

**VANDERLEI TAVERNA**

**A DESPERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO  
BRASILEIRO**

**Monografia apresentada para obtenção  
do título de Especialista em Direito  
Societário no Curso de Pós-graduação  
em Direito Societário, Setor de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal do  
Paraná.**

**CURITIBA  
2001**

A alma começa a ter idéias quando começa a perceber. Perguntar quando um homem começa a ter quaisquer idéias equivale a perguntar quando começa a perceber, pois dá no mesmo ter idéias ou ter percepção. Sei que alguns são de opinião que a alma sempre pensa, e, contanto que exista, tem constante e por si mesma percepção real das idéias, e que o pensamento real é inseparável da alma, como o é a extensão real do corpo.

John Locke,  
Ensaio Acerca do Entendimento Humano

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2 O SURGIMENTO DA DOUTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....</b>	<b>3</b>
<b>3 ESTUDO DE DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>7</b>
3.1 A TEORIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	7
3.2 A TEORIA NA ALEMANHA.....	8
3.3 A TEORIA NA INGLATERRA.....	9
3.4 A TEORIA NA ITÁLIA.....	9
3.5 A TEORIA NA FRANÇA.....	10
3.6 A TEORIA NO DIREITO LUSO.....	11
<b>4 A UTILIZAÇÃO DA DOUTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL.....</b>	<b>12</b>
<b>5 AS TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO.....</b>	<b>20</b>
<b>6 OS EFEITOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....</b>	<b>21</b>
<b>7 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL.....</b>	<b>25</b>
<b>8 ASPECTOS PROCESSUAIS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO.....</b>	<b>27</b>
<b>9 O DIREITO EM CRISE.....</b>	<b>30</b>
<b>10 CONCLUSÃO.....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>38</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva, guiado pelo necessário aspecto holístico, considerar à respeito da teoria da despersonalização da personalidade jurídica das sociedades empresárias no Brasil. Para tanto, necessária, primeiramente, a abordagem do tema a partir de uma breve referência à evolução do instituto, ante as transformações do direito em nosso tempo.

A riqueza deste trabalho constitui-se na possibilidade de compreendermos as referências históricas que serviram de base para o surgimento da teoria da despersonalização da personalidade jurídica, assim como a sua evolução, até sua inserção no direito Pátrio.

Também, as formas que a teoria da despersonalização se materializa nos diversos ordenamentos e nas situações do cotidiano forense, serão objetos de análise, especialmente na Lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor, a única em que a teoria do *disregard of legal entity* se formaliza objetivamente no direito brasileiro.

Comentaremos, igualmente, alguns casos de julgados no direito norte-americano, que desde o início do século já contemplavam a possibilidade de utilização da teoria do *disregard*, que serviram de base para a efetivação da teoria e que gerou um vasto conteúdo jurisprudencial sobre o tema, tão importante na compreensão do espírito básico da teoria.

Não se pretenderá, em absoluto, criar um desconforto aos operadores do direito, ante às ácidas críticas propostas; o presente trabalho apenas objeta, quando critica a crise pela qual passa o direito, sucinta e detalhadamente, discorrer acerca de tema de importância tão relevante nos dias atuais.

O curso de especialização em direito societário, pretendeu em sua proposta levar os alunos aos mais profundos recônditos de cada tema proposto: eis o que houve. Quando nos propusemos a falar sobre o tema da “Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro”, nos deparamos com um assunto extremamente rico no conteúdo da doutrina e cativante sob o ponto de vista da hermenêutica jurídica.

A principal preocupação consistiu na adequação do estudo do direito à evolução da sociedade, sem evitar, em contrapartida, a fuga do tema proposto. Contudo, não será possível tratar de tema tão abstrato e imprevisível, sem partir da premissa da necessidade da regulação da sociedade, através da “mão invisível” dos operadores do direito.

A teorias da desconsideração serão temas de capítulo à parte, pelo fato de que a divergência havida entre ambas e entre os doutrinadores que as estudaram foram decisivas para a concepção do trabalho.

Discorreremos, também, sob os aspectos mais peculiares do tema proposto, desde o seu surgimento, até a sua utilização no Brasil, assim como quanto às suas nuances. Igualmente, indispensável a associação do tema à crise atual do direito e a necessidade da transformação deste, antes à transformação das normas sociais.

Esta busca, objetivada em critérios de concisão e clareza, levará o intérprete às nossas conclusões, assim como pretendemos, sem menosprezo à forma, tornar a leitura prazerosa e conclusiva.

Todavia, de forma prévia, analisaremos alguns conceitos básicos do direito, em contraponto ao caráter ideológico da interpretação da lei. Pois que, para a dogmática jurídica tradicional, a tarefa do intérprete da lei, ou mesmo para o Juiz, fica reduzida a descobrir a regra geral que há de resolver o caso concreto que se apresenta.

Buscaremos um pouco mais neste brevíssimo trabalho, já que nossa tarefa propugnou, sem exagero de complexidade, mediante a integração sistemática, coerente e dinâmica de conceitos e figuras jurídicas referentes ao tema, criar um método de análise que permitiu abstrair o conteúdo ideológico da norma e desnudá-la, em suas diversas possibilidades de utilização.

Igualmente prazeroso e motivador será a leitura do estudo realizado nas legislações latino-americanas que demonstraram a existência uma crise no direito, que lentamente vai sendo superada pela modernidade. Algumas regras que vão se inserindo no conjunto das leis, especialmente no Brasil e constituem esta vanguarda, um exemplo é a teoria do *disregard of legal entity*.

O ponto de chegada de nosso trabalho será a conclusão de que, de forma urgente e qualitativamente, o legislador pátrio deverá se modernizar e adequar à norma formal a desconsideração da personalidade jurídica de maneira abrangente, para ficarmos livres da dominação política – paradigmática existente.

Assim, perceberemos que, quando o intérprete vive na idéia espontânea ou quase natural de plena adequação à lei vigente e sente a necessidade de transforma-la, seu sentido de orientação jurídico será inequívoco, pois a desatação do texto da lei muitas vezes significa impor à norma, seu sentido original supostamente desviado, já que a tarefa do jurista dedicado não difere, entre outras, das do teólogo, do historiador ou do filólogo.

## 2 O SURGIMENTO DA DOUTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica surgiu na Inglaterra e foi desenvolvida com mais ênfase na Alemanha e principalmente, nos Estados Unidos. Surgiu, em decorrência da utilização abusiva da forma societária, com objetivo de prejudicar terceiros. Nestes casos, alcança-se os sócios ou acionistas, desconsiderando-se a personalidade jurídica.

A *disregard doctrine* ou *piercing the veil* como são conhecidas a doutrina, vem sendo aplicada pelos nossos tribunais há pelo menos cinquenta anos, não obstante ainda não haver estipulação de ordem formal em nossa legislação. O primeiro caso em que se cogitou a teoria ocorreu na Inglaterra em 1897, envolvendo as companhias *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*

Neste caso, os acontecimentos ocorreram quando o Sr. Aaron Salomon - um comerciante judeu - constituiu uma companhia, em conjunto com seis parentes seus, e cedeu seu fundo de comércio à sociedade então formada, recebendo, em contrapartida, determinado número de ações (20 mil) que eram representativas de sua contribuição ao capital.

Ao passo que, para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas, que serviu para a integralização do valor do aporte efetuado. Também, Salomon recebeu obrigações garantidas de 10 mil libras esterlinas.

A companhia, pouco tempo depois de constituída, começou a atrasar os pagamentos e cerca de um ano depois, entrou em liquidação. Verificou-se, então, que seus bens eram insuficientes para satisfazerem as obrigações assumidas e garantidas, sem que nenhum centavo sobrasse para os credores quirografários.

Foi então que o liquidante, agindo em favor dos interesses destes últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da companhia era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade. Em consequência, este devia ser condenado ao pagamento de todos os débitos da companhia, vindo o pagamento de seus créditos após a satisfação dos credores quirografários.

O juiz de primeiro grau reconheceu a fraude, em razão de Salomon ser ainda o proprietário do fundo do comércio e responsabilizou-o pelo pagamento dos demais credores. Contudo, a decisão do juiz singular foi reformulada pela Corte, com o argumento de que tinha sido validamente constituída, sendo que não poderia desconsiderar sua personalidade jurídica, já que tratava-se de uma sociedade regular.

No entanto, o extremo caráter legalista do direito inglês veio, com o passar do tempo, abrandando e a doutrina já encontra-se sendo aplicada nos Tribunais da Inglaterra com mais habitualidade.

No direito norte-americano, uma das pioneiras manifestações da doutrina operou-se no tocante ao direito antitruste, no caso célebre do *Standart Oil Co.*, no qual o poder do controle gerencial de nove empresas petrolíferas concentrou-se nas mãos dos acionistas da *Standart Oil Co*, sem que houvesse nenhuma alteração na estrutura e na autonomia das sociedades concorrentes.

Muitos autores, quando tratam da personalidade jurídica, abordam que não se deve entender a teoria como um escudo protetor de situações antijurídicas. O doutrinador J. E. T. BORBA<sup>1</sup>, afirma que "...vem-se afirmando gradativamente o entendimento de que a personalidade jurídica não deve constituir uma couraça acobertadora de situações antijurídicas. Aos sócios ou acionistas não será dado utilizar a pessoa jurídica como instrumento para fins a que não a destinara a ordem jurídica." Dentro desta mesma perspectiva, COELHO<sup>2</sup> assevera, "em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra os credores ou mesmo abuso de direito."

Note-se que tal entendimento, ou seja, a efetiva consideração que, diante da autonomia da pessoa jurídica, pode decorrer a fraude e que, ato contínuo, a teoria do *disregard* pode vir a corrigir a fraude ou abuso é fruto de cada vez mais discussões, exatamente pelo fato de que o mercado se organiza cada vez mais e é inegável a forte natureza societária de tais aglomerações.

---

<sup>1</sup> BORBA, J. E. T. **Direito Societário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.15.

<sup>2</sup> COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2. p.31.

Não se pode mais negar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica em nosso cotidiano jurídico, pois se trata de um instrumento jurídico indispensável á organização das atividades econômicas atuais, ante à perspectiva de coibição de fraudes de toda natureza.

### 3 ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

A doutrina da desconsideração da pessoa jurídica ou da personalidade jurídica é um instrumento jurídico através do qual resulta ser possível prescindir da forma da sociedade com que se haja revestido um grupo de pessoas e bens, negando sua existência autônoma como sujeito de direito ante a uma situação jurídica determinada.

Como a doutrina não é um fato isolado, nem um fenômeno desprovido de importância, encontra-se sedimentada na doutrina, legislação e jurisprudência de vários países.

Para o Professor João CASILLO, citado por MARINONI e LIMA JÚNIOR.<sup>3</sup>, “Pouco a pouco, em evolução, foi tomando corpo a idéia de que em determinadas situações não é possível manter-se a distância clássica entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que dela fazem parte. Este movimento vem se alastrando, sendo tratado em vários países, e destinado a entrar e ficar nos próprios textos legais...”

No direito anglo-americano o instituto é chamado de *disregard of legal entity*, sendo que as expressões o *pierce de veil* ou *to lift de curtain* e *lifting the corporate veil*; no direito italiano é chamado de *superamento della personalità giuridica*; no direito alemão *Durchgriff bei juristischen Personen* ou *Missachtung der Rechtsform der juristischen Personen*; na França é conhecido por *mise à l'écart de la personnalité morale* e no direito argentino de *teoría de la penetración*.

#### 3.1 A TEORIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos da América, onde há a prevalência do entendimento Jurisprudencial sobre as abordagens doutrinárias e legal dos institutos jurídicos, quando trata da aplicabilidade da regra do *disregard of legal entity*, a recepciona

---

<sup>3</sup> MARINONI, L. G.; LIMA JÚNIOR, M. A. de. Fraude – Configuração – Prova – Desconsideração da Personalidade Jurídica. RT 783/137, Jan.2001

em sua totalidade, até porque o entendimento jurisprudencial norte-americano desde muito vem consagrando esta tese.

Nos tribunais americanos a teoria do *disregard of legal entity* permite ao magistrado desconsiderar a autonomia jurídica de uma pessoa jurídica, quando sua forma jurídica é utilizada por seus controladores para fins desonestos. Há relativa facilidade na aceitação teoria nos tribunais norte americanos.

Nos Estados Unidos é possível classificar algumas hipóteses para a desconsideração. Existe a desconsideração por fraude à lei (caso: *United States v. Lehigh Valley R.R. Co.*, 1911), a desconsideração por fraude ao contrato (caso: *Moore & Handley Hardware Co., v. Towers Hardware Co e Higgins v. Califórnia Petroleum and Asphalt Co.*, 1905), desconsideração por fraude contra credores (caso: *First National Bank of Chicago v .F.C. Treiben Co*), desconsideração em casos de sociedades coligadas ou dependentes (caso: *Davis v. Alexander*), desconsideração em outros casos (exemplo: *Fidelity Trust Co. v. Service Laundry Co.*)

### 3.2 A TEORIA NA ALEMANHA

Conforme apontamentos históricos, já são encontradas decisões acerca do tema no Tribunal do Reich, na Alemanha da década de 20. Foi o período embrionário do *Durchgriff*, no qual havia a perspectiva de primazia das realidades de vida sobre as construções jurídicas.

Na Alemanha, com o passar do tempo, foi se firmando o entendimento jurisprudencial acerca da teoria, chegando algumas situações a tomarem-se clássicas, e citamos, por exemplo, a das sociedades sub-capitalizadas. Os tribunais germânicos seguiam a orientação de que ficando configurado a insuficiência de capitais de uma empresa, os sócios poderiam ser responsabilizados pelas dívidas da sociedade.

Para muitos, a obra do Professor Rolf SERICK, - *Forma e Realtá della Persona Guiridica* foi a precursora da moderna teoria do *Durchgriff*.

Nesta obra, seu autor parte da premissa de que a pessoa moral é uma criação de ordem jurídica, que visa finalidades determinadas. Seu objetivo foi criar princípios que definissem os casos em que se poderiam separar os membros de uma pessoa jurídica da própria pessoa jurídica.

### 3.3 A TEORIA NA INGLATERRA

Já no direito inglês, pouca atenção foi dada a teoria, que também foi utilizada em menor escala. Efetivamente, na seção 31 do *Companies Act* de 1948, houve a previsão da redução dos membros de empresas públicas a menos de sete e em empresas privadas a menos de dois e tornou os sócios diretamente responsáveis por todas as dívidas assumidas, determinando ainda que a empresa mantenha suas atividades por um período de seis meses após a redução.

Na verdade, no direito inglês existe uma previsão de caráter intimista, que gera ao indivíduo a consciência de que se tomar parte em negócios realizados por sua sociedade que visem prejudicar terceiros, será co-responsabilizado pelos débitos da sociedade.

Apesar da clareza da forma da teoria no direito inglês, o conservadorismo legal, reflexo de uma cultura extremamente formal e legalista, ainda impera e apenas em caráter extremamente excepcional as cortes inglesas desconsideraram a "pessoa moral".

??

### 3.4 A TEORIA NA ITÁLIA

Na Itália, o nome do grande Professor Tullio ASCARELLI é a referência mais direta, quando se trata do tema da desconsideração da pessoa jurídica, por motivos que sequer precisam ser comentados, já que se este doutrinador é um dos mais importantes juristas deste século.

Outro mestre, desta vez o professor José Lamartine Corrêa de Oliveira, na sua vital obra "A Dupla Crise da Pessoa Jurídica", já no ano de 1979

comentava a lição do mestre ASCARELLI, que merece transcrição *in verbis*:<sup>4</sup>Na simulação, o objetivo da vontade real das partes está em contraste com o que decorre de sua declaração, e a realização do primeiro exclui a do segundo. No negócio indireto, as partes querem efetivamente o negócio que realizam e querem submeter-se à sua disposição jurídica. Querem o fim típico do negócio direto, embora para fins ulteriores. O objetivo visado não exclui os efeitos do negócio direto adotado; antes, pressupõe tais efeitos. No negócio indireto não se esconde de terceiros (ao contrário da simulação) o escopo último visado, o qual muitas vezes transparece claramente nas cláusulas do negócio. O negócio indireto é ilícito apenas quando ilícitos são os fins últimos visados pelas partes (...) Negócio indireto ilícito ocorre nos casos de negócio em fraude à lei.”

Seguindo a orientação dos pressupostos acima, o mestre italiano somente admite a desconsideração nos casos em que a sociedade foi criada através de um negócio indireto e é utilizada de forma a fraudar a lei.

Em outra obra, ainda ASCARELLI<sup>5</sup>, ao argumentar acerca da história do direito comercial, especialmente na formação do estado moderno e das dificuldades na renovação do pensamento, ensinava “*La formazione dello Stato moderno subordina, osserva il Luzzatto, le unità locali, così come lê formazione corporative, allo Stato che, per lê necessita Del tutto nuove delle sue finaze, è indotto ad interessarsi dei problemi economici, ad intervenire come regolatore della vita economica della nazione, attuando quella política che si dirá mercantillistica*”.

### 3.5 A TEORIA NA FRANÇA

Sobre a teoria da penetração no direito francês, necessário se faz considerar que dois são os dispositivos legais mais importantes no tema da desconsideração na França, a saber: os artigos 99 e 101 da Lei de 13.07.1967.

Em ambos, visa o doutrinador francês atingir o patrimônio pessoal do dirigente de fato ou de direito, aparente ou oculto, remunerado ou não da pessoa

---

<sup>4</sup>MARINONI, L. G.; LIMA JÚNIOR, M. A. Fraude – Configuração – Prova : Desconsideração da Personalidade Jurídica. **RT** 783/137, Jan.2001.

<sup>5</sup>ASCARELLI, T. **Corso de Diritto Commerciale**. Milão, 1962 p.24.

jurídica falida ou em concordata, quando tal mandatário, sob a cobertura da pessoa jurídica tenha praticado atos de interesse pessoal, maculando o interesse de terceiros. Também, determina que as dívidas sociais sejam suportadas, nestes casos de insuficiência dos ativos, por àqueles que a esta situação deram causa.

Em decorrência da lei, em especial do artigo 101, fez aparecer na França, uma enorme jurisprudência sobre o tema, o que demonstra que neste país, fraudar a incidência da lei ou permitir a um sócio escapar de seus credores não é um bom negócio. A modernidade é tanta que mesmo nos casos em que as empresas não faliram nem estão em concordata, os juízes admitem a aplicação da teoria, com base na simulação e no emprego da teoria da aparência.

### 3.6 A TEORIA NO DIREITO LUSO

Em Portugal, inexistem obras específicas sobre a teoria do *disregard*. Apenas existem pareceres sobre a matéria e ainda escassos. Nestes, é homenageado o princípio da boa-fé, admitindo a desconsideração como forma de evitar a fraude à lei e ao contrato.

Em outro parecer, verificamos a incidência da teoria em um caso de simulação de compra e venda entre pais e filhos, hipótese em que a venda não foi autorizada pelos demais filhos, contrariando disposição do código civil português.

Trata-se de curiosidade, já que a riqueza da forma e do conteúdo do direito luso é inegável e a teoria da despersonalização naquelas terras ainda caminha a passos lentos.

#### 4 A UTILIZAÇÃO DA DOCTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

O centro da discussão que envolve a aplicação da *disregard doctrine* está na análise da função da personalidade jurídica.

O ordenamento jurídico deve, por mais lógico que pareça este raciocínio, refletir com intensidade a realidade social. Na verdade, deve ser um reflexo das atividades e necessidades decorrentes da manifestação da sociedade.

O Professor OLIVEIRA<sup>6</sup> afirmou que “o papel do Estado, ao reconhecer a subjetividade da pessoa jurídica, fundamentalmente, é uma tarefa de fidelidade à realidade. O ordenamento positivo não cria do nada um ser fictício”.

No Brasil, o primeiro doutrinador a publicar um ensaio que discutiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil foi Rubens Requião. Este trabalho foi publicado na Revista dos Tribunais, no mês de dezembro de 1969 e as obras de Piero Verrucoli e Rolf Serick, os pioneiros na sistematização da teoria do *disregard*, foram objeto de análise e comentários pelo Ilustre professor paranaense.

O desenvolvimento da aplicação da teoria no Brasil surgiu, curiosamente, sem que houvesse a introdução do tema no âmbito doutrinário. Já nos anos cinquenta, numa sentença proferida pela 11ª Vara Cível do Distrito Federal, o Juiz fundamenta decisão baseada na obra de Rolf Serick, sendo uma das primeiras decisões na qual foi adotada a *disregard doctrine*.<sup>7</sup>

Conforme minucioso exame em sua obra “ Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor”, a brilhante advogada paulista Flávia L. GUIMARÃES<sup>8</sup>, ensina, ao comentar a obra do saudoso OLIVEIRA, que “...na Dupla Crise da Pessoa Jurídica, encontramos notícia de parecer formulado em 1956 por Francisco Campo, intitulado ‘Negócios Indiretos’, no qual a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deixou de

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, J. L. C. O **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p.12.

<sup>7</sup> GUIMARÃES, F. L. **Desconsideração da personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor** : aspectos processuais. São Paulo: Ed Max Limonad, 1998. p.34.

<sup>8</sup> Op. cit., p.34

ser abordada, na medida em que o referido trabalho foi desenvolvido em data anterior à introdução doutrinária da *disregard doctrine* no Brasil. Assim, a fim de fundamentar que, de fato, determinada sociedade apenas substituíra uma sociedade anterior, excluída de contratar com o poder público, com o fim de viabilizar a continuidade de suas atividades naquele mercado, utilizou da noção de 'negócio indireto' praticado pelos sócios que eram os mesmos, tanto na primeira quanto na aparente 'segunda' sociedade."

Apesar da doutrina do *disregard* ter sido introduzida verdadeiramente no Brasil a partir do início da década de 60, a Consolidação da Leis do Trabalho - CLT, (1943) para muitos inspirada no modelo fascista, já previa a desconsideração da personalidade jurídica.

A CLT, foi instituída pelo Presidente populista Getúlio Dornelles Vargas, através do Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943 e dispõe, no parágrafo segundo do artigo 2º, verbis<sup>9</sup>: "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."

Contudo, existem diversos defensores do entendimento que o artigo supra da CLT não corresponde à desconsideração da personalidade jurídica, porque a responsabilidade solidária da outra empresa (integrante do mesmo grupo econômico) não decorre de nenhuma ilicitude. COELHO<sup>10</sup>, faz parte do grupo que argumenta ser o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica no Direito Pátrio.

Também no Código Tributário Nacional, encontramos artigos que geram uma interpretação da teoria. São os artigos 124 e 135. Contudo, não se constitui

---

p.26. <sup>9</sup> CARRION, V. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1998.

<sup>10</sup> COELHO, p.49

tarefa fácil discorrer sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário, pois as imposições tributárias confrontam o direito de propriedade, em razão de que aos fatos geradores das riquezas impõem-se tributos.

Em nossa opinião, efetivamente foi o Código de Defesa do Consumidor, o primeiro dispositivo a, objetivamente, formalizar a teoria do *disregard*. Porém, inúmeras são as discussões sobre a confusão gerada entre a desconsideração da personalidade jurídica e os institutos da solidariedade, responsabilidade subsidiária e responsabilidade civil ordinária.

Estamos, então, diante de uma situação por demais curiosa, ou seja, há um instituto tão moderno e necessário, cuja formalização legal gerou inúmeras discussões, sendo que alguns autores, tratam as supostas confusões inseridas no CDC como grosseiras.

No trabalho de interpretação do artigo 28 da Lei 8.078/90, COELHO<sup>11</sup>, foi incisivo ao afirmar que “A dissonância entre o texto da lei e a doutrina nenhum proveito traz à tutela dos consumidores, ao contrário, é fonte de incertezas e inequívocos”.

Não obstante, as críticas ao artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, deve-se, antes de qualquer aprofundamento das análises, ressaltar a importância de sua existência, mesmo que crivado de imperfeições. A mera possibilidade, de desconsideração da personalidade jurídica já é motivo de alegria, pois os direitos derivados das relações de consumo encontram-se no rol dos direitos fundamentais do cidadão.

Logo, os operadores do direito que possuem um perfil de vanguarda também corroboram esta opinião. É o caso de GUIMARÃES<sup>12</sup>, que assevera: “Constitui, assim, o art. 28 instrumento que garante a satisfação de direitos, buscando-se no patrimônio de todos aqueles que possam ter se beneficiado com o ato danoso, praticado em função das relações de consumo (arts.. 2º, 3º, 17 e 29 do Código do Consumidor)”.

---

<sup>11</sup> COELHO, p. 49

<sup>12</sup> GUIMARÃES, p. 47

Não se pode e nem se deve criticar a confusão estabelecida sem antes entendermos as diferenças relevantes entre despersonalização e desconsideração da personalidade jurídica. Para o Professor COMPARATO<sup>13</sup>. “Na primeira hipótese, a pessoa coletiva deixa de existir como sujeito autônomo, em virtude de irregularidades ligadas aos atos de constituição da sociedade, como por exemplo, falta de registro, invalidade do contrato social, entre outras. Na segunda hipótese, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto.”

Pela sua inevitável vanguarda, assim como pelo ineditismo de sua aplicação na legislação brasileira, obrigatoriamente, maiores considerações devem ser feitas quanto a teoria da despersonalização da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor.

A lei 8078/90 buscou em nossa concepção um equilíbrio contratual, tão necessário na nossa sociedade moderna, caracterizada pela lei como legitimadora da autonomia da vontade. A lei passou a proteger os interesses sociais com maior ênfase, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Claudia Lima MARQUES<sup>14</sup>, quando tratou do tema, propôs: “Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia de vontades permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social”.

---

<sup>13</sup> COMPARATO, F. K. O Poder de Controle na Sociedade Anônima . in: **Desconsideração da personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**: Aspectos Processuai. São Paulo, 1998. p.49.

<sup>14</sup>MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 75.

A teoria da desconsideração, como visto, pressupõe fundamentos legais para que efetivamente ocorra a desconsideração em favor do consumidor. São: a) o abuso de direito; b) o excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social; c) falência, insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração.

Quando raciocinamos a partir dos fundamentos legais acima citados, algumas divergências surgem. Quando se analisa o contido na letra a supra, toma-se límpida a ligação entre o dispositivo legal e a teoria do *disregard*. Ao contrário, quando se analisa os fundamentos apresentados na letra b dizem respeito a outra tema societário, qual seja, o da responsabilidade do sócio ou do representante legal da sociedade por prática de ato ilícito próprio, não tendo qualquer conexão com a imputação de responsabilidade própria à personalidade jurídica da sociedade. Finalmente, quanto ao contido na letra c, nos parece que, conforme melhor doutrina, há referência apenas quanto à responsabilidade decorrente de má administração, na impedindo, no caso concreto, o ressarcimento dos danos pelo administrador.

Na verdade, a teoria que ora se explica, tão vanguardista e necessária ao nosso ordenamento, representa um “aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não a sua negação”.<sup>15</sup>

O artigo 28 do CDC teve brilhante interpretação pela Professora Thereza Celina D. de <sup>a</sup> ALVIM<sup>16</sup>: “Uma vez encampada pelo direito positivo a ‘teoria’ em questão, deixa ela de ser ‘teoria’, por já se ter consubstanciado em texto de lei e a desconsideração da pessoa jurídica passa a ter os contornos que lhe deu a norma”.

Desta feita, concluímos que a teoria foi transformada em norma, ganhando contornos próprios em nosso país, face à peculiaridade das relações de consumo, sempre buscando evitar prejuízos ao consumidor.

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.51

<sup>16</sup> ALVIM, T.C. A. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. In : **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor** : Aspectos Processuais. São Paulo: Editora Revista-dos Tribunais, 1998. p.51.

A mesma professora ALVIM, em sua obra *Código do Consumidor Comentado*<sup>17</sup>, ainda analisando o artigo 28 do CDC: “A incidência desse artigo, contudo, pressupõe que, em primeiro lugar, tenha havido prejuízo ao consumidor”.

Inegável, pois, a materialização concreta da teoria do *disregard*, já revertido em norma e com ampla aplicação no direito brasileiro.

Na esteira da Lei 8078/90, ainda nos anos noventa, surgiu a Lei Antitruste (Lei 8.884/94), que foi o segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração. A verificação ocorre após a análise do artigo 189 da supracitada Lei, e em dois momentos verificamos a desconsideração da personalidade jurídica na tutela das estruturas de livre mercado. A primeira, na configuração de infração da ordem econômica e na aplicação da sanção. Logo, na configuração da hipótese de conduta infracional, a autonomia das pessoas jurídicas não poder servir de obstáculo.

Verifica-se neste caso, o exemplo já citado na Companhia norte-americana Standart Oil Co. Portanto, na aplicação da sanção, entendemos como exemplo a hipótese de proibição de licitar. A penalidade, por conseguinte, deve estender-se, em caso idêntico e que se aplique a teoria da desconsideração, às outras empresas do mesmo grupo e/ou que tenham objeto idêntico ou similar, no caso de serem os sócios de uma, sócios de outra.

Todavia, inúmeras foram as críticas quanto à pertinência da aplicação da teoria do *disregard* no campo da tutela do livre mercado. COELHO<sup>18</sup>, o mais incisivo crítico da norma, assim ensinou: “...como o legislador de 1994 praticamente reproduziu, no artigo 18 da lei Antitruste, a redação infeliz do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor, acabou incorrendo nos mesmos desacertos. Desse modo, a segunda referência legal á desconsideração no direito brasileiro também não aproveitou as contribuições da formulação doutrinária, perdendo consistência técnica.”

---

<sup>17</sup> ALVIM, T. C. D. A. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 181.

<sup>18</sup> Op. cit., p. 53.

Nos parece que este doutrinador possui razão. Mais uma vez o legislador brasileiro não foi feliz na elaboração da norma, padecendo de critérios técnicos e formais, e como asseverou COELHO, perdeu consistência técnica.

Outra referência à teoria da desconsideração da pessoa jurídica deu-se em 1998, com o advento da Lei 9.605/98, que dispôs sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente.

No seu artigo 4º, a Lei 9.605/98 dispõe que "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados á qualidade do meio ambiente".

Esta Lei, igualmente necessária à coibição dos atos lesivos ao meio ambiente, não gera à pessoa física qualquer dificuldade no tocante à sua aplicação. Em relação à pessoa jurídica, "... a responsabilidade penal passou a ser tema de muito conflito e divergência. Não só no Brasil, mas também em outros países, o tema é conflituoso..."<sup>19</sup>

Trata-se, evidentemente, de um avanço, por que visa impedir e responsabilizar a atitude fraudulenta do infrator ambiental, inclusive e especialmente as pessoas jurídicas, naqueles casos em que ficarem comprovada sua responsabilização sobre atos lesivos ao meio ambiente.

É indiscutível que desde a Idade Média, especialmente no período da Revolução Industrial, "começaram efetivamente as agressões à natureza, cuja extensão, ainda hoje, em uma gradação quanto aos seus efeitos nocivos, é bastante variável, podendo atingir tão só o meio local, o regional ou até comprometer o equilíbrio biológico do próprio planeta. Estas agressões podem se constituir em simples emanações de fumaças nauseabundas das fábricas de produtos químicos, ou das nuvens de pó produzidas numa fábrica de cimento, em que perus é um triste exemplo, ou, ainda, da difusão de substâncias radiativas lançadas tanto no oceano como na atmosfera"<sup>20</sup>

Exemplificativamente, vislumbramos diversos casos no cotidiano nacional, muitos perpetrados por empresas praticantes do mau uso da pessoa jurídica, que

---

<sup>19</sup> SIRVINSKAS, L. P. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.21.

<sup>20</sup> PIERANGELLI, J. H. Agressões à natureza e proteção dos interesses difusos. **Justitia**, 144:9.

constituem nova empresa, com sede, recursos e pessoa diversos, nos casos em que serão responsabilizados por danos ao meio ambiente.

Mais uma vez a teoria ora discutida abrevia a efetivação da justiça, o que demonstra que cada vez mais o legislador pátrio vem utilizando a teoria da despersonalização da personalidade jurídica em favor dos hipossuficientes.

## 5 AS TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO

São duas as teorias da desconsideração no direito brasileiro, uma chamada de teoria maior e outra de teoria menor. Passaremos a seguir a comentá-las, uma a uma.

Pois bem, a teoria mais elaborada e de forma mais apurada, condiciona retirar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas nos casos de comprovação de manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Esta é a teoria maior, na qual são muito distintos a desconsideração da personalidade jurídica dos institutos que comprometem o patrimônio dos sócios por obrigação da sociedade. Aqui, resume-se que o juiz pode ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela.

A teoria menos elaborada, ou teoria menor, simplesmente se materializa pela demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência dos sócios, para atribuir a estes a obrigação da pessoa jurídica. Nesta, o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.

Para aqueles doutrinadores mais atentos, há uma ambigüidade da expressão "desconsideração" no direito societário brasileiro, ante ao fato da extrema distância entre as duas teorias, derivada pelos significados diferentes das mesmas.

Como já aludido em capítulo anterior, a teoria é uma elaboração doutrinária contemporânea, já que foi em 1953 que o Professor Rolf Serick, seu mais importante sistematizador, defendeu sua tese de doutorado, na Universidade de Tübingen.

Das pesquisas do professor Rolf Serick, surgiram os critérios que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas. São quatro os princípios que o demonstram: O primeiro princípio afirma que "o juiz, diante do abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica".<sup>21</sup>. Já o

---

<sup>21</sup> COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.36.

segundo princípio da teoria apresenta, aquelas hipóteses que a autonomia deve ser preservada e afirma que “não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos”<sup>22</sup>. A seguir, o terceiro princípio assevera que “aplicam-se às pessoas jurídicas as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre o objetivos destas e a função daquela”.<sup>23</sup> Finalmente, o último princípio diz que “se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes.”<sup>24</sup>

De qualquer forma, como se trata a doutrina de uma medida de repressão a atos fraudulentos, está sendo utilizada, mesmo sem a existência de dispositivo legal expresso, nos nossos julgados, ainda sem a expressão e a quantidade que deveria.

Até porquê, necessária é a adequação da teoria ao direito brasileiro, pois não devem os abusos e as fraudes, perpetradas num sem número de casos em nosso país, ficar à mercê da Lei, em razão da inexistência específica de previsão legal. Não utilizá-la seria o mesmo que autorizar a fraude, pretexto inadequado e imoral, sem qualquer dúvida.

---

<sup>22</sup> COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.36.

<sup>23</sup> *Id*

<sup>24</sup> *Id*.

## **6 OS EFEITOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Pelo exposto, fica evidenciado que nosso ordenamento jurídico contempla a possibilidade de desestimação da pessoa jurídica. Em termos práticos, significa que a teoria da desconsideração se aplica, especialmente, quando, em decorrência da utilização de expedientes antijurídicos por uma pessoa jurídica, os credores que não lograrem êxito na satisfação de seus créditos junto ao patrimônio da sociedade podem intentar o recebimento do que é devido diretamente contra o patrimônio dos sócios da pessoa jurídica.

Surge deste raciocínio uma indagação de extrema relevância, ou seja, acerca das conseqüências do afastamento da regra do artigo 20 do Código Civil nos casos em que se configuram os requisitos necessários para a desconsideração da pessoa jurídica.

A busca no patrimônio pessoal dos sócios pelos credores frustrados no recebimento da sociedade, nos casos em que estes agiram de modo fraudulento ou abusivo, burlando a lei, violando obrigações contratuais ou prejudicando terceiros é o caminho que materializa a teoria.

Necessária, pois, a identificação entre sócio e sociedade, numa posição jurídica idêntica, compartilhando, em verdade, idênticos deveres e responsabilidades. A melhor doutrina considera este exemplo, desconsideração média.

A manifestação menos intensa ou mínima da desconsideração propriamente dita é aquela que é baseada na ignorância sob o ponto de vista do regime jurídico personificatório. Acontece quando não se desconsidera a personificação societária nem a distinção entre sociedade e sócio, mas sim, que sócio e sociedade tem responsabilidade subsidiária pelos efeitos dos atos praticados pela sociedade ou pelo sócio.

Já a mais intensa manifestação da desestimação da personalidade societária consiste na ampla e total ignorância da existência da pessoa jurídica, considerando-se, desta maneira, todos os atos e as relações jurídicas como

imputadas diretamente à pessoa dos sócios, sendo o raciocínio inverso igualmente aceito.

O que acontece, neste acaso, é que se objetiva atingir diretamente a pessoa do sócio; é um caso de desconsideração máxima, que atropela a pessoa jurídica.

O que efetivamente ocorre nos casos concretos, especialmente ante as especificidades de cada um, é determinado pelo objeto de cada processo, sempre buscando preservar os direitos e os interesses das partes em relação à lei.

Em síntese, a aplicação da teoria do *disregard of legal entity* só reveste-se de lógica quando é capaz de gerar os efeitos necessários à coibição da utilização vil e desviada da pessoa jurídica.

Apesar de tudo, há de se reconhecer, nossos juízes tem, não obstante o caráter excepcional da desconsideração da personalidade societária, se demonstrado amplamente propensos a estender os efeitos desconsiderantes em casos até mesmo surpreendentes.

Tudo o que está sendo acentuado encontra guarida nos fundamentos expostos em ementas de acórdãos de diversos tribunais, que admitem que o magistrado, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, tem o direito de indagar, em seu livre conhecimento, se há de consagrar o abuso ou a fraude, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para penetrar em seu interior, com o escopo de alcançar as pessoas e os bens que dentro dela se escondem, para fins ilícitos ou abusivos.

Assim, constatando-se que a pessoa jurídica está a encobrir ilícitos de um de seus sócios, em prejuízo creditício de outrem, a fim de se assegurar o direito deste, há que se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A utilização da teoria da despersonalização deve tomar corpo e se ampliar nas decisões dos tribunais pátrios, pois já deixou de ser uma novidade jurídica emergente e tais avanços, raros na prática, devem ser louvados.

Queremos apresentar que a teoria da desconsideração pode ser ampliada em sua extensão, atingindo patrimônio de terceiros, em casos de desfalque patrimonial fraudulento.

Será cabível a teoria e será afetado o fenômeno da personificação societária, quando de alguma forma, o não cumprimento das obrigações legais ou contratuais pela pessoa jurídica, afrontar os interesses de terceiros.

Pelo que se vê, são definitivas as palavras de Rolf SERICK, quando afirmava acerca da negação da personalidade, pois quem nega a personalidade é quem dela abusa, já que quem luta contra semelhante desvirtuamento é quem a afirma.

## **7 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL**

Parece, pelo que tudo indica, que existe uma séria preocupação dos doutrinadores, quanto ao princípio da autonomia, ou da reafirmação deste, sob o ponto de vista da teoria da desconsideração. Trata-se, pois, de assunto de fundamental importância para a compreensão da teoria, inclusive quanto aos limites da autonomia patrimonial dos sócios.

Para dar seguimento ao raciocínio, devemos lembrar que a pertinência, a validade e a importância das regras limitadoras do montante investido, a responsabilidade dos sócios por eventuais perdas decorrentes de insucessos financeiros, são pressupostos da desconsideração, derivadas do princípio da autonomia patrimonial e que balizadas pelo cálculo do risco, orientam a exploração das atividades econômicas das empresas comerciais.

Por outro lado, mesmo que o controlador de uma sociedade comercial seja diligente no tocante à condução de seu negócio, bem como revista de bom senso suas atitudes, fatores externos podem vir a abalar a estrutura financeira da empresa. O risco é fato intrínseco da economia capitalista. Nestes casos, pensamos diferentemente do raciocínio de SERICK, pois mesmo que ausente a má-fé, a desconsideração deverá ocorrer, não justificando-se a ressalva aos primeiro e segundo princípio, na qual o autor insiste no descabimento da desconsideração quando não caracterizada especialmente a fraude na manipulação da forma da pessoa jurídica.

Em termos de recessão econômica, a limitação das perdas constitui fator decisivo para a disciplina da atividade capitalista. O custo da atividade econômica, fato gerador do custo final dos produtos e serviços é aspecto relevante a ser analisado.

A explicação jurídica fica incompleta sem referência à sua inspiração econômica, devendo o direito ser entendido como um mecanismo formal, capaz de proteger e sancionar a ordem política e econômica, até para preservar o espírito do empreendedorismo.

Resume-se, antes de tudo, a premissa básica que devemos nos orientar quando da utilização da teoria, que afirma não ser possível afastar a autonomia da pessoa jurídica apenas pelo fato de que um credor seu não pode satisfazer o crédito que titulariza. Os fatores econômicos devem determinar algumas vezes o conteúdo do Direito, que é um instrumento a serviço dela.

## 8 ASPECTOS PROCESSUAIS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

Quanto aos aspectos processuais da teoria de desconconsideração, fundamental se faz esclarecer que escassos são os estudos dedicados ao tema.

Igualmente, a Jurisprudência não é satisfatória neste ponto, especialmente ante ao fato de que a maioria dos tribunais brasileiros, reservam a aplicação da teoria para situações excepcionais.

A premissa maior, ou seja, o pressuposto mais importante da desconconsideração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Nesses casos, a personalização da pessoa jurídica é afastada, para que aconteça a coibição dos ilícitos por ela praticados ou ocultados.

O meio adequado para o Magistrado desconsiderar a pessoa jurídica e seus integrantes é a ação judicial, movida pelo credor da sociedade contra seus controladores ou sócios. De fundamental importância, é o autor demonstrar o nexo de causalidade existente entre o fato e o pressuposto fraudulento. Assim, imperativo é o fato da sociedade figurar no pólo passivo da demanda, pois, ao contrário, se esta não é sujeito passivo de um feito legitimado a outro título, e se o autor não pretende a sua responsabilização, mas a de seus controladores, então ela é parte ilegítima, devendo o processo ser extinto, sem julgamento do mérito, em relação à sua pessoa.

Como a aplicação do instituto é medida extremamente excepcional, muitas dúvidas ainda pairam sobre a extensão da coisa julgada, inclusive naqueles casos em que figuram como partes grupos com responsabilidade solidária e subsidiária.

Há também a possibilidade de litisconsórcio, naqueles casos em que o agente fraudador (sócio controlador) e a sociedade figuram no pólo passivo da demanda. O exemplo mais evidente é aquele em que o autor, teme frustração ao direito que busca contra uma sociedade e em razão de manipulação fraudulenta de autonomia patrimonial durante a instrução do feito, por parte dos sócios a quem incide sua dúvida, já os inclui, como medida de precaução, desde o início da demanda como réus, gerando, assim, o litisconsórcio passivo.

Todavia, são raros os casos em que acontece tal exemplo, até porque os juízes não decidem e são raros os que contrariam esta regra, os casos de desconsideração por mero despacho em processo de execução.

Senão, o que seria das centenas de milhares de execuções que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis Brasileiros, se os magistrados, em cada processo de execução, se manifestassem favoráveis à desconsideração, após um simples pedido do autor. Sem nenhuma dúvida, instalar-se-ia o caos em nossos cartórios forenses.

Mesmo sendo minoria, alguns juízes tem-se manifestado favoravelmente ao pedido no mesmo processo de execução, adotando a teoria menor da desconsideração. Assim, tais juízes determinam a penhora dos bens de sócio ou administrador e consideram os eventuais embargos de terceiro o local apropriado para apreciar a defesa deste.

A conseqüência é o desrespeito aos direitos subjetivos constitucionais daqueles que foram alcançados por esta discricionariedade do juiz (os embargantes), pois não participaram da lide durante o processo de conhecimento e não podem rediscutir a matéria alcançada pela coisa julgada, sendo, assim, responsabilizados, sem o devido processo legal.

Mais uma vez, o Professor<sup>25</sup> ensina que "Assim sendo, percebe-se que mesmo os juízes adeptos da teoria menor da desconsideração não podem simplesmente dispensar o prévio título executivo judicial, para fins de tomar efetivo qualquer tipo de responsabilização contra sócio ou administrador da sociedade empresária. No contexto da teoria maior, o pressuposto da desconsideração não é fraude, mas a insatisfação de credor social. Ora, qualquer que seja o pressuposto adotado para a desconsideração, isso não altera em nada a discussão dos aspectos processuais da aplicação da teoria"

Conclui-se que, não se pode afastar a exigência do processo de conhecimento, a participação no pólo passivo da demanda, daquela pessoa que se pretende demonstrar a suposta conduta fraudulenta, para que possa defender-se, mesmo que haja a insolvabilidade da pessoa jurídica.

---

<sup>25</sup> Op.cit., p.55

Importante salientarmos que na nossa opinião, o juiz não pode desconsiderar a personalidade jurídica por mero despacho judicial no processo de execução de sentença. Isso significa dizer que, se o credor obtém em juízo a condenação da sociedade e no decorrer dela, ou seja, no momento da interposição da execução ou em seu seguimento descobrir que está havendo o uso fraudulento de sua personalização, poderá, não obtendo êxito na execução, acioná-la para obter seu crédito, diretamente no patrimônio do sócios, provado, anterior e necessariamente, o nexo de causalidade.

Não se constitui prática correta, se o magistrado, no trâmite da execução, determinar a penhora de bens do sócio ou administrador da executada, transferindo para eventuais embargos (de terceiro) a discussão sobre a fraude. Trata-se, se isto ocorrer, de inversão do *onus probandi*.

Queremos apresentar, antes de tudo, a teoria de que, quando há fraude na manipulação da personalidade jurídica e esta é anterior à propositura da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra o agente que a perpetrou, sendo, por conseguinte, a sociedade a ser desconsiderada, parte ilegítima.

Sob outra ótica, verificamos que se o autor teme uma frustração de seu direito contra uma determinada sociedade, em razão de suposta manifestação fraudulenta da autonomia patrimonial durante o processo, não pode deixar de incluir, desde o início do feito, no pólo passivo da relação processual, os indivíduos sob os quais reside a suspeita da manifestação fraudulenta aludida.

Verificamos que é muito difícil isto acontecer, até porquê, no início do processo, ainda o autor não tem a verdadeira noção, nem as informações necessárias sobre a parte adversa, sendo a continuidade processual um instrumento possibilitador de um contato mais direto com a requerida, sendo mais fácil, portanto, descobrir eventuais manifestações fraudulentas.

Existe, desde a reforma do Código de Comercio Argentino, ou seja, desde 1983, a teoria da desconsideração neste país. Vale, pois, o comentário, neste capítulo, pois o que houve na Argentina foi uma importante formulação.

Os doutrinadores argentinos partiram do princípio que a personalidade jurídica é inoponível, uma vez demonstrado que ela, pessoa jurídica, encobriu a

consecução de fins extra-societários, constituindo mero recurso de violar a lei, a ordem pública, a boa fé ou direitos de terceiros.

Assim, depreende-se que ao formular-se uma ação, baseando-se nos termos da inoponibilidade da pessoa jurídica (de sua personalidade), poderá o autor, estando devidamente inserido nos requisitos processuais, demandar diretamente contra o sócio, alegando o uso indevido da autonomia patrimonial.

E, curiosamente, não pode o requerido, neste caso, alegar em sua defesa, a oposição de existência da sociedade, caso reste aprovada a alegação do autor.

Não podemos nos furtar a elogiar a simplicidade com que a norma se estabeleceu no direito argentino, sendo, pois, uma expressão de que o Direito atuou, como uma verdadeira alavanca às transformações sociais daquele país, tão desejadas também em nosso. É fundamental a existência de um sistema jurídico, no qual a Lei e o Direito se convertam em instrumentos insubstituíveis, capazes de fazê-lo perdurar.

## 9 O DIREITO EM CRISE

É inequívoco o fato do Direito passar por uma crise, decorrente da crescente descrença no sistema político brasileiro e fatores decorrentes da globalização. Nos parece que, havendo a multiplicação dos eventos decorrentes desta, deveria ocorrer a modernização do arcabouço processual, bem como do direito material, em nossa legislação.

O instrumental prático-teórico dos operadores jurídicos, encontram-se igualmente limitados a regras desprovidas de vanguarda. Na verdade, o direito tradicional é um obstáculo à transformação social.

Até que ponto corresponde ao direito vigente uma cota de responsabilidade no caótico estado de coisas. Será que o direito sempre refletirá os interesses da classe socialmente dominante?

Inequivocamente, especialmente nos países latino-americanos, há uma deplorável e injustificada diferença na distribuição das riquezas, que geram, por conseguinte, num curso extremamente rápido, severas injustiças sociais.

O resultado é que os movimentos sociais tentam redefinir e revitalizar os modelos jurídicos defasados, sendo que a proposição deste trabalho segue esta linha, ou seja, busca e bebe na fonte da modernidade, já que no Brasil, exceto na Lei do Consumidor, ainda não se formalizou a teoria da despersonalização da pessoa jurídica.

Por outra parte, surge de nossa análise, uma idéia de vitalidade e grandeza, que nasce decorrente dos novos interesses sociais, indissociáveis da objetividade e da necessidade da teoria em discussão. Também, deve-se reafirmar a politicidade do direito, sem o qual nenhuma transformação ocorrerá.

Necessárias se fazem algumas considerações acerca do positivismo de combate, que é aquela expressão utilizada por Miguel PRESSBURGUER, citado por CARVALHO<sup>26</sup>, para caracterização daquele nível de disposições normativas

---

<sup>26</sup> CARVALHO, A. B. de. **Direito Alternativo**: teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 56.

que reconhecem uma série de conquistas históricas e democráticas que, não obstante terem sido motivadas, não se aplicam.

Ao contrário, a teoria do *disregard* se aplica, apesar de ainda não ter sido positivada. Sem dúvida, com a positivação, o direito deverá ser utilizado com o apoio da modernização dos operadores do direito, como instrumento de combate em casos de lesividade ao hipossuficiente.

Múltiplas são as razões que explicam o surgimento deste fenômeno, sendo que o ponto de chegada deste pensamento, amplia os limites e as possibilidades de aplicação da teoria em questão, ratificando seu papel sobre o ponto de vista da juridicidade.

Para o Ilustre pensador Argentino Diego J. Duquelsky GOMEZ<sup>27</sup>, “É função do Direito, portanto, garantir a livre circulação das idéias das pessoas e particularmente, dos bens. Vale-se para isso de regras gerais, abstratas e previsíveis que alcançam seus maior grau de racionalidade, a partir do processo codificatório.

As mudanças do mundo mercantil, aliadas a imensa voracidade dos gestores da grande economia, devem produzir o surgimento de uma legislação mais adequada à temática do mais fraco.

A teoria da despersonalização, desde os anos cinqüenta, vem produzindo inúmeras situações de muito bom grado, regulando relações que até então eram desproporcionais sob o aspecto dos costumes mercantis.

É evidente o surgimento de uma nova *lex mercatória*, que acabará gerando um espaço jurídico transnacional, um direito aplicável mundialmente, que é o que acontece com a idéia do *disregard of legal entity*.

Como anota Boaventura de Souza SANTOS<sup>28</sup>, “Não se trata de um direito consuetudinário, no sentido tradicional do termo, a menos que admitamos a existência de costumes instantâneos, como, por exemplo, uma empresa multinacional e inventa um novo tipo de contrato e tem o poder suficiente para o impor a outros agentes econômicos”.

---

<sup>27</sup> GOMES, D. J. D. **Entre a Lei e o Direito**. Rio de Janeiro: Ed Lumen Júris, 2001. p.17.

<sup>28</sup> SANTOS, B. S. **Uma Cartografia Simbólica de las Representaciones Sociales: Prolegómenos a una Concepción Posmoderna Del Derecho.. IISA: Bogotá, 1991. p. 222.**

Sobre a influência jurídica europeia na legislação brasileira, observamos após uma análise criteriosa de inúmeros sistemas legislativos dos países latino-americanos, uma característica similar entre todos, facilmente explicável por suas origens comuns. É inegável que as linhas centrais se reproduzem no essencial e que no conjunto apenas algumas expressões jurídicas de caráter progressista foi notada.

O importante, contudo, é fazer notar que os regramentos legislativos muitas vezes são baseados em critérios liberais-individualistas, sob o ponto de vista das classes predominantes.

Será que há algum desdém na aceitação das novidades de nossa legislação, em especial quanto à teoria estudada?

Do ponto de vista acadêmico notamos que não, pois, inclusive no Estado do Paraná, encontramos alguns trabalhos de rara qualidade sobre o tema e por mais estranho que isso possa parecer, alguns julgados revestidos de equidade e vanguarda.

Devemos, pois, tratar de algumas razões que explicam o aparente paradoxo de que a legislação mais recente seja a menos apreciada que a mais tradicional. A legislação antiga sempre é revestida de mais alto nível de consideração técnica e profissional.

RIPERT, citado por MONREAL<sup>29</sup> “depois de reconhecer a exigência da legislação moderna, desprovida da cuidada elaboração teórica e organicidade da tradicional, chama-a ‘legislação de exceção’; sustenta que a democracia não se atreve a chocar de frente com a legislação tradicional, por temor de a destruir, sem ainda estar segura das idéias que protege e defende” .

Seria, dentro deste ponto de vista, a teoria da personalização uma legislação de exceção. Não nos parece, apesar de reconhecermos que o direito novo não se estuda como deveria ser estudado e nem é ensinado pelos juristas a contento. Este raciocínio explica em parte a crise pela qual o direito vem passando.

---

<sup>29</sup> MONREAL, E. N. L. **O direito como obstáculo à transformação social** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 21.

É indiscutível a importância de ser a legislação moderna revestida de caráter social, a fim de atender a realidade da vida social, tendo como premissa este fator, sob pena de ser a legislação cada vez menos beneficiadora dos hipossuficientes.

Para o destacado doutrinador Eduardo Novoa MONREAL<sup>30</sup>, “O Código Civil (com exceção do Direito de Família que tende a separar-se dele) é um código para proprietários, que dele se valem para a proteção do patrimônio e para as operações de custódia, transferência e transmissão de seus bens. O Código Comercial somente recebe adequada aplicação quando se trata de operações mercantis de certa importância”.

O que foi acima exposto permite ratificar o conteúdo crítico que este trabalho propõe, ou seja, de que a utilização da teoria da despersonalização da personalidade jurídica cada vez mais deve ser discutida e utilizada, para coibir os abusos dos controladores das pessoas jurídicas, que se beneficiam de suas funções com fins escusos e com o intuito de prejudicar terceiros.

As práticas jurídicas do século vinte e um devem servir de base para uma mudança de mentalidade dos cidadãos e os juristas devem fugir do modelo formalmente imposto, adequando-se às transformações sociais.

Algumas reflexões acerca do direito vivo, também devem ser consideradas. Quando o sociólogo do Direito austríaco *Eugen Ehrlich* começou a se ocupar das regras de comportamento reais, ou seja, daquelas que não se baseiam nem em sentenças jurídicas nem nos preceitos da lei, porém consumadora dos fatos originários do direito, possibilitou um novo entendimento, ou seja, de que as verdadeiras relações jurídicas não são criadas por proposições jurídicas, mas diretamente pela sociedade.

Quanto ao tema ora debatido, entendemos que a teoria deve ser analisada pelo viés social, ou seja, como uma derivação de um anseio da sociedade, peculiar referência de sentido à idéia do direito.

---

<sup>30</sup> Op. cit, p. 22

Todavia, o pensador austríaco Eugen Ehrlich<sup>31</sup> “acreditou, equivocadamente, que a sociologia jurídica era a única ciência possível do Direito, o que constitui um erro, em relação a uma ciência normativa, e quis assentar na mera observação dos fatos e da recopilação de experiências o conhecimento da essência do jurídico”.

Em contraponto, devemos citar, por questão de enriquecimento e necessidade, a posição extremamente oposta de KELSEN, que declarava que a eficácia da norma, ou seja, seu efetivo cumprimento pela grande maioria dos cidadãos é, verdadeiramente, uma condição de sua validade jurídica.

Esta posição também é a nossa, especialmente no que se refere à aplicabilidade da teoria da despersonalização da personalidade jurídica. A crítica ao estado atual do Direito deve refletir, para os atores sociais que dele dependem, mudanças valorosas, ante à ânsia de modernidade e de reflexão da efetiva aplicabilidade social.

## 10 CONCLUSÃO

Como podemos verificar, trata-se o tema em debate – a teoria da despersonalização da personalidade jurídica – um assunto obrigatório para a utilização em nosso cotidiano forense.

Trata-se de novo meio a serviço dos operadores jurídicos, decorrente de manifestações de idéias mais que cinqüentenárias e que reflete o avanço do direito. Em geral, é inegável, subsistem os mesmo sistemas jurídicos, as mesmas formas de expressar e aplicar o direito. Devemos, pois, cada dia sermos mais atuantes em relação às transformações da sociedade.

Pois se no campo das ciências em geral, especialmente na neuropsiquiatria, genética, computação, etc., os avanços são absurdamente rápidos, porque no direito as mudanças são tão tardias e invariavelmente arrastadas? Em conseqüência, outra indagação também surge, estão sendo, de algum modo, preparados os juristas para as mudanças tão necessárias?

Em nossa opinião, em especial com referência ao assunto do presente trabalho, os juristas recepcionaram com sapiência as estipulações sobre a teoria do *disregard*, doutrina que, ainda demanda, com urgência, novas regulações normativas.

Entretanto, não podemos deixar de lado a rica história do direito, os estudos sobre as legislações que serviram de base para as nossas regras atuais, especialmente a legislação codificada no direito europeu no último século, que conforma a parte tradicional do direito vigente, mas devemos, de sobremaneira, criar disposições com maior conteúdo social que tenha consistência para enfrentar as situações cotidianas no meio político, social e econômico.

Também concluimos ao desenvolver o tema, que no inextricável emaranhado legislativo de nosso país, é um fato comprovável que as leis, no sentido material do termo, isto é, enquanto regras obrigatórias de conduta social imposta pela autoridade estatal, devem proteger os direitos de cada indivíduo, preservando suas liberdades individuais e propiciando àqueles lesados, os instrumentos para satisfazerem suas perspectivas.

O fator econômico adquire fundamental importância na formalização das leis em um ordenamento jurídico híbrido como o brasileiro. Mesmo sem haver uma economia do tipo socialista, o legislador pátrio vem, cada vez a passos mais largos, tendo uma ingerência na economia.

Porém, como não há nada mais volátil que as condições econômicas, que são influenciadas por fatores de toda natureza, especialmente pelas políticas de condução da economia, devem as leis possuírem viés coibitivo dos abusos aos mais fracos, com ênfase nos casos em que aqueles agiram de modo fraudulento ou abusivo, burlando a lei, violando obrigações contratuais ou prejudicando terceiros.

O direito tem por objetivo primeiro a imposição perante a sociedade de um conjunto de regras que fortifique uma dada ordem da sociedade e de seus membros. O conjunto sistemático das regras jurídicas obrigatórias que o Direito entrega a sociedade constitui apenas o meio para que se alcance uma determinada ordem social.

Conclui-se, portanto, que o direito não se rege por princípios absolutos, ou seja, como instrumento formal que é, possui característica relativa e por se encontrar a serviço de diversas diretivas, sua função a serve, fazendo com que essas diretivas sejam, de fato, cumpridas na vida social.

Como salientamos no presente trabalho, o direito enquanto meio, necessita de fins, e a concretização ainda que tardia, da teoria da despersonalização da personalidade jurídica em nossa legislação, equivale ao alcance do verdadeiro fim do Direito.

A verdadeira ordem na sociedade, decorrerá da ordem que o Direito está chamado a impor dentro dela. Todavia, a verdadeira ordem demandará transformações e modificações nas situações existentes, derrubando mitos.

Também é certo que, nas sociedades modernas, não é possível limitar-se a conservação da legislação tradicional, bem como não é certo dar-lhe simples retoques, sendo imperativa, por numerosíssimos fatores, a introdução de múltiplas normas baseadas nos princípios de coesão racional, primeiro requisito no surgimento de novas regras de direito.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- 1 BORBA, J. E. T. **Direito Societário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 2 COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.
- 3 MARINONI, L. G.; LIMA JÚNIOR, M. A. de. Fraude – Configuração – Prova – Desconsideração da Personalidade Jurídica. *RT* 783/137, Jan.2001
- 4 ASCARELLI, T. **Corso de Diritto Commerciale**. 3. ed. Milão: Dott. <sup>a</sup> Giuffré Editore, 1962.
- 5 OLIVEIRA, J. L. C. de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- 6 GUIMARÃES, F. L. **Desconsideração da personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor: aspectos processuais.**, São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.
- 7 CARRION, V. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- 8 MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- 9 ALVIM, T. C. D. de A. **Código do Consumidor Comentado**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- 10 SIRVINSKAS, L. P. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- 11 PIERANGELLI, J. H. Agressões à natureza e proteção dos interesses difusos. *Justitia*, 144:9.
- 12 CARVALHO, A. B.de. **Direito alternativo: teoria e prática**. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- 13 GOMES, D. J. D. **Entre a Lei e o Direito**. Rio de Janeiro: Ed Lumen Júris, 2001.
- 14 SANTOS, B. de S. **Uma Cartografia Simbólica de las Representaciones Sociales: Prolegómenos a una Concepción Posmoderna Del Derecho**. IISA: Bogotá, 1991.

15 MONREAL, E. N. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.