

EDUARDO BURIGO DE SOUSA

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
APONTAMENTOS GENÉRICOS E ESPECIFICIDADES DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

**CURITIBA
2002**

EDUARDO BURIGO DE SOUSA

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
APONTAMENTOS GENÉRICOS E ESPECIFICIDADES DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito com formação profissional específica em Direito das Relações Sociais.

Professor Orientador: Edson Isfer

**CURITIBA
2002**


TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO BURIGO DE SOUSA

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: APONTAMENTOS GENÉRICOS E ESPECIFICIDADES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR


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

Orientador:

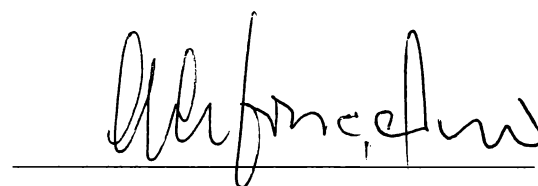


Professor Edson Isfer

1º Membro:



2º Membro:



Curitiba, 26 de novembro de 2002

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	3
1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PESSOA JURÍDICA.....	3
2 TEORIAS SOBRE A PESSOA JURÍDICA: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	8
CAPÍTULO II - A “DISREGARD DOCTRINE”	15
1 BREVE HISTÓRICO.....	15
2 DIFERENTES ABORDAGENS SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	16
3 DO CONCEITO	19
4 NATUREZA JURÍDICA DA DESCONSIDERAÇÃO.....	24
CAPÍTULO III – DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL	28
1 A RESPONSABILIDADE E A SEPARAÇÃO PATRIMONIAL.....	28
1.1 A questão da responsabilidade	28
1.2 Da separação patrimonial.....	30
2 DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA SOCIEDADE.....	31
3 DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DOS SÓCIOS.....	34
4 DA RELATIVIDADE DA PERSONALIDADE JURÍDICA	37
CAPÍTULO IV - DOS ELEMENTOS BÁSICOS, PRESSUPOSTOS, INTENSIDADE E EXTENSÃO DA DESCONSIDERAÇÃO.....	40
1 ELEMENTOS BÁSICOS E PRESSUPOSTOS.....	40
2 INTENSIDADE, EXTENSÃO E LIMITES DA DESCONSIDERAÇÃO.....	43
CAPÍTULO V - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS PÁTRIOS RELATIVOS À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	48
1 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO:	48
2 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO CIVIL, COMERCIAL E ECONÔMICO.....	50
3 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	57
4 DESCONSIDERAÇÃO EM OUTROS DISPOSITIVOS LEGAIS.....	59
CAPÍTULO VI - DA DESCONSIDERAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	61
1 DOS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A DESCONSIDERAÇÃO.....	61
1.1 Abuso de direito.....	63
1.2 Excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social	64

<i>1.3 Falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração.....</i>	<i>65</i>
<i>1.4 Responsabilidade das sociedades elencadas nos §§ 2º, 3º e 4º.....</i>	<i>67</i>
<i>1.5 Dos §§ 1º e 5º do artigo 28 do Código.....</i>	<i>70</i>
2 ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS PARA A DESCONSIDERAÇÃO NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.....	72
<i>2.1 Da Faculdade do Juiz na Desconsideração.....</i>	<i>72</i>
<i>2.2 Da necessidade do uso de ação própria e da legitimidade passiva.....</i>	<i>74</i>
CONCLUSÕES.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

Dedico este primeiro trabalho à minha companheira Gislaine, pelo carinho, amor e compreensão dedicados durante toda a minha passagem acadêmica.

RESUMO

Este trabalho irá abordar o tema da desconsideração da personalidade jurídica nos diversos ramos do direito, em especial no Código de Defesa do Consumidor. Assim, inicialmente será feita breve análise dos antecedentes históricos e teorias acerca da pessoa jurídica. Em seguida, será estudado o surgimento da desconsideração da personalidade jurídica, suas teorias, seu conceito e natureza jurídica. Posteriormente serão analisadas as questões referentes à separação patrimonial, responsabilidade patrimonial da sociedade e dos sócios. Outra questão a ser estudada é a da identificação dos elementos básicos, pressupostos, intensidade, extensão e limites da desconsideração da personalidade jurídica. Quanto ao direito do consumidor, serão analisados seus fundamentos legais específicos, bem como algumas questões processuais. Ressalte-se, o objetivo deste trabalho é resgatar e consolidar, de forma breve e atual, os principais aspectos teóricos de forma a subsidiar uma melhor compreensão do fenômeno e adequada aplicação da teoria e dispositivos legais relativos à desconsideração do regime personificatório. A conclusão deste trabalho irá demonstrar que a desconsideração da personalidade jurídica possui enfoque peculiar em cada ramo do direito. Tendo como tema específico o direito do consumidor, a conclusão indicará que a faculdade conferida ao juiz na análise sobre a aplicabilidade da desconsideração da pessoa jurídica é fundamental para a efetiva tutela dos consumidores.

INTRODUÇÃO

É da natureza do homem agregar-se. Isto surge quase como um determinismo, na busca incessante de aperfeiçoamento. Dessa forma, ele não vive e atua isoladamente, mas participa da constituição de diferentes núcleos sociais, unindo esforços para superar os limites e dificuldades que, de forma isolada, seriam intransponíveis.

Para atingir tais objetivos comuns, surge a necessidade de solidez, estabilidade e organização, culminando na formação de sociedades. Reconhecendo a importância destas para o desenvolvimento econômico e social, o ordenamento jurídico passou a assegurar sua autonomia: surge, desse modo, a pessoa jurídica.

O patrimônio da pessoa jurídica é a garantia do adimplemento das obrigações assumidas em seu nome, devendo ser observada, em princípio, a separação patrimonial entre sociedade e sócios.

Como consequência da personificação temos inegável desenvolvimento econômico, cultural e social das nações. Inegável é, também, que muitas vezes a personificação é utilizada para fins diversos dos tutelados e objetivados pelo ordenamento jurídico. Quando a personificação traz resultados reprováveis, sua atuação surge como abusiva, devendo ser corrigidos tais desvios.

Assim, em certos casos, presentes determinados requisitos, a autonomia da pessoa jurídica pode e deve ser desconsiderada: reconhece-se a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica, atingindo-se o patrimônio individual dos sócios. Seria o surgimento da *Disregard Doctrine*, ou desconsideração da personalidade jurídica, e dos dispositivos legais correspondentes.

Ressalta-se que este trabalho não abordará a teoria da desconsideração inversa, que consiste, como informa Fábio Ulhoa COELHO, no “afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio.”¹

¹Curso de direito comercial. 2. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 45.

Parte-se, com o surgimento da *Disregard Doctrine*, para um conceito relativo de personalidade jurídica. A pessoa jurídica somente pode ser utilizada para os fins legítimos que fundamentaram sua origem. Enquanto respeitados tais fins, sua atuação merece ser protegida e preservada. Do contrário, deve o ordenamento jurídico interferir.

A análise dos motivos, teorias e pensamentos que movimentaram a origem e posterior relativização do conceito de pessoa jurídica é importante fonte de conhecimento jurídico para a aplicação da teoria da desconsideração. Ou seja, será analisada esta mudança: de um conceito absoluto para um conceito relativo da pessoa jurídica, com o reconhecimento da responsabilidade dos sócios.

Em seguida, serão analisadas as questões referentes à separação patrimonial, a responsabilidade da sociedade e a responsabilidade dos sócios.

Outra questão a ser estudada é a da identificação do conceito, natureza jurídica, elementos básicos, pressupostos, intensidade, extensão e limites da desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda, será abordado o tema da desconsideração em alguns dispositivos legais em que seria aplicável a teoria da desconsideração, em específico o Código de Defesa do Consumidor, suas peculiaridades e inovações.

Assim, o que se objetiva neste trabalho não é esgotar o tema da desconsideração da personalidade jurídica, e sim resgatar e consolidar, de forma breve e atual, os principais aspectos teóricos para uma melhor compreensão do fenômeno e adequada aplicação nos diversos ramos do direito.

CAPÍTULO I - DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1 Antecedentes Históricos da Pessoa Jurídica

José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA narra que existem duas teorias acerca da origem da palavra *persona*. Pela doutrina dominante derivaria do etrusco *persu*, próximo do latim *persona*, significando máscara teatral usada pelos atores teatrais antigos. Uma Segunda corrente localiza a origem em *personare*, no som produzido pela máscara.²

De qualquer forma, o que importa é que o termo *persona* era atribuído pelos romanos somente para o homem.³

O autor menciona, também, que as *societates* possuíam existência intimamente ligada a dos sócios, uma vez que a morte ou renúncia do sócio seria causa de dissolução da sociedade, caso em que o patrimônio seria revertido aos sócios. Em segundo lugar, os sócios responderiam pessoalmente pelas dívidas da sociedade. Assim, não havia nas *societates* reconhecimento de autonomia patrimonial.⁴

Basile ELIACHEVITCH⁵, citado por OLIVEIRA, informa que, para os romanos, o desenvolvimento do fenômeno da personificação de determinados organismos ocorreu de modo empírico: eram estendidas algumas características (por exemplo, patrimônio próprio e órgãos com poder de representação) aos organismos que entendiam merecer forma jurídica.⁶

Para OLIVEIRA, os romanos não teriam elaborado uma teoria da pessoa jurídica. Em sua forma empírica, “conheceram o fenômeno, intuíram-no, por assim dizer, regularam-no, mas não o formularam conceitualmente. As necessidades da vida prática, de acordo com as circunstâncias históricas, impuseram gradativamente o

² **Conceito da pessoa jurídica**. Curitiba, 1962. Tese (Concurso de livre docência de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 159.

³ Id., *ibid.*, p. 9.

⁴ Id., *ibid.*, p. 12.

⁵ **La personnalité juridique en droit privé romain**. Recueil Sirey, 1942. p. 329.

⁶ Conceito da p. 10.

reconhecimento de uma autonomia, de uma unidade em face de terceiros a determinados organismos.”⁷

O mesmo aponta Francisco AMARAL, concluindo que os romanos não vislumbraram a pessoa jurídica como separada dos membros que a compõem. Eram empíricos, não se chegando a realizar tais abstrações.⁸ Para os romanos os conjuntos unitários de bens ou pessoas recebiam os termos *universitas e corpus*.⁹

O ponto fundamental em que se pode perceber no ordenamento jurídico romano o surgimento da pessoa jurídica não seria, segundo OLIVEIRA, o patrimônio próprio e a capacidade de representação, e sim a autonomia jurídica dos organismos em suas relações com terceiros. “É no momento em que se reconhece que as relações entre os terceiros e o *collegium* não podiam, de modo algum, confundir-se com as relações entre terceiros e os membros do *collegium* que surge o novo ser de direito, que surge, embora só muito mais tarde o nome lhe tivesse sido aplicado, a pessoa jurídica.”¹⁰ Ou seja, os credores do *collegium* não são credores dos integrantes do *collegium*, o mesmo ocorrendo com relação ao devedor.

Assim, aponta o *municipium* como sendo o primeiro organismo dotado de personalidade jurídica. O *municipium* teria recebido a personificação para que fosse compensada a perda da existência política autônoma das cidades itálicas conquistadas.

Dessa forma, os *municipium* possuiriam autonomia jurídica nas relações em face de terceiros, surgindo como unidades autônomas. Posteriormente, seriam os *collegia* que receberiam o mesmo tratamento. Esses eram associações em que os membros pertenciam a igual ofício ou profissão, bem como congregações de sacerdotes e associações de socorro mútuo.¹¹

Menciona o autor, ainda, sobre a personificação das chamadas *societates publicanorum*, que se formavam com a finalidade de somar capitais para o atendimento de objetivos importantes para Roma. Esses entes emprestavam valores ao poder público, realizavam certas obras públicas e forneciam materiais. Sob o aspecto

⁷ Id., *ibid.*

⁸ **Direito civil: introdução**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 265.

⁹ *Ibid.*, p. 266.

¹⁰ Conceito da ..., p. 11.

¹¹ *Ibid.*, p. 14.

da responsabilidade pessoal dos sócios, as *societates publicanorum* eram iguais às *societates*, o mesmo ocorrendo quanto à destinação dos bens quando de sua dissolução. Seriam as necessidades práticas que exigiriam que se visualizasse essas entidades como um todo, pois a manutenção das *societates publicanorum* passaria a ser de interesse estatal, para que se viabilizassem os contratos firmados. Exemplo disso é que, diversamente do que ocorria nas *societates*, a morte de um sócio não dissolveria a *societas publicanorum*. Seria interessante para Roma atribuir às *societates publicanorum* o *corpus*, o que corresponderia à personificação jurídica.¹²

Conclui, então, que não houve por parte dos romanos, elaboração de uma teoria da pessoa jurídica, reafirmando que o termo *persona* só ao homem poderia ser aplicado. Ressalta, porém, que “aquilo que hoje denominamos de pessoa jurídica, isto é, o órgão com estrutura de corporação ou fundação, constituindo-se como algo subordinado a um tratamento jurídico autônomo e unitário, existiu, em Direito Romano, pelo menos no que diz respeito às relações com terceiros.”¹³

Quanto ao Direito Germânico, aponta que: “se os romanos criaram o fenômeno da personificação, embora não o conceituassem, os bárbaros germânicos não chegaram nem mesmo a conceber o próprio fenômeno unificador em que reside, em última análise, o surgimento da pessoa jurídica”¹⁴

Citando o pensamento de Francesco FERRARA¹⁵, OLIVEIRA esclarece que na comunhão patrimonial existente no direito germânico não há repartição de quotas, podendo todos usar do bem por inteiro, de forma que o próprio gozo seria coletivo. Esta seria a denominada comunhão de mãos juntas. Aqui o sujeito de direitos traduz-se em uma pluralidade de pessoas, sendo necessário para a prática de atos jurídicos relativos aos bens a ação conjunta dos membros da comunhão.¹⁶

Segundo F. AMARAL, foi no pensamento jurídico medieval, especialmente do século XIV, que se localizaria o núcleo do conceito de pessoa jurídica. Isto por obra dos glosadores e canonistas, que se utilizaram de elementos originários do direito

¹² Ibid., p. 14-15.

¹³ Ibid., p. 17.

¹⁴ Ibid., p. 17.

¹⁵ *Teoria delle persone giuridiche*. Napoli: Marghieri, 1923. p. 53, 55 e 60.

¹⁶ Conceito da ..., p. 18-19.

romano pós-clássico e dos direitos germânicos e canônico. Teriam sido os glosadores os responsáveis pela distinção entre as coletividades e os membros que as compunham, reconhecendo àquelas a capacidade para a prática de alguns atos. Já os canonistas, elaboram a “noção de *persona ficta*, uma personalidade abstrata distinta do simples conjunto de seus membros componentes”.¹⁷

Teria Sinibaldo dei Fieschi (Papa Inocêncio IV em 1243) feito a distinção entre pessoa física e jurídica, motivado pelo interesse canônico em retirar a responsabilidade delitual dos *corpora* e das *Universitas*. O problema estava em “decidir se a cidade que se revoltava contra o seu soberano, o papa ou o imperador, podia ser castigada como um todo. A opinião dominante era no sentido afirmativo e, por isso, condenavam-se, excomungavam-se ou interditavam-se as cidades e as vilas como se fossem uma só pessoa.”¹⁸

A justificativa de Sinibaldo dei Fieschi para a distinção entre a pessoa do homem e a pessoa das cidades ou corporações, é a de que estas, diferentemente do homem, não possuem alma nem corpo, não podendo cometer pecados, e em consequência, não podem ser excomungadas ou sofrer condenação. Porém, exercendo as *Universitas* direitos e obrigações, deveriam ser consideradas pessoas, por ficção.¹⁹

Segundo Marçal JUSTEN FILHO, o entendimento de pessoa ficta de Sinibaldo dei Fieschi seria completamente diferente do construído por SAVIGNY. Para os canonistas e glosadores a ficção seria decorrente da criação mental do homem; já para os adeptos da teoria ficcionista de SAVIGNY, a ficção consistiria em falsidade.²⁰

OLIVEIRA também localiza no direito canônico o surgimento da justificação teórica do fenômeno da personificação. Porém, parte do conceito de ‘*corpus mysticum*’, que teria se originado em São Paulo e viria a significar uma comunidade de fiéis unida a Cristo, que seria a cabeça do corpo místico. É o direito canônico que

¹⁷ Op. cit., p. 266.

¹⁸ Ibid., p. 266-267.

¹⁹ Ibid., p. 267.

²⁰ **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 18.

passa a ampliar o conceito de *persona* às coletividades e institutos. Não se tratava, porém, de tese ficcionista, ao menos em sua origem.²¹

Para ele, o Direito Canônico seria a “intersecção entre a Pré-história e a História do problema da conceituação da pessoa jurídica. [...] Os canonistas fornecem o primeiro esboço de conceituação teórica.”²²

Na idade Média não houve, como informa F. AMARAL, interesse na constituição de um conceito de pessoa jurídica. Apenas era reconhecido aos *collegia* e aos *universitates*, que recebiam a denominação *persona ficta*, a possibilidade de constituição de nome, domicílio e sinais característicos, bem como serem submetidos a específica jurisdição.²³

Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR localiza o surgimento da pessoa jurídica na Idade Média, decorrente da “necessidade de conferir ao comércio das corporações que então se organizavam uma certa garantia jurídica. Havia problemas de responsabilidade que o indivíduo sozinho não suportava e a mera solidariedade não resolvia.”²⁴

Aponta F. AMARAL que com a época moderna e o jusnaturalismo há o reconhecimento por alguns Códigos, como o Código da Prússia de 1971 e o Código da Áustria de 1811, da existência paralela de entes diversos das pessoas físicas. Isto não era aceito pelo Código francês da época, que não reconhecia a existência de entes entre o Estado e o cidadão.²⁵

Teria sido a doutrina alemã a definidora da noção moderna de pessoa jurídica, ao sistematizar o direito civil, construindo uma teoria geral do direito. Para tanto, houve a necessidade de

“... considerar a existência de sujeitos de direito distintos da pessoa humana, como titulares dos direitos subjetivos. Essa existência concreta de grupos humanos ou de bens para a satisfação de interesses e necessidades coletivas, com individualidade

²¹ Conceito da ..., p. 21.

²² Id., *ibid.*, p. 23.

²³ Op. cit., p. 267.

²⁴ **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 156.

²⁵ Op. cit., p. 268.

própria e distinta da de seus membros, impunha o seu reconhecimento ao direito, que lhe outorgava então titularidade jurídica para as suas relações.”²⁶

Explica JUSTEN FILHO que, até o século XIX, somente se reconhecia personificação aos grupos que permanecessem de forma duradoura na sociedade, como a Igreja e a Fundação. Após o século XIX, ampliou-se o âmbito de aplicação do conceito de pessoa jurídica para abranger os grupos de natureza não permanente, situacionais. A transcendência não mais seria requisito à personificação.²⁷

Por fim, aponta que a terceira década do século XX traria a tona o modelo intervencionista de Estado no domínio econômico. Passa-se de proteção à segurança para a proteção à “valores como a justiça e o progresso material e social”.²⁸

2 Teorias Sobre a Pessoa Jurídica: Breves Considerações.

Antes de qualquer consideração, deve-se ressaltar que não é escopo deste trabalho esgotar o tema sobre as diversas teorias acerca da pessoa jurídica. O que se pretende apenas é trazer uma noção histórica, bem como enunciar os traços mínimos caracterizadores da personalidade jurídica, para uma correta aplicação dos dispositivos relativos à sua desconsideração.

F. AMARAL oferece síntese bastante didática sobre as teorias a respeito da existência e natureza das pessoas jurídicas.²⁹

A teoria da ficção considera que somente o homem seria sujeito de direito, configurando a pessoa jurídica mera criação legislativa, necessária devido ao interesse geral quanto a objetivos específicos a cumprir. Assim, o Estado, por “razões de política jurídica”, concederia a essas entidades a personalidade jurídica, apenas para justificar a concessão de alguns direitos a um grupo de pessoas físicas.³⁰

A teoria ficcionista, que possui formulação clássica em SAVIGNY, representa o espírito individualista da época, reconhecendo a pessoa jurídica como ficção criada

²⁶ Ibid.

²⁷ Op. cit., p. 19.

²⁸ Ibid., p. 29.

²⁹ Op. cit., p. 268-272.

³⁰ Ibid., p. 269.

pelo Estado, de acordo com sua conveniência. Da mesma forma, podia intervir no domínio privado, de forma arbitrária. Assim, ampla era a aceitação dessa teoria, pois “útil tanto aos que visavam impedir a implantação do Estado liberal [...] como aos próprios Estados liberais nascentes que precisavam impor a sua autoridade, através do controle da conveniência e oportunidade de organização das pessoas jurídicas.”³¹

Pela teoria orgânica ou da realidade objetiva, seria a pessoa jurídica um grupo de indivíduos que possui vontade e interesses próprios e distintos dos interesses individuais dos membros que o compõem, se expressando por meio de órgãos. O Estado reconheceria tanto ao homem quanto a este agrupamento a qualidade de pessoas. A ideologia que marca a teoria orgânica é a de resistência à fixação do Estado moderno, atribuindo ao Estado apenas a função de reconhecer realidades preexistentes.³²

Para a teoria da realidade técnica, a personificação é que faria surgir a pessoa jurídica. A personificação consistiria em processo mediante o qual “a ordem jurídica atribui personalidade a grupos em que a lei reconhece vontade e objetivos próprios. As pessoas jurídicas são uma realidade, não ficção, embora produto da ordem jurídica.”³³

Por fim, a teoria institucional afirma ser a pessoa jurídica organização social com objetivos específicos. Possui base não voluntarista, e sim na verificação das relações sociais, reconhecendo “a existência de grupos organizados para a realização de uma idéia socialmente útil, as instituições, sendo estas grupos sociais dotados de ordem e organização próprias.”³⁴

Segundo Carmem Lúcia Silveira RAMOS, para a corrente ficcionista de SAVIGNY, as pessoas coletivas seriam meras criações ao arbítrio do ente estatal, pois somente o homem seria realmente possuidor de vontade e por isso dotado de direitos e deveres. A lei é que, determinando a personalidade jurídica das pessoas jurídicas para

³¹ Ibid., p. 269.

³² Ibid., p. 270.

³³ Ibid., p. 270-271.

³⁴ Ibid., p. 271.

atingir determinadas finalidades. reconheceria, por ficção, sua atuação como se fossem pessoas naturais. O direito ampliaria o conceito de pessoa para esses entes artificiais.³⁵

Em teoria realista institucionalista, OLIVEIRA entende que a pessoa jurídica não é fruto de ficção, sendo, na verdade, real, analógica ao ser humano. É analógica por ser pessoa distinta do ser humano, possuindo, porém, “pontos de contacto em suas características individuais”: é, da mesma forma que o homem, indivisa, individual, permanente. Sendo analógica ao ser humano, deste é dependente, pois existe para o seu complemento.³⁶

A lei apenas declararia a existência da pessoa jurídica, não a constituindo. “A lei encontra uma realidade preexistente. Realidade cujo fundamento concreto é constituído pelas associações e sociedades nascidas da natural sociabilidade do homem e nas instituições derivadas de uma determinada destinação de bens a determinados fins, derivadas de uma natural tendência humana a perpetuar suas obras.”³⁷

No mesmo sentido, Giorgio DEL VECCHIO³⁸, citado por Trajano de Miranda VALVERDE, entende que o ordenamento jurídico não cria a pessoa jurídica, apenas a disciplina: “*il diritto dunque non crea l’ente, ma lo regola; l’ordenamento giuridico riconosce gli enti, ma non da loro la vita*”³⁹.

OLIVEIRA justifica sua concepção, afirmando haver: identidade e continuidade reconhecida pelos homens durante o tempo, permanecendo mesmo com a alteração dos seus membros; um centro autônomo de interesses; existência de órgãos com capacidade de deliberação vinculante, com seres diferentes de seus membros. Aqui não há equiparação às pessoas naturais, mas apenas instrumentos para a efetivação das finalidades almejadas pelo homem.⁴⁰

Afirma que, logicamente, nem tudo pode ser reconhecido pelo ordenamento jurídico.

³⁵ Teoria da descon sideração: sua aplicação no direito societário. In: **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 26, p. 189-212, 1996, p. 199.

³⁶ Conceito da ..., p. 164-165.

³⁷ Id., *ibid.*, p. 168.

³⁸ **Lezioni de filosofia del diritto**, 2. ed. p. 256.

³⁹ **Comentários à Lei de falências**, Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 110-111.

⁴⁰ **A dupla crise da pessoa jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1979, p. 606.

Para que a lei reconheça, é preciso que reconheça algo que, anteriormente ao reconhecimento, já possua as características ontológicas necessárias ao reconhecimento. A lei não reconhece qualquer coisa. Reconhece os institutos e associações cujo ser e cuja estrutura correspondam aos de uma pessoa jurídica. No efetuar o reconhecimento, não é muito grande o arbítrio da lei. Ao menos não deve sê-lo.⁴¹

Conclui, então, que somente poderá o Estado “negar o reconhecimento àquelas realidades institucionais preexistentes cuja linha de atuação seja contrária ao Bem Comum.”⁴²

Já para Rubens REQUIÃO, é o ordenamento jurídico que outorga personalidade a certos entes, para que estes atuem da mesma forma que uma pessoa natural na prática de atos da vida civil. Assim, “se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado [...] nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado”.⁴³

Assim, aponta que nem todos os sistemas jurídicos atribuem personalidade jurídica a todas as formas societárias.⁴⁴

Susy Elizabeth Cavalcante KOURY exemplifica o afirmado, observando que as sociedades civis e comunidades italianas possuem coletividade e finalidade comum, da mesma forma que as sociedades comerciais, porém somente a estas o ordenamento jurídico da Itália atribui personalidade jurídica.⁴⁵

Tais entes, como a massa falida e o condomínio, não possuem personalidade jurídica, tendo apenas algumas faculdades para a sua atuação.

Segundo F. AMARAL, o vigente Código Civil, parece adotar a teoria da realidade técnica, tendo em vista o disposto em seus artigos 18, 20 e 21⁴⁶. Dispõe o artigo 18 do vigente Código Civil:

⁴¹ Conceito da ... p. 168.

⁴² Id., ibid., p. 169.

⁴³ Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 410, p. 12-24, 1969, p. 15.

⁴⁴ Ibid., p. 16.

⁴⁵ **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 10.

⁴⁶ Op. cit., p. 271.

Art. 18. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa

Da mesma forma, expressam os artigos 45 e 985 do Novo Código Civil, Lei 10.406/2002, a vigorar a partir de 11 de janeiro de 2003:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

As sociedades em geral passam a possuir personalidade jurídica com a inscrição dos seus atos constitutivos nos registros que lhes forem peculiares. somente vindo a perder esta personalidade no momento de sua extinção.

Dessa forma, a pessoa jurídica originar-se-ia na manifestação de vontade do homem, que estando conforme o direito, produz o resultado esperado: o direito lhe atribui a personalidade jurídica.

Edson ISFER afirma que o termo 'pessoa jurídica' possui direta vinculação com o ordenamento jurídico. Na lição de Herbert L. A. HART, entende que "a pessoa jurídica é aquilo que a norma jurídica estabelece que seja. Não se pode falar de pessoa jurídica sem ligá-la a um determinado corpo de dispositivos legais."⁴⁷

⁴⁷ **Sociedades unipessoais e empresas individuais de responsabilidade limitada.** São Paulo, 1994. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo. p. 28.

JUSTEN FILHO entende que é necessário afastar-se de um conceito absoluto de pessoa jurídica. Assim, se contrapõe a afirmação de que pessoa jurídica seria algo existente, ao menos em abstrato. Afirma que a pessoa jurídica não é sinônimo de instituição. Tão pouco corresponderia a uma ficção do direito, uma falsidade. Entende, pois, que a pessoa jurídica seria expressão usada pelo ordenamento jurídico na definição de determinadas situações jurídicas. Seria, dessa forma, primeiramente, “expressão vocabular lingüística, que pode ser utilizada de variadas formas e para indicar conceitos distintos.”⁴⁸

Critica, também, o posicionamento que identifica na pessoa física os traços característicos da pessoa jurídica, já que entende “inexistente qualquer relevância na semelhança com o ser humano para a atribuição da personalidade jurídica”,⁴⁹ pois “a pessoalidade da pessoa jurídica não decorre dela compartilhar com o homem de idênticos atributos ou qualidades”.⁵⁰ O ser humano teria “contornos definidos e próprios. Já o instituto da pessoa jurídica é inconfundível, sendo categoria aberta, em evolução constante, permanente e indetível.”⁵¹

Ainda, faz crítica à crença na imutabilidade da pessoa jurídica e a crença na existência de identidade conceitual. Na verdade, esta identidade só adviria de uma identidade cultural, o que historicamente ainda não se visualizou.⁵²

Por fim, critica a crença na unicidade do conceito de pessoa jurídica na ordem jurídica. Ao contrário, entende que existem diferenças em cada categoria de pessoa jurídica, não sendo obrigatório o mesmo tratamento a todas as categorias existentes.⁵³

Assim, em interessante posição, afirma que a personificação é resultado de uma “sanção positiva” do ordenamento jurídico:

Trata-se de uma técnica de incentivação, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica. A concentração da

⁴⁸ Op. cit., p. 31.

⁴⁹ Ibid., p. 32.

⁵⁰ Ibid., p. 33.

⁵¹ Ibid., p. 34.

⁵² Ibid., p. 34-35.

⁵³ Ibid., p. 35.

riqueza e a conjugação de esforços inter-humanos afigura-se um resultado desejável não em si mesmo, mas como meio de atingir outros valores e ideais comunitários. O progresso cultural e econômico propiciado pela união e pela soma de esforços humanos interessa não apenas aos particulares mas ao próprio Estado. É que o fenômeno associativo produz resultados que nem o próprio Estado poderia atingir, por si só.⁵⁴

A aquisição da personalidade jurídica seria um prêmio, um benefício que o direito atribui para aqueles que atuam de acordo com os interesses do Estado.⁵⁵ É atribuído um regime jurídico mais favorável para aqueles que exercem a atividade econômica na forma associativa: não se aplicam as regras jurídicas que incidiriam quando do exercício da atividade de forma individual, sendo aplicável, pois, outro “complexo normativo”. Como exemplo desse regime favorável, tem-se a não atribuição aos sócios dos deveres da sociedade. Assim, é juridicamente mais compensadora e atrativa a união de esforços e recursos.⁵⁶

Observe-se o pensamento de F. AMARAL: “a justificação teórica tem importância menor: a pessoa jurídica existe no mundo e para o mundo das relações jurídicas. É, portanto, uma realidade, qualquer que seja a fundamentação teórica.”⁵⁷

⁵⁴ Ibid., p. 49.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid., p. 50-51.

⁵⁷ Op. cit., p. 273.

CAPÍTULO II - A “DISREGARD DOCTRINE”

1 Breve Histórico

Foi a partir do século XIX, segundo KOURY, que emergiu uma maior preocupação doutrinária e jurisprudencial sobre o uso da pessoa jurídica para finalidades diversas das definidas pelo legislador, motivo pelo qual foram procuradas formas de reprimir esse uso.⁵⁸

Importante informar que há divergência doutrinária quanto ao primeiro caso de desconsideração da pessoa jurídica.

Grande parte da doutrina afirma que o primeiro julgado em que se pode identificar traços da teoria da desconsideração foi o caso *Salomon Vs. Salomon & Co.* ocorrido na Inglaterra no ano de 1897.

Porém, como observa João CASILLO⁵⁹, talvez a primeira notícia seja de 1809, no caso americano “*BANK of the United States Vs. Deveneaux*”. Aqui foi discutido sobre a incidência de um dispositivo constitucional dos Estados Unidos que afirma que o Poder Judiciário Federal possui jurisdição nos casos em que seja discutida questão entre cidadãos de estados diferentes. A questão era saber se o Banco seria visto como ‘cidadão’ do estado de sua criação. O Juiz Marshall não reconheceu a ‘cidadania’ do Banco, porém determinou que, para efeitos de fixação da competência no caso em questão, o elemento de conexão identificar-se-ia com a cidadania estadual dos integrantes da sociedade, que no caso era diferente da do réu, sendo fixada a competência federal.

Longe de analisar o mérito da decisão, muito criticada pela doutrina por se vincular totalmente à teoria da ficção, desconsiderou-se a pessoa jurídica no caso concreto, para analisar a condição pessoal dos integrantes da sociedade. Não se deve

⁵⁸ Op. cit., p. 63.

⁵⁹ Desconsideração da pessoa jurídica. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 528, p. 24-40, 1979, p. 25. O autor cita a posição de Joseph M. Sweeney, em trabalho inominado publicado em coletânea denominada “*La Personnalité Morale et Ses Limites*”.

olvidar que na época nem se cogitava sobre desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes como a conhecemos.

2 Diferentes Abordagens Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica

Segundo REQUIÃO⁶⁰, Rolf SERICK, um dos grandes sistematizadores da teoria da desconsideração, afirmava, em tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübingen⁶¹, que “a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros.”

Aqui nasce a teoria subjetiva, que tem por base o abuso de direito individual (elemento subjetivo). A sociedade seria apenas um instrumento para a ação do seus integrantes, os quais podem, subjetivamente, agir de forma abusiva.

SERICK⁶², citado por RAMOS⁶³, formulou quatro princípios básicos para a aplicação da teoria da desconsideração:

O primeiro princípio afirma que ocorreria abuso no momento em que, por meio da pessoa jurídica, “se trata de burlar uma lei, de inadimplir obrigações contratuais, ou de prejudicar fraudulentamente a terceiros”. Aqui não se aplica a regra da separação patrimonial entre a sociedade e os sócios.

O segundo princípio seria o de que não se pode desconsiderar a forma da pessoa jurídica apenas para atingir o fim de uma norma ou de um negócio jurídico. Esse princípio admite, porém, exceções, no caso de norma de direito societário de valor tão importante que não deva sofrer restrições, nem mesmo de forma indireta.

⁶⁰ Op. cit., p. 13.

⁶¹ Trabalho posteriormente publicado no livro “Rechtsform und Realität Juristischer Personen”, na tradução espanhola “Aparencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles”. Barcelona: Ariel, 1958.

⁶² Op. cit.

⁶³ Op. cit., p. 191-194.

O terceiro princípio afirma que as normas que são fundadas em qualidades ou capacidades humanas ou que consideram valores humanos devem, também, aplicar-se às pessoas jurídicas quando o fim da norma seja correspondente à desta classe de pessoas. Nesta situação é possível atingir os homens que estão atrás da pessoa jurídica para se comprovar se está presente a hipótese de que depende a eficácia da norma.

O quarto e último princípio afirma que se a forma da pessoa jurídica for usada com o intuito de ocultar que de fato existe identidade entre as pessoas que intervêm em um ato específico, será possível descartar-se a forma de tal pessoa, quando a norma que se deva aplicar tenha por pressuposto que a identidade ou diversidade dos sujeitos interessados não é simplesmente nominal e sim realmente efetiva.

RAMOS, explica este último princípio, afirmando que “quando uma norma só deva ser aplicada no caso de os participantes do negócio jurídico serem de fato pessoas diferentes, pode suceder que a intervenção de uma pessoa jurídica oculte que, por trás da diversidade jurídica das partes, existe uma efetiva unidade de pessoas” e explica que aqui deve haver a desconsideração da forma da pessoa jurídica, pois somente desse modo será possível “resolver satisfatoriamente o conflito entre os pressupostos de aplicação da norma e a forma da pessoa jurídica. Se limitasse seu exame à estrutura da pessoa jurídica, chegaria ao resultado de aplicar uma regra de direito que na realidade deveria ser excluída na hipótese, em face de seus próprios pressupostos. Portanto, chegaria a um resultado injusto.”⁶⁴

Pedro CORDEIRO⁶⁵, citado por RAMOS⁶⁶, conclui que, pela teoria subjetivista, “só no caso de um comportamento doloso dos sujeitos que por detrás da pessoa colectiva actuam seria possível uma imputação imediata contra eles”.

Uma segunda teoria seria baseada na jurisprudência de interesses. Para Müller FREIENFELS, conforme informa RAMOS⁶⁷, a solução seria encontrada pela análise da finalidade objetiva da norma em específico, visualizada na ordem jurídica, social e

⁶⁴ Ibid., p. 192-193.

⁶⁵ A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais. Lisboa: AAFDL, 1989, p. 38.

⁶⁶ Op. cit., p. 193.

⁶⁷ Ibid., p. 193-194.

econômica e seus princípios básicos, a partir da aplicação de normas. Aqui deve ser visualizada a função da norma e os interesses protegidos pelo legislador, analisados com observância da hierarquia de valores da respectiva ordem jurídica.

Segundo CASILLO, FREIENFELS entende que, existindo conflito entre a norma que prevê a distinção entre pessoa jurídica e pessoa física e a norma que protege ao interesse público, esta deve prevalecer. Diferentemente da posição unitarista de SERICK, afirma que o interesse da lei necessita de estudo em caso por caso, tendo em vista o tipo de pessoa jurídica, pois as diversas formas de personificação adotam também diferentes soluções. Há também, a recusa na utilização do elemento subjetivo (querer usar da pessoa jurídica de forma indevida) apontado pela teoria de SERICK para a aplicação da teoria da desconsideração.⁶⁸

Em outra visão objetivista, surge a teoria denominada institucionalista, em que Rudolf REINHARDT, citado por RAMOS, atribui “valor próprio e institucional à pessoa jurídica”, considerando que “o abuso da pessoa jurídica configura-se a partir de critérios objetivos, determináveis através da referência a princípios jurídicos superiores”.⁶⁹

Segundo CASILLO, para REINHARDT e Peter ERLINGHAGEN não é necessária a distinção doutrinária, caso por caso, segundo as várias espécies de pessoas jurídicas, pois a pessoa jurídica possui regulamentação própria e unitária: “toda vez que houver um conflito entre a pessoa jurídica e a finalidade dela, a desconsideração deve ser aplicada. Toda vez que houver abuso do instituto, e este abuso é verificado pelo critério objetivo (contradição entre a forma do ato e a finalidade do instituto), aplica-se a teoria da desconsideração.”⁷⁰

Piero VERRUCOLI⁷¹, citado por CASILLO⁷², define em cinco itens as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica: 1) em função da direta realização de interesses próprios do Estado, como nos casos de incidência tributária; 2)

⁶⁸ Op. cit., p. 30.

⁶⁹ Op. cit., p. 194.

⁷⁰ Op. cit., p. 30-31.

⁷¹ **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella 'common law' e nella 'civil law'**. Milão: Giuffrè, 1964, p. 193-195.

⁷² Op. cit., p. 31-32.

da repressão de fraudes à lei: 3) da repressão de fraudes contratuais; 4) da realização de interesses de terceiros (prejuízos de terceiros por causas anteriores); 5) da realização dos interesses dos sócios *'uti singuli'*.

Nas hipóteses de fraude à lei e fraude ao contrato seria necessário, para a desconsideração, a presença do elemento intencional (teoria subjetiva). Já no caso de prejuízo de terceiros por causas anteriores não se procura o elemento intencional, sendo suficiente o fato objetivo do prejuízo (teoria objetiva).

A questão básica da teoria da desconsideração está, segundo OLIVEIRA, em saber se “no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas?”.⁷³

Interessante é a observação de KOURY, quando afirma que todas as teorias sobre a pessoa jurídica possibilitam a aplicação da teoria da desconsideração, alertando que nenhuma deve ser vista como “mais adequada para justificá-la ou fundamentá-la”.⁷⁴

JUSTEN FILHO, trazendo o pensamento de VERRUCOLI⁷⁵, afirma que a desconsideração se aplica independentemente da teoria ou concepção filosófica do conceito de pessoa jurídica. O que varia é a concepção sobre a desconsideração, de acordo com a teoria adotada.⁷⁶

Assim, explica que em teoria ficcionista, a desconsideração também será produto de uma ficção: já em enfoque realista, a desconsideração aparece como correção, pelo ordenamento jurídico, dos “equivocos do direito”.⁷⁷

3 Do Conceito

A doutrina do “disregard of legal entity”, que teve seu desenvolvimento pelos tribunais norte-americanos, objetiva, como aponta REQUIÃO impedir a fraude ou

⁷³ A dupla crise.... p. 613.

⁷⁴ Op. cit., p. 02. Ressalta –se que este é, também, o posicionamento de RAMOS, op. cit.

⁷⁵ Op. cit., p. 6-7.

⁷⁶ Op. cit., p. 58.

⁷⁷ Ibid., p. 59.

abuso pelo uso da personalidade jurídica⁷⁸: “é justo perguntar se o juiz, deparando-se com tais problemas, deve fechar os olhos ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição formal da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas”.⁷⁹

Para RAMOS, é justamente na percepção de que, em certos casos, a personalização societária origina fraudes e abusos que a “doutrina e os aplicadores do direito foram buscar mecanismos para coibir a distorção na atividade dessas entidades.”⁸⁰

CASILLO afirma que é aplicável a teoria da desconsideração no momento em que “a forma da pessoa jurídica, ou a própria pessoa jurídica, é utilizada com o intuito de fugir às finalidades impostas pelo Direito.” Neste caso, “não deve ser levada em conta sua existência, para, na decisão do caso que lhe é apresentado, o julgador decidir como se, na espécie, a pessoa jurídica não existisse, imputando as responsabilidades aos seus sócios ou, mesmo, a outra pessoa jurídica de que se tenha utilizado ou mesmo, se escondido sob a forma daquela primeira.”⁸¹

OLIVEIRA, que vê na lei apenas papel de reconhecimento de realidades preexistentes, aponta que, devido a alterações da realidade social, ou equívocos na apreensão da realidade pelo legislador, pode “tornar-se superada a descrição normativa adequada. Quando a norma não mais qualifica adequadamente o ser que regula, o sistema entra em crise.”⁸² Aqui estaria a primeira crise apontada pelo autor.

Sendo a ordem jurídica orientada por valores essenciais da pessoa humana, a pessoa jurídica está vinculada a estes, de forma a sua existência ter de se voltar para a realização de fins que a ordem jurídica considera “socialmente relevantes”. Assim, a pessoa jurídica possui funções, como possibilitar a união de esforços e recursos para atividade de produção que de outra forma não seria possível de se realizar, ou mesmo como forma de limitar os riscos da atuação empresarial. Porém, ao passo “que as

⁷⁸ Op. cit., p. 13.

⁷⁹ Ibid., p. 14.

⁸⁰ Op. cit., p. 189.

⁸¹ Op. cit., p. 24.

⁸² A Dupla crise..., p. 607.

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 da função do instituto.”⁸³ Aqui surge a segunda crise.

Assim, fundamenta a desconsideração na observação desta crise de função do instituto da pessoa jurídica: o surgimento dos mecanismos de desconsideração da personalidade jurídica são os mais fortes indicadores da crise de função do instituto.⁸⁴ Seria a reação da doutrina e jurisprudência para coibir a desnaturação da sociedade, coibir a ação de fim imoral ou antijurídico.⁸⁵

José Luis DE LOS MOZOS⁸⁶, citado por F. AMARAL⁸⁷, afirma que “a chamada crise da pessoa jurídica não é, na verdade, crise do conceito ou da categoria em si mesmo, mas de sua deformação, manifestada nos abusos com que se utiliza o aspecto puramente formal.”

KOURY afirma, no mesmo sentido, que a desconsideração da personalidade jurídica é decorrente de um desvio da função do ente personificado.⁸⁸ E conclui que “ao verificar que a finalidade que o ordenamento jurídico visa a alcançar, através da distinção ente a pessoa jurídica e os seus membros, está sendo desviada, ou que, consagrada, levaria a soluções injustas, os juízes e tribunais devem cumprir suas funções e ‘desconsiderar’ tal distinção, a fim de atenderem ao seu compromisso com a justiça.”⁸⁹

Para os que alegam que o juiz, ao reformar o direito, determinando a desconsideração por equidade, estaria recaindo em arbitrariedade, KOURY, traduzindo o pensamento de François GENY⁹⁰, esclarece: em verdade “a lei escrita é incapaz de resolver todos os problemas suscitados pelas relações sociais, de tal modo

⁸³ Id., *ibid.*, p. 608.

⁸⁴ Id., *ibid.*

⁸⁵ Id., *ibid.*, p. 262.

⁸⁶ In TOBENAS, Castan. **Derecho civil espanol, comum y foral**, adiciones de José Luis de Los Mozos, p. 878.

⁸⁷ Op. cit., p. 286.

⁸⁸ Op. cit., p. 74.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 156.

⁹⁰ **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**. T. 1. Paris: L.G.D.J., 1932. p. 112-123.

que, mesmo nos casos que pareçam enquadrar-se perfeitamente na hipótese prevista na lei, faz-se necessário investigar as realidades sociais concretas, a fim de que a aplicação da lei a elas produza os resultados intentados pelo legislador.”⁹¹

KOURY acaba por conceituar a doutrina da desconsideração, afirmando que ela “consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar em 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.”⁹²

Assim, como meio de reencontrar o escopo buscado pelo ordenamento jurídico, identifica no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, Lei n.º 4.657 de 1942, instrumento norteador para a aplicação da *Disregard Doctrine*⁹³:

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum..

Veja-se, também, o disposto no artigo 421 do Novo Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Nesse sentido, JUSTEN FILHO afirma que “sempre que o exercício da faculdade possa conduzir ao sacrifício do fim que orientou a atribuição da própria faculdade, deverá ela ser restringida.[...] O fim a que se orienta a faculdade prevista na norma condiciona o conteúdo e o exercício da dita cuja. Bem por isso, a personificação societária orienta-se à realização de um fim social.”⁹⁴

⁹¹ Op. cit., p. 76.

⁹² Ibid., p. 86.

⁹³ Ibid., p. 153.

⁹⁴ Op. cit., p. 117-118.

Estreitamente ligado a esse aspecto está o disposto no artigo 422 do Novo Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Rachel SZTAJN entende que “o agir de boa fé na constituição da pessoa jurídica e não apenas observar as formalidades é requisito básico, infralegal para que os sócios das sociedades aproveitem a limitação da responsabilidade patrimonial que decorre da personificação...”⁹⁵

Da mesma forma, para Flávia Lefèvre GUIMARÃES deve-se ter em vista “os princípios da boa fé, calcados sempre no senso comum, que pode ser haurido da jurisprudência e da doutrina, objetivando, é claro, uma interpretação que confira coerência à ordem jurídica.”⁹⁶

Assim, seguindo o pensamento de JUSTEN FILHO, o disposto no artigo 20 do Código Civil deve ser visto com relatividade, visto que “as faculdades asseguradas pelo direito não podem ser frustradas através da utilização reprovável de outras faculdades instituídas pelo mesmo direito.”⁹⁷

Então, desconsideração da personalidade jurídica seria “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.”⁹⁸

⁹⁵ Desconsideração da personalidade jurídica. In: *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 2, p. 67-75, 1992. p. 69.

⁹⁶ *Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor – aspectos processuais*. São Paulo: Max limonad, p. 61.

⁹⁷ Op. cit., p. 118.

⁹⁸ Ibid., p. 57.

4 Natureza Jurídica da Desconsideração.

JUSTEN FILHO reconhece que a desconsideração possui traços semelhantes com os vícios dos atos jurídicos, como a nulidade e anulabilidade, pois nos dois casos o direito retira a produção dos efeitos previstos pelas partes e a incidência do regime jurídico aplicável. Seriam, da mesma forma, exceção à regra. Ressalta, porém, que as diferenças superam em muito as semelhanças entre as duas categorias.⁹⁹

Quanto ao ângulo de enfoque, o vício teria enfoque estruturalista e estático, que consistiria na falta de correspondência entre o modelo legal e uma atuação concreta. Já na desconsideração, o enfoque é funcionalista e dinâmico, consistente na falta de correspondência entre os fins norteadores da adoção de certo regime jurídico e os fins localizados no caso concreto.

Quanto ao objeto de enfoque, na desconsideração é dada ênfase na pessoa jurídica ou física e sua atuação. Já no vício, se enfatiza a atuação exteriorizada.

Quanto à diversidade de efeitos, a desconsideração não enseja invalidade de ato, que se expressa válido. O que ocorre é a atribuição a pessoas diferentes das que normalmente receberiam sua imputação. Já no caso de vício, o ato é inválido ou invalidável, em decorrência de vício estrutural.

Entende, também, que não se pode confundir os casos de desconsideração, com os vícios na constituição da sociedade. A desconsideração possui como pressuposto a constituição válida e regular da sociedade, sua regular personificação. Já no segundo caso o defeito impossibilita a aplicação do regime jurídico próprio das sociedades, não havendo, portanto, personificação, como consequência de vício estrutural.¹⁰⁰

Assim, a desconsideração seria decorrente de uma "desfunção na atividade dinâmica societária, que produz a necessidade de evitar a incidência do regime da personificação, sob pena de sacrifício dos fins do direito. Ao contrário, o vício na

⁹⁹ Ibid., p. 67-72.

¹⁰⁰ Ibid., p. 71-72.

constituição societária acarreta o desaparecimento da sociedade e da pessoa jurídica, supervenientemente, pela carência dos pressupostos legais.”¹⁰¹

Identifica, ainda, grande proximidade entre a desconsideração unitária e as categorias de fraude contra credores e simulação.¹⁰² Em todos estes casos, há validade do ato, sob a análise de sua subsunção ao modelo normativo: há disfunção, uso da pessoa jurídica de forma contrária aos fins buscados pelo ordenamento jurídico.

Na fraude contra credores ocorreria disposição voluntária de bens com objetivo de lesar credores. Já na simulação há uma dissociação entre a realidade e aparência jurídica, há divergência entre o ato externalizado e a intenção do agente em ocultar a real substância, reprovável esta pelo ordenamento jurídico.

Ressalta, porém, que tais semelhanças não implicam em identidade entre a desconsideração e tais categorias, visto que a desconsideração é categoria muito mais ampla, que abrange diferentes casos totalmente desvinculados das hipóteses de fraude contra credores e simulação.

O que ocorre é que: “as situações de simulação ou de fraude contra credores, porque envolvem abuso das faculdades jurídicas, permitem, com uma certa freqüência, a verificação conjunta também dos pressupostos da aplicação da desconsideração da personalidade societária.” Então, “sob um aspecto, o abuso propicia a desconsideração da personalidade societária; sob outro, conduz à invalidade (por simulação ou fraude contra credores).”¹⁰³

Entende, porém, que o vício de invalidade deve prevalecer sobre a desconsideração, visto que parte da “premissa de que inexistem causas de invalidade para, exclusivamente afastar as regras previstas para a pessoa jurídica.”¹⁰⁴

KOURY ressalta que, em princípio, a fraude acarreta anulabilidade do negócio jurídico fraudulento, não sendo necessária a desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas considerar inválido o ato eivado de fraude. Porém, considera que mesmo não sendo, em princípio, caso de aplicação da doutrina da desconsideração,

¹⁰¹ Ibid., p. 78.

¹⁰² Ibid., p. 80-83.

¹⁰³ Ibid., p. 82.

¹⁰⁴ Ibid., p. 83.

torna-se necessária sua utilização em casos de simulação e fraude à lei, quando a pessoa jurídica aparece como meio da ação fraudulenta. Isto se daria para alcançar julgados mais justos¹⁰⁵. Assim, conclui que: “...muitas vezes, para que se possa afirmar ter havido fraude ou simulação, necessário se faz superar a forma da pessoa jurídica pois, sem enxergar a substância real das coisas através dessa superação, não seria possível preservarem-se os direitos das pessoas prejudicadas por esses atos simulados ou eivados de fraude.”¹⁰⁶

JUSTEN FILHO entende, ainda, que a desconsideração não é ligada ao plano da validade, mas sim ao plano da eficácia jurídica. Validade se traduz por uma compatibilidade entre ato concreto e previsão da norma em abstrato pelo ordenamento jurídico. A eficácia, embora produzida pela validade, surge quando o ato possui aptidão para a produção de efeitos desejados pelas partes: “o requisito da eficácia não se identifica nem se reduz à validade, necessariamente.”¹⁰⁷

Assim, “a desconsideração envolve o questionamento da eficácia da personalidade jurídica atribuída a uma sociedade, ignorando-se dita eficácia relativamente a um ato específico, a uma série de atos ou a um determinado espaço de tempo.”¹⁰⁸ Trata-se de ineficácia da “personificação de um certo sujeito”, que consiste em obter regime jurídico diverso para a prática de determinados atos.¹⁰⁹

Desse modo, são assemelhados os pressupostos da desconsideração com os do negócio indireto. Este seria “negócio jurídico para atingir resultados que não são rigorosamente aqueles que justificaram e explicaram sua consagração no ordenamento.”¹¹⁰ A desconsideração possui aplicação nos casos de uso indireto da sociedade:

... o sócio quer a sociedade personificada: sua conduta é preordenada à consecução da distinção entre a sua pessoa e a pessoa da sociedade. Mas o fim que busca atingir não

¹⁰⁵ Op. cit., p. 82-84.

¹⁰⁶ Ibid., p. 85.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 85.

¹⁰⁸ Ibid., p. 88.

¹⁰⁹ Ibid., p. 89-91.

¹¹⁰ Ibid., p. 92.

corresponde ao fim teórico, abstrato, visualizado pelo direito quando consagrou a personificação societária. Não se trata de obter a reunião de capitais e de esforços para obtenção de resultados que o isolamento não permitiria. Trata-se de obter resultados que a não personificação impediria, mas tais resultados são outros, egoísticos e sequer tomados em consideração pelo direito ao modelar as sociedades personificadas.¹¹¹

¹¹¹ Ibid., p. 92-93.

CAPÍTULO III – DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

1 A Responsabilidade e a Separação Patrimonial

1.1 A questão da responsabilidade

José de Aguiar DIAS já afirmava: “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade.”¹¹² Responsabilidade traduziria idéia de equivalência, correspondência, contraprestação, “no sentido de repercussão [...] obrigacional da atividade do homem”.¹¹³

G. MARTON¹¹⁴, citado por DIAS¹¹⁵, considera responsabilidade como sendo “a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.”

FERRAZ JÚNIOR, tratando da responsabilidade, trabalha com os termos dever e obrigação. Esta possui dois sentidos: o de estar obrigado e o de ter obrigação.¹¹⁶

Explicando o fundamento do vínculo obrigacional, aponta que a dogmática chegaria a palavra dever, como força moral ou aprovação social. “Toda obrigação envolve assim um vínculo, expressão de um dever.” Conclui então que o dever age como “motivo para o comportamento lícito que se cumpre, primariamente, não por temor de sanções, mas por respeito desinteressado ao direito.”

Assim, o autor localiza a dualidade entre dever e responsabilidade: a obrigação envolveria o “fator vínculo” (dever ou *Schuld*) e o “fator prestação” (responsabilidade ou *Haftung*). “... a obrigação se define como vínculo objetivo em

¹¹² **Da responsabilidade Civil**, 10. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1.

¹¹³ *Ibid.*, p. 2.

¹¹⁴ **Les fondements de la responsabilité civile**, Paris, 1938, n.º 97, p. 304.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 3.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 161.

que ocorre a exigência de uma prestação sob pena de sanção. O dever se localiza naquele vínculo; a responsabilidade na exigência da prestação.”¹¹⁷

Enrico Tullio LIEBMAN¹¹⁸, citado por ISFER¹¹⁹, traz a noção de que se podem encontrar, dentro da relação obrigacional, dois elementos distintos: débito e responsabilidade. Débito seria expresso no dever de uma pessoa atender a uma obrigação, em correspondência com o direito de crédito exercido pelo sujeito ativo da obrigação. Já a responsabilidade representaria a sujeição do patrimônio do devedor como forma de satisfação do credor pela dívida vencida e não paga, através de atuação sancionatória do Poder Judiciário.

ISFER localiza a questão da responsabilidade ligada à “garantia dos bens, seja do devedor, seja do terceiro, pelas dívidas assumidas por aquele.” Assim, “o devedor responde pelas obrigações por ele contraídas, de forma que o credor, não tendo sido satisfeitas espontaneamente as mesmas, pode impor coercitivamente o seu direito creditício, seja sobre o patrimônio do devedor, seja sobre o patrimônio de terceiros obrigados.”¹²⁰

Quanto às modalidades de responsabilidade, ISFER, seguindo classificação de Carlos Santiago NINO¹²¹, traz resumo bastante didático: a responsabilidade classifica-se em direta e indireta; e em subjetiva (culpa) e objetiva (resultado)¹²².

Responsabilidade direta é a modalidade em que o sujeito sofre sanção em decorrência da prática de ato próprio. Coincide, portanto, o sujeito que cometeu o ilícito e o que sofre a sanção: a responsabilidade indireta, também chamada vicária, ocorre nos casos em que se aplica a sanção ao sujeito em consequência de conduta de outrem.

Já a responsabilidade subjetiva, é a modalidade em que o sujeito recebe a sanção pela prática voluntária de ilícito, ou nos casos em que deveria ou poderia

¹¹⁷ Ibid., p. 162.

¹¹⁸ **Processo de Execução**. São Paulo, 1946, n.º 14.

¹¹⁹ Op. cit., p. 65.

¹²⁰ Ibid., p. 66

¹²¹ **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987. p. 187/190. Orientação adotada por Hans Kelsen em **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1987.

¹²² Op. cit., p. 67.

prever o resultado danoso; a responsabilidade objetiva surge nos casos em que o sujeito pode sofrer sanção independentemente da prática voluntária de ilícito ou da previsão do resultado danoso.

1.2 Da separação patrimonial

De início pode-se verificar o disposto no artigo 20 do atual Código Civil:

Art. 20 As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

Como ressalta REQUIÃO, efeito dos mais importantes da personificação é a autonomia patrimonial.¹²³ Após o registro de seu ato constitutivo a sociedade passa a possuir patrimônio próprio, decorrente de contribuições dos sócios. Estes adquirem o quinhão de participação no capital social, representado por cotas ou ações.

Trazendo a lição de Fábio Konder COMPARATO¹²⁴, KOURY esclarece que a função da pessoa jurídica seria criar um “centro de interesses autônomos em relação às pessoas que lhe deram origem, de modo que a estas não possam ser imputadas as condutas, os direitos e os deveres daquela.”¹²⁵

Para Fábio Ulhoa COELHO, então, apenas a frustração do direito de crédito não ensejaria a desconsideração, visto que a autonomia patrimonial é decorrente de dispositivos legais.¹²⁶

A separação patrimonial é que permitiria que se realizassem ações que de outra forma não poderiam ser efetuadas. Entretanto, como bem menciona KOURY, esta reunião e esforços e recursos deve, sempre, estar em conformidade com fins de relevância social.¹²⁷

¹²³ Op. cit., p. 15.

¹²⁴ **O poder de controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 283.

¹²⁵ Op. cit., p. 66-67.

¹²⁶ **O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 221-222.

¹²⁷ Op. cit., p. 67.

COELHO entende ser a pessoa jurídica instrumento compatível com a ordem constitucional econômica. O desenvolvimento da produção e a busca do desenvolvimento social exigiriam formas de motivação da iniciativa privada, como a “limitação dos riscos na exploração da atividade econômica através do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.”¹²⁸

Assim, como regra geral, deve-se respeitar a separação entre patrimônio da sociedade e dos sócios, bem como a exata correlação de suas dívidas e da responsabilidade pelas mesmas: em princípio a sociedade responde pelas suas dívidas; os sócios respondem por suas dívidas pessoais.

2 Da Responsabilidade Patrimonial da Sociedade

Constituída, adquire a pessoa jurídica autonomia patrimonial. Esta autonomia significa patrimônio distinto e inconfundível com o patrimônio dos sócios. O patrimônio social, como regra geral, não é responsável pelas dívidas individuais dos sócios, somente respondendo pelas dívidas da sociedade.

Como afirma ISFER, “sendo personificada, portanto, a sociedade responde com seu patrimônio pelas dívidas sociais. Seria, então, uma responsabilidade decorrente da atividade da própria sociedade.”¹²⁹

Pela doutrina que entende aplicável em nosso ordenamento jurídico a teoria *Ultra Vires*, a pessoa jurídica possui, em sua atuação, limitações à capacidade, derivadas da lei ou de convenção.

A pessoa jurídica vincula sua atuação de acordo com as regras que originaram sua criação: as limitações legais determinam o viés funcional da atuação da pessoa jurídica, condicionando sua atuação apenas para fins lícitos e possíveis perante o direito, pois, como ensina REQUIÃO, é o Estado que estabelece os limites da concessão¹³⁰; as limitações convencionais são aquelas pré determinadas pelo ato do instituidor da entidade, no ato constitutivo ou em alterações posteriores. Tudo que não

¹²⁸ O empresário..., p. 216.

¹²⁹ Op. cit., p. 70.

¹³⁰ Op. cit., p. 20-21.

esteja abrangido, expressa ou implicitamente, no objeto da entidade, não pode ser realizado.

Dessa forma, atuando a pessoa jurídica de forma contrária ou não prevista no objeto da pessoa jurídica, considera-se como se não tivesse atuado, somente podendo ser responsabilizado o sócio que praticou o ato. É a aplicação da teoria *Ultra Vires* que dispõe que a pessoa jurídica não deve responder pelos atos que não se encontram abrangidos pelo seu objeto.

A doutrina *Ultra Vires* teria base no artigo 316 do Código Comercial, que dispõe:

Art. 316 - Nas sociedades em nome coletivo, a firma social assinada por qualquer dos sócios-gerentes, que no instrumento do contrato for autorizado para usar dela, obriga todos os sócios solidariamente para com terceiros e a estes para com a sociedade, ainda mesmo que seja em negócio particular seu ou de terceiro; com exceção somente dos casos em que a firma social for empregada em transações estranhas aos negócios designados no contrato.

De forma contrária, entende OLIVEIRA ser inaplicável ao nosso direito o princípio da especialidade ou teoria *Ultra Vires*, pois “ainda que o desvio da finalidade decorra de ato apenas de um sócio, o abuso que ele tenha cometido não exonera a sociedade em face de terceiros de boa fé.”¹³¹

O mesmo ocorre no caso de aval dado por sócio-gerente, em nome da sociedade, contrariando proibição expressa no contrato social. Aqui a jurisprudência vem entendendo ser inoponível o aval dado a terceiros de boa fé. Fica resguardada, porém, ação judicial regressiva da sociedade contra o sócio que atuou de forma contrária à proibição.

¹³¹ A dupla crise.... p. 253.

Assim, entende “inoponíveis a terceiros as restrições estatutárias e contratuais que limitem a capacidade de direito ou estabeleçam requisitos adicionais à eficácia de determinados atos ou negócios jurídicos”.¹³²

Dessa forma, protege-se o terceiro de boa fé: “entre o prejuízo dos sócios que escolheram mal os detentores da agência ou de cargos de direção e o prejuízo dos terceiros que com a sociedade celebraram atos ou negócios jurídicos, [...] o prejuízo dos primeiros encontra maior justificativa nos riscos por eles mesmos assumidos em troca dos benefícios da atividade sob forma societária.”¹³³

Da mesma forma, Paulo Salvador FRONTINI entende ser responsável a sociedade: “aqueles que, situando-se dentro da sociedade, cujo administrador cometeu o abuso, não deixam de ter sua parcela de responsabilidade pela ocorrência. Afinal, acionistas, diretores e fiscais, [...] não deixam de concorrer, por omissão voluntária, negligência ou imprudência, para a superveniência do evento danoso.”¹³⁴

RAMOS também entende que a responsabilidade patrimonial das sociedades advém dos “atos praticados em seu nome pelos órgãos que a representam”.¹³⁵

Ao que parece, coloca-se o Novo Código Civil na “contramão” da doutrina e jurisprudência, pois dispõe em seu artigo 47:

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Solução intermediária oferece Paulo Afonso de Sampaio AMARAL. Para ele, sendo proveitoso para a sociedade o ato com excesso ou abuso de poderes deve ela ser responsável, visto que do contrário ensejaria seu enriquecimento ilícito. Aqui o proveito equivaleria a uma ratificação do ato, vinculando a sociedade. Já nos casos de operações de grande vulto, como um grande empréstimo, o autor entende que a culpa

¹³² *Ib. ibid.*, p. 256

¹³³ *Ib. ibid.*

¹³⁴ Artigo inominado. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, vol. 14, p. 96-100, p. 100.

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 189.

seria do credor, que deveria confirmar os poderes daquele com quem contratou, não podendo haver responsabilização da sociedade.¹³⁶

3 Da Responsabilidade Patrimonial dos Sócios

Em princípio, os sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, da mesma forma que esta não responde pelas dívidas particulares dos sócios: tudo em decorrência da autonomia patrimonial existente.

Como afirma ISFER: “...parece mais consentâneo com a efetiva personificação do ente social, a não responsabilização dos sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade. Ora, se o patrimônio da pessoa deve responder por suas obrigações, é natural que o dos sócios não respondesse pelas das sociedades, salvo quando expressamente estabelecido por lei.”¹³⁷

Alerta OLIVEIRA que em nosso ordenamento jurídico tratam-se de “fenômenos bem distintos, o da personalidade jurídica e o da responsabilidade, não havendo qualquer margem para vincular a personalidade jurídica à exclusão geral de responsabilidade do sócio.”¹³⁸

Ressalta, ainda, que a limitação da responsabilidade não é consequência inevitável da pessoa jurídica. Isto se demonstra pela existência das sociedades em que a responsabilidade é ilimitada, como nas sociedades em nome coletivo e nas sociedades civis. Aqui a responsabilidade dos sócios pelas dívidas advindas da sociedade estaria elencada como casos de responsabilidade por dívida alheia. É de se mencionar que esta responsabilidade é subsidiária, visto que pressupõe insuficiência do patrimônio da sociedade.¹³⁹

Neste caso, ISFER entende tratar-se de responsabilidade objetiva ou indireta dos sócios, visto que “não praticaram os atos definidores da obrigação. Tais atos foram

¹³⁶ Artigo inominado. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, vol. 6, p. 97-100, p. 99-100.

¹³⁷ Op. cit., p. 66.

¹³⁸ A dupla crise..., p. 520.

¹³⁹ Id., *ibid.*, p. 260-261.

praticados pelas sociedades, através de seus órgãos, o que faz delas responsáveis diretas pelas obrigações.”¹⁴⁰

Também, em certas circunstâncias, sócios, administradores e gerentes podem vir a ser responsabilizados por dívidas da sociedade, nos casos em que agiram com excesso de poderes ou de forma contrária à lei ou aos estatutos sociais.

COELHO entende necessário diferenciar os casos de desconsideração daqueles de responsabilização dos representantes legais.¹⁴¹ Assim, a responsabilização do administrador por ato ilícito ou má administração decorreria de ato pessoal, sendo sua responsabilidade ilimitada, visto que não se encontra oculto, por trás da pessoa jurídica.¹⁴²

KOURY¹⁴³ cita como exemplo os artigos 134, inciso VII, e 135, inciso III do Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172, de 1966:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

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

(...)

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

Também seria o caso do artigo 10 do Decreto n.º 3.708, de 1919:

¹⁴⁰ Op. cit., p. 73.

¹⁴¹ O empresário..., p. 215.

¹⁴² Ibid., p. 224-225.

¹⁴³ Op. cit., p. 87.

Art. 10. Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Nestes casos, entende a autora, não se desconsidera a personalidade jurídica: não foi a entidade que foi manipulada para que essas pessoas atuassem e não pudessem sofrer responsabilização. O que houve foi atuação ilícita ou má gestão, sendo, desta forma, responsabilizadas de forma pessoal.¹⁴⁴

Da mesma forma, OLIVEIRA entende que o disposto no artigo 134, VII do CTN seria caso de responsabilidade dos sócios por dívida alheia (da sociedade). Não há quebra do princípio da autonomia da pessoa jurídica. Também não há desconsideração da autonomia da pessoa jurídica nos casos em que a lei atribui a diretores responsabilidade por atuação dolosa ou culposa ou violadora de estatutos sociais ou da lei. Aqui apenas se trata de imputação por ato próprio.¹⁴⁵

JUSTEN FILHO entende que o disposto no artigo 135 refere-se a questão dos poderes de representação, não se aplicando a desconsideração da personificação societária, tendo em vista que “não incidirá a desconsideração em todo e qualquer caso em que o sócio atuar de modo ilícito ou abusivo – mas somente se tal ilicitude ou abuso forem aptos a provocar a fraude a direito alheio, sanável exclusivamente pela via da desconsideração.”¹⁴⁶

Neste sentido, CASILLO entende que as hipóteses de responsabilização ao diretor, gerente ou sócio previstas no Código Tributário Nacional Lei 5.172/66, artigo 134, VII, artigo 135 não são hipóteses de aplicação do regime da *Disregard Doctrine*, pois quando a lei impõe a essas pessoas “responsabilidade por dívidas da sociedade, o faz porque uma dessas pessoas agiu de maneira contrária á lei ou ao contrato, mas como pessoa integrante da pessoa jurídica. Não foi a pessoa jurídica que teve a sua finalidade desvirtuada, não foi a pessoa jurídica como ser que foi manipulada mas,

¹⁴⁴ Ibid., p. 86-87.

¹⁴⁵ A dupla crise..., p. 520.

¹⁴⁶ Op. cit., p. 111.

sim, o diretor, o gerente ou o sócio que na sua atividade ligada à empresa, andou mal.”¹⁴⁷

Explica, então, que seria cabível a desconsideração da personalidade jurídica nos casos 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.”¹⁴⁸

4 Da Relatividade da Personalidade Jurídica

Interessante a posição de Francisco Manuel de Carvalho Serra GRANJEIA, que afirma que “a sociedade exerce uma função legítima, não representando abuso a limitação de responsabilidade que propicia. Contudo, a sua autonomia em relação às pessoas dos sócios é relativa, pois indirectamente, o seu património a eles pertence e a sua vontade é, pela vontade deles, fortemente direccionada.”¹⁴⁹

Como observa KOURY, “o direito é necessariamente mutável, no sentido de que as normas jurídicas devem acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade”, devendo esta noção ser aplicada ao instituto da personalidade jurídica. O conceito de pessoa jurídica é historicamente variável.¹⁵⁰

Fazendo análise histórica, esclarece KOURY¹⁵¹ que a teoria da ficção proposta por SAVIGNY apareceu em momento em que se pretendia unificar os Estados, antigos feudos. Os Estados necessitavam de poder para criar a pessoa jurídica. Já a teoria realista proposta por GIERKE surge como proteção aos interesses da burguesia. Esta procurava formas de manter seu domínio contra possíveis manifestações estatais: tornou-se necessário o automático reconhecimento das formas societárias como pessoas distintas de seus membros.

¹⁴⁷ Op. Cit., p. 35.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Breves Notas sobre A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade no âmbito das sociedades coligadas. **Verbo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.org/estudos/scoligadas.html>> Acesso em 15 ago. 2002.

¹⁵⁰ Op. cit., p. 6.

¹⁵¹ Ibid.

Importante a observação de JUSTEN FILHO, quando visualiza a passagem de um conceito absoluto dos direitos subjetivos no período anterior ao século XIX, para uma funcionalização do direito.

As alterações sócio-político-econômicas fazem emergir limitações ao exercício desses direitos, os limites seriam expressos na coletividade e nos fins do Estado. Assim, passa-se a visualizar o direito subjetivo não a partir da vontade egoística do titular, e sim em atenção a interesses e valores que ultrapassam a esfera individual. Diante da incompatibilidade entre o exercício de um direito subjetivo e interesses coletivos (protegidos pelo direito objetivo), surge a figura do abuso do direito. Indispensável, pois, a relativização da noção de direito subjetivo.¹⁵²

Dessa forma, a pessoa jurídica deve ser vista de forma relativa e histórica. “A pessoa jurídica, enquanto expressão técnico-jurídica, refere-se a conceitos e a situações jurídicas que se inserem dentro de contextos históricos e com os quais estabelece interação.”¹⁵³

KOURY traduzindo o pensamento de VERRUCOLI¹⁵⁴, afirma que a relatividade da personalidade jurídica “corresponde à relatividade de atribuição do privilégio de existir e agir unitariamente com grupo, sendo então, um reflexo da própria relatividade do reconhecimento.” Este reconhecimento “é sempre uma criação do direito na medida em que é consentida, reconhecida e tutelada esta liberdade de formação e expressão coletiva”.¹⁵⁵

Tendo sido o ente personificado, não mais pode o ordenamento jurídico desconhecer arbitrariamente os efeitos dessa personificação. Dessa forma, KOURY justifica a necessidade da doutrina da desconsideração, para que sejam determinados os limites do uso da personalidade jurídica, sempre de conformidade com o interesse social. Nada impede, por isso mesmo, que se atribua “à personalidade jurídica um valor limitado e relativo”, não significando isso a negação de validade do instituto.¹⁵⁶

¹⁵² Op. cit., p. 41.

¹⁵³ Ibid., p. 36.

¹⁵⁴ Op. Cit., p. 195.

¹⁵⁵ Op. cit., p. 6.

¹⁵⁶ Ibid., p. 7.

CASILLO aponta a relativização do conceito absoluto, à total autonomia patrimonial entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, ensinando que nem sempre é possível a manutenção da “distinção clássica entre a pessoa jurídica e as pessoas que dela fazem parte.”¹⁵⁷

No mesmo sentido, KOURY observa que “a separação patrimonial, bem como a limitação de responsabilidades, não podem ser elevadas a dogmas, pois a personificação só legitima-se enquanto servir aos propósitos para os quais foi concebida, surgindo, assim, a necessidade de desconsiderar-se tal personalidade sempre que for utilizada com intuítos diversos...”¹⁵⁸

REQUIÃO afirma que o direito da personalidade jurídica, conferido pelo ordenamento jurídico, deve ser visto de forma relativa, pois a doutrina da desconsideração retira o caráter absoluto que historicamente se desenvolveu sob a defesa da autonomia patrimonial: “apresenta-se, por conseguinte, a concessão da personalidade jurídica com um significado ou um efeito relativo, e não absoluto, permitindo a legítima penetração inquiridora em seu âmago”.¹⁵⁹

Em clássica decisão, merece ser transcrito trecho do julgamento proferido pelo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude de juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito.”¹⁶⁰

¹⁵⁷ Op. cit., p. 24.

¹⁵⁸ Op. cit., p. 13.

¹⁵⁹ Op. cit., p. 15.

¹⁶⁰ SÃO PAULO, Tribunal de Alçada Civil. Apelação n.º 9247, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 238:393-5, ago. 1955. p. 394.

CAPÍTULO IV - DOS ELEMENTOS BÁSICOS, PRESSUPOSTOS, INTENSIDADE E EXTENSÃO DA DESCONSIDERAÇÃO

1 Elementos Básicos e Pressupostos

Preliminarmente, JUSTEN FILHO afirma ser indispensável averiguar uma questão metodológica: é necessário se desvencilhar do modelo indutivo que se apresenta no direito comparado que, com base nos julgados busca encontrar as regras fundamentais da desconsideração. Ao contrário, a tradição jurídica brasileira adotaria o método dedutivo, ou seja, método sistemático no trato dos institutos jurídicos. O método dedutivo busca pôr em ordem as questões de forma geral e abstrata, de acordo com a natureza dos institutos jurídicos.¹⁶¹

Dessa forma, considera “problematizada” a forma de raciocínio utilizada pela concepção anglo-saxônica, de origem romana.¹⁶² Pelo raciocínio dedutivo, é a partir do ordenamento jurídico, genérico e abstrato, que se define qual a solução para o caso em concreto.¹⁶³

Assim, define os elementos de um conceito de desconsideração.¹⁶⁴

Primeiramente, é indispensável a existência de uma ou mais sociedades personificadas. Disto decorrendo a distinção entre a sociedade e os sócios ou entre diversas sociedades, coligadas ou controladas:

A desconsideração acarreta, também, a suspensão da aplicação de regras sobre a personificação da sociedade. Há uma desconsideração da eficácia da personificação em determinadas situações.

O terceiro elemento consistiria na ignorância dos efeitos da personificação apenas para o caso específico, não acarretando sua invalidação: continua válida a constituição e existência da sociedade.

¹⁶¹ Op. cit., p. 9.

¹⁶² Ibid., p. 53.

¹⁶³ Ibid., p. 52-53.

¹⁶⁴ Ibid., p. 55-57.

A desconsideração não implica em invalidação de ato jurídico. Ao contrário, são considerados válidos todos os atos, apenas não sendo considerados os efeitos decorrentes da personificação societária. Só indiretamente pode ocorrer invalidação de ato jurídico, no caso em que desconsiderada a personalidade societária, surge vício de validade do ato.

Por fim, a desconsideração deve ser analisada em seu aspecto teleológico. A desconsideração surge quando da verificação de atuação que possa sacrificar interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Evita-se a atuação abusiva por meio da sociedade, desconsiderando-a. Ressalta, ainda, que “o cabimento da desconsideração envolve uma questão ideológica, no sentido de que haverá uma opção por um valor ou um interesse específico, diante de outros valores ou interesses específicos. [...] A indisponibilidade dos interesses é variável no tempo e no espaço.”¹⁶⁵

KOURY funda a *Disregard Doctrine* em “expressa norma de lei que regulamenta o caso concreto, no sistema legal de eficácia dos atos jurídicos e, ainda, nos princípios gerais que informam nosso ordenamento jurídico”.¹⁶⁶

Segundo REQUIÃO, presentes abuso de direito ou fraude, com o uso da personalidade jurídica, o juiz deve decidir 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.”¹⁶⁷

Assim, oferece em sua obra as definições de fraude e abuso de direito. Abuso de direito ocorreria na situação em que o indivíduo exercite seus direitos de forma egoísta, desvinculando-se da função social que o Estado e a coletividade objetivam: apesar de estar de acordo com o texto literal da lei, apresenta-se contrário a finalidade social, e ao próprio direito. Já a fraude seria configurada como um “negócio jurídico ramado” com objetivo de prejudicar credores, beneficiando uma parte ou terceiros. No abuso de direito não existe, propriamente, trama contra o direito de credor, mas

¹⁶⁵ Ibid., p. 156-158.

¹⁶⁶ Op. cit., p. 144.

¹⁶⁷ Op. cit., p. 14.

surge do inadequado uso de um direito, mesmo que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar o direito de outrem.”¹⁶⁸

KOURY estabelece os casos em que é possível a desconsideração da personalidade jurídica: quando “a aplicação do regime da personificação societária desvie a sociedade da finalidade que o ordenamento jurídico vise a alcançar por seu intermédio; nos em que tal aplicação conduza a situações de injusto prejuízo ao Estado ou à coletividade nele organizada; e, ainda, quando a sua aplicação produza efeitos contrários aos valores que inspiram o ordenamento jurídico, poder-se-á subestimar-se os efeitos da personalidade jurídica...”¹⁶⁹

JUSTEN FILHO entende não ser possível a fixação dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica dentro de uma definição absoluta de pessoa jurídica. visto que “essa visualização de pessoa jurídica como um ente com vida própria e autônoma, identificável ao ser humano e transcendente ao direito, inviabiliza a fixação de um parâmetro para a desconsideração.”¹⁷⁰

Ao contrário, a pessoa jurídica deve ser visualizada de forma relativa e múltipla, como exteriorização de atuação promocional do Estado.¹⁷¹

O abuso da pessoa jurídica não deve ser analisado dentro da sociedade personificada. mas sim externamente a esta. O que existe é contradição entre o fim buscado pelo direito e aquele que se atingiria com a aplicação do regime jurídico da personificação.¹⁷²

O abuso deve ser objetivo. Ou seja, não importa a intenção no momento do uso da pessoa jurídica: o que se exige apenas é um “descompasso entre a função vislumbrada pelo ordenamento jurídico para a pessoa jurídica e aquela atuação desenvolvida concretamente”.¹⁷³

O autor critica a idéia de “desnaturação da instituição”, e a concepção institucionalista que vê a pessoa jurídica como resultado de incorporação de “ideal

¹⁶⁸ Ibid., p. 16.

¹⁶⁹ Op. cit., p. 79.

¹⁷⁰ Op. cit., p. 94.

¹⁷¹ Ibid., p. 95.

¹⁷² Ibid., p. 96.

¹⁷³ Ibid.

transindividual”, interiorizado e direcionador da atuação de seus membros. Ao contrário, aponta que não ocorre contradição interna, e sim externa à pessoa jurídica: a objetividade do abuso significa uma incompatibilidade entre a atuação concreta de uma sociedade personificada e uma finalidade que se põe ao externo dela.”¹⁷⁴

Assim, aponta que o problema principal para a utilização da desconsideração da pessoa jurídica é a ausência de parâmetros expressos no ordenamento jurídico que delimitem a função da pessoa jurídica. Isto se apresenta como consequência histórica do liberalismo econômico e do início do capitalismo.¹⁷⁵

Conclui, pois, que da mesma forma como o conceito de pessoa jurídica não é absoluto, a desconsideração não apresenta “contornos rigidamente unitários.”¹⁷⁶ Não há “único e específico fundamento jurídico”.¹⁷⁷

Dessa forma, define como pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica as “circunstâncias que provocam a incompatibilidade entre o ordenamento jurídico e o resultado a que se atingiria, no caso concreto, através da utilização da pessoa jurídica.”¹⁷⁸

2 Intensidade, Extensão e Limites da Desconsideração

Segundo JUSTEN FILHO, existem diferentes níveis de intensidade da desconsideração da personalidade jurídica, podendo consistir em total ignorância do regime da personificação, quanto simples abrandamento desse regime.¹⁷⁹

Na intensidade total, a desconsideração considera imputáveis os atos e relações jurídicas direta e exclusivamente aos sócios.

Na intensidade média, não se ignora a existência da sociedade, apenas há identidade de posição jurídica entre sócio e sociedade, ambos possuindo iguais deveres e responsabilidades.

¹⁷⁴ Ibid., p. 97.

¹⁷⁵ Ibid., p. 98-99.

¹⁷⁶ Ibid., p. 101.

¹⁷⁷ Ibid., p. 65.

¹⁷⁸ Ibid., p. 95.

¹⁷⁹ Ibid., p. 61-62.

Na intensidade mínima, não há desconsideração da sociedade, da mesma forma em que é mantida a distinção entre sócio e sociedade. O que surge é responsabilidade subsidiária do sócio pelos atos da sociedade.

O autor também faz classificação quanto à extensão. Seria unitária a desconsideração que incide sobre apenas um ato ou específica relação jurídica; seriada, quando a desconsideração aplica-se a pluralidade de atos e relações jurídicas; e genérica, que envolveria todas as relações jurídicas e atos ocorridos, durante um período de tempo.¹⁸⁰

Assim, combina as diferentes modalidades quanto à intensidade e extensão, apresentando nove espécies de desconsideração.¹⁸¹

Conclui, pois, não haver conceito absoluto do regime da desconsideração: “deve-se reputar a ‘desconsideração’ como fenômeno múltiplo e relativo, na acepção de inexistir uma realidade transcendente única à qual corresponda aquela expressão vocabular e que seria revelável através do raciocínio humano. Tal como o próprio conceito de pessoa jurídica é variável e múltiplo, produzido pelas contingências da experiência cultural humana, também o mesmo se aplica quanto à desconsideração.”¹⁸²

KOURY, a luz do pensamento de SERICK, afirma ser a teoria da desconsideração extensível a todos os ordenamentos que reconheçam a distinção entre pessoa societária e seus membros.¹⁸³

Como observa REQUIÃO, a aplicação da *Disregard Doctrine* deve ser feita “com extrema cautela e em casos excepcionais”, não devendo ser transformada “numa panacéia, aplicável ao talante de paixões, dúvidas e interesses momentâneos e menos graves.”¹⁸⁴ Sua aplicação somente deve se dar para “impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação.”¹⁸⁵

RAMOS esclarece que o que se objetiva não é tornar inválido o ato constitutivo da sociedade. Ao contrário, maior é o interesse de preservá-la. Somente o

¹⁸⁰ Ibid., p. 62-63.

¹⁸¹ Ibid., p. 64.

¹⁸² Ibid., p. 65.

¹⁸³ Op. cit., p. 79.

¹⁸⁴ Op. cit., p. 20.

¹⁸⁵ Ibid., p. 23.

que se requer é “coibir o desvio, o mau uso da pessoa jurídica a partir de uma cessação episódica de sua eficácia”.¹⁸⁶

Para COELHO, na desconsideração deve-se ter em vista o princípio de preservação da sociedade, pelo qual deve-se resolver os conflitos de forma a não comprometer a sua atividade econômica.¹⁸⁷

Este também é o posicionamento de KOURY, pois afirma que o regime da desconsideração não ter por objetivo desconstituir a pessoa jurídica, despersonalizá-la, sendo a desconsideração uma exceção. Deve-se, inicialmente, “respeitar a forma da pessoa jurídica, atendendo-se à vontade do legislador, que certamente teve boas razões para criá-la, e operando-se a desconsideração apenas quando houver uma razão suficientemente forte, conforme o ordenamento jurídico, para fazê-lo, pois, do contrário, levar-se-ia ao sacrifício do próprio instituto da pessoa jurídica.”¹⁸⁸

GRANJEIA entende que a desconsideração pretende “proteger a própria sociedade da acção dos seus gerentes menos escrupulosos, assim como proteger os demais sócios e os terceiros que com ela se relacionam ou que de qualquer forma sofram os efeitos da sua actuação.”¹⁸⁹

Assim, para ele:

A desconsideração destina-se ao aperfeiçoamento do próprio instituto da personalização da sociedade comercial, pois determina a ineficácia episódica do seu acto constitutivo, preservando a validade e a existência de todos os demais actos que não se relacionam com o desvio à sua finalidade, e nisto protegendo a própria existência da sociedade. A teoria ou doutrina da desconsideração assegura a finalidade que a ordem jurídica pretende acautelar com a atribuição da personalidade jurídica à sociedade, ao mesmo tempo que protege todos os que com ela contactam, dos prejuízos decorrentes da utilização desvirtuadora dos seus fins.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Op. cit., p. 190. Este também é, aliás, o pensamento de S. KOURY, op. cit., p. 74-75.

¹⁸⁷ O empresário..., p. 218.

¹⁸⁸ Op. cit., p. 88-89.

¹⁸⁹ Op. cit., p. 3.

¹⁹⁰ Ibid.

No mesmo sentido, COELHO afirma que a desconsideração não é contra a personificação. Ao contrário, seu objetivo é o “aperfeiçoamento da disciplina da pessoa jurídica, de forma a compatibilizar a sua importância para o sistema econômico existente e a coibição das fraudes e abusos que, através dela são praticados.”¹⁹¹ Assim, “a teoria da desconsideração reforça a importância do instituto e, melhorando-o, contribui para a sua preservação e desenvolvimento.”¹⁹²

Para CASILLO, sempre que o juiz aprecie um caso concreto, sua decisão só é válida para este caso em particular, não havendo a extinção da entidade, “sob pena de correremos o risco de as vantagens trazidas pela teoria da desconsideração da pessoa jurídica serem anuladas, face aos prejuízos que poderiam acarretar se seus efeitos fossem ampliados de forma gigantesca, desmedida.”¹⁹³

No dizer de REQUIÃO, a *Disregard Doctrine* não implica anulação da personalidade. Seu objetivo é “desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos.”¹⁹⁴

O posicionamento de SERICK, que entendia aplicável a desconsideração da personalidade jurídica somente nos casos de fraude à lei, elisão de obrigação contratual ou prejuízo à terceiros por uso da pessoa jurídica, foi responsável, segundo OLIVEIRA, pelo uso da técnica da desconsideração em situações de possível solução pelos métodos clássicos do Direito Civil. Como exemplo, cita o caso de simulação. “Para que se possa falar de 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.” Dessa forma, “não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles casos de mera imputação de ato.”¹⁹⁵

¹⁹¹ O empresário.... p. 216.

¹⁹² Id. Ibid., p. 217.

¹⁹³ Op. cit., p. 25.

¹⁹⁴ Op. cit., p. 14.

¹⁹⁵ A dupla crise.... p. 610.

JUSTEN FILHO entende que a posição de LAMARTINE resume-se ao caso de desconsideração de intensidade mínima.¹⁹⁶

KOURY alerta para o fato de que a figura do abuso do direito não é suficiente para que se determinem todos os casos em que se pode aplicar a *Disregard Doctrine*, pois deve ser verificado seu relacionamento com normas diversas, como as normas de direito societário, “quer sejam normas baseadas em qualidades, capacidades ou valores humanos, cujas finalidades correspondam às das pessoas jurídicas.” Isto se confiam nos casos em que a *Disregard Doctrine* se aplica em benefício dos sócios, ou de empresas que integram grupos.¹⁹⁷

Neste ponto em especial, CASILLO cita decisão judicial:

Uma empresa que era controlada por uma ‘holding’ não se utilizou de determinada marca pelo prazo previsto em lei para que caducasse. Entretanto, outra empresa, do mesmo grupo, controlada pela mesma ‘holding’, utilizou-se, e o Tribunal Federal Suíço decidiu que, aí, os efeitos eram os mesmos, não caducando o direito à marca, pois, apesar da diferença formal entre as duas empresas, pertenciam ao mesmo grupo e tinham o mesmo fundo econômico.¹⁹⁸

Importante reafirmar, como o faz KOURY, que a *Disregard Doctrine* é medida excepcional, devendo ser expressos de forma clara os critérios de sua utilização.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Op. cit., p. 62.

¹⁹⁷ Op. cit., p. 198.

¹⁹⁸ Op. cit., p. 34-35.

¹⁹⁹ Op. cit., p. 199.

**CAPÍTULO V - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS
DISPOSITIVOS LEGAIS PÁTRIOS RELATIVOS À DESCONSIDERAÇÃO
DA PERSONALIDADE JURÍDICA.**

1 Desconsideração no Direito do Trabalho:

CASILLO encontra na CLT um caso em que seria aplicável a *Disregard Doctrine*, no parágrafo 2º do artigo 2º:

Art. 2º...

(...)

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

E afirma que "é a teoria da desconsideração que pode ser aplicada francamente. Duas empresas com personalidades distintas, uma da outra, mas existindo entre as mesmas uma ligação de administração ou economia. No fundo, levantando-se o véu de uma, vão-se encontrar os interesses da outra."²⁰⁰

JUSTEN FILHO classifica essa desconsideração, quanto à extensão, como seriada, visto que se aplicaria a todos os atos e relações no relacionamento entre empregado e a pessoa jurídica. Nas demais relações, mantém-se integralmente aplicável o regime jurídico da pessoa jurídica; quanto à intensidade, seria uma desconsideração média, pois há identidade entre as pessoas interligadas: o grupo de sociedades recebe tratamento como se fosse uma única pessoa.²⁰¹

²⁰⁰ Op. cit., p. 36.

²⁰¹ Op. cit., p. 104-105.

REQUIÃO já entendia que neste caso a CLT “nada mais está admitindo senão a aplicação da doutrina, pois despreza e penetra o ‘véu’ que as encobre e individualiza, desconsiderando a personalidade independente de cada uma das subsidiárias.”²⁰²

Para fundamentar a aplicação da *Disregard Doctrine* no âmbito do Direito do Trabalho, KOURY esclarece ser necessário ter em vista o princípio da primazia da realidade, pois “é a primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências, que leva o Direito do Trabalho a considerar o grupo como verdadeiro empregador, desconsiderando a personalidade jurídica distinta das empresas agrupadas, a fim de evitar que seja utilizada abusivamente para encobrir a real vinculação do empregado com o grupo.”²⁰³

Segundo JUSTEN FILHO, “o direito do trabalho reputa que as faculdades jurídicas atribuídas ao empregado não podem ser sacrificadas por qualquer outra faculdade reconhecida pelo direito.”²⁰⁴ É suficiente que possa ser sacrificada uma das faculdades do trabalhador para que seja a personalidade jurídica desconsiderada. Porém, antes do aparecimento do risco de tal sacrifício, a pessoa jurídica aparece com eficácia plena.²⁰⁵

Como afirma KOURY, a aplicação da *Disregard Doctrine* nesse caso impede o uso da personalidade jurídica das empresas que formam o grupo em prejuízo dos direitos trabalhistas.²⁰⁶

Em posição contrária, Luciano AMARO entende que aqui não é o caso de desconsideração, pois não há desprezo da forma jurídica das empresas. A solução é dada diretamente pela lei.²⁰⁷

Da mesma forma entende Olga Maria DO VAL. Aqui haveria apenas uma exceção à regra da personalidade jurídica e sua autonomia patrimonial.²⁰⁸

²⁰² Op. cit., p. 20.

²⁰³ Op. cit., p. 178-179.

²⁰⁴ Op. cit., p. 103.

²⁰⁵ Ibid., p. 106.

²⁰⁶ Op. cit., p. 174.

²⁰⁷ A desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.º 88, p. 70-80, p. 73.

²⁰⁸ Artigo inominado. In: **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n.º 15, p. 179-190, 1995. p. 186.

2 Desconsideração no Direito Civil, Comercial e Econômico

JUSTEN FILHO entende que, exceção feita ao âmbito tributário, não é necessária prévia consagração normativa para que seja aplicável a desconsideração da personalidade societária.²⁰⁹

Apesar desse entendimento, o Novo Código Civil em seu artigo 50 trará norma específica:

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.

O autor ressalta que, no campo do direito comercial, a própria personificação possui vínculo com a idéia de abuso.²¹⁰ Abuso este permitido pelo direito. Assim, por exemplo, a limitação de responsabilidade dos sócios, que é autorizada e incentivada pelo ordenamento jurídico, dentro da noção de atividade promocional do Estado. Dessa forma, em certos casos, “existe sacrifício de uma faculdade jurídica, sem que se possa cogitar de abuso na utilização da sociedade.”²¹¹

A desconsideração surgirá “quando o interesse ameaçado é valorado pelo direito como mais desejável e menos sacrificável do que o interesse colimado através da personificação societária.”²¹²

Assim, “a desconsideração corresponde justamente à resposta do direito de uma utilização da sociedade personificada que é ofensiva à função e aos fins que orientaram sua consagração.”²¹³

²⁰⁹ Op. cit., p. 118-119.

²¹⁰ Ibid., p. 120-124.

²¹¹ Ibid., p. 122.

²¹² Ibid., p. 124.

²¹³ Ibid., p. 125.

A personificação societária ocorre no plano da disponibilidade: no campo do direito comercial, tanto os sócios que constituem a pessoa jurídica quanto aqueles que com ela mantem relações jurídicas, possuem interesses disponíveis. Enquanto disponíveis, apenas o sacrifício, via de regra, não enseja a incidência da desconsideração, porque “o sacrifício de interesses alheios, disponíveis, é o preço para o desenvolvimento da atividade societária e a consecução dos fins que são buscados pelo Estado.”²¹⁴

No confronto entre interesses disponíveis, somente será cabível a desconsideração do regime personificante quando o “sacrifício do interesse alheio fosse decorrente de uma utilização anormal e surpreendente da pessoa jurídica.”²¹⁵

E explica que comportamento anormal seria aquele que não atua de acordo com os padrões admitidos e previstos pelo ordenamento jurídico. Apesar de desconforme, tal comportamento não está expressamente regulado pelo ordenamento jurídico, não há tipicidade nessa atuação.²¹⁶

Já a surpresa indica conduta imprevista e imprevisível. A surpresa é exigida em decorrência da disponibilidade do interesse.²¹⁷

De forma diversa ocorre quando da presença de um direito indisponível em confronto com outro disponível. Havendo “relação de causa e efeito entre a eficácia da personificação e o sacrifício de um interesse indisponível, aplicar-se-á a teoria da desconsideração.”²¹⁸

Em resumo, entende que para que se admita ou não um sacrifício, é necessário analisar “a realidade e as circunstâncias em que se inseriu a utilização da pessoa jurídica.”²¹⁹

Nesse sentido, o autor já indicava que a simples presença de confusão patrimonial não aparece como pressuposto da desconsideração, mas somente quando se apresente como uso inadequado, não funcional da pessoa jurídica. Isso porque a

²¹⁴ Ibid., p. 126, em nota de rodapé n.º 37.

²¹⁵ Ibid., p. 129.

²¹⁶ Ibid., p. 129-130.

²¹⁷ Ibid., p. 132.

²¹⁸ Ibid., p. 127.

²¹⁹ Ibid., p. 134.

confusão patrimonial não é, em si, situação funcional, e sim situação estrutural e estática.²²⁰

Quanto à sociedade unipessoal, o autor entende não ser caso para a desconsideração, e sim, de dissolução da pessoa jurídica, visto que também não se trata de vício funcional e sim vício estrutural.²²¹

Em conclusão, entende desnecessária qualquer análise da posição subjetiva (vontade) do sócio em atuar de forma abusiva. O que interessa é a situação objetiva de desvio da função da pessoa jurídica. Assim, ocorrerá abuso quando da presença dos seguintes elementos: “utilização desconforme com a normalidade, de cunho surpreendente, que provoca sacrifício de interesses disponíveis ou, então, a simples ocorrência de sacrifício de interesses indisponíveis por decorrência da incidência do regime personificatório.”²²²

KOURY identifica, também, a aplicação do regime jurídico da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito econômico. Sua aplicação nos grupos de empresas tem por objetivo “conhecer a realidade econômica, representada pela existência do interesse comum do grupo e, em face dela, solucionar todas as questões à luz das exigências sociais.”²²³

A concentração de empresas constitui meio limitador da concorrência, de forma que pode acarretar prejuízos aos interesses coletivos e contrariar a ordem jurídica, caracterizando casos de abuso do poder econômico. Assim, a aplicação da *Disregard Doctrine* surgiria como forma de reprimir o abuso do poder econômico.²²⁴

²²⁰ Ibid., p. 136-137.

²²¹ Ibid., p. 138-139.

²²² Ibid., p. 141-142.

²²³ Op. cit., p. 180.

²²⁴ Ibid.

Para KOURY, cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - afastar a personalidade jurídica das empresas agrupadas para, tendo em vista a realidade econômica que está subjacente, decidir se está ou não configurada hipótese de abuso de poder econômico por intermédio de concentração de empresas. Esta decisão, bem alerta a autora, não deve ser arbitrária, nem comprometer o princípio da segurança jurídica, devendo, pois, ser compatível com o ordenamento jurídico.²²⁵

Da mesma forma, menciona a Lei n.º 8.158 de 1991, que faz referência à constituição de grupos por meio de controle acionário indireto, o que conduz a necessidade de análise da realidade subjacente ao grupo de empresas.²²⁶

A autora também encontra hipótese de desconsideração no artigo 117, alínea *f* da Lei 6.404 de 1976.²²⁷ Este artigo enumera, de forma exemplificativa, hipóteses de exercício abusivo de poder, entre as quais:

f - contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não eqüitativas.

Para JUSTEN FILHO, nesse caso ocorre desconsideração máxima, atribuindo-se ao acionista controlador a responsabilidade pelos atos praticados através da sociedade, que funciona como instrumento de sua conduta.²²⁸

O artigo 156 dessa Lei dispõe:

Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

²²⁵ Ibid., p. 187.

²²⁶ Ibid., p. 188.

²²⁷ Ibid., p. 150.

²²⁸ Op. cit., p. 148.

O autor entende que aqui deve haver a desconsideração da personalidade da sociedade quando o administrador interferir na operação da sociedade por meio de pessoa jurídica sob seu controle. Aqui também é caso de desconsideração máxima.²²⁹

O mesmo ocorre quando o administrador concede empréstimo a sociedade de seu controle sem autorização da assembléia geral ou conselho de administração. Aqui há sacrifício do interesse previsto no artigo 154, § 2º, b.²³⁰

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

(...)

§ 2º É vedado ao administrador:

(...)

b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;

O autor também localiza no artigo 242 caso de desconsideração da personalidade societária:

Art. 242. As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.

Aqui seria determinada ineficácia de grau mínimo. A responsabilidade subsidiária, neste caso, seria decorrente do risco de produção de lesão a interesses indisponíveis com a manutenção do regime personificatório.²³¹

²²⁹ Ibid., p. 149.

Também a regra do artigo do artigo 244, § 2º seria caso de desconsideração:

Art. 244. É vedada a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas.

(...)

§ 2º As ações do capital da controladora, de propriedade da controlada, terão suspenso o direito de voto.

O que se objetiva é suspender a aplicação do regime próprio da personificação societária, sendo caso de desconsideração total, visto que se visualiza “como se as ações do capital da companhia controladora, que se encontram em domínio da sociedade controlada, fossem de propriedade da própria controladora.”²³²

Outro caso de desconsideração seria o previsto no artigo 243, § 2º:

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

(...)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

A lei “impõe que o acionista controlador caracteriza-se quando o controle é exercido direta ou indiretamente. A interposição de um acionista pessoa jurídica não é hábil a retirar a condição de controlador.”²³³ Aqui há desconsideração total da sociedade intermediária, para que “todos os deveres e responsabilidades que impõe ao

²³⁰ Ibid., p. 149-150.

²³¹ Ibid., p. 148.

²³² Ibid., p. 146-147.

²³³ Ibid., p. 147-148.

acionista controlador recaiam sobre [...] a pessoa jurídica que detém, em último grau, o controle.”²³⁴

JUSTEN FILHO conclui que sempre que houver risco de abuso do poder econômico, deve ser desconsiderada a pessoa jurídica, pois só dessa forma “se assegurará a sobrevivência do interesse jurídico e se restringirá a disfunção na utilização da pessoa jurídica.”²³⁵

COELHO também localiza casos de desconsideração no artigo 18 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), que dispõe:

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.

Na proteção das estruturas de livre mercado, haveria dois casos de desconsideração. O primeiro quando da infração da ordem econômica e o segundo quando da aplicação da sanção. “Na hipótese de conduta infracional, a autonomia das pessoas jurídicas não pode servir de obstáculo. [...] No tocante à aplicação da sanção, exemplifique-se com a hipótese de proibição de licitar. A penalidade deve estender-se, por via da desconsideração da personalidade jurídica, às outras sociedades que tenham objeto idêntico ou semelhante porventura existentes entre os sócios.”²³⁶

Neste dispositivo teria o legislador reproduzido a redação do *caput* do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, incorrendo, dessa forma, nas mesmas impropriedades. A desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor, Lei 8.078/90, será oportunamente tratada no capítulo VI deste trabalho.

²³⁴ Ibid., p. 148.

²³⁵ Ibid., p. 150.

²³⁶ *Curso de direito comercial*. 2. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 52.

3 Desconsideração no Direito Tributário

A aplicação da desconsideração no direito tributário, segundo JUSTEN FILHO, liga-se ao princípio da legalidade. Isto pelo sacrifício de propriedade que o tributo gera ao contribuinte.²³⁷ Somente a lei pode definir a hipótese de incidência do tributo e determinar o sujeito passivo. Isso, por si só, impossibilitaria a aplicação da desconsideração sem autorização legislativa prévia.²³⁸

Conclui, pois, que a ausência de norma quanto ao cabimento da desconsideração no âmbito do direito privado não impossibilita sua aplicação. Ao contrário, no direito tributário é exigida disposição legal prévia. Isto decorre da diferença de natureza e de objeto entre o direito privado e o direito tributário.²³⁹

Assim, considera requisito indispensável para a incidência da desconsideração da personalidade societária no campo tributário a existência de resultado danoso decorrente da aplicação do regime jurídico da personificação societária. O resultado danoso seria expresso por uma frustração de incidência da norma tributária. Assim, ocorreria abuso da pessoa jurídica quando prevalecesse o interesse privado de existência da pessoa jurídica, com o sacrifício do interesse público, expresso pela incidência da norma tributária. Neste caso deve-se suspender a eficácia da pessoa jurídica, permitindo-se a aplicação da norma tributária.²⁴⁰

Para KOURY, no campo do direito tributário, é aplicável a teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos de empresa.²⁴¹ Seria, então, cabível no caso do artigo 61 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, que dispõe:

Art. 61 - Presume-se ainda distribuição disfarçada de lucros se a companhia contrata com o acionista controlador, ou com seu parente até o terceiro grau, inclusive os afins:

²³⁷ Op. cit., p. 107.

²³⁸ Ibid., p. 108.

²³⁹ Ibid., p. 110.

²⁴⁰ Ibid., p. 112.

²⁴¹ Op. cit., p. 158.

I - os negócios de que tratam os itens I a VI do artigo 60, nas condições ali definidas;

II - qualquer outro negócio, em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para o acionista controlador do que as que prevaleçam no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

A lei visou coibir a distribuição disfarçada de lucros nos grupos de empresas, de forma que, em se detectando a existência do controle, é punida a transferência de lucros entre as empresas componentes do grupo, sendo incidente a tributação sobre o lucro real da pessoa jurídica. Assim, “se aplica a *Disregard Doctrine* no Direito Tributário sempre que se verifique a existência de interesse comum, entre as empresas integrantes de grupos, na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, bem como nas outras hipóteses normativamente consagradas pelo legislador brasileiro.”²⁴²

Para JUSTEN FILHO, no caso do artigo 61, § 1º, é suspensa “a eficácia da personalidade jurídica da sociedade intermediária, para considerar diretamente a pessoa de seu sócio. Passa-se através da pessoa jurídica para tomar em vista a figura do sócio.”²⁴³

“Art. 61...

§ 1º - Para os efeitos deste artigo considera-se:

a) acionista controlador a pessoa física ou grupo de pessoas físicas residentes no País, e a pessoa, física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, que diretamente, ou através de sociedade ou sociedades sob seu controle seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia;

²⁴² Ibid., p. 166.

²⁴³ Op. cit., p. 114. O autor menciona como sendo parágrafo único do artigo 61.

b) contratado com o acionista controlador o negócio com ele realizado através de outrem, ou com sociedade na qual o acionista controlador tenha, direta ou indiretamente, interesse.

Segundo esse autor, o Decreto-Lei 2.065/83 entendeu que o negócio sujeito à tributação seria considerado como contratado entre a companhia e o acionista controlador, mesmo nos casos de intervenção de outra pessoa jurídica. Assim, desconsidera-se a personificação societária, atribuindo-se ao acionista controlador os atos praticados formalmente pela sociedade. Para tanto, entende indispensável a presença de controle. Além disso, seriam pressupostos: a prática de negócio indireto; interposição de uma sociedade intermediária entre a sociedade e o sócio controlador; e a existência de interesse do sócio controlador na sociedade intermediária.²⁴⁴

Importante sua conclusão: no combate das disfunções que acarretem, de alguma forma frustração do interesse fiscal, o fisco somente pode se utilizar do princípio da legalidade, pois não se pode sacrificar a certeza e segurança jurídicas. Assim, no âmbito tributário, somente a lei cabe definir e tipificar as hipóteses de disfunção, prevendo a desconsideração e seus pressupostos de incidência.²⁴⁵

4 Desconsideração em Outros Dispositivos Legais

Pode ser encontrado caso de desconsideração na Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de ações lesivas ao meio ambiente. Seu artigo 4º dispõe:

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

²⁴⁴ Ibid., p. 113.

²⁴⁵ Ibid., p. 115-116.

Aqui está claro o interesse em preservar um interesse social indisponível, que deve ser adequadamente tutelado nos casos de uso abusivo e desvirtuado da pessoa jurídica.

Para COELHO:

na composição dos danos à qualidade do meio ambiente, a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial não poderá impedir a responsabilização de seus agentes. Se determinada sociedade empresária provocar sério dano ambiental, mas, para tentar escapar à responsabilidade, os seus controladores 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.²⁴⁶

Pode ser encontrada a *Disregard Doctrine* no Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078 de 1990, a qual passou a vigorar a partir de março de 1991. Por ser matéria específica deste trabalho, será oportunamente analisada no próximo capítulo.

²⁴⁶ Curso de direito.... p. 53.

CAPÍTULO VI - DA DESCONSIDERAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

1 Dos Fundamentos Legais para a Desconsideração

Assim dispõe o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram. (Vetado).

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

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

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Conforme aponta COELHO, o Código de Defesa do Consumidor é o primeiro texto legal que menciona de forma expressa a desconsideração da personalidade

jurídica. Entende, porém, que artigo merece críticas, pois não corresponde com a elaboração doutrinária sobre o tema.²⁴⁷

Também Genacéia Da Silva ALBERTON critica o artigo 28: “parece que a confusão quanto ao que se entenda por efetiva desconsideração da pessoa jurídica atingiu o novel instrumento legal.”²⁴⁸

Da mesma forma, KOURY entende que “o legislador desvirtuou a finalidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica...”²⁴⁹

Para Domingos Afonso KRIGER FILHO, “o menosprezo à técnica jurídica se transformará em fonte de incertezas e equívocos, com que a jurisprudência, sem dúvida, irá se deparar no transcorrer da utilização da nova lei.”²⁵⁰

Registre-se, ainda, a crítica severa de SZTAJN ao legislador do Código:

“Claramente o texto do art. 28 da Lei 8.078/90 não segue a filosofia que informa a aplicação da teoria nos sistemas de origem. O texto mistura defeitos dos atos para os quais o sistema já prevê remédios próprios. Ou o legislador não entendeu a função da teoria da desconsideração ou, ao que parece, desejou banalizar, vulgarizar a técnica, para torná-la panacéia nacional na defesa do consumidor.”²⁵¹

Assim, a desconsideração poderia ser efetivada somente nas situações em que o prejuízo do consumidor não pudesse ser reparado por forma mais simples e eficaz.²⁵²

De qualquer modo, entende AMARO que a lesão aos interesses do consumidor é indispensável para a desconsideração. Além disso, deve ser a pessoa jurídica incapaz financeiramente de reparar o dano.²⁵³

Para tal reparação, GUIMARÃES entende totalmente aplicável o inciso VIII do artigo 6º do Código do Consumidor, em todas as hipóteses do caput e do § 5º.

²⁴⁷ **Comentários ao código de proteção do consumidor**. Toshio Mukai... [et al.]; coordenador Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 142.

²⁴⁸ A desconsideração da pessoa jurídica no código do consumidor – aspectos processuais. In: **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n.º 7, p. 7-29, 1993, p. 19.

²⁴⁹ Op. cit., p. 191.

²⁵⁰ Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor. In: **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n.º 13, p. 78-86, 1995, p. 86.

²⁵¹ Op. cit., p. 71.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Op. cit., p. 76.

Art.6º - São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Assim, alegada qualquer uma das hipóteses de forma consistente, “caberá ao fornecedor (e co-responsáveis) produzir as provas com o escopo de desconstituir as alegações argüidas pelo consumidor...”.²⁵⁴

1.1 Abuso de direito

KRIGER FILHO traz a noção de abuso de direito. Este seria uso anormal das prerrogativas recebidas da ordem jurídica, tendo em vista, através de dolo ou má fé, auferir vantagem ilícita ou indevida.²⁵⁵

Segundo KOURY, dentre as hipóteses previstas no *caput* do artigo 28, somente o abuso de direito é caso de desconsideração, como forma de reagir ao uso desvirtuado da personalidade jurídica.²⁵⁶

Vinculado à teoria subjetiva, COELHO entende que “sem o elemento subjetivo, intencional, destinado a ocultar uma ilicitude atrás da pessoa jurídica, não há como superar a autonomia patrimonial que a caracteriza. Se inexistir fraude ou abuso de direito, a personalização da sociedade, associação ou fundação deve ser amplamente prestigiada.”²⁵⁷

Assim, teria acertado em parte o legislador, pois, apesar de ter incluído o abuso de direito dentre os fundamentos, teria omitido a fraude.²⁵⁸

²⁵⁴ Op. cit., p. 177.

²⁵⁵ Op. cit., p. 83.

²⁵⁶ Op. cit., p. 194.

²⁵⁷ Comentários..., p. 141.

²⁵⁸ Id., *ibid.*, p. 142.

Não se esqueça, REQUIÃO considerava como pressuposto para a desconsideração a fraude ou o abuso de direito.²⁵⁹

Para GUIMARÃES, a noção de abuso de direito seria mais ampla, mais abrangente que a noção de fraude, sendo cabível sua aplicação para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica quando se caracterize o desvio de função.²⁶⁰

1.2 Excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social²⁶¹

Segundo informa KRIGER FILHO, excesso de poder ocorre no momento em que alguém atua ou contrata para além da autoridade conferida. Já a infração de lei, fato ou ato ilícito, ou violação do estatuto ou contrato social, decorre do não cumprimento de obrigação legal, gerando, modificando ou aniquilando direitos.²⁶²

Apesar de localizado no artigo referente à desconsideração, SZTAJN entende que tais fundamentos vinculam-se a tema societário diverso. “Se o sócio, administrador ou empregado, pratica uma irregularidade, contrata em nome da sociedade, extrapolando seus poderes ou competência, tal pessoa responde pessoalmente pelo ato praticado.”²⁶³

Da mesma forma entende COELHO. Para ele, somente podem ser aplicados os dispositivos referentes à desconsideração quando seja impossível imputar de forma direta a responsabilidade aos sócios, controladores ou representantes legais da pessoa jurídica. “Quando a imputação pode ser direta, quando a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que se cogitar da desconsideração de sua autonomia.”²⁶⁴

²⁵⁹ Op. cit., p. 14.

²⁶⁰ Op. cit., p. 78.

²⁶¹ Ver capítulo III deste trabalho.

²⁶² Op. cit., p. 83.

²⁶³ Op. cit., p. 69.

²⁶⁴ Comentários ao.... p. 142.

1.3 Falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração

KRIGER FILHO traz a noção de falência e insolvência. Estas seriam relacionadas ao estado deficitário do ativo da sociedade, em relação ao seu ativo. Já a inatividade e o encerramento significam, respectivamente, paralisação das atividades habituais sociais e fechamento do negócio.²⁶⁵

A má administração seria, segundo COELHO, o cometimento de erros pelo administrador na gerência da pessoa jurídica. “Quando o administrador desatende às diretrizes fixadas pelas técnicas administrativas, pela chamada ciência da administração, deixando de fazer o que estas recomendam ou fazendo o que elas desaconselham, e disto sobrevêm prejuízos à pessoa jurídica, ele administra mal.”²⁶⁶

Se em conseqüência de má administração ocorrer falência da sociedade comercial, insolvência da sociedade civil, associação ou fundação, encerramento ou inatividade de qualquer uma delas, é possível imputar ao administrador a responsabilidade pelos prejuízos causados aos consumidores. Aqui, da mesma forma, não é caso de desconsideração da personalidade jurídica. A responsabilidade é direta, sendo suficiente a aplicação da legislação referente aos administradores das instituições financeiras. Lei 6.024, de 1974.²⁶⁷

Vejam-se os artigos 39 e 40:

Art . 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, qualquer tempo salvo prescrição extintiva, pelos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.

Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão até que se cumpram.

²⁶⁵ Op. cit., p. 83.

²⁶⁶ Comentários ao ...p 143.

²⁶⁷ Id., ibid.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante e dos prejuízos causados.

Ressalta COELHO que nestes casos será efetivada a responsabilização “sobre o patrimônio do administrador, gerente ou liquidante inapto, [...] Não haverá como atingir os sócios, acionistas ou o controlador, posto que não têm o dever de administrar e não podem, assim, ser responsabilizados por má administração. Também os demais administradores não serão envolvidos, desde que não tenham contribuído, por ação ou omissão, para a falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica.”²⁶⁸

Para GUIMARÃES é extremamente difícil ao consumidor comprovar a existência de má administração, visto que “má administração é conceito abstrato e de difícil demonstração até para quem está dentro da empresa, participando de suas atividades; mais difícil ainda para pessoa que tenha negociado com determinada pessoa jurídica que venha a encerrar suas atividades, por exemplo, e que venha submeter sua pretensão de ressarcimento ao poder Judiciário.”²⁶⁹

Assim, afirma que: “trazido pelo consumidor algum indício capaz de tornar consistentes suas alegações, o juiz determinará a inversão do ônus da prova, a fim de que a pessoa jurídica prove não ter havido a má administração.”²⁷⁰

Já para AMARO, não há nexos causal entre a qualidade da administração e eventuais prejuízos sofridos pelo consumidor: “ninguém irá administrar mal uma empresa com o objetivo de fraudar direitos do consumidor”. Entende, também, haver falta de isonomia no tratamento ao consumidor da sociedade encerrada por má administração daquele dado ao consumidor prejudicado por encerramento de empresa bem administrada.²⁷¹

Observe-se também o artigo 159, § 6º da Lei 6.404/76:

²⁶⁸ Id., *ibid.*, p. 144.

²⁶⁹ Op. cit., p. 53-54.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 73.

²⁷¹ Op. cit., p. 77.

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

(...)

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

Assim, pode-se concluir que se o administrador deu causa, por desleixo com as atividades gerenciais, ao encerramento da sociedade, deve responder pelo prejuízo causado ao consumidor. De outra forma, este deve habilitar seu crédito como qualquer credor da sociedade.

1.4 Responsabilidade das sociedades elencadas nos §§ 2º, 3º e 4º

SZTAJN elogia o disposto nos §§ 2º, 3º. Aqui seriam responsabilizadas as sociedades agrupadas e consorciadas para proteger os direitos do consumidor, nos casos em que não possam ser diretamente ressarcidos. Regras estas que manteriam semelhança com a já estudada regra do § 2º do artigo 2º da CLT.²⁷²

De forma contrária, COELHO entende que estaríamos diante de assunto diverso da desconsideração. A questão se resumiria a responsabilização subsidiária ou solidária das sociedades elencadas. Não se desconsidera a autonomia patrimonial das sociedades. Ao contrário, em sua relação as sociedades “são especificamente consideradas com a sua personalização jurídica própria.”²⁷³

Da mesma forma, AMARO entende que a desconsideração da personalidade jurídica está restrita ao *caput* e ao § 5º. Os §§ 2º a 4º referem-se a simples responsabilização solidária ou subsidiária, determinada pela lei, não sendo necessária

²⁷² Op. cit., p. 74.

²⁷³ Comentários ao..., p. 145.

qualquer desconsideração da personalidade da sociedade para a imputação da responsabilidade.²⁷⁴

O § 2º menciona que as sociedades que compõem o grupo societário e as controladas possuem responsabilidade subsidiária.

O artigo 265 da Lei 6.404 de 1976 traz a definição de grupo societário:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Para COELHO, não é suficiente a mera existência de sociedades sob o controle de uma sociedade brasileira. Para ele, é imprescindível que se formalize o grupo pela aprovação, registro e devida publicação de sua Convenção, conforme dispõem os artigos 269 a 271 da Lei 6.404/1976. Assim, o § 2º somente seria aplicável aos grupos societários formalizados.²⁷⁵

O § 3º do artigo 28 trata da responsabilidade das sociedades consorciadas. A definição destas pode ser encontrada no artigo 278 da Lei 6.404/1976:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

²⁷⁴ Op. cit., p. 76.

²⁷⁵ Comentários ao..., p. 145.

Apesar da disposição do artigo § 1º do artigo 278 da Lei 6.404 de 1976, o § 3º do artigo 28 do Código do consumidor menciona que estas possuem responsabilidade solidária quanto às obrigações decorrentes de relação de consumo.

Para Zelmo DENARI, o § 3º teria derogado, de forma expressa, o disposto no artigo 278, § 1º, gerando solidariedade entre as empresas consorciadas nas relações de consumo, em benefício do consumidor.²⁷⁶

Ressalta COELHO que a solidariedade se restringe às obrigações referentes ao objeto do consórcio. Assim, o § 3º deve ser interpretado de forma restritiva, já que é exceção ao princípio da não presunção de solidariedade.²⁷⁷

Quanto às sociedades coligadas, o § 4º dispõe que respondem apenas por culpa.

A definição de sociedades coligadas pode ser encontrada no § 1º do artigo 243 da Lei 6.404/1976:

Art. 243.(...)

§ 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

COELHO entende dispensável o contido no § 4º. Ausente essa norma, a única forma de responsabilização das sociedades coligadas seria a prevista no artigo 159 do Código Civil, que possui a culpa como elemento fundamental.²⁷⁸

Para SZTAJN, tal regra não possui ligação com o contexto da desconsideração. A responsabilidade por culpa é derivada de ato ou omissão no cumprimento de dever legal preexistente. Na desconsideração não se questiona de culpa: trata-se de uma questão de equidade.²⁷⁹

Atente-se para a observação de Tupinambá M. C. DO NASCIMENTO, que entende inadmissível a regra prevista no artigo 6º. VIII do Código (inversão do ônus

²⁷⁶ **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 210.

²⁷⁷ Comentários ao..., p. 145.

²⁷⁸ Comentários ao..., p. 146.

²⁷⁹ Op. cit., p. 75.

da prova). Isso porque sua admissão retiraria completamente a eficácia normativa do § 4º, que, reafirme-se, autoriza a responsabilização civil das sociedades coligadas somente se comprovada a culpa. Assim, deve o consumidor ou a vítima prejudicada, provar a existência de ação ou omissão culposa *latu sensu* (dolo, imprudência, negligência ou imperícia).²⁸⁰

1.5 Dos §§ 1º e 5º do artigo 28 do Código

O veto ao § 1º, conforme Mensagem n.º 664 da Presidência da República ao Senado Federal, assim dispôs:

O caput do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas.

DENARI entende que, por erro remissivo, o veto recaiu sobre o § 1º, quando, na verdade, deveria ter recaído sobre o § 5º. Para o autor “não há referibilidade alguma entre as razões de veto e a disposição no parágrafo vetado, que se limita a indicar quais administradores deverão ser pessoalmente responsabilizados na hipótese de acolhimento da *desconsideração*.”²⁸¹

Em conseqüência, entende ser ineficaz o dispositivo do § 5º. Conclui, pois, que o dispositivo do § 1º “deve ser invocado pelas partes interessadas e utilizado pelo aplicador da norma, para deslinde das questões de legitimidade passiva.”²⁸²

Não questionando sua ineficácia, Luiz Edson FACHIN afirma que o veto incorreu em dois equívocos: “de uma parte, se o dispositivo apenas visasse aclarar o sentido da regra do art. 28, detalhando-a, seria suficiente para mantê-lo lembrar que os destinatários da norma são também leitores não especializados; de outro, alcançando

²⁸⁰ **Responsabilidade civil no código do consumidor.** Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 91.

²⁸¹ Op. cit., p. 209.

²⁸² Op. cit., p. 209-210.

os administradores societários, a regra poderia conferir mais ênfase à desconsideração por má administração ou excesso de poder.”²⁸³

Para COELHO foi acertado o veto ao § 1º do artigo 28 do Código, visto que tal dispositivo não indicava quem seria o responsável no caso de responsabilidade de associações e fundações; outro motivo seria a evidência de que, em alguns casos, o uso desvirtuado da pessoa jurídica ocorre por pessoas não elencadas, como os sócios minoritários. Assim, diante do veto do § 1º, será responsável quem causar mau uso da pessoa jurídica.²⁸⁴

Este autor entende, também, ser necessária uma adequada leitura do § 5º. A mera existência de prejuízo patrimonial sofrido pelo consumidor não é fundamento para a desconsideração. Isso porque tal interpretação “contraria os fundamentos teóricos da desconsideração, [...] tornaria letra morta o caput do art. 28 [...] equivaleria à revogação do art. 20 do Código Civil em matéria de defesa do consumidor.” Assim, “deve-se entender o dispositivo em questão como pertinente, apenas, às sanções de caráter não pecuniário a que se encontra sujeito o fornecedor; por exemplo, a proibição de fabricação de produto, a suspensão temporária de atividade ou de fornecimento de produtos ou serviços etc.”²⁸⁵

AMARO entende que o disposto no § 5º “é tão genérico, abrangente, ilimitado, que, aplicado literalmente, dispensaria o caput do artigo, e tornaria inócua a própria construção teórica da desconsideração, implicando em derrogar [...] limitação de responsabilidade dos sócios de toda e qualquer empresa fornecedora de bens ou serviços no mercado de consumo.”²⁸⁶

E conclui por uma leitura cautelosa do dispositivo: “no embate entre o parágrafo e o *caput*, se um tiver que ceder, será o parágrafo e não o *caput*.”²⁸⁷

²⁸³ **Comentários ao código do consumidor**. José Cretella Júnior... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 105.

²⁸⁴ Comentários ao..., p. 143-144.

²⁸⁵ Id., *ibid.*, p. 146.

²⁸⁶ Op. cit., p. 77.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 78.

Assim, deve-se visualizar o “§ 5º como uma abertura do rol de hipóteses do *caput*, sem prejuízo, porém, dos pressupostos teóricos da doutrina que o dispositivo visou a consagrar.”²⁸⁸

KOURY entende, com base no § 5º, que o *caput* do artigo 28 não encerra todas as hipóteses de desconsideração, não sendo, pois, *numerus clausus*.²⁸⁹ Seu caráter seria meramente exemplificativo, de acordo com a intenção do legislador de proteção ao consumidor. Assim, conclui que o § 5º “redime os desacertos do *caput* do dispositivo, consagrando apropriadamente a teoria da desconsideração.”²⁹⁰

Para SZTAJN o § 5º seria suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica. E afirma que “se o art. 28 tivesse por *caput* o § 5º além dos §§ 2º e 3º, o consumidor estaria tutelado em face da separação patrimonial usada de forma iníqua ou inadequada. A imputação da responsabilidade patrimonial recairia, sempre, inicialmente, sobre a sociedade e, subsidiariamente, sobre os sócios, segundo a regra ou o padrão de equidade.”²⁹¹

2 Alguns Aspectos Processuais Para a Desconsideração no Código do Consumidor

2.1 Da Faculdade do Juiz na Desconsideração

Para KRIGER FILHO, a intenção do legislador foi a de garantir a efetiva proteção do consumidor. Assim, “a expressão ‘poderá desconsiderar’ não encerra em si uma simples faculdade outorgada ao magistrado a ser usada ao seu alvedrio, mas, ao contrário, conforme o caso, torna obrigatório ao magistrado chamar à responsabilidade os sócios que estavam na direção da empresa na ocasião da ofensa ao consumidor, sob pena de quebra da escala de valores instituída por ordem legal.”²⁹²

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Esse é o mesmo posicionamento de L. FACHIN, op. cit., p. 120.

²⁹⁰ Op. cit., p. 194-195.

²⁹¹ Op. cit., p. 74.

²⁹² Op. cit., p. 83.

É a própria lei que exige uma atuação do juiz, no sentido de proteger o interesse do consumidor. Este é merecedor de especial tutela pelo Código de Defesa do Consumidor.

Conforme informa DENARI, “o dispositivo teve o cuidado de autorizar a aplicação da desconsideração como faculdade do juiz, a cujo prudente arbítrio confiou o exame preliminar e a aferição dos pressupostos, para concessão da medida extrema.”²⁹³

FACHIN entende que o juiz, convencido do cabimento da medida, poderá, com ou sem provocação da parte, desconsiderar a personalidade jurídica. Isto porque não há no artigo 28 indicação de iniciativa exclusiva da parte.²⁹⁴

No mesmo sentido, DO VAL afirma que, “tendo em vista que as normas do CDC são de ordem pública e de interesse social, podem e devem ser aplicadas de ofício pelos juízes, independentemente de solicitação das partes envolvidas, ou, ainda, de prévia cognição para verificar sua aplicabilidade.”²⁹⁵

Para GUIMARÃES, o legislador instituiu a desconsideração no Código do Consumidor com o fim claro de garantir a satisfação dos direitos do consumidor, comprovados alguns requisitos. Assim, sendo a única solução adequada ao caso em concreto, surge para o juiz um dever jurídico de aplicação da desconsideração. Desse modo:

na hipótese prevista no *caput*, ao magistrado não é atribuído poder discricionário para a aplicação das desconsideração da personalidade jurídica. O legislador fixou o pressuposto e os requisitos para a desconsideração e, nos demais parágrafos, com exceção do quinto, estabeleceu a extensão da responsabilidade aos demais obrigados pelo ressarcimento do dano sofrido pelo consumidor, indicando a forma como deve se dar a desconsideração. [...] Considerando o § 5º, fica permitido o entendimento de que, em função da indeterminação existente, há certa dose de discricionariedade que [...]

²⁹³ Op. cit., p. 208.

²⁹⁴ Op. cit., p. 103.

²⁹⁵ Op. cit., p. 189.

significa dever jurídico de escolher a melhor decisão, levando sempre em conta a finalidade do Código do Consumidor.²⁹⁶

E mais, entende a autora, com base no artigo 6º, inciso VIII do Código, que o juiz, presentes indícios das hipóteses autorizadas da desconsideração de forma satisfatória, deve, no despacho saneador, determinar a inversão do ônus da prova. Isto em fase de processo de conhecimento ou execução, desde que indispensável a desconsideração da personalidade.²⁹⁷

2.2 Da necessidade do uso de ação própria e da legitimidade passiva

Entende COELHO que não pode haver desconsideração da personalidade jurídica sem a propositura de ação própria, cognitiva, promovida pelo credor da sociedade contra os sócios ou controladores.²⁹⁸

Assim, tendo o uso desvirtuado da pessoa jurídica ocorrido antes da propositura da ação pelo lesionado, este deve demandar não a sociedade, e sim as pessoas que se escondem atrás da pessoa jurídica. Isto porque

se a personalização da sociedade empresária será abstraída, desconsiderada, ignorada pelo juiz, então a sua participação na relação processual como demandada é uma impropriedade. Se a sociedade não é sujeito passivo do processo legitimado a outro título, se o autor não pretende a sua responsabilização, mas a de sócios ou administradores, então ela é parte ilegítima, devendo o processo ser extinto, sem julgamento do mérito, em relação a sua pessoa, caso indicada como ré.²⁹⁹

Se a atuação desvirtuada ocorre no durante processo judicial contra sociedade, devem ser incluídos, na qualidade de litisconsortes passivos, tanto o sócio ou administrador a ser responsabilizado, juntamente à própria sociedade.³⁰⁰

²⁹⁶ Op. cit., p. 182.

²⁹⁷ Ibid., p. 187.

²⁹⁸ Curso de direito ..., p. 54.

²⁹⁹ Id., ibid.

³⁰⁰ Id., ibid., p. 55.

Entende, então, ser indispensável prévio título executivo judicial para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica.³⁰¹

A desconsideração não pode ser operada por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. [...] Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus da prova. [...] Como não participaram da lide durante o processo de conhecimento e não podem rediscutir a matéria alcançada pela coisa julgada, acabam os embargantes sendo responsabilizados sem o devido processo legal, em claro desrespeito aos seus direitos subjetivos constitucionais.³⁰²

Já para ALBERTON:

A desconsideração será questão prévia a ser dirimida pelo juiz ao examinar, de ofício, as condições da ação (art. 267, § 3º do CPC) ou provocado pela parte ré se argüida a ilegitimidade passiva. Todavia, como as situações embasadoras da desconsideração podem emergir no decorrer da instrução do processo, deve-se aceitar a possibilidade de o juiz desconsiderar a pessoa jurídica independentemente de postulação da parte autora.³⁰³

Ressalta, porém, que é indispensável a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Para isso, deve o juiz verificar se aqueles que estarão sujeitos aos efeitos da sentença (sendo atingidos pela desconsideração) estão presentes na demanda. Não estando presentes, a sentença não fará, em relação a estes, coisa julgada (art. 472 do CPC).³⁰⁴

Assim, é indispensável "... exame apurado acerca da presença processual daquele que será apontado como responsável por obrigação decorrente de relação de consumo. Caberá questionar se ele está, efetivamente oculto pela pessoa jurídica..."³⁰⁵

³⁰¹ Id., *ibid.*, p. 55-56.

³⁰² Id., *ibid.*, p. 54-55.

³⁰³ Op. cit., p. 23.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 24.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 25.

Conclui, então, ser possível, tendo em vista a proteção ao consumidor, propositura de ação com formação de litisconsórcio facultativo eventual. Assim, “se não for condenada a pessoa jurídica ou empresa-mãe, acolhida a desconsideração, será possível, desde logo, ser condenada a pessoa física, a empresa coligada ou integrante de grupo societário (art. 28 c/c o art. 289 do CPC).”³⁰⁶

Dessa forma protege-se não só o direito do autor ao ressarcimento, mas, também, garante-se aos demandados pleno exercício do direito de defesa.³⁰⁷

Para GUIMARÃES³⁰⁸, nos casos dos grupos societários e sociedades controladas e controladoras, os co-responsáveis são legitimados extraordinários subsidiários, integrando o polo passivo como litisconsortes facultativos eventuais (art. 46, II e 292 do CPC). Essas sociedades poderão, no caso de não integrarem o polo passivo por iniciativa do autor, atuar no processo como assistentes litisconsorciais, visto que possuem interesse jurídico no resultado da demanda.

Entende a autora, também, que nos casos de sociedades consorciadas e coligadas, os co-responsáveis são legitimados ordinários, podendo integrar o polo passivo como litisconsortes facultativos (art. 46, I do CPC). Tais sociedades podem, no caso de não chamadas pelo autor para integrar o polo passivo, participar do processo na qualidade de litisconsortes voluntários posteriores.

Por fim, também conclui que “o art. 28 não implica em que sejam afastados o preceito do art. 472 do Código de Processo Civil, bem como os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.”³⁰⁹

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Ibid., p. 26.

³⁰⁸ Op. cit., p. 185-186.

³⁰⁹ Ibid., p. 186.

CONCLUSÕES

A personificação surge como benefício, regime jurídico especial para aqueles que atuam em consonância com os fins buscados pelo Estado. Essa seria a visão relativa da personalidade jurídica, de acordo com a funcionalização do direito.

Isso significa que a personificação justifica-se não somente em função dos interesses individuais, mas, principalmente, em função do interesse coletivo.

No momento em que os interesses individuais, localizados no uso da pessoa jurídica, entram em conflito com o interesse social, configura-se o abuso de direito; presente a intenção de lesar terceiros, surge a fraude. De qualquer modo, quando a pessoa jurídica desvincula-se do fim objetivado pelo ordenamento jurídico ocorre a desfunção.

Assim já afirmava JUSTEN FILHO: “sempre que o exercício da faculdade possa conduzir ao sacrifício do fim que orientou a atribuição da própria faculdade, deverá ela ser restringida. [...] a personificação societária orienta-se à realização de um fim social.”³¹⁰

O melhor entendimento parece ser aquele que não exige o elemento subjetivo para a configuração do abuso. O desvio é objetivamente considerado. O que se exige é apenas um “descompasso entre a função vislumbrada pelo ordenamento jurídico para a pessoa jurídica e aquela atuação desenvolvida concretamente.”³¹¹

A desfunção é percebida quando a manutenção do regime personificatório consagraria soluções injustas, não legitimadas pela ordem jurídica.

Para que se proceda a esta desconsideração da personalidade jurídica, o mais coerente, tendo em vista o nosso sistema jurídico, é a utilização do método dedutivo. É indispensável alcançar soluções de forma geral e abstrata, relacionadas aos institutos jurídicos.

³¹⁰ Op. cit., p. 117-118.

³¹¹ JUSTEN FILHO, M. Op. cit., p. 96.

O maior problema, então, seria encontrar parâmetros seguros para que se determine o atendimento ou não da função pela pessoa jurídica.

Não havendo parâmetros expressos, o melhor caminho parece estar nos princípios gerais e específicos do direito e a equidade.

Tendo em vista que a personificação societária trouxe, sem dúvida, fundamental desenvolvimento econômico, cultural e social, não é escopo da desconsideração por termo à pessoa jurídica. Quer seja a personificação entendida como direito legítimo, quer como abuso autorizado pelo direito, o fato é que sua manutenção traz mais benefícios que prejuízos para a coletividade.

Assim, no ensinamento de COELHO, o objetivo da desconsideração é o “aperfeiçoamento da disciplina da pessoa jurídica, de forma a compatibilizar a sua importância para o sistema econômico existente. [...] a teoria da desconsideração reforça a importância do instituto e, melhorando-o contribui para a sua preservação e desenvolvimento.”³¹²

Dessa forma, a desconsideração da personalidade jurídica atua no plano da eficácia: faz cessar, de forma episódica, a eficácia da personificação.

Pode-se dizer, também, que a desconsideração deve ser visualizada e efetivada de acordo com o ordenamento jurídico e os fins que ele busca, variando sua intensidade e extensão conforme o ramo do direito. Este pode prever maior ou menor proteção às faculdades conflitantes com a observância do regime personificatório. Parece que a questão se resolve no plano da disponibilidade.

No direito do trabalho protege-se de forma preponderante as faculdades do trabalhador, de forma que estas não podem ser restringidas por quaisquer outras que com elas entrem em conflito. O interesse do trabalhador é indisponível.

Já no direito tributário, pela sua própria natureza, somente a lei pode autorizar a desconsideração. Isto em decorrência de que somente ela (a lei) pode definir a hipótese de incidência e especificar a sujeito passivo da obrigação tributária.

³¹² O empresário.... p. 217.

No direito privado, em especial nas relações comerciais, o simples sacrifício do direito disponível não ensejaria a desconsideração, visto que o risco de insatisfação de crédito é previsto pelas partes contratantes e admitido pelo direito. Nesse caso, como observa JUSTEN FILHO, somente a utilização anormal e surpreendente da pessoa jurídica ensejaria a desconsideração da personalidade jurídica.³¹³

No direito do consumidor, pode-se perceber o interesse do legislador em proteger a parte mais vulnerável nas relações de consumo: o consumidor. Assim, o melhor entendimento parece ser aquele que reconhece a indisponibilidade das faculdades a ele asseguradas pelos dispositivos legais: havendo relação de causa e efeito entre o sacrifício do interesse do consumidor e o abuso decorrente da incidência do regime personificatório, este deve ser episodicamente afastado.

Analisando os fundamentos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, deve-se concordar com a melhor doutrina: falta correspondência entre o disposto no artigo 28 do Código e a construção doutrinária sobre o tema.

Assim, a base da desconsideração estaria no abuso de direito e na fraude, simplesmente. Os casos de excesso de poder, infração da lei ou do estatuto social, bem como os casos de má administração, seriam resolvidos por regras próprias, que atribuem responsabilidade pessoal e direta aos sócios, gerentes, administradores, controladores ou representantes legais da pessoa jurídica. Se a lei já indica de plano os responsáveis, não há por que se falar em desconsideração.

Apesar de não constar de forma expressa do *caput*, a fraude deve ser coibida, por meio da desconsideração da personalidade jurídica. Conforme entende GUIMARÃES, a noção de abuso de direito é mais ampla, abrangendo a fraude. O que importa é a ocorrência do desvio de função.³¹⁴

Assim, é irrelevante se houve ou não má-fé, intenção de lesar credor. Como se disse anteriormente, o abuso deve ser objetivamente considerado. A comprovação da presença do elemento intencional é prescindível para a desconsideração.

³¹³ Op. cit., p. 129.

Isso facilita a prova e a tutela dos interesses do consumidor, visto que caberá ao juiz analisar se houve ou não abuso por meio da pessoa jurídica. Ora, se nos casos em que não há intenção de abusar das faculdades atribuídas pela lei com a personificação deve ser desconsiderado tal regime, por maior razão também se deve desconsiderá-lo quando da presença de má-fé.

Há de se concordar com SZTAJN, quando encontra nos §§ 2º e 3º do artigo 28 do Código do Consumidor semelhança com o § 2º do artigo 2º da CLT. Aqui há a desconsideração para que se possibilite ampla proteção aos direitos do consumidor.³¹⁵

Quanto ao § 4º, realmente não se coaduna com a desconsideração, visto que nesta não se questiona da culpa.

Parece ser o melhor enfoque aquele que não limita a aplicação do § 5º. Na verdade, este parágrafo seria suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica. Assim entende SZTAJN: “se o art. 28 tivesse por caput o § 5º, além dos §§ 2º e 3º, o consumidor estaria tutelado em face da separação patrimonial usada de forma iníqua ou inadequada. A imputação da responsabilidade patrimonial recairia, sempre, inicialmente, sobre a sociedade e, subsidiariamente, sobre os sócios, segundo a regra ou o padrão de equidade.”³¹⁶

Quanto à ação, o melhor entendimento é aquele que exige ação própria, de cunho cognitivo, para que seja desconsiderada a personalidade jurídica. Isto para proteger e assegurar os direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa. Dessa forma, a desconsideração não pode ocorrer por mero despacho do juiz em execução de sentença.³¹⁷

³¹⁴ Op. cit., p. 78.

³¹⁵ Op. cit., p. 74.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ COELHO, F. Comentários.... p. 54.

No que se refere à faculdade do juiz, parece mais consentâneo com o escopo do Código que, presentes os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica, esta seja determinada pelo juiz. Aqui, a faculdade surge como um dever jurídico de adotar a melhor solução para o caso em concreto.

Não se esqueça, porém, o disposto no inciso VIII do artigo 6º do Código. Poderá o magistrado, presentes indícios suficientes das hipóteses autorizadas da desconsideração, determinar a inversão do ônus da prova.

Enfim, o princípio jurídico da autonomia patrimonial não pode impedir a atuação estatal na efetivação da justiça. É o Estado que delimita o regime jurídico a que se subordina a pessoa jurídica, devendo assegurar meios para coibir os desvios de sua atuação em relação às finalidades predefinidas pelo direito. Para tanto, o Estado pode, e deve, desconsiderar o regime personificatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, G. A desconsideração da pessoa jurídica no código do consumidor – aspectos processuais. In: **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n.º 7, p. 7-29, 1993.

AMARAL, F. **Direito civil: introdução**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMARAL, P. Afonso de Sampaio. Artigo inominado. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, vol. 6, p. 97-100.

AMARO, L. A desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.º 88, p. 70-80.

CASILLO, J. Desconsideração da pessoa jurídica. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 528, p. 24-40, 1979.

COELHO, F. **O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Curso de direito comercial**. 2. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, J. et al. **Comentários ao código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DIAS, J. **Da responsabilidade Civil**. 10. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DO VAL, O. Artigo inominado. In: **Revista Direito do Consumidor**. São Paulo, n.º 15, p. 179-190, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, T. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FRONTINI, P. Artigo inominado. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, vol. 14, p. 96-100.

GUIMARÃES, F. **Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor – aspectos processuais**. São Paulo: Max limonad.

GRANJEIA, F. Breves Notas sobre A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade no âmbito das sociedades coligadas. **Verbo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.org/estudos/scoligadas.html>> Acesso em 15 ago. 2002.

GRINOVER, A. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ISFER, E. **Sociedades unipessoais e empresas individuais de responsabilidade limitada**. São Paulo, 1994. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo.

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

KOURY, S. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

KRIGER FILHO, D. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor. In: **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n.º 13, p. 78-86, 1995.

MUKAI, T. et al. **Comentários ao código de proteção do consumidor**.; coordenador Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, T. **Responsabilidade civil no código do consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

OLIVEIRA, J. **Conceito da pessoa jurídica**. Curitiba, 1962. 186f. Tese (Concurso de livre docência de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

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

RAMOS, C. Teoria da desconsideração: sua aplicação no direito societário. In: **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 26, p. 189-212, 1996.

REQUIÃO, R. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 410, p. 12-24, 1969.

SZTAJN, R. Desconsideração da personalidade jurídica. In: **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 2, p. 67-75, 1992.

VALVERDE, T. **Comentários à Lei de falências**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR (mencionada no texto)

COMPARATO, F. **O poder de controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORDEIRO, P. **A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais**. Lisboa: AAFDL, 1989. p. 38.

DEL VECCHIO, G. **Lezioni de filosofia del diritto**. 2. ed.

ELIACHEVITCH, B. **La personnalité juridique en droit privé romain**. Recueil Sirey, 1942.

FERRARA, F. **Teoria delle persone giuridiche**. Napoli: Marghieri, 1923.

GENY, F. **Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif**. T. 1. Paris: L.G.D.J., 1932.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LIEBMAN, E. **Processo de Execução**. São Paulo, 1946.

MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris, 1938.

NINO, C. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

SERICK, R. **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles**. Barcelona: Ariel, 1958.

TOBENAS, C. **Derecho civil español, comum y foral**, adiciones de José Luis de Los Mozos.

VERRUCOLI, P. **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella 'common law' e nella 'civil law'**. Milão: Giuffrè, 1964.