurídica que autoriza a expropriação dos bens do sócio da empresa fornecedora.

4.6 No Projeto do Código Civil

Depois de passar por várias alterações, o artigo 50 do novo Código Civil assumiu a seguinte configuração:

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

O conceito de “abuso da personalidade” ganhou seu contorno pelas figuras do “desvio de finalidade” ou “confusão patrimonial”, facilitando à parte interessada demonstrar a ocorrência da hipótese que autorizará a desconsideração da personalidade jurídica.

O fato de se constituir a sociedade, passando para ela os bens particulares de um ou de todos os sócios, com a evidente intenção de se deixar de responder por obrigações, criando-se com isto confusão patrimonial, contraria a finalidade da pessoa jurídica, garantida pelos artigos 5º, XXIII e 170, III, da Constituição Federal.

Dessa forma, conforme Osmar Vieira da Silva¹²³, passando a vigorar o artigo 50, do Projeto, com a mesma redação acima, estará definitivamente introduzida no nosso ordenamento jurídico a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, exatamente da forma como delineada por seus estudiosos, que buscaram na atuação dos tribunais, as hipóteses e limites, do que deflui o seu caráter pragmático e indiscutivelmente útil para a sociedade.

¹²³ SILVA, op. cit. p. 146-147

4.7 No Direito Antitruste (Lei n.º 8.884/94)

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

Segundo Fábio Ulhoa Coelho¹²⁴, três são os fundamentos legais para a desconsideração na tutela das estruturas do livre mercado:

- a) abuso de direito;
- b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos do contrato social;
- c) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração.

Prossegue o autor que no tocante ao mencionado na letra *a*, é evidente a correspondência entre o dispositivo legal e a teoria da desconsideração. Mas os fundamentos referidos na letra *b* dizem respeito a tema societário diverso, que é a responsabilidade do sócio e do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio, embora relacionado com a pessoa jurídica. Já os fundamentos agrupados pela letra *c* referem-se à responsabilidade do administrador por má administração, que é, também, outro tema do direito societário.

A teoria da desconsideração tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Caso contrário, o responsável estará respondendo por obrigação pessoal dele, decorrente do ilícito que praticou. A circunstância de o ilícito ter sido efetivado no exercício da representação legal da pessoa jurídica ou em função da qualidade de sócio ou controlador em nada altera a responsabilidade do causador da lesão a direito alheio.

¹²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro : comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.45-46

4.8 No Direito Ambiental (Lei n.º 9.605/98)

A Lei n.º 9.605/98 dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, como se vê:

“Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática de crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art.3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Segundo Osmar Vieira da Silva¹²⁵, não cabe criticar o legislador por confundir a desconsideração com outras figuras do direito societário. Não se pode também interpretar a norma em tela em descompasso com os fundamentos da teoria maior, ou seja, deve haver fraude e abuso de direito para dar ensejo à desconsideração da pessoa jurídica.

Não obstante, na recomposição dos danos à qualidade do meio ambiente, a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial não poderá impedir a responsabilidade de seus agentes.¹²⁶

Dessa forma, se determinada sociedade empresária provocar sério dano ambiental, mas, para tentar escapar à responsabilidade, os seus controladores

¹²⁵ SILVA, *op. cit.* p.151

¹²⁶ *Ibid.*

constituírem nova sociedade, com sede, recursos e pessoal diversos, na qual passem a concentrar seus esforços e investimentos, deixando a primeira minguar paulatinamente, será possível, por meio da desconsideração das autonomias patrimoniais, a execução do crédito ressarcitório no patrimônio das duas sociedades.¹²⁷

4.8 Aspectos Processuais

Segundo Fábio Ulhoa Coelho¹²⁸, a teoria maior da desconsideração, a qual é defendida pela melhor doutrina, prevê como pressuposto inafastável para a desconsideração o uso fraudulento ou abusivo da personalidade jurídica, sendo estas as únicas hipóteses em que deve ser afastada a personalidade. Assim sendo, constata que:

“Ora, se assim é, o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento”.

E explica que aquele que pretender demandar a desconsideração de uma pessoa jurídica por fraude ou abuso de direito praticado por sócio desta deve ingressar com ação contra o sócio, ou os sócios, se for o caso, e não contra a própria sociedade. Seria incabível a demanda contra a própria pessoa jurídica, pois se pretende o credor a desconsideração desta, está tentando alegar que determinado fato deve ser imputado ao sócio e não à sociedade, nada mais incompatível com a demanda contra a própria sociedade, afinal, se esta não praticou a conduta não deve fazer parte da lide.

A sociedade seria parte ilegítima desta ação, já que o que o credor pretende é a responsabilização do sócio, e não dela. Assim, caso o credor ingresse com ação contra a própria sociedade este processo deverá ser extinto, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade de parte.

Adverte Fábio Ulhoa COELHO que a teoria maior da desconsideração torna impossível a desconsideração por mero despacho do juiz no processo de

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ob. Cit. pág. 54

execução de sentença. Ou seja, caso o credor possua título executivo judicial contra a sociedade e, ao executá-lo perceba que a sociedade não possui bens para saldar a dívida não pode o juiz determinar, simplesmente, a penhora de bem do sócio. O título que o credor possui é contra a sociedade, contra a pessoa jurídica, e não contra o sócio. Assim, seria necessário que o credor ingressasse com a ação cabível para conseguir um título executivo judicial contra o sócio, para somente então, proceder a execução deste.

Se o juiz apenas determina a penhora do bem do sócio em execução contra a sociedade, transferindo a discussão a respeito da fraude para eventuais embargos de terceiro, estará invertendo o ônus da prova, porque, neste caso, o sócio é que terá que provar que não houve fraude, o que, na verdade, é dever do credor.

Aconselha Ulhoa COELHO¹²⁹ que:

“ (...) se o autor teme eventual frustração ao direito que pleiteia contra uma sociedade empresária, em razão da manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial no transcorrer do processo, ele não pode deixar de incluir, desde o início, no pólo passivo da relação processual, a pessoa ou pessoas sobre cuja conduta incide o fundado temor. Nesse caso, o agente fraudador e a sociedade são litisconsortes”.

E segue explicando que, para os juízes adeptos da teoria menor da desconsideração os aspectos processuais a serem analisados são bem mais simples. Como para estes a desconsideração da personalidade depende, unicamente, da insatisfação dos créditos pela sociedade, ela pode ser feita por mero despacho no processo de execução. Ocorre então que, os sócios, sem terem participado da lide, sem a oportunidade de discutir o mérito, mas tão somente a questão da fraude (em embargos de terceiros), são alcançados pela coisa julgada, sendo condenados sem o devido processo legal, o que deveria ser ojerizado por todo e qualquer juiz, vez que fere uma garantia constitucional.

Assim, mesmo a adoção da teoria menor da desconsideração não pode justificar a desconsideração por mero despacho judicial. É preciso sempre a busca de título executivo judicial como forma de se garantir a aplicação de direito constitucionalmente garantido. Independentemente do pressuposto de que se parte

¹²⁹ Ob. cit. Pág. 55

para a desconsideração (quer seja o abuso de direito e a fraude da teoria maior, quer seja a insatisfação dos credores, da teoria menor) é preciso a existência de uma ação em que figure no pólo passivo sócio que pretende o credor responsabilizar pela obrigação da sociedade, sob pena de inconstitucionalidade da decisão desconsideradora.

4.9 Jurisprudência

Não têm os tribunais, à semelhança dos estrangeiros, ficado ao largo da matéria. A própria Suprema Corte, por mais de uma vez, já se manifestou. Assim no RE 94.066-9-RJ, rel. o Min. Clóvis Ramalhete, de cuja ementa, in *DJU* de 2.4.85, p. 2885, consta: "(. . .) Personalidade jurídica. Possível desconsiderar-se a personalidade da pessoa jurídica sob controle absoluto da pessoa física, se ambas em conluio para fraude a direito de terceiros. Aplicação da teoria inglesa e norte-americana da 'disregard of legal entity', surgida no direito mercantil, mas aplicável igualmente no civil como no tributário (. . .)".

Em outro aresto, do RE 88.591-RJ, rel. o Min. Thompson Flores, interposto contra julgados, respectivamente, da 8ª Câmara Cív. e do 4º Gr. de Câms. Cívs. do Tribunal de Justiça do RJ, comentados por Lamartine em sua obra como decisão das que visam impedir a *fraude a dever contratual*, não conheceu o Excelso Pretório do apelo derradeiro seguindo voto em que figurou essa afirmação do relator, após análise da doutrina da *disregard* (*TJRJ85/320*): "Diante desses princípios, que ao mesmo tempo admitem a eficácia da simulação da sociedade, pela sua evidente utilidade quando inocente, mas lhe recusam os efeitos, quando usada para fins fraudulentos e ilícitos, é que se deve examinar a controvérsia destes autos".

Editou o acórdão recorrido, rel. o eminente Des. Hamilton Moraes e Barros, de 7.4.76 (*RT 492/216* e *TJRJ 45/216*): "(. . .) Não invalida a existência das obrigações assumidas a invocação do art. 119 da Lei das Sociedades Anônimas, dada a natureza especial das duas empresas 'holding' em litígio, empresas unipessoais, sociedades comerciais fictícias. Acolhida pelos Tribunais para evitar fraude, simulação não inocente ou abuso de direito, a teoria de 'disregard of legal entity' possibilita desconsiderar-se a pessoa jurídica, ou levantar-se o véu societário para enxergar e tratar o real e o efetivo sujeito do direito".

Em outro aresto da mesma Corte, rel. ainda o culto Des. Moraes e Barros, no AI 614, em que se irresignava a agravante contra despacho que, em ação de alimentos que lhe movia a mulher, deferiu perícia na empresa de prestação de serviços de que era sócio, decidiu a E. 4ª Câmara Cível, em 16.5.77, aplicando a teoria da desestimação: "Ação de alimentos. Para fixação da pensão, podem ser pesquisados os ganhos e as rendas do alimentante em sociedade de que faça parte, qualquer que seja a natureza de seus proventos e vantagens".

Lamartine classifica os julgados, de modo geral, em quatro categorias, conforme a *ratio decidendi*¹³⁰ :: 1ª) as que visaram a impedir "fraude a dever contratual", de que se deu exemplo; 2ª) que visam a coibir a *fraude à lei*; 3ª) que desconsideram a separação apenas para limitados efeitos de natureza processual; 4ª) que, de modo geral, estendem a responsabilidade aos sócios em caso de insolvência da sociedade.

O Min. Clóvis Ramalheira¹³¹ explana a despersonalização no Direito brasileiro, citando acórdão da 8ª Câmara Cív. do TJRJ, rel. o preclaro Des. Olavo Tostes Filho, em que se levou em conta o fim ilícito que motivara os sócios a constituir a sociedade, e o aresto do TJSP, MS 247.914, em que se acolheu a superação da personalidade em razão da predominância irresistível do controle financeiro.

Outro acórdão interessante: "Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Sócio-gerente e possuidor de 99,8% do capital social. Exercício fiscal. Prescrição (. . .) Sociedade realmente fictícia, *em que o sócio-gerente é dono e 99,8% do capital social*. A proposição de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico fundamental, mas não um tabu, e merece ser desconsiderada quando *a sociedade é apenas um alter ego* de seu controlador, em verdade negociante em nome individual" (grifo nosso) – Ap. Cív. 584036800, 1ª Câmara Cív. de 14.5.85, in *TJRS* 118/258.

E do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, por sua 2ª Câmara Cív. ao julgar, em 11.10.77, a Ap. Cível 9.342, rel. o Des. Milton A. Pompeu de Barros, de cujo voto, acolhido, consta (*RT* 511/199): a hipótese dos autos indica que o apelante, *através da sociedade comercial da qual detém 98% do capital social*, efetuou a compra de mercadorias que originou a duplicata de fls., aceita pela

¹³⁰ ob. cit., pp. 521-42

¹³¹ ob. cit., p.13

assinatura do próprio embargante. A certa altura deixou de funcionar a sociedade, sem liquidar os compromissos, sem promover o distrato e a baixa na Junta Comercial.

(...)

"Entendo que há abuso de direito e fraude contra o credor.

(...)

"Seria sumamente injusto que não respondesse seu verdadeiro dono, detentor da quase totalidade das cotas, pelas divisas assumidas em nome da sociedade, aferrados a uma intangibilidade propiciadora de fraudes" (grifos nossos).

Do exame da jurisprudência o Prof. João Casillo extrai três diretivas:

1ª) "A sistemática reiteração de julgados, afirmando a distinção entre as pessoas do sócios e a da pessoa jurídica, não admitindo que aqueles respondam com seus bens por obrigações destas, nem confundindo-os a qualquer título"(RT 457/141, 456/151 e 454/159).

2ª) "Decisões, com base nos dispositivos legais aqui invocados, que permitem, excepcionalmente, que os bens dos sócios respondam por obrigações da sociedade". Mantendo posição já exposta, ratifica o autor pensamento de não se tratar de desconsideração de pessoa jurídica (RT 446/187 e 457/141).

3ª) "Julgados de nossos Tribunais que, mesmo sem invocar a teoria do *disregard*, acarretam os mesmos efeitos". Destes é que passa a ocupar-se.

Por derradeiro, anote-se a seguinte decisão do TCU no Processo 4.657/85-1, de 8.7.86:

"Fundação criada por professores de universidade federal, que se beneficia com bens e serviços da universidade, está sujeita ao controle de contas.

Aplicação da doutrina jurídica que desconsidera a personalidade jurídica formal quando importa a obtenção de vantagens indevidas (*disregard doctrine*)".

Vê-se, pois, que a jurisprudência, sob os mais diversos fundamentos, controle da sociedade, fraude à lei, ao contratante e aos credores, abuso de direito, tem posto à margem a personalidade da pessoa jurídica, para permitir a responsabilização do sócio, que, atrás dela, dominando-a ou utilizando-a, se esconde, em ordem a evitar resultados injustos e danosos.

CONCLUSÃO

A personificação tem por fundamento a necessidade estatal de incentivar o agrupamento de esforços e capital humanos, com a finalidade de promover o desenvolvimento econômico e social.

Assim sendo, a manutenção da personalidade jurídica somente tem sentido enquanto este agrupamento estiver cumprindo tal função. Este incentivo concedido pelo Estado é, na verdade, a diminuição dos riscos da atividade econômica. Ou seja, aqueles indivíduos que optarem por se associar (de acordo com as normas pré-estabelecidas pelo Estado) não precisarão enfrentar todos os riscos que estão envolvidos nesta atividade.

Este princípio, no entanto, não é e nem pode ser absoluto. Afinal, se a personalidade é concedida com o intuito de promover o desenvolvimento, sempre que esta for utilizada de maneira contrária a esta função esvazia-se o sentido da personificação. Não há qualquer justificativa para a manutenção da personalidade. Tem-se aqui a necessidade da desconsideração.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, nascida no Direito anglo-americano, sistema da *Common Law*, sob a influência da *equity*, no século retrasado, dali se espalhou para os países da *Civil Law*, do Direito continental, sendo, hoje, pacificamente aceita pela doutrina e jurisprudência das nações que lideram a formação do pensamento jurídico moderno.

O fenômeno é moderno e se deve, por muitas razões, ao surgimento dos grupos de empresas e à desvolta estrutura destas, que propiciam a atuação individual por seu intermédio. As relações decorrentes da complexa e multifacetada sociedade industrial contemporânea, que acarretaram profundas transformações na vida comercial e mercantil, respondem por essas modificações que desfiguram o conceito de pessoa jurídica, de caráter relativo, legado pelo século retrasado.

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser conceituada como a ignorância, em determinados casos, da personalidade jurídica, quando esta tiver sido utilizada para fins fraudulentos e abusivos, responsabilizando-se os sócios que agiram em detrimento daquela.

Neste sentido a lição de Marçal Justen Filho¹³² e tese reconhecida no voto do Min. Cunha Peixoto, no STF, ainda que vencido quanto ao não conhecimento do RE 88.662, já citado (RTJ 93/320), que incumbe transcrever: "O problema que o acórdão trouxe, invocando a teoria francesa e a americana, se refere não ao sócio, mas a terceiro. É o *disregard* do direito americano. Quando em uma sociedade deste tipo se prova terem sido os negócios feitos, não pela sociedade, mas pelos seus componentes, a jurisprudência americana admite a solidariedade desses sócios" (grifos nossos).

Apesar de alguns doutrinadores defenderem a aplicação da teoria da desconsideração quando esta for obstáculo à satisfação do credor é preciso ter em mente o fundamento da personalidade a fim de que este instituto não seja desnaturado.

Assim, se fosse possível a desconsideração em qualquer caso em que a personalidade fosse obstáculo à satisfação do credor estaríamos negando a própria existência da personalidade. Se esta foi criada para mitigar os riscos do comércio não seria incabível desconsiderá-la ao primeiro sinal de prejuízo de terceiro? O próprio Estado, quando da concessão da personalidade acabou por permitir um certo abuso dos sócios.

Quando protegemos alguém de um risco, conseqüentemente este risco passa a ser suportado por outra pessoa, neste caso o credor. A desconsideração da personalidade jurídica, assim, não deve ser aplicada em qualquer caso. É preciso analisar, antes, se o abuso praticado contra terceiro foi ou não assumido pelo Estado. É o excesso de abuso que é punido com a desconsideração.

Pode-se afirmar que o surgimento da teoria da desconsideração demonstra a preocupação justificada da doutrina e jurisprudência com a utilização do instituto da pessoa jurídica para fins fraudulentos e abusivos.

Assim, deve-se estar sempre atento à utilização da *disregard doctrine*, para que o seu uso exagerado não venha a abalar o conceito e utilização da pessoa jurídica.

Com efeito, os adeptos da referida teoria devem primar pelo seu uso adequado e justificado, o que, em verdade, é o que vem sendo realizado no meio jurídico brasileiro, conforme se observou no decorrer do estudo realizado.

¹³² ob. cit., p. 155

Demonstrando a crescente utilização do superamento da personalidade jurídica, além dos estudos efetuados pela doutrina e da sua utilização em casos concretos pela jurisprudência, podemos notar também que a legislação brasileira passou a utilizá-la.

Muito embora tais dispositivos legais sejam alvos de severas e inúmeras críticas por parte da doutrina, visto que apresentam uma vasta gama de erros e imprecisões, os mesmos possuem um valor enorme. Eles representam um avanço, ainda que pequeno, no sentido de relativizar o conceito da autonomia entre a sociedade e o sócio, e demonstrar a preocupação crescente com os abusos praticados através da personalidade jurídica.

Em virtude dessa deficiência existente na legislação, caberá sempre aos juízes, doutrinadores e demais estudiosos do direito lutarem no sentido de acabar com as controvérsias judiciais acerca da utilização da desconsideração da personalidade jurídica nos casos concretos.

Por fim, devemos sempre estar atentos para o fato de que a doutrina da despersonalização do ente jurídico deve ser utilizada somente nos casos em que for comprovada a fraude ou o abuso de direito por parte do sócio, gerente ou administrador. E, ainda assim, deve-se primeiro procurar outros meios de responsabilização, para, somente após esta busca, opere-se o superamento da autonomia patrimonial. Afinal, a desconsideração deve ser sempre tratada como exceção. A regra é a prevalência da personalidade jurídica. Apenas quando isto for incompatível com a função estabelecida pelo Estado, somente quando ela for socialmente insuportável, é que deverá ser desconsiderada.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTON, Genacéia da Silva; **A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor, Aspectos Processuais**; Ajuris; Vol 19; N 54; P 146 A 180; Março; 1992.
- AMARO, Luciano; **Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**; Ajuris, Vol 20; N 58; P 69 A 84; Julho; 1993.
- CASILLO, João; **Desconsideração da Pessoa Jurídica**; RT 528/24.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2
_____. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 1989.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao estudo do Direito**. 12 ed. Atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1996
- GUIMARÃES, Flávia Lefrève. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- ISFER, Edson. **Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada**. Dissertação apresentada à PUC-SP. 1994
- JUSTEN FILHO, Marçal; **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**; Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas**. 2. ed. São Paulo: Forense.1995
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MARTINZ, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I.
- OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa; **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**; Editora Saraiva, São Paulo, 1979.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, Vol. I, 1997
- RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos Direitos**. 5 ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- REQUIÃO, Rubens; **Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica**; RT, 528:16.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1976. v.1
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v.1
- SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: Ltr, 1999.
- SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SZTAJN, Rachel; **Desconsideração da Personalidade Jurídica**; Revista de Direito do Consumidor; N 2; P 67 A 75; Junho; 1992.