

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS
SOCIEDADES COM LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE:
ANÁLISE NA DOCTRINA BRASILEIRA**

CURITIBA
SETEMBRO DE 2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS
SOCIEDADES COM LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE:
ANÁLISE NA DOUTRINA BRASILEIRA**

Monografia apresentada pela acadêmica de Direito Jaqueline Baldissera, matriculada sob o número 9826750 no quinto ano noturno desta Faculdade, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito.

CURITIBA
SETEMBRO DE 2003

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família que tão pacientemente suportou-me no período de conclusão da monografia; ao Prof. Edson Isfer, pela atenção dispensada enquanto professor de Direito Comercial e enquanto orientador; e ao Prof. Abili Lázaro Castro de Lima, pelo ombro amigo durante os momentos mais difíceis de toda a graduação.

TERMO DE APROVAÇÃO

JAQUELINE BALDISSERA

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS
SOCIEDADES COM LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE: ANÁLISE
NA DOUTRINA BRASILEIRA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no
Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná,
pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Edson Isfer

Prof.^ª Márcia Carla Pereira Ribeiro

Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
AS SOCIEDADES.....	03
A PERSONALIDADE JURÍDICA.....	05
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	11
Origem.....	11
Definições.....	12
REQUISITOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO.....	18
Teoria Maior X Teoria Menor.....	18
Teoria Menor.....	18
Teoria Maior.....	19
OUTRAS CONSIDERAÇÕES.....	21
A personificação.....	21
A Fraude e o abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial.....	22
Fraude relacionada à autonomia patrimonial.....	23
O abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial.....	24
Imputação dos atos praticados à pessoa jurídica.....	25
DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	27
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	28
APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	29
CONCLUSÃO.....	31
BIBLIOGRAFIA.....	33

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo trazer à tona a discussão a respeito da personalidade e da pessoa jurídica na medida em que nos propomos a estudar a possibilidade de sua desconsideração em determinados casos, ou seja, naqueles em que a utilização da personalidade jurídica se faz de modo contrário à sua função e aos princípios consagrados que regem nosso ordenamento jurídico. Farão parte dessa análise somente as sociedades com limitação legal de responsabilidade.

Assim, reputamos a ordem ou ordenamento jurídico não como reduzido a um sistema de normas, mas sim como algo vivo, um todo, composto por princípios, valores e fins, que é completado pelas normas, instrumentos e outros elementos. Portanto, a ordem jurídica é a ordem que vigora realmente em uma comunidade jurídica e é sempre inseparável dos fatos que lhe dão origem.

Dessa forma, vamos nos referir brevemente às teorias acerca da natureza da pessoa jurídica. Todavia, não retomamos as discussões travadas entre diversas correntes doutrinárias acerca disso, posição esta que se justifica pelo fato de não visar este trabalho à elaboração de um conceito uno e comumente aceito de pessoa jurídica, e muito menos ao estabelecimento de pressupostos idênticos em todos os ordenamentos jurídicos para a sua existência.

Estabelecidas essas premissas básicas, passamos à análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, buscando precisar sua origem, fundamentação, conceituação e finalidade, campo este que, apesar de essencial ao seu entendimento e correta aplicação, não tem sido devidamente estudado em nosso ordenamento jurídico.

Ao final, procuramos examinar a posição do Direito brasileiro.

Não é nossa intenção – e na verdade, não estaria ao nosso alcance – esgotar o tema. Pretendemos tão somente oferecer uma contribuição, ainda que modesta, ao estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Começaremos falando da disposição do Código Civil de 1916, em seu artigo 20: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros.” Portanto,

as pessoas jurídicas têm individualidade própria, não se confundindo com as pessoas naturais, físicas, que a compõem. Dentre as pessoas jurídicas, as sociedades mercantis, ou comerciais, são constituídas por pessoas naturais que se reúnem intencionalmente para determinado fim, de cunho econômico. À luz exclusivamente do antigo Código Civil, tais pessoas físicas não responderiam civilmente pela sociedade que constituíram.

Também será comentado o instituto da desconsideração, ainda que brevemente, em relação ao Código Civil de 2002 e ao Código de Defesa do Consumidor.

Tendo em vista fraudes promovidas por meio da personificação de sociedades, foi sendo elaborada, por construção jurisprudencial, doutrina que busca coibir os abusos verificados. Pretende essa doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando, ou desconsiderando, sua personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio que por trás dela se esconde.

Segundo essa teoria, nos casos em que seja aplicável, atos societários são declarados ineficazes e a importância da pessoa do sócio sobressai em relação à da sociedade, ficando esta desconsiderada, menos relevante, posta em segundo plano.

Não se pretende tomar a exceção pela regra, tampouco a banalização do instituto; porém é necessária a sua aplicação em larga escala, em virtude do quadro social contemporâneo, mas sempre de forma precisa e fundamentada, observados os seus requisitos.

É disso que trataremos nas próximas páginas.

AS SOCIEDADES

Em nossos dias, a vasta gama dos estudiosos das sociedades, bem como os teóricos do Estado, entendem que o homem é um ser gregário por natureza. Apregoam eles que a vida grupal impõe-se à pessoa humana como um quase determinismo, de que o homem é incapaz de se furtar.

Com efeito, a filosofia aristotélica já apontava a inclinação do homem para a vida em sociedade, asseverando haver um impulso natural que o compele a integrar uma coletividade e nela estabelecer laços de convivência pacífica e harmônica, visando precipuamente ao seu pleno desenvolvimento.

É assim que ele não somente integra a grande comunidade de sua nação ou cidade, mas participa da constituição de diversos outros núcleos sociais, através dos quais espera superar os entraves com que se depara na consecução de certos objetivos, entraves que, solitariamente, seria incapaz de suplantar.

Os homens, dessa forma, passam a se reunir em torno de um mesmo fim. No entanto, a solidez, a funcionalidade e a manutenção do grupo formado, muitas vezes, demanda a imposição de deveres recíprocos aos seus componentes, obrigações que acarretam a existência de um complexo de regras vital para a sobrevivência da sociedade. Surgem, como conseqüência, as chamadas Pessoas Jurídicas, consistentes em entes coletivos oriundos da reunião de pessoas, a que o Direito empresta personalidade jurídica.

Caio Mário da Silva Pereira esclarece que: “a necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade aos entes abstratos assim gerados¹”.

O atuar coletivo expandia a capacidade de atingir as metas humanas, mas com o desenvolver e expansão das *societas*, o crescimento econômico e capitalista

deflagrou uma situação em que o direito foi chamado para regular as atividades econômicas, o movimento de capitais. Portanto, estabeleceu normas para a existência das sociedades, como a elaboração de um estatuto, os dados que devem ser inseridos dentro deste, além de fixar requisitos para sua criação (vontade humana criadora, licitude de finalidades e observância das normas atinentes a sua formação), além de tributar tal atividade por causa da rentatividade da personalidade jurídica, pela necessidade constante de manutenção dos serviços públicos e regramento da vida civil.

As pessoas jurídicas, assim como as próprias pessoas físicas, são, portanto, criações do Direito, pois é o ordenamento normativo que lhes atribui deveres e obrigações e lhes reconhece pretensões e direitos. Uma vez criadas, apresentam vida própria, gozando, ademais, de autonomia patrimonial.

A pessoa jurídica é uma entidade constituída por homens e bens, com vida, direitos, obrigações e patrimônio próprios. Podem ser, em relação ao Brasil, de direito público externo (outras nações e organismos internacionais, por exemplo) ou interno (a União, as Unidades Federativas, os Municípios, as Autarquias,), ou de direito privado (associações, sociedades de economia mista, empresas públicas, serviços sociais autônomos, partidos políticos, fundações privadas, sociedades, entre outras).

“A atribuição de personalidade jurídica às denominadas pessoas jurídicas, das quais as sociedades são uma espécie, faz delas sujeitos de direito, e, como tal, centros de imputação de relações jurídicas, dotadas de autonomia relativamente aos seres humanos que delas fazem parte²”.

A personalidade jurídica era considerada uma ficção jurídica, cuja existência decorreria da lei. É evidente que às pessoas jurídicas falta existência biológica, característica dos sujeitos. Entretanto, para efeitos jurídicos e para facilitar a vida em sociedade, concede-se a capacidade de uma entidade puramente legal subsistir e desenvolver-se no mundo jurídico. Essa sua existência é que lhe concede a capacidade de estar sujeita a deveres e obrigações.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v.I, p.185.

A PERSONALIDADE JURÍDICA

A pessoa jurídica atual pouco se parece com o que se havia na Idade Média e na Idade Moderna; até o século XIX, com exceção das atípicas figuras das companhias ultramarinas, o direito desconhecia agrupamentos personificados com fins egoísticos, só se considerando como pessoas “jurídicas” as entidades que tivessem existência distinta de seus membros, fossem de interesse público e se mantivessem de forma duradoura.

No século XIX surge o Estado de Direito (Estado que se sujeita ao Direito, adotando a separação de poderes) e o liberalismo. Houve a positivação do Direito, sendo o Estado considerado como o único emissor de normas jurídicas.

A personalidade jurídica como a conhecemos hoje (ressalvadas as diferenças do momento histórico de sua criação com a atualidade) tem seu início logo após a Revolução Francesa, a partir da institucionalização da sociedade anônima³. A nova sociedade anônima representava o instrumento de liberação para o exercício da empresa. Assim, houve a generalização da personificação societária, distinguindo os sócios da empresa.

É bem estabelecido que as pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros. Tal autonomia patrimonial possibilita o surgimento e o desenvolvimento de empreendimentos que necessitam da conjugação de recursos de inúmeras pessoas.

Segundo o Prof. Lamartine⁴, é com Savigny que surge, para o direito uma tentativa de elaborar a teoria das pessoas a partir de um ponto de vista geral; para Savigny, esse conjunto de pessoas ou de bens destinados a uma determinada finalidade, que tem aptidão para contrair direitos e deveres, foi idealizado como uma ficção jurídica, uma vez que, para ele, somente o homem era detentor de

² RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Teoria da desconsideração: sua aplicação no direito societário. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, 1996, n° 26, p.189-212.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p.22.

personalidade, com a pessoa jurídica adquirindo-a por via do empréstimo de seus fundadores.

Contudo, essa teoria foi criticada e surgiram as idéias do realismo jurídico, libertando-a completamente do antigo tratamento de ficção, sustentando a sua existência autônoma em um ordenamento com normas de aplicabilidade específica a ela, surgindo dentro dos direitos da personalidade um corpo que norteie a pessoa jurídica, sendo um microsistema civil. Silvio de Salvo Venosa elucidou: “As pessoas jurídicas, segundo essa corrente, são reais, porém dentro de uma realidade que não se equipara à das pessoas naturais. Existem, como o Estado que confere personalidade às associações e demais pessoas jurídicas. O Direito deve assegurar direitos subjetivos não unicamente às pessoas naturais, mas também a esses entes criados. Não se trata, portanto, a pessoa jurídica como uma ficção, mas como uma realidade, uma ‘realidade técnica’⁵”.

Pelo direito pátrio (Código Civil de 2002, artigo 45), a personalidade jurídica decorre do registro do contrato ou estatuto social, e tem como efeitos a assunção da capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações, os sócios não mais se confundem com a pessoa da sociedade e a responsabilidade patrimonial da pessoa jurídica (que possui patrimônio próprio, distinto daquele dos sócios).

Segundo Marçal Justen Filho, a personificação é uma sanção positiva do Estado, ou seja, interessa ao Estado a existência de meios para conjugação de esforços humanos para a produção de riquezas e, por isso, o ente estatal confere personalidade jurídica àqueles que se agruparem para conjugar tais esforços⁶. É um meio de incentivar para que os indivíduos façam o que o Estado deseja para atingir valores e ideais comunitários, tornando juridicamente compensador e atraente a união de esforços para o exercício da atividade econômica.

O citado autor entende ser “pessoa jurídica” regime jurídico mais benéfico do que seria usualmente aplicável, sendo esses os benefícios: “a) não atribuição à

⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.1, p.257.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p.47-49.

pessoa dos sócios das condutas praticadas societariamente, b) a não atribuição à pessoa dos sócios dos direitos e poderes envolvidos na atividade societária, c) a não atribuição à pessoa dos sócios dos deveres envolvidos na atividade societária⁷”.

Para Lamartine, é a “*pessoa jurídica realidade analógica ao ser humano. Como a pessoa humana, é um ser, dotado de individualidade, permanente, pois que a entrada e saída de sócios ou associados ou de administradores não lhe altera o ser, dotado de independência externa...*” Porém, para o ilustre jurista, quando a lei concede personalidade jurídica, nada mais faz do que reconhecer características já existentes de um ser, reconhecer uma realidade pré-jurídica, ressalvando que há requisitos formais que a lei estabelece para só reconhecer como pessoas jurídicas aquelas que efetivamente o sejam, com fins e objeto lícitos.

Para a realização de alguns empreendimentos, por vezes é imprescindível a união de várias pessoas, as quais, todavia, não querem simplesmente entregar recursos para que outra pessoa os administre, sendo que as mesmas querem assumir responsabilidades e atuar diretamente na condução do empreendimento. De outro lado, essas mesmas pessoas têm medo de comprometer todo o seu patrimônio, e preferem não assumir o risco, investindo seus recursos em atividades não produtivas.

A fim de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas produtivas e conseqüentemente aumentar a arrecadação de tributos, produzindo empregos e incrementando o desenvolvimento econômico e social das comunidades, era necessário solucionar os problemas mencionados, encontrando uma forma de limitação dos riscos nas atividades econômicas. Para tanto, se encaixou perfeitamente o instituto da pessoa jurídica, ou mais exatamente, a criação de sociedades personificadas.

Cria-se um ente autônomo com direitos e obrigações próprias, não se confundindo com a pessoa de seus membros, os quais investem apenas uma parcela do seu patrimônio, assumindo riscos limitados de prejuízo. Esta limitação de prejuízo só

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p.50.

pode ser reforçada com as sociedades de responsabilidade limitada (sociedade anônima e sociedade limitada).

As sociedades personificadas são, pois, uma das chaves do sucesso da atividade empresarial, proliferando-se cada vez mais como o meio mais comum do exercício das atividades econômicas. Trata-se de um privilégio assegurado àqueles que se reúnem e desenvolvem conjuntamente determinada atividade econômica.

Este prêmio, este privilégio que é a pessoa jurídica não existe apenas para satisfazer as vontades e caprichos do homem, e sim atingir os fins sociais do próprio direito. Assim, a pessoa jurídica existe e deve ser usada por ser um instrumento importantíssimo da economia de mercado, sem, contudo, cometer abusos e gerar iniquidades.

Reconhecida a personalidade jurídica nas sociedades regulares que permitem a limitação de responsabilidade, o particular pode explorar atividade econômica com limitação de prejuízos pessoais. Todavia, tal possibilidade permitiu uma série de fraudes, de abusos de direito. As sociedades contraem, em seu nome, inúmeras obrigações (empréstimos, adquirem bens), não restando, porém, bens suficientes em seu patrimônio para a satisfação das obrigações, de modo que os sócios ficam com os ganhos, e o prejuízo fica com os credores e com a sociedade. A fim de coibir esse uso indevido da pessoa jurídica surgiu a desconsideração da personalidade jurídica.

A pessoa jurídica é um dos mais importantes institutos jurídicos já criados, cujo uso, todavia, nem sempre atendeu às finalidades a que se destinava originalmente, quando de sua concepção. Tal fato gerou uma reação que permite, excepcionalmente, desconsiderar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, pois, infelizmente, o uso adequado da pessoa jurídica por todos que gozem de tal privilégio é uma utopia.

O direito existe em função do homem, vale dizer, existe para realizar da maneira mais adequada possível os interesses do homem. A situação não é diferente em relação à pessoa jurídica, que nada mais é do que uma estrutura jurídica criada para realizar de modo mais adequado os interesses dos homens

O problema em relação à pessoa jurídica surge no momento em que seus conceitos não se adequam mais à realidade, pois a realidade do surgimento da pessoa jurídica e a atual definitivamente pouco se assemelham, tendo em vista a diferença dos valores, concepções e significados.

As sociedades existem pela sua instrumentalidade, ou seja, são um meio para algumas realizações do ser humano.

O abuso seria uma incompatibilidade entre o exercício, pelo titular, de um direito subjetivo e os interesses coletivos que esse mesmo direito procura resguardar para a boa convivência social.

A personalidade jurídica tem mais de uma teoria que a explica, porém, qualquer que seja a explicação adotada para a personificação das sociedades, seja ficção, seja realidade, a desconsideração é perfeitamente justificada como uma forma de controle do privilégio que é a personalidade jurídica das sociedades.

Se a personalidade é uma criação do legislador, uma ficção, o ordenamento jurídico pode a qualquer tempo suspender seus efeitos, desconsiderando-a. As ficções legais existem para alcançar um fim justo, não podendo dar margem a outras finalidades e, por isso, compete ao ordenamento jurídico controlar o uso desta ficção, definindo os exatos limites do uso adequado da pessoa jurídica. Seria absurdo que o Estado criasse novos sujeitos destinados a operar no seu território contra ele, diretamente, ou contra as finalidades por ele perseguidas e tuteladas.

De outro lado, se a personalidade é uma realidade anterior à lei, a desconsideração é um instrumento de direito positivo utilizada para adequá-la a seus referenciais meta-jurídicos, isto é, é uma forma de evitar um resultado injusto pela utilização da pessoa jurídica. A pessoa jurídica é uma realidade técnica para atingir fins lícitos. Assim, o caráter de instrumentalidade tem como consequência que a validade do instituto fique condicionada ao pressuposto do cumprimento ou do atingimento do fim jurídico a que este se destina, e portanto, condicionada a que não se desvie a pessoa jurídica desse mesmo fim, defraudando-o.

Com o advento do Estado Social, o direito passou por uma modificação de seu conteúdo e sua relação com a realidade, sendo utilizado para a realização dos fins

do Estado. Isso fez com que desaparecessem os direitos subjetivos absolutos, surgindo um direito que existe em função da realização de interesses do “todo”, sendo possível então ocorrer o abuso de direito, o que seria inconcebível quando da existência de um direito absoluto. Como ocorreu uma alteração nos valores que atingiram o direito, nada mais natural que fosse atingida também a concepção de pessoa jurídica.

Não basta o descumprimento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica, é necessário que tal descumprimento decorra do desvirtuamento da função da mesma. A personificação é um instrumento legítimo de destaque patrimonial, e eventualmente de limitação de responsabilidade, que só pode ser descartado caso o uso da pessoa afaste-se dos fins para os quais o direito a criou.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Origem

Podemos assinalar o surgimento do tema da desconsideração no direito norte-americano com a teoria do *disregard of the legal entity*. Ainda há outros termos que utilizamos, em língua estrangeira, em razão do berço da teoria (EUA e Inglaterra): *piercing the corporate veil* e *lifting the corporate veil*.

A desconsideração desenvolveu-se inicialmente nos países da *Common Law*. Na maioria da doutrina se reputa a ocorrência do primeiro caso de aplicação da desconsideração da pessoa jurídica no caso *Salomon vs. Salomon Co.* em 1897, na Inglaterra.

Segundo Rubens Requião⁸, neste *leading case*, Aaron Salomon era um próspero comerciante individual na área de calçados que, após mais de 30 anos, resolveu constituir uma *limited company* (similar a uma sociedade anônima fechada brasileira), transferindo seu fundo de comércio a tal sociedade. Em tal companhia, Aaron Salomon tinha 20 mil ações, e outros seis sócios, membros de sua família, apenas uma cada um. Além das ações, o mesmo recebeu várias obrigações e garantias, assumindo a condição de credor privilegiado da companhia.

Em um ano, a companhia mostrou-se inviável, entrando em liquidação, na qual os credores sem garantia restaram insatisfeitos. A fim de proteger os interesses de tais credores, o liquidante pretendeu uma indenização pessoal de Aaron Salomon, uma vez que a companhia era ainda a atividade pessoal do mesmo, pois os demais sócios eram fictícios. O juízo de primeiro grau e a Corte de apelação desconsideraram a personalidade da companhia, impondo a Salomon a responsabilidade pelos débitos da sociedade. Tal decisão foi reformada pela Casa dos Lordes, que prestigiou a autonomia patrimonial da sociedade regularmente constituída, mas estava aí a semente da "*disregard doctrine*". Esse, na verdade, foi o caso que teve maior repercussão

⁸ *Curso de Direito Comercial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p.235/236.

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury⁹ discorda da afirmação de ser o primeiro caso o *Salomon vs. Salomon Co.*, noticiando a existência de um primeiro caso nos Estados Unidos em 1.809, o caso *Bank of United States vs. Deveaux*, no qual o Juiz Marshall conheceu do caso, levantou o véu da pessoa jurídica (*piercing the corporate veil*) e considerou a característica dos sócios individualmente falando. Não se trata propriamente de um *leading case* a respeito da desconsideração da pessoa jurídica, mas apenas de uma primeira manifestação que olhou além da pessoa jurídica e considerou as características individuais dos sócios.

Qualquer que seja a decisão considerada, foi a partir da jurisprudência anglo-saxônica que se desenvolveu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, sobretudo na jurisprudência norte americana. Na doutrina, devemos ressaltar os importantes trabalhos “*Aparencia y realidad em las sociedades mercantiles*”, de Rolf Serick, publicada em alemão em 1958¹⁰ e “*Il superamento delle personalità giuridica delle società di capital*”, do Prof. Piero Verrucoli¹¹. No Brasil, devemos dar destaque especial ao artigo de Rubens Requião publicado em 1969, com o título “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”.

Definições:

A desconsideração da pessoa jurídica é como se denomina o “afastamento” da personalidade jurídica de uma sociedade (basicamente, privada e mercantil) para buscar corrigir atos que atinjam-na, comumente em decorrência de manobras fraudulentas de um, alguns ou todos os seus sócios. Não se trata, necessariamente, de suprimir, extinguir ou tornar nula a sociedade desconsiderada. Configura, isso sim, uma fase momentânea ou casuística durante a qual a pessoa física do sócio pode ser alcançada, como se a pessoa jurídica não existisse.

⁹ **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas.** Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.64.

¹⁰ Citado por RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Teoria da desconsideração: sua aplicação no direito societário. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, 1996, nº 26, p.189-212.

Marçal Justen Filho assim a define: “É a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica¹²”.

Dita Maria Helena Diniz: “A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica visa impedir a fraude contra credores, levantando o véu corporativo, desconsiderando a personalidade jurídica num dado caso concreto, ou seja, declarando a ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, portanto, para outros fins permanecerá incólume. Com isso alcançar-se-ão pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos, pois a personalidade jurídica não pode ser um tabu que entrave a ação do órgão judicante¹³”

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

Ainda na legislação, temos a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que em seu artigo 28 assim refere-se à desconsideração da personalidade jurídica: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

¹¹ Citado por REQUILÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p.235.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p.57.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1, p.256/257.

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

Nas sociedades comerciais de pessoas é corolário a responsabilização ilimitada, ou seja, a responsabilidade dos sócios já se estende ao capital particular, sem a premissa da despersonalização, sendo que somente nas sociedades com limitação de responsabilidade existe uma resistência com relação a se atingir o capital particular dos sócios. Cabe ressaltar que, em havendo fraude ou improbidade administrativa por parte do sócio-gerente, não há que se falar em desconsideração, pois o que se tem é o dever de indenizar ilimitadamente, que poderia ser invocado contra tal sociedade. Logo, pretende-se questionar qual seria a responsabilidade dos sócios em caso de outros atos ilícitos que porventura forem praticados em nome da pessoa jurídica, ou seja, o exercício irregular de um direito legalmente reconhecido

Para que exista desconsideração primeiramente deve-se constatar a existência de uma sociedade personificada, uma sociedade à qual o ordenamento jurídico atribui personalidade jurídica, pois a desconsideração irá fazer com que as regras referentes a essa personificação deixem de vigor para aquela determinada sociedade. Também deve haver uma causa para que se opere essa desconsideração, qual seja, uma fraude ou ofensa ao ordenamento sob as vestes da pessoa jurídica, podendo ser descrita também como uma utilização anômala do regime da pessoa jurídica para produzir resultados que o ordenamento não buscava quando da sua concepção.

Como já foi comentado, a Inglaterra foi o primeiro país a levantar a questão sobre a existência da personalidade jurídica, durante o julgamento do caso *Salomon vs. Salomon Co.* Muitos acreditaram que no momento em que fosse admitida a desconsideração, esta contrariaria o conceito de existência de personalidade jurídica. Porém, o caso *Salomon vs. Salomon Co.* veio afirmar ser possível desconsiderar a pessoa jurídica sem que fosse negada a existência de tal personalidade.

A título de exemplo, citaremos os elementos que Marçal Justen Filho enumera como necessários para a formação do conceito de desconsideração;

1. Existência de uma ou mais sociedades personificadas;
2. Ignorância dos efeitos da personificação;
3. Ignorância de tais efeitos para o caso concreto;
4. Manutenção da validade dos atos jurídicos;
5. A fim de evitar o perecimento de um interesse.¹⁴

Pela desconsideração, aos sócios são imputados os atos e relações jurídicas da sociedade, sendo que a personalidade jurídica é “deixada de lado”, ou melhor, “desconsiderada”. Esquece-se a pessoa jurídica para ir diretamente à pessoa dos sócios.

A desconsideração pode incidir sobre um ato jurídico específico, uma série de atos e relações jurídicas entre a sociedade e uma pessoa específica e sobre todos os atos e relações jurídicas ocorridas num certo lapso temporal.

Podemos dizer que a desconsideração guarda certa semelhança com os vícios dos atos jurídicos (nulidade, anulabilidade e irregularidade), pois exclui a incidência dos efeitos visados pelas partes (ou pelo menos por uma das partes), além de tanto a desconsideração como o vício serem exceções à regra. Porém, é somente uma semelhança, não se podendo definir um em função do outro, pois ambos apresentam inúmeros traços distintivos (para maiores informações ver Marçal Justen Filho, “Desconsideração da Personalidade Societária”¹⁵).

A desconsideração envolve hipótese de desvio de função, e é a solução para a utilização abusiva ou inadequada da pessoa jurídica. A desconsideração seria a desnaturação, seria considerar inexistente a pessoa jurídica para uma situação específica, determinada, só podendo ocorrer quando houver contradição entre os resultados visados pelo ordenamento jurídico e os resultados que seriam atingidos se mantida a incidência do regime jurídico societário. O fim a que se orienta a faculdade prevista na norma condiciona seu conteúdo e exercício. Os resultados visados pelo

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p.55/56.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

ordenamento podem ser encontrados em leis esparsas, na Constituição Federal ou em princípios. Não seria cabível uma interpretação da regra da personificação societária que conduzisse à invalidação das demais regras do ordenamento, inclusive das garantias expressamente consagradas por outras normas.

Marçal Justen Filho diz que não existem parâmetros legais para determinar a função da pessoa jurídica¹⁶, mas isso provavelmente se deve ao fato de seu estudo ter sido elaborado previamente à promulgação da Constituição Federal de 1988.

O abuso da pessoa jurídica indica atividade atípica, descontrolada e não prevista, pelo particular que utiliza essa “regalia” do sistema. É quando ocorre uma excessiva ofensa aos princípios jurídicos, ultrapassando os limites previstos e suportados pelo direito. Marçal Justen Filho define o abuso como sendo uma “inversão na escala de valores comunitários, propiciada pelo sacrifício do interesse mais desejável¹⁷”. Assim, no direito do trabalho o interesse mais protegido é o do trabalhador, bem como no direito tributário o é o do Fisco.

A desconsideração é uma resposta do direito para uma utilização da personificação da sociedade que seja ofensiva à função e aos fins que orientam sua consagração, passando a ser admitida no Brasil pelo fato da personalidade jurídica, com sua autonomia patrimonial, acobertar práticas fraudulentas dos sócios. A existência da personalidade jurídica das sociedades aceita legalmente pelo nosso ordenamento jurídico, com o intuito de regular o funcionamento das mesmas, abriu caminho para que mais tarde fosse utilizada como forma de encobrir determinadas práticas ilícitas dos sócios em nome da pessoa jurídica. Com base neste aspecto, Rubens Requião trouxe para o Brasil a teoria “Disregard Doctrine” (Teoria da Desconsideração). Quando Rubens Requião cita esta teoria em seu livro, este refere-se a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais caso sejam comprovadas ilicitudes praticadas por seus membros. Mais

¹⁶ **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p.99.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 124.

tarde, esta teoria seria **aplicada** pelo Poder Judiciário, por meio de interpretação da doutrina, não existindo neste período qualquer previsão legal específica a respeito.

Cabe novamente ressaltar, no entanto, que essa teoria não prega a destituição por completo da pessoa jurídica e sim sua suspensão temporária para um caso específico em que tenha havido fraude ou abuso de direito cometidos utilizando-se da personalidade da sociedade. Além disso, a desconsideração pressupõe a boa-fé dos credores e a ocorrência de prejuízos decorrentes da impossibilidade de o patrimônio da sociedade cobrir todas as obrigações para que haja esta desconsideração.

Com o desenvolvimento do meio comercial, fez-se necessário a legalização do instituto da desconsideração como forma de proteger o consumidor, tendo em vista ter a personificação societária se deslocado da condição de solução para necessidades jurídicas para a situação do problema em si mesma.

O que trataremos é o que Lamartine chama de crise de função, pois, para o ilustre jurista, “a pessoa jurídica é uma realidade que tem *funções* – função de tornar possível a some de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios isolados de um ser humano; função de limitação de riscos empresariais; função de agrupamento entre os homens para fins religiosos, políticos, educacionais; função de vinculação de determinados bens ao serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes. À medida, porém, que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras – não previstas pelo legislador – *funções*. Se tais funções novas entram em contraste com os *valores* reitores da ordem jurídica, há uma crise de função do instituto”¹⁸.

Após esse estudo do Mestre Lamartine, que mais profundamente apanhou e pôs a nu o problema da crise da pessoa jurídica no direito pátrio (enfocando o problema também no direito comparado) tornou-se usual a alusão, na dogmática jurídica, à *crise* da pessoa jurídica. Busca-se indicar, através dessa expressão, um

¹⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p.608.

descompasso entre concepções tradicionais sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica e as circunstâncias do mundo social e jurídico circundante.

Lamartine Corrêa, por sua vez, *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 outras pessoas, físicas ou jurídicas? É exatamente porque nossa conclusão quanto a 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 em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência”¹⁹.

REQUISITOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO

Teoria Menor X Teoria Maior

Teoria Menor

A teoria menor da desconsideração dispensa raciocínio mais acurado para a incidência do instituto, bastando que a diferenciação patrimonial da sociedade e sócio se afigure como obstáculo à satisfação de credores. Todas as vezes que a pessoa jurídica não tiver bens suficientes em seu patrimônio para a satisfação do crédito ou até mesmo em razão de sua iliquidez, os sócios seriam responsabilizados.

Porém, acreditamos que a aplicação da disregard doctrine não pode se resumir a aspecto tão superficial, sob pena de abalo da segurança jurídica necessária ao

¹⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p.613.

bom convívio social. As formas de organização societária se apresentam sob diversas espécies para que o empreendedor possa amoldá-las às suas necessidades. Como hipótese para reflexão, vejamos que não se pode conceber que um acionista de uma grande companhia corra o risco de ver a desconsideração decretada alcançando-o, violando toda a evolução impressa pela recente reforma da lei das sociedades anônimas (Lei 10.303/2001), no sentido da captação de recursos populares (poupança popular). Da mesma forma, a insolvência ou falência, pura e simples, não pode se afigurar como requisito para a desconsideração, apesar de registrada no artigo 28 da Lei 8.078/90, devendo estar atrelada ao fato da má administração, senão a insegurança seria tão intensa que um fator econômico externo, como a alta desenfreada do dólar, poderia levar à quebra uma sociedade que sempre cumpriu com as suas obrigações, sem que haja qualquer ingerência sobre a causa, surpreendendo os sócios honestos que, via de consequência, restariam arredios à realização de novos investimentos.

Com efeito, a estabilidade dos investidores é de curial importância para o fortalecimento da economia do país, e o princípio da autonomia patrimonial necessita ser relevado para que se alcance os objetivos de crescimento de um país classificado como "em desenvolvimento", nos moldes da nossa nação.

Teoria Maior

A teoria maior se fundamenta em maior apuro e precisão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, baseando-se em requisitos sólidos identificadores da fraude, quais sejam, a utilização da couraça protetora para camuflar atos eivados de fraude praticados pelo sócio com a utilização da sociedade.

A regra é a consideração da personalidade jurídica, prevalecendo a diferenciação patrimonial da sociedade e seus sócios, tendo sede, apenas excepcionalmente, o mecanismo pelo qual se ignora o véu societário, diante de situações específicas.

Rubens Requião trilhou o mesmo raciocínio ao delinear o instituto: "Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a

fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.^{20»}

Com efeito, a insuficiência patrimonial, a falência, insolvência ou inadimplência não se apresentam como causas para a desconsideração.

A positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como asseverado, se deu com a Lei 8.078/90, cuja redação foi copiada pela Lei 8.884/94, possibilitando equívocos, pois há alusão expressa à falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocada por má administração, dando azo à interpretação literal da incidência. Porém, necessária se faz a análise do caso específico com fulcro na existência de má administração, ressaltando que inaptidão para o negócio ou eventual insucesso não a caracterizam, necessitando o intuito deliberado de mal administrar, acabando por recair no abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, consoante disposto na primeira parte do dispositivo.

O Novo Código Civil adota a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em seu artigo 50. Apesar da nova legislação fazer alusão ao abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, não haverá modificação no cenário contemporâneo, sendo o abuso da personalidade jurídica o cerne do instituto, restando clarificado que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial são exemplificativos, pois o fato de um pai utilizar todos os bens de seu filho e este último também agir da mesma forma em relação ao genitor haverá notável confusão patrimonial, mas não fraude, salvo se tiver por fim a escusa da responsabilidade patrimonial.

²⁰ Aspectos Modernos de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1977, p.70.

OUTRAS CONSIDERAÇÕES

A gestão dolosa da personalidade jurídica pode gerar efeitos catastróficos em todo o ordenamento, como podemos verificar das prováveis utilizações escusas da pessoa jurídica. A fraude à lei e aos direitos creditícios serão resultado de seu mau uso. Mas, o anteparo da fraude que encontrava-se escondida em simulações obscuras de atos jurídicos foi rompido com a evolução jurisprudencial, que atenua em certas circunstâncias a autonomia da pessoa jurídica, permitindo que a reparação da fraude e a lesão sejam feitos mediante a expropriação de bens de seus sócios.

A fim de desconsiderar o fenômeno da personificação, de modo que o patrimônio dos sócios responda pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, é necessário que se configure a fraude ou abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial. Além disso, é necessária a existência de uma pessoa jurídica, e que não se trate de responsabilização direta do sócio, por ato próprio.

1. A personificação

A própria terminologia usada deixa claro que a desconsideração só tem cabimento quando estivermos diante de uma pessoa jurídica, isto é, de uma sociedade personificada. Sem a existência de personalidade não há o que desconsiderar.

No sistema brasileiro a personalidade jurídica das sociedades nasce com o registro dos atos constitutivos no órgão competente, conforme o artigo 45 do Código Civil. Sem tal registro, não importa se exista ou não o ato constitutivo, não se pode falar em personificação da sociedade, mas em sociedade não-personificada (de fato ou regular). Ora, não se tratando de uma pessoa jurídica, não há que se cogitar de autonomia patrimonial, não havendo a possibilidade de uso desta autonomia para fins escusos.

Nas sociedades em comum, previstas nos artigos 986 e seguintes do Código Civil de 2002 (de fato ou irregulares), os sócios assumem responsabilidade direta,

solidária e ilimitada pelos atos praticados pela sociedade, não havendo motivo nem meios para a aplicação da desconsideração. Nesse sentido, não terá cabimento a utilização do mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica para as sociedades irregulares ou de fato, seja porque, na primeira, a irregularidade já tem por efeito o alcance indiscriminado dos sócios ou porque, na segunda, não houve criação da personalidade jurídica.

Em termos práticos, além da personificação é necessário que se cogite de uma sociedade na qual os sócios tenham responsabilidade limitada, ou seja, de sociedade anônima ou sociedade limitada, praticamente as únicas que existem no país.

2. A Fraude e o abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial

O pressuposto fundamental da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica²¹, que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial, pois a desconsideração nada mais é do que uma forma de limitar o uso da pessoa jurídica aos fins para os quais ela é destinada.

Entretanto, não se trata de orientação pacífica. Fábio Konder Comparato²² entende que tal formulação da desconsideração é equivocada, entendendo que é a confusão patrimonial o requisito primordial da desconsideração, desenvolvendo o que se costumou chamar de sistema objetivo. Ousamos discordar de tal entendimento.

Sem sombra de dúvida a confusão patrimonial é um sinal que pode servir, sobretudo de meio prova, para se chegar a desconsideração, mas não é o seu fundamento primordial. A confusão patrimonial não é por si só suficiente para coibir todos os casos de desvio da função da pessoa jurídica, pois há casos nos quais não há confusão de patrimônios mas há o desvio da função da pessoa jurídica, autorizando a superação da sua autonomia patrimonial.

Assim, partilhamos o entendimento de que a fraude e o abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial são os fundamentos básicos da aplicação da desconsideração.

²¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.608.

2.1. Fraude relacionada à autonomia patrimonial

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica é um meio legítimo de destaque patrimonial, limitando os riscos da atividade empresarial, facilitando o desenvolvimento da chamada economia de mercado. Todavia, pessoas movidas por um intuito ilegítimo podem lançar mão de autonomia patrimonial para se ocultar e fugir ao cumprimento de suas obrigações. Neste particular, estaremos diante de uma fraude relacionada a autonomia patrimonial.

A fraude é o artifício malicioso para prejudicar terceiros, é a distorção intencional da verdade com o intuito de prejudicar terceiros. O essencial na sua caracterização é o intuito de prejudicar terceiros, independentemente de se tratar ou não de credores. O ato praticado a princípio é lícito, sendo que sua ilicitude decorre do desvio na utilização da pessoa jurídica, nos fins ilícitos buscados no manejo da autonomia patrimonial.

Um exemplo bem ilustrativo é o descumprimento da cláusula de não restabelecimento no trespasse do estabelecimento comercial. Quando um comerciante aliena seu estabelecimento (trespasse), normalmente é imposta uma cláusula de não restabelecimento, isto é, se impõe ao alienante a obrigação de não se restabelecer fazendo concorrência ao adquirente. Trata-se de obrigação pessoal do alienante, que para se furtar ao cumprimento da mesma, poderia constituir uma pessoa jurídica, a qual sendo dotada de existência distinta, não seria imposto o não restabelecimento. Todavia, vê-se claramente neste particular um artifício para prejudicar o adquirente, isto é, uma fraude.

Não é esse o fim para o qual foi criada a pessoa jurídica, não podendo prevalecer em detrimento do alcance da almejada justiça. A pessoa jurídica não existe para permitir que a pessoa física burle uma obrigação que lhe é imposta, não existe para permitir que pessoa física faça algo que lhe é proibido, ela existe como ente autônomo para o exercício normal das atividades econômicas.

²² **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.293 e ss.

Há que se ressaltar que não basta a existência de uma fraude, é imprescindível que a mesma guarde relação com o uso da pessoa jurídica, isto é, seja relativa à autonomia patrimonial. Fraudes podem ser cometidas pela pessoa jurídica, como a emissão de um cheque sem provisão de fundos; contudo, se tal fraude não tiver qualquer relação com a utilização da autonomia patrimonial, não consideramos correto a aplicação da desconsideração.

2.2. O abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial

Não é só com a intenção de prejudicar terceiros que ocorre o desvio da função da pessoa jurídica; outros desvios no uso da pessoa jurídica também devem ser coibidos com a aplicação da desconsideração. Neste particular, aparece o abuso de direito como fundamento para a desconsideração.

Os direitos em geral, como o de usar a pessoa jurídica, têm por origem a comunidade, e dela recebem sua finalidade, da qual não pode o seu titular se desviar. Quando ocorre tal desvio, não há o uso do direito, mas o abuso do direito, que não deve ser admitido. O exercício dos direitos deve atender à sua finalidade social, e não apenas aos meros caprichos de seu titular. Em suma, é abusivo qualquer ato que por sua motivação e por seu fim vá contra a função do direito que se exerce.

No abuso do direito, o ato praticado é permitido pelo ordenamento jurídico, ou seja, trata-se de um ato, a princípio, plenamente lícito. Todavia, ele foge a sua finalidade social, e sua prevalência gera um mal-estar no meio social, não podendo subsistir. Os direitos se exercem tendo em conta não apenas o seu titular, mas todo o agrupamento social, ou seja, o exercício dos direitos, atualmente, não pode ser considerado absoluto.

No uso da personalidade jurídica tais abusos podem ocorrer, e freqüentemente ocorrem. Quando existem várias opções para usar a personalidade jurídica, todas lícitas a princípio, mas os sócios ou administradores escolhem a pior, isto é, a que mais prejudica terceiros, nos deparamos com o abuso de direito.

Este mau uso da personalidade jurídica, isto é, a utilização do direito para fins diversos dos quais deveriam ser buscados, é que autoriza a desconsideração. Ao

contrário da fraude, no abuso de direito o propósito de prejudicar não é essencial, há apenas o mau uso da personalidade jurídica.

3. Imputação dos atos praticados à pessoa jurídica

Aplicando-se a desconsideração chegaremos a responsabilização dos sócios ou administradores, a qual, todavia, também pode ocorrer em outras situações que não se confundem com a teoria da desconsideração.

Quando os sócios ou administradores extrapolam seus poderes violando a lei ou o contrato social, a lei lhes impõe a responsabilidade por tais atos. Entretanto, não se cogita da desconsideração, mas de responsabilidade pessoal e direta dos sócios. “Em tal caso, há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou o gerente agiu com desobediência a determinadas normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias, ser inimputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de *aparência*) – a responsabilidade será sua, por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito, doloso ou culposos: responderá por ilícito seu, por fato próprio”²³.

Nestes casos, a autoria do ato é imputada diretamente ao sócio ou administrador que o executou, não havendo que se suspender, nem momentaneamente, a eficácia da autonomia patrimonial, pois a pessoa jurídica não é obstáculo ao ressarcimento. É o pressuposto da licitude necessário para distinguir a desconsideração de outros casos de responsabilização dos sócios. Portanto, quando a lei cuida de responsabilidade solidária, subsidiária ou pessoal dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, ou quando ela proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso desconsiderar a empresa para imputar as obrigações aos sócios pois, mesmo considerada a pessoa jurídica, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre do preceito legal. O mesmo se diga se a extensão da responsabilidade é contratual.

²³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p.520.

Nos casos dos artigos 1.013, § 2º, 1.016 e 1.017 do Código Civil em vigor (aplicáveis às sociedades limitadas por força do artigo 1.053), 117 e 158 da Lei nº 6.404/76, 135 da Lei nº 5.175/66 (CTN) não tratamos da desconsideração, nem de suas origens, como pretendem alguns. Estamos diante de hipóteses de responsabilidade civil simples dos sócios, ou administradores, pois não foi a pessoa jurídica que teve sua finalidade desvirtuada, foram as pessoas físicas que agiram de forma ilícita, e por isso tem responsabilidade pessoal.

DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito brasileiro, antes da criação da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), aceitava a despersonalização da entidade jurídica apenas como jurisprudência e doutrina.

Assim, podemos dizer que o pioneirismo coube ao Código de Defesa do Consumidor, cujas regras foram copiadas e estendidas a outras relações que não as relações de consumo. No tocante às infrações contra a ordem econômica (Lei 8.884/94) houve praticamente a repetição do teor do artigo 28 da Lei 8.078/90. Posteriormente, acolheu-se a desconsideração em relação às lesões ao meio ambiente (Lei 9.605/98), também praticamente reproduzindo o artigo 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor.

De imediato há que se afastar o entendimento de que o artigo 2º, § 2º da CLT acolhe a desconsideração. Segundo Suzy Elizabeth Cavalcante Koury²⁴, tal dispositivo excepciona a autonomia resultante da formação de grupos empresariais, determinando a solidariedade das várias empresas integrantes do grupo, sem cogitar do abuso ou da fraude.

Ora, não se trata de desconsideração, mas de simples solidariedade, por três motivos: a) porque não se verifica a ocorrência de nenhuma hipótese que justifique sua aplicação como fraude ou abuso; b) porque reconhece e afirma a existência de personalidades distintas; c) porque se trata de responsabilidade civil com responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo.

Em tal hipótese não se discute o uso da pessoa jurídica, mas se protege de maneira direta o empregado, garantindo-lhe uma responsabilidade solidária das diversas integrantes do grupo, independentemente de fraude ou abuso. Não se suprime sequer momentaneamente a personalidade jurídica, apenas são estendidos os riscos da atividade econômica.

²⁴ **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas.** Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.170.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Dispõe o artigo 50 do Código Civil:

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

Pela leitura do artigo supra citado, podemos concluir que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação excepcional, submetida ao prudente critério do Judiciário, e que o fenômeno da desconsideração é inserido no plano da eficácia, seguindo o entendimento da melhor doutrina, havendo extensão da responsabilidade não somente aos sócios, mas também aos administradores.

Em sua análise, a fraude está compreendida na redação do citado artigo, quando faz referência ao abuso da personalidade jurídica e ao desvio de finalidade.

Relativamente à confusão patrimonial (muito bem explicitada por Fabio Konder Comparato em seu livro “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”²⁵) assinala que a confusão de esferas jurídicas se verifica quando, por inobservância das regras societárias, ou mesmo, por qualquer decorrência objetiva, não fica clara, na prática, a separação entre o patrimônio social e o do sócio ou dos sócios. Podem distinguir-se duas situações: a mistura de sujeitos de responsabilidade e a mistura de massas patrimoniais. Nos grupos econômicos, a mistura de sujeitos da responsabilidade ocorre quando há identidade dos membros da administração ou gerência de duas ou mais sociedades, desrespeito às formalidades sociais ou, ainda, utilização de uma única sede para a atuação de várias sociedades, com firmas e ramos de atuação assemelhados. Já a mistura de massas patrimoniais pode apresentar-se em várias configurações, desde a inexistência de separação patrimonial adequada na escrituração social até a situação em que, na prática, os patrimônios de ambos não são suficientemente diferenciados.

APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Da análise do sistema jurídico brasileiro, verifica-se que a distinção entre a pessoa jurídica e as de seus sócios em nosso país é rigorosa e precisamente estabelecida pela lei. É de se assinalar, ademais, que, embora seja bastante útil a invocação da teoria da desconsideração, como demonstrou a experiência de outros países, ela só deve ocorrer em hipóteses excepcionais, uma vez que, passando a ser procedimento rotineiro, acabar-se-ia por negar vigência ao princípio básico da teoria da personalidade jurídica, que nosso direito consagrou no artigo 20 do Código Civil revogado.

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica só é válida quando se verificar, com o máximo de cautela, as hipóteses caracterizadoras. A separação patrimonial é de vital importância para o desenvolvimento das empresas, do mercado e do comércio em geral. Já se tornou desgastante (mas parece ser eternamente necessário) esclarecer que não é possível o crescimento econômico, o desenvolvimento de empresas e a criação de novos negócios sem que exista uma proteção ao patrimônio pessoal dos empresários. Isto já é argumentação clássica na ciência jurídica empresarial. Não pode existir dúvida de que a separação patrimonial deve ser respeitada caso a questão esteja fora das exceções previstas e permitidas. A desconsideração não é regra, é exceção.

Pessoalmente entendemos que a utilização da teoria deve ser presidida pela mais absoluta lucidez na verificação real dos condicionantes de aplicabilidade. Não podemos desestruturar toda uma legislação tradicionalmente assentada relativa à pessoa jurídica em razão da utilização inadequada da teoria, que inclusive em nada prejudica os institutos citados, ao contrário, aperfeiçoa, moderniza, melhora.

A aplicação da “*disregard doctrine*” terá por consequência o alcance daquele que se utilizou indevidamente da diferenciação patrimonial – o sócio, seja

²⁵ O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

pessoa natural ou jurídica. O descortinamento se dará para o caso concreto e de forma momentânea, isto é, retira-se o véu, alcança-se o patrimônio daquele que perpetrou o ato e, novamente, retorna-se o véu à origem para cumprir com seu objetivo de incentivo aos investimentos. Não se pode asseverar que determinada sociedade teve a sua desconsideração chancelada em processo judicial, com decisão trânsita em julgado, estando, portanto, os sócios ao alvedrio de todas as responsabilidades rubricadas, a partir de então, no passivo societário. Em suma, repise-se, a desconsideração é momentânea e para o caso concreto.

Não há que se falar em despersonalização, mas sim desconsideração. A despersonalização acarretaria no fim da personalidade, o que somente adviria com a extinção da sociedade.

Dessa forma, não se trata de invalidar ou anular a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos; a suspensão da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica realmente ocorreria, mas seria transitória e efêmera, somente perdurando até que seus membros recebessem a sanção devida por terem atentado contra o direito e camuflado sua conduta no interior da pessoa jurídica.

Somos pela correta aplicabilidade, isto é, a verificação adequada de que o instituto foi utilizado de forma irregular, com desvio da suas finalidades, para aí sim desconsiderar, lembrando sempre que a empresa permanece. Levanta-se o véu corporativo (*lift the corporate veil*) para o caso concreto onde há necessidade momentânea de se desconsiderar a autonomia patrimonial para depois recobrir-se novamente. Suspende-se, não elimina-se.

CONCLUSÃO

A personalidade jurídica é um atributo conferido pelo Estado a certos entes, públicos ou privados, sendo que a personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios. A pessoa jurídica resulta da união de esforços para fins comuns no âmbito do direito empresarial, nascendo com o registro público devidamente realizado

A desconsideração da personalidade jurídica é utilizada como instrumento para responsabilizar o sócio por dívida imputada à sociedade.

A despeito da discussão sobre a paternidade dessa teoria (seja ela alemã ou inglesa), há que se dizer que, embora se considere importante esse discernimento, o que fica de palpável é que a criação da pessoa jurídica veio trazer avanços consideráveis ao meio comercial, com a desburocratização para que a mesma pudesse ser instituída. Ainda mais importantes foram os critérios legais utilizados como parâmetro para seu funcionamento de forma regular. O advento da desconsideração propiciou melhores condições de controle, tanto para a sociedade como para um provável credor

A proliferação da fraude, no atual estágio de desenvolvimento humano, necessita de mecanismos para coibir tais desvios, mormente com o incentivo oferecido pela diferenciação patrimonial advinda da personalidade jurídica das sociedades.

Não basta o descumprimento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica, é necessário que tal descumprimento decorra do desvirtuamento da função da mesma. A personificação é um instrumento legítimo de destaque patrimonial, e eventualmente de limitação de responsabilidade, que só pode ser descartado caso o uso da pessoa afaste-se dos fins para os quais o direito a criou.

A conceituação apresentada pelo Novo Código Civil diz que a desconsideração da pessoa jurídica é temporária, não sendo causa de extinção da pessoa jurídica. A função de tal desconsideração é retornar ao estado anterior determinado ato que lesou ou fraudou interesse de terceiros que se encontra embebida

em vícios, necessitando de amparo judicial para restabelecer o plano negocial nos lindes da licitude e normalidade.

7. BIBLIOGRAFIA

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **A nova lei das S.A.** São Paulo: LTr, 1998.

BULGARELLI, Waldírio. **Direito Comercial II.** São Paulo: Atlas, 1977-1978.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1997, v.2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 2002, v.2.

COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima.** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

CORDEIRO, Pedro. **A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais.** Lisboa: AAFLD, 1989.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de Direito Comercial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v.1.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de Direito Comercial.** 2ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2000.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário.**

HUBERT, Beno Frederico. **Desconsideração da Pessoa Jurídica nos Tribunais**. Curitiba: JM Editora, 1999.

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

KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Aplicação da Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XXII, nº 51, julho-setembro/1983, p. 127-141.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v.I

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Teoria da desconsideração: sua aplicação no direito societário. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, 1996, nº 26.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1973.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1975.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos Modernos de Direito Comercial** (estudos e pareceres). São Paulo: Saraiva, 1977.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Parte Geral**. 28ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, v.1.

XAVIER, José Tadeu Neves. A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLI, nº 128, outubro-dezembro/2002, p. 138-149.