

FLÁVIA MARIA DE MORAIS GERAIGIRE CLÁPIS

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO - 2006

FLÁVIA MARIA DE MORAIS GERAIGIRE CLÁPIS

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Comercial, sob orientação do Professor Doutor Fábio Ulhoa Coelho.

SÃO PAULO

2006

BANCA
EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Fabio Ulhoa Coelho, detentor de minha mais profunda admiração, cujas discussões em sala de aula inspiraram a presente dissertação.

RESUMO

Esta dissertação aborda os aspectos que envolvem a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com o objetivo de traçar critérios para sua correta aplicação. A preocupação constantemente destacada pela doutrina é como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sido utilizada por nossos Tribunais, a fim de que não seja aplicada indiscriminadamente, mantendo-se o princípio da autonomia da pessoa jurídica para, somente em casos excepcionais, desconsiderá-la. A autonomia da pessoa jurídica é de suma importância para o desenvolvimento sócio-econômico, uma vez que limita a responsabilidade daquele que quer investir no país. A introdução no direito positivo brasileiro da desconsideração pelo Código de Defesa do Consumidor conferiu prerrogativas à teoria da desconsideração que lhe são estranhas e não condizem com os princípios norteadores do direito privado. O art. 50 do Código Civil de 2002 representou um avanço para nortear a correta aplicação da teoria, pois trouxe aos operadores do direito a efetividade necessária, antes dificilmente alcançada. Teve o condão de discipliná-la corretamente, estabelecendo critérios adequados com o seu fundamento jurídico e, com isso, a oportunidade de se formatar novas tendências à teoria da desconsideração, observando-se os princípios que a norteam, sem deixar de dar a devida importância para os interesses sociais e econômicos. As teorias da desconsideração desenvolvidas pelos doutrinadores tiveram o objetivo de sistematizar o tema, prevalecendo em nosso ordenamento jurídico a concepção subjetiva, segundo a qual só é possível afastar o princípio da autonomia da pessoa jurídica em casos excepcionais, desde que comprovada a fraude ou abuso de direito, sendo exigido um comportamento culposo do agente. Tal princípio deve estar atrelado ao caráter da subsidiariedade, imprescindível para o correto enquadramento da teoria. Há divergências quanto à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas diversas áreas de direito, pois alguns ramos do nosso ordenamento contemplam erroneamente a desconsideração, quando o tratamento correto seria a imputação direta da responsabilidade dos sócios e administradores, já que na responsabilidade pessoal não existe a manipulação da personalidade jurídica, mas tão-somente a caracterização da ilicitude em decorrência dos atos próprios. A desconsideração da personalidade jurídica é o meio adequado para coibir abusos perpetrados, seja pelas sociedades, seja pelos grupos de empresas. Se corretamente aplicada, aprimora o instituto da pessoa jurídica. No entanto, a preocupação é que o instituto não seja aplicado sem qualquer critério, o que ensejará o desvirtuamento da pessoa jurídica, gerando prejuízos de ordem econômica e social.

ABSTRACT

This dissertation approaches the aspects which involve the theory of inconsiderateness of the juridical personality, with the goal of tracing standards for its correct application. The constantly accentuated worry of the doctrine is how the theory of inconsiderateness of the juridical personality has been used by our Tribunals, so that it is not applied, indiscriminately, maintaining the principle of autonomy of the legal entity to, only in exceptional cases, disregard it. The autonomy of the legal entity is of major importance for the social-economical development, once it limits the responsibility of the one who wants to invest in the country. The introduction in the positive Brazilian law of the inconsiderateness by the Defense Code of the Consumer conferred prerogative to the theory of inconsiderateness which are strange to it and do not correspond with the oriented principles of the private law. The 50th Article of the Civil Code of 2002 represented an advance to guide the correct application of the theory, because it brought to the operators of the law the appropriate effectiveness, which before was difficult to be reached. It had the gift to do it in a correct and disciplinary way, establishing adequate standards with its juridical basis and, with this, the opportunity to promote new tendencies to the theory of inconsiderateness, observing the principles which guide it, without leaving out the correct importance to the social and economical interests. The theories of inconsiderateness developed by the people who doctrine had the goal to systematize the theme, prevailing in our juridical ordination the subjective conception, through which it is only possible to remove the principle of autonomy of the legal entity in exceptional cases, ever since it is confirmed the fraud or abuse of right, being demanded a guilty behavior of the agent. Such principle should be joined to the character in a subsidiary way, necessary of the correct framing of the theory. There are divergences concerning the application of the theory of inconsiderateness of the juridical personality on the various areas of the law, for some branches of our ordination contemplate in a wrong way the inconsiderateness, when the correct treatment would be the direct imputation of the responsibility of the partners and administrators, since within the personal responsibility it does not exist the manipulation of the juridical personality, but only the characterization of the illicit way concerning the particular acts. The inconsiderateness of the juridical personality is the adequate way to repress the abuses perpetrated, by society, or by group of companies. If correctly applied, improves the institute of the legal entity. However, the worry is that the institute is not applied without any standard, what will give an opportunity to the discredit of the legal entity, leading to social and economic losses.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. PESSOA JURÍDICA E PERSONALIDADE JURÍDICA	11
1.1. Desenvolvimento histórico do conceito de pessoa jurídica	11
1.2. Natureza jurídica	17
1.3. Capacidade e representação da pessoa jurídica	24
1.4. Classificação	27
1.5. Autonomia da pessoa jurídica	29
1.6. Abuso da personalidade jurídica	35
1.7. A crise da personalidade jurídica	37
2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	44
2.1. Origem histórica	44
2.2. Conceito e Aplicabilidade	49
2.3. Teorias subjetiva e objetiva	60
2.3.1. Contribuição de Rolf Serick	68
2.3.2. Contribuição de Piero Verrucoli	74
2.4. Natureza jurídica	81
3. A DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO	85
3.1. EUA	85
3.2. Alemanha	91
3.3. França	94
3.4. Inglaterra	96
3.5. Itália	97
3.6. Argentina	99
3.7. Espanha	105
4. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO	110
4.1. Considerações gerais na tramitação do projeto do novo Código Civil	110

4.1.1. O artigo 50 na Lei nº 10.406/2002	110
4.2. Aspectos da teoria da desconsideração no direito brasileiro	125
4.2.1. Direito do consumidor	125
4.2.2. Direito do trabalho.....	130
4.2.3. Direito tributário	134
4.2.4. Direito comercial	137
5. PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	144
5.1. Introdução	144
5.2. Desvio de finalidade	145
5.3. Confusão patrimonial	150
5.4. Abuso de Direito	153
5.4.1. Introdução	153
5.4.2. Teorias do Abuso de Direito	154
5.4.2.1. Teoria Subjetiva	154
5.4.2.2. Teoria Objetiva	155
5.4.3. Críticas à teoria e conceito	158
5.4.4. Breves considerações do Direito Estrangeiro	162
5.4.5. Abuso de Direito e Ato ilícito	164
5.5. Fraude	166
5.6. Distinção entre Abuso de Direito e Fraude	171
6. A DESCONSIDERAÇÃO NO GRUPO DE EMPRESAS	173
7. ASPECTOS PROCESSUAIS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO	181
CONSIDERAÇÕES FINAIS	189
BIBLIOGRAFIA	195

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo fixar linhas gerais para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que foi desenvolvida com o objetivo de combater o mau uso advindo da autonomia da pessoa jurídica.

Demonstramos, ao longo deste trabalho, que a autonomia da pessoa jurídica é uma forma legal de limitação da responsabilidade dos integrantes de uma empresa, o que constitui condição para a criação e o desenvolvimento de empreendimentos econômicos. Daí decorre o fato de os tipos societários com maior expressão econômica serem justamente aqueles que restringem a responsabilidade de todos os sócios ao pagamento de certa quantia, como ocorre nas sociedades limitadas e anônimas.

A pessoa jurídica empresarial detém um papel importante na ordem econômica social, o que a torna de suma importância, devendo ser preservada como geradora de unidades econômico-produtivas. O que se visa proteger na pessoa jurídica é a sua substância, abolindo os males e condutas ilícitas que possam causar seu desvirtuamento ao afastá-la de sua finalidade social.

Devido à importância da limitação de responsabilidade da pessoa jurídica, tentou-se demonstrar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve ser utilizada com cautela, sem transformá-la em um remédio geral para aplicação desmesurada, a fim de solucionar todos os problemas advindos da pessoa jurídica com o simples afastamento de sua personalidade perante o caso concreto, até mesmo porque nem todos os problemas podem ser enquadrados como típicos casos de desconsideração.

A teoria não pode ser aplicada quando se puder imputar a responsabilidade diretamente ao sócio ou ao representante legal da pessoa jurídica. Se a pessoa jurídica não representar qualquer óbice para a responsabilização de sócios e/ou administradores, não há razão para optar pela desconsideração da personalidade jurídica, já que não estará comprovada a má utilização da pessoa jurídica, mas sim um caso de imputação direta àqueles que cometeram o ato abusivo.

O que procuramos demonstrar é que os abusos e equívocos na aplicação da desconsideração estão levando a um desvirtuamento da pessoa jurídica, ensejando prejuízos de ordem econômica e social, já que a limitação da responsabilidade tem ficado cada vez mais tênue.

A norma inserida no art. 50 do Código Civil de 2002 é merecedora de destaque, pois teve o grande mérito de estabelecer critérios mais objetivos e disciplinar a desconsideração na legislação pátria. Acreditamos que a inclusão de referido artigo veio trazer os parâmetros necessários, ou melhor, limites mais precisos, a fim de impedir a utilização excessiva da teoria da desconsideração.

Todas as considerações acima encontram-se ao longo deste trabalho. No Capítulo 1, tecemos algumas considerações sobre a pessoa jurídica, já que não há como analisar o instituto da desconsideração sem ao menos examinar os conceitos da pessoa jurídica e seus desdobramentos. A desconsideração da personalidade jurídica consiste em uma exceção ao art. 20 do Código Civil de 1916, mantido, mas não repetido expressamente, no Código Civil de 2002, que é quebrada quando se utiliza da personalidade jurídica das sociedades para cometer atos ilícitos com o intuito de prejudicar terceiros.

No Capítulo 2, discorremos sobre alguns aspectos relevantes da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, além de trazermos o estudo de, dentre outros, dois autores, Rolf Serick e Piero Verrucolli, que muito contribuíram para a sistematização da teoria. No Capítulo 3 é apresentado o resultado da pesquisa da legislação alienígena, através do qual é possível constatar que a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada em praticamente todos os países.

No Capítulo 4, fizemos uma abordagem mais minuciosa sobre a desconsideração no Brasil, mostrando os aspectos da positivação do art. 50 do Código Civil, destacando também como a desconsideração tem sido aplicada nos diversos ramos de nosso ordenamento jurídico. Enfocamos na ótica dos tribunais, além de tentarmos demonstrar em cada ramo do direito quais seriam, dentro das positivações previstas, os típicos casos de desconsideração e de responsabilidade pessoal.

No Capítulo 5, discorremos sobre os pressupostos caracterizadores para a correta aplicação da teoria da desconsideração, dentre eles, a confusão patrimonial e o desvio de finalidade, inovações trazidas com o art. 50 do Código Civil de 2002, o que possibilitou aferir critérios mais objetivos e, assim, colaborar na aplicação da desconsideração de forma mais criteriosa.

No Capítulo 6, apresentamos algumas reflexões sobre a desconsideração em grupo de empresas que possuem personalidades jurídicas distintas e também só em caráter

excepcional podem ser desconsideradas para atribuição de responsabilidade a outra sociedade do mesmo grupo.

Buscamos explicar o entendimento dos autores que defendem que os grupos societários precisam de um ordenamento jurídico próprio e não da teoria clássica da desconsideração, aplicada de maneira casuística, que se mostra incompatível com a estrutura sócio-econômica das formas atuais de organização da atividade empresarial, do que ousamos divergir por acreditarmos que o princípio da desconsideração no grupo de empresas é o meio adequado para coibir os abusos perpetrados pelos grupos de sociedades, desde que observados os pressupostos caracterizadores dessa teoria.

Em relação aos aspectos processuais da desconsideração, inseridos no Capítulo 7, objetivamos traçar um paralelo entre as duas correntes doutrinárias que abordam a forma de aplicação da teoria da desconsideração, as quais sinalizam o momento processual oportuno para a decretação da desconsideração. A primeira, que defende a idéia de que deve existir um processo autônomo, uma ação de conhecimento paralela à execução para que se possa formar um novo título judicial que permita desconsiderar a personalidade jurídica, e a segunda, a qual entendemos ser a mais acertada, que defende o fato de a desconsideração poder ser caracterizada incidentalmente no processo de execução. Enfocamos a posição de nossos tribunais, que se inclinam no entendimento de ser desnecessária ação própria para a desconsideração.

Procuramos esclarecer que, no caso do credor não dispor de título executivo, a ação que lhe caberá é de conhecimento, e para ela ser intentada contra os sócios, com o fim de obter o ressarcimento pela dívida da sociedade, é imprescindível a presença dos pressupostos da desconsideração, cabendo ao autor provar a sua existência para viabilizar a ação contra o sócio. Caso contrário, a ação deverá ser intentada somente contra a sociedade.

Por fim, apresentamos nossas conclusões, objetivando a efetividade da desconsideração da personalidade jurídica na tentativa de demonstrar que os abusos perpetrados pela pessoa jurídica devem ser coibidos, desde que observados certos critérios para que o remédio jurídico inserido no ordenamento, no caso, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, não seja utilizado desmedidamente, estabelecendo-se limites mais precisos para a aplicação de tal teoria.

1. PESSOA JURÍDICA E PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1. Desenvolvimento histórico do conceito de pessoa jurídica

O civilista francês Jean Carbonnier preceitua que, no universo do Direito, não existe apenas o ser humano, o indivíduo ou a pessoa jurídica; enfim, que não existem somente os interesses e objetivos individuais, mas também os objetivos e interesses coletivos que, para serem satisfeitos, exigem a união de diversos indivíduos nas sociedades, nas associações e nas fundações, que aparecem adquirir vida própria¹.

E complementa, o mesmo autor, afirmando que o Direito:

"considera estes agrupamentos como formando cada um uma unidade, uma entidade, cuja existência é distinta das partes componentes. Por um antropomorfismo instintivo, assimila-os aos indivíduos e, dado que estes, tendo um corpo, são pessoas físicas - os agrupamentos serão pessoas morais, ou ainda, pessoas jurídicas. Diz-se que eles têm personalidade moral, personalidade civil, que se comportam como seres intelectuais, seres morais. Estes seres morais, à semelhança dos homens, podem adquirir, contratar, serem titulares de direitos, devedores de obrigações, em resumo serem sujeitos de direito."²

O conceito da pessoa jurídica surgiria no Direito Romano, muito embora o aprofundamento do conceito tenha se concretizado no Direito Canônico³, quando o termo *pessoa* começou a ser aplicado corretamente, ao tratar a pessoa jurídica como entidade distinta dos seus membros.

¹ Carbonnier. *Droit civil I: les personnes*, 1996, p. 355 (tradução nossa).

² Idem ib (tradução nossa). "considère ces groupements comme formant chacun une unité, une entité, dont l'existence est distinct des partis composantes. Par un anthropomorphisme instintif, il lés assimile aux individus et, puisque ceux-ci, ayant un corps, sont des personnes physiques – les groupements, eux, seront des personnes Morales, ou encore des personnes juridiques. On dit qu'ils ont la personnalité morale, la personnalité civile, qu'ils se comportent comme des êtres des êtres intellectuels, des êtres moraux. Ces êtres moraux, à l'instar des hommes, peuvent acquérir, contracter, être titulaires de droits, débiteurs d'obligations, bref être des sujets de droit".

³ Alves. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*, 1998, p. 14-5.

Jean Carbonnier⁴ afirma que a pessoa jurídica originou-se em um período impreciso, com a possibilidade de ter surgido tanto nos estudos dos romanistas medievais como no próprio Direito Romano, passando tal instituto a ter consistência no final do século XVIII.

Segundo os ensinamentos de Ebert Chamoun⁵, “o reconhecimento da existência jurídica de grupos de indivíduos não era para os romanos senão um meio técnico destinado a possibilitar-lhes a vida jurídica”. Afirma, ainda, que a introdução dos grupos de indivíduos no conceito de *personas* “é conquista da doutrina posterior, sobretudo da canônica, inspirada, como foi, pela idéia de Igreja Universal”.

O autor continua ao afirmar que “a noção de personalidade jurídica se manifesta, sobretudo, no idêntico tratamento do patrimônio das pessoas jurídicas e dos indivíduos nas relações com terceiros”, sendo que “às pessoas jurídicas era possível participar da vida jurídica como fazia o indivíduo de igual maneira e no mesmo plano”⁶.

De fato, foi no Direito Romano que a pessoa jurídica passou a ter importância, muito embora não tenha sido elaborada uma teoria sobre a mesma. Foi com base nos textos romanos que, segundo Frederico de Castro y Bravo⁷, os antigos juristas estabeleceram uma distinção entre *universitas bonorum* e *universitas personarum*, que nada mais é do que a diferenciação entre o patrimônio e a pessoa jurídica. O jurista espanhol vai mais além, afirmando que classificaram a todos os sujeitos de direito, chamando de pessoa natural ao ser humano e de pessoa jurídica a qualquer sujeito de direito distinto do ser humano⁸.

Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes⁹, a moderna definição de pessoa jurídica surgiu da influência do Direito Romano, do Direito Germânico e do Direito Canônico.

No Direito Romano podemos dividir a evolução da pessoa jurídica em três períodos: (i) pré-clássico; (ii) clássico; e (iii) pós-clássico. No primeiro período, como bem explica José Carlos Moreira Alves, “os romanos entendiam que, quando um patrimônio pertencia a várias pessoas, o titular dele não era uma entidade abstrata – a corporação –,

⁴ Carbonnier, 1996, p. 356.

⁵ Chamoun. *Instituições de Direito Romano*, 1954, p. 58.

⁶ Idem ib.

⁷ Castro y Bravo. *La persona jurídica*, 1981, p. 22.

⁸ Idem ib.

⁹ Lopes. *Curso de Direito Civil, Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos*, v. I, 2000, p. 357.

mas sim os diferentes indivíduos que constituíam o conjunto, cada um titular de parcela dos bens”¹⁰.

No

Direito Clássico surge a entidade abstrata ao lado do homem como pessoa física: as corporações – sendo estranho, no período clássico, o conceito de fundação. A evolução do reconhecimento da pessoa jurídica se dá com o fato de o Estado, naquela época, ser visto como entidade abstrata diferente do cidadão. Essa distinção que Roma passou a enxergar foi o marco inicial para a origem da concepção da pessoa jurídica de direito privado, muito embora o poder jurídico do Estado não fosse reconhecido como sujeito privado.

No terceiro período, o do Direito Pós-Clássico, vislumbra-se a existência das fundações, mesmo que os textos não forneçam elementos suficientes para que se afirme que as fundações, como pessoas jurídicas, foram conhecidas dos romanos¹¹.

Definiram-se, portanto, “duas modalidades de pessoas jurídicas: as *universitates personarum*, representadas por agrupamentos de indivíduos, e as *universitates bonorum*, formadas por estabelecimentos, fundações, hospitais etc.”¹². Miguel Maria de Serpa Lopes afirmava que os romanos excluía “a *societas*, negando-se-lhe personalidade, por ser ela encarada como um fenômeno puramente contratual, vínculo obrigacional entre os respectivos sócios, considerados os verdadeiros titulares dos direitos”¹³.

Já no Direito Germânico, segundo Serpa Lopes, a evolução que acontecera em Roma, “no sentido de ser transposta a fase da universalidade para o da unidade, pois, até então, a coletividade não era concebida distintamente dos indivíduos que a compunham”¹⁴, só concretizou-se bem mais tarde. Portanto, foi apenas a partir daí que a idéia de pessoa jurídica tomou uma forma mais definida.

No Direito Canônico, na medida em que a Igreja era vista como um corpo único – pois “todos os institutos da Igreja foram reputados entes ideais, fundados por uma vontade superior e qualquer ofício eclesiástico, dotado de um patrimônio, é tratado como uma entidade autônoma”¹⁵ –, a pessoa jurídica passou a ser estudada novamente. As

¹⁰ Alves. *Direito Romano*, v. I, 2004, p. 132.

¹¹ Alves, 2004, p. 135.

¹² *Idem ib.*

¹³ Lopes, 2000, p. 358.

¹⁴ *Idem ib.*

¹⁵ Lopes, 2000, p. 358-9.

correntes romana, germânica e canônica inspiraram o Direito Medieval, sendo que o Direito Contemporâneo, quando trata da pessoa jurídica, certamente é influenciado por todos esses conceitos que convergiram para formar o moderno conceito de pessoa jurídica, discutido por diversos doutrinadores.

Ressalvamos que a denominação *pessoa jurídica*, utilizada por nosso ordenamento e por tantos outros, é bem variada, sendo chamada de: (i) pessoas colectivas ou entes colectivos, no Direito Português; (ii) pessoas morais, no Direito Francês (construção doutrinária) e no Suíço (art. 53); (iii) pessoas jurídicas, no Direito Alemão (arts. 21ss), no Italiano (arts. 11ss) e no Espanhol (arts. 35ss).

Segundo o civilista brasileiro Clóvis Bevilacqua, “a pessoa jurídica, como sujeito de direito, do mesmo modo que no ponto de vista sociológico, é uma realidade, é uma realidade social, uma formação orgânica investida de direitos pela ordem jurídica, a fim de realizar certos fins humanos”¹⁶. Segundo o jurista:

“o Código preferiu a denominação *pessoa jurídica* por ser mais expressiva do que outra qualquer das imaginadas até hoje, e por traduzir bem a natureza particular deste segundo gênero de pessoas. O direito não recebe da natureza esta categoria de pessoas. Encontra-a na sociedade, e dá-lhe o caráter de que necessita para substituir e desenvolver-se. Por isso vive ela somente na ordem jurídica; falta-lhe a existência biológica das pessoas naturais”¹⁷.

Podemos concluir até aqui, que a evolução da pessoa jurídica, como ser distinto dos membros que a compõem, concretizou-se com a evolução trazida pelo Direito Germânico e Canônico que, mesmo tratando a pessoa jurídica como mera ficção, o que não podemos concordar, inspirou o nosso Direito Contemporâneo a positivar com veemência a distinção entre pessoa jurídica e seus membros.

Segundo Silvio Rodrigues¹⁸, “pessoas jurídicas são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil”.

Para Caio Mario da Silva Pereira:

¹⁶ Bevilacqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 1, 1953, p. 169.

¹⁷ *Idem ib.*

¹⁸ Rodrigues. *Direito Civil*, v. 1, 2002, p. 86.

“a complexidade da vida civil e a necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados”¹⁹.

Por essa razão, surgiram no Direito, entidades coletivas, formadas para a consecução de um fim social, e que a ordem jurídica reconhece como sujeitos de direito.

Já para Francesco Ferrara, “as pessoas jurídicas podem definir-se como associações ou instituições formadas para a consecução de um fim e reconhecidas pela ordenação jurídica como sujeitos de direito”²⁰. Em suma, ele entende essas entidades como sendo “organizações sociais para a obtenção de uma finalidade”²¹. Giorgio Giorgi, por sua vez, revela que as pessoas jurídicas constituem uma:

“unidade jurídica que resulta de uma coletividade humana ordenada de maneira estável para uma ou mais finalidades de privada ou de pública utilidade: porquanto é distinta de cada um dos indivíduos que a compõem, e dotada de capacidade de possuir e de exercer *adversus omnes* os direitos patrimoniais, de acordo com a natureza, com o subsídio e o incremento do Direito Público”²².

Para José Lamartine Corrêa de Oliveira, a entidade jurídica é criada pelo ser humano, sendo “dele dependente, que deve sua existência ao ordenamento jurídico e que é o que o ordenamento deseja que ela seja, pois que não é, no âmbito da vida jurídica, fenômeno natural pré-existente, mas mera criação do pensamento humano para a consecução de determinados fins”²³.

O jurista Fábio Ulhoa Coelho define claramente a pessoa jurídica utilizando-se de conceitos da lógica. Segundo o autor:

¹⁹ Pereira. *Instituições de Direito Civil, Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*, v. I, 2004, p. 297.

²⁰ Ferrara. *Teoría de las personas jurídicas*, 1929, p. 359 (tradução nossa).

²¹ Ferrara. *Le persone giuridiche*, 1958, p. 23 (tradução nossa).

²² Giorgi. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morale*, 1913, p. 67-8 (tradução nossa).

²³ Oliveira. *A dupla crise da pessoa jurídica*, 1979, p. 329.

“o conceito de pessoa jurídica surgirá da sua localização no conjunto de objetos assemelhados e *mais* assemelhados (*genus proximum*) e, dentro desse conjunto, da sua identidade frente aos seus pares (*differentia specifica*). O gênero próximo da pessoa jurídica, como se demonstrará, é o ‘sujeito de direito’, e a diferença específica deve ser localizada em relação aos demais sujeitos de direito (pessoa física, nascituro, condomínio, massa falida...). Assim, o ponto de partida para a construção do conceito de pessoa jurídica é a constatação de que se trata de um tipo de sujeito de direito”²⁴.

O sujeito de direito é a forma que o Direito dá a seres e fatos sociais que devem ser tidos como portadores de direitos e obrigações. “Quando se diz que algo ou alguém é um sujeito de direito, está-se a interpretar a realidade no sentido de que esse algo ou esse alguém é o portador ou destinatário de um interesse considerado pelo Direito (quer dizer, um interesse tomado como relevante pelos homens da comunidade jurídica)”²⁵. Sendo, portanto, o *genus proximum* da pessoa jurídica o sujeito de direito, ela se torna apta a contrair obrigações e exercer direitos.

É importante evidenciar que seres e fatos sociais aptos a exercer direitos e contrair obrigações têm a pessoa jurídica como um de seus integrantes. A pessoa física, o nascituro, o condomínio horizontal e outras entidades jurídicas também são seres aptos a exercer direitos e contrair obrigações e, nem por isso, são considerados pessoas jurídicas. Portanto, cabe aqui diferenciarmos esses outros seres e fatos sociais para conceituarmos isoladamente a pessoa jurídica²⁶.

A diferença fundamental entre os diversos sujeitos de direito está em saber distingui-los como sujeitos de direito corpóreos (pessoa física e nascituro) e incorpóreos (pessoa jurídica, espólio, condomínio horizontal, dentre outros), o que acreditamos dispensar maiores explicações²⁷.

E, com o escopo de afinarmos o conceito de pessoa jurídica, é necessário separarmos esta última dos demais sujeitos de direito incorpóreos, uma vez que é dotada de personalidade jurídica, podendo praticar atos para os quais não esteja expressamente

²⁴ Coelho. *Desconsideração da personalidade jurídica*, 1989, p. 75.

²⁵ Coelho, 1989, p. 76-7.

²⁶ Coelho, 1989, p. 77.

²⁷ Coelho, 1989, p. 78.

proibida, ao contrário dos demais entes despersonalizados, o que faz com que se aproxime da pessoa física²⁸.

Nos dias de hoje, não resta qualquer dúvida de que a pessoa jurídica é um sujeito de direito, da mesma forma que a pessoa física. Ao contrário dos entes coletivos, a existência de personalidade nas pessoas físicas não gerou dificuldades jurídicas, pois, desde que um ser humano exista materialmente, considera-se um sujeito de direito. No entanto, para as pessoas jurídicas esse entendimento foi bastante difícil de ser alcançado, até mesmo porque, como se verá, ao abordarmos a natureza jurídica, sua existência lastreava-se na idéia de um ser imaterial e abstrato.

O Código Civil de 1916, quando elaborado, previu com acerto, ao distinguir a pessoa jurídica dos membros que a compõem, a importância e a necessidade da pessoa jurídica nas relações comerciais, ainda que não pudesse prever a necessidade desta entidade para o comércio nos dias atuais. Com isso, tornou ponto de partida para a fixação dos conceitos fundamentais da pessoa jurídica, o que foi aprimorado com o Código Civil de 2002.

Entendemos que até mesmo o Código Civil de 2002, muito embora já tenha vislumbrado a importância da pessoa jurídica e sua necessidade nas relações comerciais e na própria economia ao rever os conceitos do Código de 1916, ainda não acompanha as mudanças constantes e rápidas que ocorrem quando se fala em pessoas jurídicas.

Acreditamos, que a positivação do art. 50 no Código Civil de 2002, objeto de nosso estudo, foi um reconhecimento consciente de nossos juristas ao longo desses anos acerca da evolução e importância da pessoa jurídica, o que, necessariamente, levou a inclusão de um remédio jurídico para coibir a utilização indevida da pessoa jurídica, primordial no desenvolvimento de nossa economia, já que ao não se confundir com os membros que a compõem, limita a responsabilidade daqueles que desejam investir em nosso país, fomentando nossa economia.

1.2. Natureza jurídica

²⁸ Coelho, 1989, p. 79.

A explicação para o instituto da pessoa jurídica foi algo que suscitou a formação de diversas correntes doutrinárias. Miguel Reale, que presidiu a comissão encarregada de elaborar o anteprojeto do Código Civil de 2002, ressaltou a importância da abordagem que foi dada pelo Novo Código “ao tema das pessoas jurídicas, um dos pontos em que o Código Civil atual se revela lacunoso e vacilante”²⁹.

De fato, ao analisar o Código Civil de 1916, o mesmo jurista frisa que a corrente mais antiga que busca explicar a pessoa jurídica a compreende como uma espécie de ficção, o que, segundo indagação do próprio autor, não seria possível, pois como defender que a pessoa jurídica poderia existir *per se* se fosse tratada como ficção?

O Código Civil de 1916 negou por completo a teoria da ficção ao estabelecer claramente no art. 20 que as pessoas jurídicas têm existência distinta dos seus membros, dando à pessoa jurídica a personalidade jurídica. O ilustre jurista acima citado, utilizando exemplo bastante ilustrativo, diz que “se uma sociedade civil de intuítos recreativos falha em seus objetivos e se vê a braços com imensas dívidas, por estas não respondem os seus associados”³⁰ e indaga como seria possível a justificativa de tais fatos apenas com base na idéia de uma mera ficção.

Luis Cabral de Moncada defende veementemente que não estamos diante de uma ficção, pois “a construção deste conceito, verdadeira categoria do pensamento jurídico, vem assim também a corresponder, numa palavra, a um processo de abstração lógica (meio técnico jurídico) para dar satisfação a esses fins e interesses sociais de cuja realidade ninguém pode duvidar”³¹.

Entretanto, faz-se necessário adotar uma visão mais ampla acerca das teorias que definem a pessoa jurídica, uma vez que não podemos restringir nossa discussão com base na teoria da ficção.

Com o intuito de esclarecer as teorias que circundam a matéria, recorreremos ao entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, pois suas palavras contribuem muito no sentido de resumir, de forma bastante completa, as várias teorias.

O autor esclarece que “não obstante a enorme variedade, é possível agrupá-las todas em quatro categorias: as teorias da ficção, a da propriedade coletiva, a da realidade e a institucional”³².

²⁹ Reale. *O projeto do Novo Código Civil*, 1999, p. 65.

³⁰ Reale. *Lições preliminares de Direito*, 1995, p. 230.

³¹ Moncada. *Lições de Direito Civil*, 1995, p. 231.

³² Pereira, 2004, p. 302.

A primeira teoria, já abordada acima, foi defendida por Savigny e considera a pessoa jurídica como mera criação legal, sendo a personalidade um atributo exclusivo do homem. Mas o direito pode, por uma ficção, retirar a personalidade – como aconteceu, por exemplo, com os escravos –, e, por uma ficção análoga, conceder a personalidade a quem não tem³³.

Essa teoria foi contestada porque nunca explicou e sequer solucionou o problema da existência da pessoa jurídica. Da mesma forma, não pode ser admitida porque, ao defender que a pessoa jurídica é uma ficção, negando sua realidade, teríamos que enfrentar o fato de que, se o Estado também é uma pessoa jurídica, ele também não seria real, tanto como o direito que dele emana.

Acreditamos, que a crítica trazida à teoria da ficção é acertada, ou seja, descarta qualquer possibilidade de enquadramento da pessoa jurídica como mera ficção, na medida em que seria impossível reconhecer o próprio Estado como um ente ficcionista. Isso seria como negar a existência do direito advindo do Estado e daí imaginar as conseqüências trazidas com isso, qual seja, um Estado sem direito.

Na nossa opinião, a posição ficcionista é um contra-senso, pois não podemos esquecer que a própria personalidade jurídica do homem é criação do direito e não da natureza, prova disso, dava-se com a recusa pelo ordenamento jurídico de reconhecer a personalidade jurídica aos escravos.

Já a teoria imaginada por Ihering, embora seja classificada por alguns autores fora do campo ficcionista – dentre eles, Roberto de Ruggiero –, faz-nos acreditar, seguindo a classificação do Prof. Caio Mário, que se enquadra perfeitamente no campo da ficção. A concepção difundida na opinião de Ihering é a de que o homem é o único sujeito de direito. A personalidade da pessoa jurídica recai sobre os indivíduos que a compõem, sendo ela mero instrumento para que seus membros manifestem suas relações jurídicas.

A crítica a essa teoria consiste no fato de que, se houver um conflito entre a pessoa jurídica e um dos seus membros componentes, ela não explica a doutrina de como a entidade realizaria seu direito em face daquele membro, se realmente não fosse sujeito de direito, mas mero instrumento técnico para exercício das pessoas físicas. Na nossa opinião, aceitar tal teoria é o mesmo que não reconhecer personalidade jurídica as pessoas coletivas.

A última teoria ficcionista para Caio Mário, mas tida como realista por diversos autores, é baseada na vontade e defendida por Zittelmann. “É a vontade que cria o

³³ Dantas. *Programa de Direito Civil, teoria geral*, 2001, p. 166.

sujeito; uma vontade pública ou privada, manifestada de conformidade com as normas do ordenamento jurídico, e que é por si só capaz de dar vida ao organismo, devendo pois ser aceita em si mesma como sujeito”³⁴. Críticas a essa teoria circundam no fato de que não se pode elevar à categoria de sujeito uma entidade abstrata – a vontade –, personificando-a como um elemento autônomo e destacado das pessoas que compõem a pessoa jurídica.

Por seu turno, a teoria da propriedade coletiva defendida por Brinz considera o complexo patrimonial destinado a um fim como um organismo independente, titular de direitos, o que não pode ser aceito, pois eleva os bens à categoria de sujeitos de direito – um contra-senso, se levarmos em consideração as sociedades puramente recreativas e associações literárias que não possuem patrimônio e são consideradas sujeitos de direito.

A teoria institucionalista defendida por Hariou, por sua vez, “vê nas pessoas jurídicas organizações sociais destinadas à obtenção de um fim. Os interesses humanos nem sempre podem ser obtidos pelos indivíduos isoladamente, mas necessitam de uma reunião de homens, ligados por uma ordenada cooperação”³⁵. A crítica apresentada a essa teoria baseia-se no fato de não se encontrar explicação para a atribuição de personalidade jurídica àquelas pessoas que se formam sem a finalidade de prestar um serviço ou preencher um ofício³⁶.

Já a teoria da realidade, cujo defensor mais conhecido é Otto Gierke³⁷, admite as pessoas jurídicas como entidades de existência indiscutível, distintas dos indivíduos que as compõem, caracterizadas por finalidades específicas. A livre adoção de formas de organização da vida social, uma das características dessa teoria, deu-se pelo fato histórico de o sistema da burguesia liberal estar em pleno desenvolvimento, deixando para trás o feudalismo e o fenômeno das corporações de ofício.

Esse reconhecimento da existência da pessoa jurídica, na realidade orgânica, está caracterizado pelo antropofornismo³⁸, diferente do reconhecimento no princípio da realidade técnica, que aceita a existência da personalidade própria sem qualquer artifício, evitando, segundo Ferrara, qualquer sintoma de antropofornismo.

³⁴ Ruggiero. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, 1999, p. 552.

³⁵ Lopes, 2000, p. 363

³⁶ Pereira, 2004, p. 307.

³⁷ Realistas também são Kohler, Oertmann, De Page, Cunha Gonçalves, Clóvis Beviláqua, dentre outros.

³⁸ “Pela teoria da realidade objetiva ou orgânica, há, junto às pessoas naturais, que são organismos físicos, organismos sociais constituídos pelas pessoas jurídicas, que têm existência e vontade própria, distinta da de seus membros, tendo por finalidade realizar um objetivo social” (Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1, 2002a, p. 207).

Joaquín Rodríguez Rodríguez, ao abordar sobre a teoria da realidade técnica ou jurídica, segue passo a passo a exposição de Ferrara que, incontestavelmente, apresenta a personalidade jurídica como uma categoria jurídica, consequência do ordenamento jurídico. Assim, se o Estado eleva à sujeito de direito os homens, não há nenhum obstáculo para que não se possa atribuir essa subjetividade jurídica a entes não humanos³⁹.

Rodríguez, em sua obra, transcreve os dois corolários deduzidos por Ferrara⁴⁰:

- 1) “A personalidade jurídica é um produto do ordenamento jurídico e concessão exclusiva do Estado. Jamais os homens, com seus contratos e com suas organizações de vontade poderão fazer nascer uma pessoa jurídica ... O reconhecimento é o fator constitutivo da personalidade jurídica”.
- 2) “Visto que a atribuição da personalidade jurídica não é mais do que a concessão de capacidade jurídica, esta capacidade pode ser mais ou menos ampla”.

Não se pode deixar de mencionar os critérios adotados por José Lamartine Corrêa de Oliveira para conceituar a pessoa jurídica. O primeiro deles foca a “posição da doutrina em face do problema da visão da sociedade” e classifica as teorias em individualistas, as da realidade do coletivo, e as normativistas. O segundo critério, leva em consideração o conceito de direito subjetivo e divide as teorias em doutrina da vontade, do interesse, intermediárias ou mistas, e normativistas⁴¹.

Segundo o autor, a divisão em dois critérios para conceituar a pessoa jurídica tem explicação:

“da afirmação ou negação da noção de direitos subjetivos, amplas consequências derivam para a noção da pessoa jurídica como entidade considerada apta a ser sujeito de tais direitos, como o demonstra, por exemplo, a negação de valor pré-normativo à noção de pessoas por autor que, como Hans Kelsen, também nega tal valor a noção de direito subjetivo. Se se admite o valor pré-normativo da noção de direito subjetivo mas se liga tal noção à

³⁹ Rodríguez Rodríguez. *Tratado de sociedades mercantiles*, 1971, p. 113.

⁴⁰ Idem ib (tradução nossa). 1) “La personalidad es un producto de ordenamiento jurídico y concesión exclusiva del Estado. Jamás los hombres, con sus contratos y con sus organizaciones de voluntad, podrán hacer nacer una persona jurídica ... *El reconocimiento es el factor constitutivo de la personalidad jurídica*”. 2) “Puesto que la atribución de la personalidad no es más que la concesión de capacidad jurídica, esta capacidad puede ser más o menos amplia”.

⁴¹ Oliveira, 1979, p. 10.

categoria *vontade*, amplas são as conseqüências quanto à noção de pessoa jurídica”.

Por outra volta, explica que o critério visão da sociedade faz que não se perca de vista a relevância político-social da problemática que envolve a pessoa jurídica⁴².

Já o critério adotado por Fábio Ulhoa Coelho para conceituar ontologicamente as pessoas jurídicas é da seguinte ordem: teorias pré-normativistas e normativistas. Segundo ele, as teorias pré-normativistas “consideram as pessoas jurídicas seres de existência anterior e independente da ordem jurídica”. E continua: “para seus adeptos, a disciplina legal da pessoa jurídica é mero reconhecimento de algo preexistente, que a ordem positiva não teria como ignorar”⁴³. Nesse primeiro grupo enquadram-se a teoria orgânica e a realidade objetiva.

Já as teorias normativistas sustentam o oposto, ou seja, pessoas jurídicas como criação do direito. A existência dessas pessoas jurídicas está condicionada a uma norma jurídica, ao passo que sem ela não se pode falar em pré-existência. Aqui se enquadram as teorias ficcionistas e a da realidade jurídica⁴⁴.

Interessante, ainda, é trazer à baila a crítica de Hans Kelsen, incontestável normativista, sobre a distinção entre a pessoa física e a jurídica, quando o autor pondera que “somente através da conduta humana pode um direito ser exercido e um dever ser cumprido ou violado. Por isso, não pode a referência ao homem (a conexão com o homem) ser o momento através do qual a pessoa física ou natural se distingue da pessoa jurídica ou artificial”⁴⁵.

Em sua ótica, não basta o simples fato de possuir direitos e deveres para diferenciar a pessoa física da pessoa jurídica, pois “também a pessoa física não é o indivíduo que tem direitos e deveres, mas uma unidade de deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de um indivíduo”, e tal unidade “é também expressa no conceito de sujeito jurídico que a teoria tradicional identifica com o de pessoa jurídica (pessoa em sentido jurídico – *Rechtsperson*)”⁴⁶.

O que realmente é relevante, segundo Hans Kelsen, é que tanto a pessoa física como a pessoa jurídica possuem “deveres jurídicos e direitos subjectivos tendo por

⁴² Idem ib.

⁴³ Coelho. *Curso de Direito Comercial*, 2002, p. 8.

⁴⁴ Idem ib.

⁴⁵ Kelsen. *Teoria pura do Direito*, 1984, p. 243.

⁴⁶ Idem ib.

conteúdo a conduta humana e que formam uma unidade”, sendo ela uma unidade “de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjectivos” constituindo, os mesmos, normas jurídicas, e situando-se o problema da pessoa jurídica como o “problema da unidade de um complexo de normas”⁴⁷.

A dificuldade está em justamente estabelecer o fator que produz tal unidade, sendo ele determinado através das normas jurídicas. Para melhor compreensão, Kelsen diz que mesmo a pessoa física não é um indivíduo, mas sim “a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo”, consistindo em uma “construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de factos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (*Juristische Person*)”⁴⁸, e não uma realidade natural.

Com tudo isso, Kelsen, em sua análise, quer demonstrar que o elemento comum entre a pessoa jurídica e a pessoa física é a norma, que dará a condição de existência à pessoa jurídica para o Direito, como ocorre com a pessoa física.

Não menos importante é a contribuição trazida pelo doutrinador italiano Ascarelli que, como bem colocado pelo doutrinador Fábio Ulhoa Coelho em uma de suas obras, “conceitua a pessoa jurídica como uma expressão abreviada de um complexo de normas jurídicas com um mesmo centro de imputação”⁴⁹.

Para Ascarelli, existem conceitos advindos de fatos da realidade social e outros que simplesmente representam a condensação de um conjunto de normas jurídicas, sendo nesses outros conceitos que se deve enquadrar a pessoa jurídica, pois deve haver uma formulação com base no conjunto de normas jurídicas e não da realidade social a que se reportaria o conceito de pessoa jurídica⁵⁰.

Podemos concluir que os ensinamentos trazidos por Kelsen e Ascarelli se assemelham na parte em que ambos reconhecem que, antes de se partir de qualquer conceito para definir “pessoa” e “pessoa jurídica”, deve-se enquadrar em qual complexo de normas os aludidos conceitos se referem.

A teoria da realidade técnica é a mais adequada e aceita na doutrina, pois pouco a pouco se verificou que na pessoa jurídica há uma vontade superior, expressa por seus órgãos, demonstrando possuir uma existência independente dos membros que a

⁴⁷ Idem ib.

⁴⁸ Kelsen, 1984, p. 244.

⁴⁹ Coelho. “Pessoa jurídica: conceito e desconsideração”. *Justitia*, v. 137, jan./mar. 1987, p. 65.

⁵⁰ Idem ib.

compõem. Através da realidade técnica é atribuída personalidade jurídica as sociedades que queiram adquirir direitos e contrair obrigações, não se verificando aqui a vontade de um membro da sociedade, mas sim de todos com o objetivo de usar, gozar e dispor de direitos e conseqüentemente de contrair obrigações.

Aceitar esta teoria é mostrar que não é somente o homem, pessoa natural, que pode ser sujeito de direito, mas também as pessoas jurídicas por eles criadas, com independência própria, sem qualquer artifício, mais do que isso, sem elevar a pessoa jurídica à categoria de uma personalização antropomórfica, como na realidade objetiva ou orgânica. Na realidade técnica, a pessoa jurídica tem vontade própria, patrimônio próprio, operando de forma independente no mundo jurídico. Demonstraremos mais adiante que essa autonomia patrimonial, tão defendida pelos adeptos da teoria da realidade técnica, está em plena crise.

1.3. Capacidade e representação da pessoa jurídica

A capacidade e a representação da pessoa jurídica é uma conseqüência da personalidade reconhecida por nosso ordenamento. Essa personalização atribuída à pessoa jurídica significa dizer que tudo se pode fazer, ressalvado o expressamente proibido, isto é, ela goza de todos os direitos que lhe são necessários para realização de seus fins, dentro dos limites próprios de sua natureza.

As pessoas jurídicas, pela própria natureza, limitam-se aos direitos de ordem patrimonial, carecendo de titularidade sobre os direitos que emanam da pessoa natural, como o direito de família ou de sucessão legítima e outros inerentes à pessoa humana⁵¹. No campo patrimonial, também existem restrições à pessoa jurídica impostas pela norma por se tratar de questões de ordem pública.

No
Direito Português, a capacidade da pessoa jurídica também está sujeita a restrições semelhantes às adotadas por nosso ordenamento jurídico: “as especificamente

⁵¹ Pereira, 2004, p. 311.

estabelecidas por lei, as incompatíveis com uma personalidade não natural e as derivadas do princípio da especialidade”⁵².

A primeira ordem de restrição não demanda dúvidas, na medida em que parece evidente que a capacidade das pessoas jurídicas não abrange aquilo que a lei recusa. O art. 160/2 do Código Civil Português é claro ao afirmar que os direitos e obrigações vedados por lei são excluídos. A outra restrição está fundada no princípio da especialidade, através do qual a pessoa jurídica é constituída para exercer fins determinados. Ou seja, admitem-se todas as situações jurídicas, desde que atendido o fim a que elas se destinam. Na última limitação, o Direito Português restringe, à atribuição das pessoas jurídicas, os direitos que derivam da personalidade natural, como os direitos familiares, sucessórios e aqueles que se fundem na personalidade ontológica (art. 160), sendo excluídos, ainda, direitos como o de uso e de habitação⁵³.

A doutrina portuguesa é oscilante em aceitar que os direitos da personalidade sejam atribuídos às pessoas jurídicas, diferentemente da alemã, que já estende os direitos de personalidade às pessoas jurídicas. Segundo José de Oliveira Ascensão, “as pessoas colectivas têm, todavia, direitos que se assemelham aos direitos da personalidade”, e indaga “se por analogia poderão ser estendidos os princípios do Direito da Personalidade a estas situações?”⁵⁴.

O autor responde tal indagação ao afirmar que os direitos que estruturam a individualidade (grifo nosso) são aplicados às pessoas jurídicas por analogia, diferentemente de se assemelhar com os direitos da personalidade, já que o Código Português é taxativo ao preceituar que os direitos da personalidade são inseparáveis da pessoa singular (art. 160/2) e, em razão disso, são os direitos pessoais que devem ser aplicados por analogia. Conclui ao afirmar que “a esses direitos das pessoas colectivas, obtidos ou não por analogia, aplicar-se-ão as providências gerais de direito, e não as excepcionais de tutela das pessoas físicas”⁵⁵.

Miguel Maria de Serpa Lopes, ao contrário de Caio Mário – que limita os direitos da pessoa jurídica como, exclusivamente, de ordem patrimonial –, e mais próximo do doutrinador português, entende que não só o direito patrimonial deve ser atribuído à pessoa jurídica. Segundo ele, “não se pode deixar de reconhecer: 1) os direitos à vida e à

⁵² Ascensão. *Direito Civil. Teoria geral*, v. I, 2000, p. 258.

⁵³ Ascensão, 2000, p. 258-61.

⁵⁴ Ascensão, 2000, p. 260.

⁵⁵ Ascensão, 2000, p. 260-1.

boa reputação; 2) os direitos patrimoniais; 3) os direitos industriais e os que se adquirem *causa mortis*”⁵⁶.

Amaro Cavalcanti vai mais além e enumera os direitos que podem ser atribuídos às pessoas jurídicas:

“1) para se apresentar, em seu próprio nome, aos poderes públicos, requerendo e sustentando quaisquer direitos e pretensões legítimas, como fazem as pessoas naturais; 2) para criar ou organizar por si sós, ou associadas com outras pessoas físicas ou jurídicas, instituições de beneficência, caridade, instrução, exercendo sobre elas a precisa finalização; 3) para confeccionar e promulgar regulamentos dos seus serviços, impondo neles obrigações e penas aos seus subordinados; 4) para exercer mandatos, por conta de terceiros; 5) ou, bem assim, para aceitar e desempenhar outras funções análogas, de caráter manifestamente pessoal, como as de sócio, liquidante, síndico, árbitro e gestor de negócios alheios; 6) para deliberar e usar do direito de voto ao lado de indivíduos nos negócios que lhes são concernentes”⁵⁷.

Mesmo a pessoa jurídica sendo capaz de exercer direitos e contrair obrigações, necessita manifestar sua vontade transmitida pelo homem. Preceituava o art. 17 do Código Civil de 1916 que “as pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores”. Já o Código Civil de 2002, em seu art. 48, define que, “se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão por maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso”.

Portanto, não é possível dissociar-se do fato de que há uma vontade humana que opera nas pessoas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado. O próprio Estado, a União e os Territórios são representados por seus procuradores, da mesma forma que os Municípios são representados pelos Prefeitos ou procuradores (art. 12, I e II, do CPC).

Ocorre que essa representação que acabamos de mencionar não pode ser confundida com a representação dos incapazes, pelo simples fato de que esta última decorre quando de fato existe uma incapacidade, exigindo a proteção da lei. Na chamada

⁵⁶ Lopes, 2000, p. 374.

⁵⁷ Cavalcanti. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 80 e 86, apud Diniz, 2002, p. 237.

representação das pessoas jurídicas não se fala em incapacidade, mas sim de instrumento para que ela possa agir e praticar os atos da vida civil, através do próprio homem.

Em razão disso é que alguns doutrinadores – dentre eles, Pontes de Miranda, Serpa Lopes e Silvio Venoza – atentaram-se para o termo apropriado da *apresentação* da pessoa jurídica, na medida em que esta última se *apresenta* perante os atos jurídicos e não se *representa*.

Atualmente, a tendência é substituir o termo “representante da pessoa jurídica”, ainda utilizado no Código Civil de 2002, pelo termo “órgão” a fim de adequar a terminologia, tendo em vista que o homem não é mero porta-voz da pessoa jurídica, nem simples intermediário de sua vontade. Na verdade, o homem é apenas um órgão da pessoa jurídica, existindo duas vontades que não se confundem.

1.4. Classificação

Podemos iniciar a classificação das pessoas jurídicas pela distinção clássica entre as de direito público e as de direito privado (art. 40 do Código Civil de 2002). As pessoas jurídicas de direito público podem ser divididas em pessoas jurídicas de direito público interno e pessoas jurídicas de direito público internacional.

As pessoas jurídicas de direito público interno são os Estados, a União, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias e entidades de caráter público criadas por lei. Deve-se observar que tais pessoas jurídicas podem praticar, e praticam, inúmeros atos negociais e outros balizados pelo direito privado, submetendo-se ao regime do Código Civil (art. 41).

As de direito público internacional são os Estados estrangeiros e todas as pessoas regidas pelo direito internacional público, como, por exemplo, a Igreja e a ONU.

As pessoas jurídicas de direito privado são divididas em fundações, associações e sociedades. Distinguem-se as fundações das demais pelo fato de, na primeira espécie, não serem resultado da conjugação de esforços de pessoas que visam ao mesmo objetivo. O que se leva em consideração é a afetação do patrimônio a uma determinada

finalidade, que deve ser sempre altruística. A destinação pode ocorrer tanto de ato de pessoa natural como de pessoa jurídica.

As associações, segundo Renan Lotufo, “nascem de negócios jurídicos unidirecionais. Caracterizam-se, ainda, por não haver qualquer previsão de proveito econômico, no sentido de lucros, nem de partilha dos resultados entre seus membros”⁵⁸, o que não significa dizer que estão impedidas de atribuírem obrigações aos seus membros de ordem pecuniária, pois, muitas vezes, são essas atribuições que levam ao alcance dos objetivos. Portanto, uma associação pode ter fins econômicos, desde que não lucrativos, para concretização de seus propósitos frente à pessoa jurídica⁵⁹.

Já a sociedade distingue-se das outras duas pelo objetivo econômico que é o ensejador de sua constituição. A sociedade visa explorar em conjunto uma atividade econômica que, ressalte-se, não pode ser vista como exclusiva das atividades mercantis. Os autores mais atualizados vêem claramente a prestação de serviços como atividade econômica e, portanto, como fonte de renda sem qualquer caráter especulativo.

Orlando Gomes distingue as três espécies de direito privado:

“pelo fim para que se constituem e pela vinculação entre as pessoas agrupadas ou incorporadas. Na *sociedade*, o *fim* colimado é o proveito comum dos sócios, na *associação*, o fim é ideal (religioso, cultural, político, assistencial, esportivo) e sua *fundação*, é o propósito de atender a interesses de caráter geral ou de uma categoria particular de indivíduos. Quanto à *vinculação*, somente a *sociedade* estabelece, entre os sócios, direitos e obrigações recíprocas. Na *associação*, os sócios não se encontram nessa relação de prestações correlatas e a *fundação* é antes um conjunto de bens do que de pessoas”⁶⁰.

No Direito Espanhol, Frederico Castro y Bravo classifica as pessoas jurídicas estabelecendo alguns critérios de distinção: (i) o critério sociológico, que reconhece como personalidade jurídica os grupos e as organizações sociais de caráter político, ético e religioso; que atribui personalidade a certas associações, fundações e sociedades, além de criar artificialmente pessoas jurídicas com o objetivo de limitar a atuação administrativa, descentralizando-a, como acontece no Brasil com a criação das

⁵⁸ Lotufo. *Curso avançado de Direito Civil, Parte Geral*, v. I, 2003a, p. 111.

⁵⁹ *Idem ib.*

⁶⁰ Gomes. *Introdução ao Direito Civil*, 1983, p. 167.

autarquias; (ii) o critério que determina a distinção entre as pessoas jurídicas perfeitas (pessoas jurídicas distintas de seus membros – obrigações das sociedades não transcendem ao patrimônio particular dos sócios) das pessoas jurídicas imperfeitas (pessoas jurídicas confundem-se com as pessoas de seus membros – obrigações da sociedade transcendem ao patrimônio particular dos sócios); (iii) o critério legal, que distingue as pessoas jurídicas de direito público e privado; e (iv) o critério de organização, que estabelece a diferença entre as associações, constituídas por um grupo de pessoas, e as fundações, que visam à destinação de um patrimônio a determinado fim⁶¹.

Já no Direito Português, segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, existem dois tipos de classificação da pessoa jurídica: as doutrinárias e as legais. A distinção está no fato de que a primeira é recolhida na literatura jurídica e ainda não está claramente definida em lei, enquanto a última é fruto da previsão legal⁶².

A classificação doutrinária divide a pessoa jurídica em “pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado”, sendo esta última subclassificada em “pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública e pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular”⁶³.

Aqui os doutrinadores brasileiros assemelham-se aos portugueses, ao definirem a utilidade pública de algumas pessoas jurídicas de direito privado, como, por exemplo, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais. Já a classificação legal da doutrina portuguesa, divide a pessoa jurídica em associações, fundações e sociedades, cuja definição assemelha-se às doutrinas já citadas neste trabalho, o que dispensa maiores comentários.

1.5. Autonomia da pessoa jurídica

Para Fábio Ulhoa Coelho, “em razão do princípio da autonomia da pessoa jurídica é ela mesma parte dos negócios jurídicos”; “é ela, e não seus integrantes, a parte legítima para demandar e ser demandada em juízo, em razão dos direitos e obrigações que

⁶¹ Castro y Bravo, 1981, p. 274.

⁶² Pinto. *Teoria geral do Direito Civil*, 1983, p. 279.

⁶³ Pinto, 1983, p. 281 e 284.

titulariza”. E, “finalmente, no seu desdobramento mais relevante, o princípio da autonomia importa, em regra, a impossibilidade de se cobrarem dos seus integrantes as dívidas e obrigações da pessoa jurídica”⁶⁴.

A autonomia da pessoa jurídica, segundo o doutrinador mexicano Joaquín Rodríguez Rodríguez, é um efeito da personalização. Em razão do princípio da autonomia, a pessoa jurídica: (i) é sujeito de direito, na medida em que (a) tem um nome com o qual atua no mundo dos negócios, (b) possui um domicílio, (c) faz parte dos negócios jurídicos, e (d) tem capacidade para demandar e ser demandada em juízo; e (ii) possui um patrimônio próprio, o que impossibilita, via de regra, que o patrimônio dos sócios responda por dívidas da sociedade e vice-versa⁶⁵.

Da mesma forma, Rubens Requião entende que a autonomia da pessoa jurídica é um efeito da personalização, na medida em que:

“(1) considera-se a sociedade uma pessoa, isto é, um *sujeito* ‘capaz de direito e obrigações’. Pode estar em juízo *por si*, contrata e obriga; (2) tendo a sociedade, como pessoa jurídica, individualidade própria, os sócios que a constituírem com ela não se confundem, não adquirindo por isso a qualidade de comerciantes; (3) a sociedade com personalidade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio é seu, e esse *patrimônio*, seja qual for o tipo da sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo; (4) a sociedade tem a possibilidade de modificar a sua estrutura, quer jurídica, com a modificação do contrato adotando outro tipo de sociedade, quer econômica, com a retirada ou ingresso de novos sócios, ou simples substituição de pessoas, pela cessão ou transferência da parte capital”⁶⁶.

O

que é então essa personalização que tem como principal consequência o princípio da autonomia?

Para Fábio Ulhoa Coelho⁶⁷, “a personalização de um sujeito de direito é a sua subsunção a um regime jurídico próprio das pessoas, que se difere do regime jurídico dos sujeitos, despersonalizados, ou das não pessoas”. Essa distinção refere-se à autorização genérica para a prática de atos em geral nos entes personalizados e a limitação para a

⁶⁴ Coelho. *Curso de Direito Civil*, v. 1, 2003a, p. 233-4.

⁶⁵ Rodríguez Rodríguez, 1971, p. 116-7.

⁶⁶ Requião. *Curso de Direito Comercial*, 1986, p. 287.

⁶⁷ Coelho, 1989, p. 81.

prática de certos atos jurídicos nos entes despersonalizados. Em outras palavras, o ente personalizado pode praticar todos os atos, exceto aqueles expressamente proibidos, ao passo que as pessoas não personalizadas têm autorização específica para a prática de determinados atos, sendo vedados quaisquer outros não expressamente admitidos⁶⁸.

Para Túlio Ascarelli, “na sua origem histórica, a responsabilidade limitada dos sócios de uma companhia decorre de princípios excepcionais e se apresenta, como um privilégio, que, por isso, pode ser baseado tão somente em um ato legislativo especial, que derogue o direito comum”⁶⁹.

Assim, as sociedades e sua personalização jurídica – esta “uma qualidade que a ordem jurídica estatal outorga a entes que a merecerem”⁷⁰ -, consistem em uma técnica, uma criação jurídica⁷¹, voltada à viabilização dos interesses e dos indivíduos que a compõem⁷²

Para Fábio Konder Comparato, “o que não se pode perder de vista é o fato de ser a personalização uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais – não recobrando toda a esfera de subjetividade, em direito”⁷³.

Neste contexto, não restam dúvidas, como afirmado por Comparato, que se a personalização da pessoa jurídica representa uma técnica para atingir determinados objetivos, por outro lado, “não deve constituir um meio para iludir o funcionamento normal das pessoas jurídicas”⁷⁴. Nesta linha de pensamento, o doutrinador norte-americano Mervin Woods, afirma que o conceito de personalidade jurídica “tem uma finalidade válida, porém, limitada, e, de resto, a natureza da sociedade (*corporation*) não é tão importante como as aplicações que se lhe podem dar”. E, continua, ao afirmar que a

⁶⁸ Idem ib.

⁶⁹ Ascarelli. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2001, p. 464.

⁷⁰ Diniz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 1999, p. 510.

⁷¹ Miranda. *Tratado de direito privado*, vol. I, 1970a, p. 280.

⁷² “Afimial a constituição da pessoa jurídica e do patrimônio separado representa apenas um meio técnico para que os sócios possam exercer o comércio com responsabilidade limitada” (Ascarelli, 2001, p. 465). “Essa, aliás, a base central de toda a construção formada em torno das pessoas jurídicas, já que não existem, em direito, interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens” (Grinover. *Da desconsideração da pessoa jurídica*, Revista Jurídica, v.320, 2004, p. 8). Segundo Fabio Konder Comparato, “toda a disciplina jurídica concernente às pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina dos interesses dos homens que a compõem” (Comparato. *O poder de controle na sociedade anônima*, 1976, p. 277-8).

⁷³ Comparato, 1976, p. 290.

⁷⁴ Ascarelli. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo, 1945, p. 140 apud Grinover, 2004, p. 8.

personalidade jurídica “trata-se de uma invenção jurídica que exige se desenvolvam e apliquem regras adequadas para seu uso”⁷⁵

Na verdade, a personalização tem como um dos aspectos a autonomia patrimonial que não está adstrita somente à caracterização da autonomia patrimonial, pois se estaria minimizando o conceito da personalidade jurídica que possui dimensões muito maiores.

Rubens Requião afirma que “uma das mais decisivas conseqüências da concessão da personalidade jurídica, outorgada pela lei, todos o sabemos, é a sua *autonomia patrimonial*, tornando a responsabilidade dos sócios estranha à responsabilidade social”⁷⁶.

Tal distinção gera efeitos relevantes em relação à responsabilidade patrimonial, já que, via de regra, os bens dos sócios não respondem por dívidas da sociedade e vice-versa, a não ser em casos excepcionais – e, mesmo assim, de forma subsidiária.

O Código Comercial Mexicano em seu art. 23, tradução literal do art. 89 do Código de Comércio Italiano, dispõe expressamente sobre o princípio da autonomia⁷⁷. Já o Código Civil Brasileiro de 2002 não preceitua expressamente sobre o princípio da autonomia como antigamente dispunha o art. 20 do Código de 1916. Atualmente, a autonomia patrimonial decorre da interpretação de diversas normas, que reforçam aludido princípio em nosso ordenamento, dentre elas o art. 1.052 e 46, V, do Código Civil Brasileiro.

Certo é que em alguns casos esse princípio da autonomia patrimonial, enraizado em nosso ordenamento jurídico, ainda que não disposto expressamente em um artigo específico, pode ser superado com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Com isso, pretende-se a declaração de ineficácia do princípio da

⁷⁵ Woods. *Lifting the corporate veil*. The Canadian bar review, dez. 1957, p. 1176 e ss apud Grinover, 2004, p. 8

⁷⁶ Requião. *Aspectos modernos de Direito Comercial*, 1988, p. 71.

⁷⁷ Rodríguez Rodríguez, 1971, p. 117. “Los acreedores particulares de un socio no podrán mientras dure la sociedad, hacer efectivos sus derechos sino sobre las utilidades que corresponden al socio, según el balance social, y, cuando se disuelva la sociedad, sobre la porción que le corresponda en la liquidación. Podrán, sin embargo, embargar esta porción, y, en las sociedades por acciones, embargar y hacer vender las acciones del deudor. Cuando las acciones estuvieren caucionando las gestiones de los administradores o comisarios, el embargo producirá el efecto de que ilegado el momento en que deban devolverse las acciones, se pongan éstas a disposición de la autoridad que practicó el embargo, así como los dividendos causados desde la flecha de la diligencia”.

autonomia subjetiva da pessoa coletiva, em casos como os de abuso de direito e violação à lei.

Em outras palavras, a aplicação da teoria da desconsideração nega o absolutismo do direito da personalidade jurídica para indagar certos atos dos sócios, bem como o destino de certos bens, relativizando os efeitos da personalidade jurídica.

A dicotomia entre a pessoa jurídica e seus membros pode deixar de ser aplicada quando for usada para desviar de seus objetivos, devendo, nestes casos, ser desconsiderada. Isso acarretará o fato de a existência da pessoa jurídica ser ignorada, recaindo a responsabilidade que antes era unicamente deste ente sobre seus sócios ou sobre outra pessoa jurídica que tenha sido utilizada para praticar o desvio⁷⁸.

Em linhas gerais, a desconsideração só pode ser aplicada como exceção à regra, afastando-se a personalidade jurídica nos casos previstos em lei, desde que a exceção não vire um óbice à ação do Estado na busca de aplicação do direito justo e equânime. Nessa linha foi o entendimento da jurisprudência que aplicou pela primeira vez a teoria da desconsideração em acórdão relatado pelo desembargador Edgar de Moura Bitencourt⁷⁹.

Com efeito, as relações em que participa a pessoa jurídica referem-se sempre a relações entre homens e mulheres e, no caso, trata-se de interesses humanos. Dessa forma, o interesse no qual reside o direito subjetivo diz respeito a indivíduos, ainda que através da pessoa jurídica. Nas sociedades, o interesse dos sócios só pode ser levado em consideração quando for idêntico para todos, em função do objeto social. Isso, muitas vezes, pode ocasionar o chamado conflito de interesses, notadamente, no exercício do direito de voto (art. 115 da Lei nº 6.404 atualizada pelas Leis nº 9.457/95, 10.194/2001 e 10.303/2001), quando um sócio diverge dos interesses que seriam compatíveis com o objeto social da sociedade que é a causa do negócio, causa essa que deve ser entendida de forma genérica e específica.

O objeto social enquanto causa genérica do negócio diz respeito à separação patrimonial, à constituição de um patrimônio autônomo cujo ativo e cujo passivo não se confundem com os direitos e obrigações dos sócios. Entretanto, analisando de forma específica, referida separação patrimonial é efetuada tendo por escopo a consecução do

⁷⁸ Casillo. “Desconsideração da pessoa jurídica”, *RTSP*, v. 528, out. 1979, p. 24.

⁷⁹ “A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu e entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do Juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-la ao direito” (TJSP – RT 238/394).

objetivo social, disposto em contrato ou no estatuto. A falta de efetivação do objetivo social, de forma alguma preserva a separação patrimonial. Dessa forma, fica fácil entender o alcance do Direito Anglo-Saxônio em ver a personalidade jurídica como um privilégio e a regra do *ultra vires*⁸⁰ como estrita delimitação da capacidade social de exercício⁸¹.

Fato é que:

“essa separação patrimonial comporta graus, ela não é idêntica e uniforme em todos os casos. Mais acusada nas sociedades anônimas, em que o acionista não responde pelos débitos sociais, apresenta-se, ao contrário, mais atenuada naqueles tipos societários em que uma categoria de sócios, ou todos eles, respondem pelas dívidas da sociedade. Ademais, em qualquer hipótese, essa separação patrimonial – causa do negócio de sociedade – obedece a certos pressupostos formais e substanciais, como o arquivamento dos atos constitutivos no registro público, ou a pluralidade de sócios”⁸².

Como sabemos, o princípio da autonomia patrimonial é de suma importância para o desenvolvimento da economia, pois motiva investidores e empresários a desenvolverem atividades econômicas de grande relevância em nosso país, já que, através de aludido princípio, não comprometerão seus patrimônios particulares. Em outras palavras, o reconhecimento da autonomia patrimonial tem como função limitar os riscos empresariais, o que, sem sombra de dúvidas, estimula a atividade empresarial, que é indispensável.

⁸⁰ “Etimologicamente, *ultra vires* significa ‘além das forças’, como p. ex., na expressão *ultra vires hereditatis*. Nos léxicos norte-americanos, *ultra vires* significa ‘*beyond, outside of, in excess of power authorized by law for an entity*’. As sociedades são dirigidas por pessoas físicas, que constituem os órgãos sociais. Esses órgãos devem exercer seus poderes dentro do ordenamento jurídico e dos termos estatutários. Os poderes dos órgãos são orientados pelos preceitos do estatuto e pelo cumprimento das leis. Qualquer desvio de finalidade implica responsabilidade do órgão. Diga-se o mesmo quanto aos procuradores ou administradores, que também são responsáveis pelos atos praticados contra a lei e contra o estatuto ou o instrumento de procuração. De maneira expressiva a recente Lei nº. 8.866, de 11.04.1994, dispendo sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública, define como tal a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro e recolher aos cofres públicos impostos, taxas e contribuições, inclusive à seguridade social, considerando-se aperfeiçoado o depósito na data da retenção ou recebimento a que esteja obrigada a pessoa física ou jurídica” (Batalha. “Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista – responsabilidade dos sócios em execução trabalhista contra a sociedade”, *Revista LTr*, v. 58, n. 11, nov. 1994).

⁸¹ A teoria *ultra vires* não pode ser confundida com a teoria da desconsideração. Na desconsideração, a pessoa jurídica é desconsiderada para atingir aquele que agiu de modo fraudulento ou com abuso de direito. Na teoria *ultra vires* existe um ato claro de violação ao estatuto ou contrato social em virtude de prática de ato cometido pelo administrador.

⁸² Comparato, 1976, p. 293.

Em contrapartida, o princípio da autonomia vem sendo utilizado indevidamente dando margem à realização de fraudes e abusos na tentativa de lesar credores e locupletar-se ilicitamente, o que, por óbvio, fere os princípios balizadores do Direito. O mau uso, ou abuso, na utilização do instituto da pessoa jurídica ensejou a criação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

1.6. Abuso da personalidade jurídica

Historicamente, foram os EUA o primeiro país que se conscientizou para combater o problema do abuso da pessoa jurídica. Isso se deu, em primeiro lugar, em virtude do expressivo crescimento econômico verificado no país após a Guerra de Secessão (1813-1865). Em segundo lugar, o pioneirismo norte-americano também é atribuído ao pragmatismo de suas cortes, o que contribuiu para o rápido desenvolvimento de soluções nessa área.

Como já explicitado acima, a personificação concedida a uma pessoa jurídica não é utilizada tão somente para minimizar o risco de investidores e, com isso, estimulá-los a investir no país. Na verdade, tal personificação pode ser utilizada para burlar os direitos dos credores, na medida em que, por exemplo, todo o patrimônio do devedor pode ser transferido a uma pessoa jurídica da qual ele seja controlador, impossibilitando o credor, pelo princípio da autonomia patrimonial, de adentrar nos bens da pessoa jurídica do devedor e receber pela dívida. Nesses termos, a personalidade jurídica forma um escudo impenetrável, viabilizando as mais diversas e criativas formas de fraude com o uso abusivo do instituto da personalidade jurídica.

Diante de tamanha diversidade, o grande desafio é o de se elaborarem critérios seguros que sirvam à identificação das hipóteses de abuso, prevendo, inclusive, as sanções cabíveis. Não é a nossa intenção, neste momento, caracterizar todas as hipóteses de abuso, pois trataremos disso mais adiante, em um capítulo próprio.

No entanto, em linhas gerais, o abuso pode se caracterizar como o exercício doloso de um direito, com a intenção de fraudar a lei (concepção subjetiva), ou pode se caracterizar simplesmente quando o direito é exercido de maneira contrária ao seu fim, ou seja, contrário à função que lhe é atribuída pela ordem jurídica (concepção objetiva).

Segundo Leandro Martins Zanitelli, que toma como base a concepção objetiva, “o abuso da pessoa jurídica pode ser flagrado em duas ocasiões distintas, às quais corresponderão espécies também distintas de contrariedade à função”⁸³. A primeira ocasião de abuso, ou melhor, a primeira função que está sendo contrariada, é a da limitação da responsabilidade, quando o sócio pratica atos que resultem numa redução anormal do risco (que foge àquela limitação normal que estimula a realização dos negócios), não condizente com o aporte do empreendimento⁸⁴.

A segunda ocasião de abuso da pessoa jurídica é quando se abusa da própria separação estabelecida entre a pessoa jurídica e seus membros. Essa segunda espécie de abuso é verificada na medida em que tal separação é invocada em circunstâncias anormais, contrárias às funções estabelecidas⁸⁵.

A fim de coibir a utilização desses mecanismos que colocavam os devedores em vantagem frente aos seus credores, resolveu-se relativizar a personalidade jurídica concedida às pessoas jurídicas, aplicando-se a teoria da desconsideração para penetrar no patrimônio do devedor que se esconde atrás da personificação da empresa.

E é justamente esse caráter relativo da personalidade jurídica que, segundo Verrucoli, faz-nos compreender a idéia da aplicação da desconsideração⁸⁶:

“... a superação, que realiza esta relatividade da pessoa jurídica, mostra-se em toda evidência como um dos possíveis instrumentos através dos quais o poder central contém e corrige a força dos grupos, restaurando um equilíbrio comprometido, combatendo os abusos do privilégio concedido, realizando completamente os fins perseguidos que se tenham tornado, de qualquer maneira, comprometidos por um rígido respeito formal ao privilégio da personalidade jurídica”.

O uso abusivo pelo sócio/devedor da personalidade jurídica tomou dimensões expressivas, desvirtuou o princípio da autonomia patrimonial, que começou a ser aplicado em benefício daquele devedor que, através da pessoa jurídica, enxergava a proteção de seu patrimônio pessoal e a dificuldade, até mesmo a impossibilidade, de ser cobrado por suas obrigações particulares. Em razão disso, a doutrina começou a admitir e

⁸³ Zanitelli. “Abuso da pessoa jurídica e desconsideração”, *RT*, v. 248, 2002, p. 719.

⁸⁴ Zanitelli, 2002, p. 719-20.

⁸⁵ Zanitelli, 2002, p. 721.

⁸⁶ Verrucoli. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali*, 1964, p. 204 (tradução nossa).

recomendar que o juiz desconsiderasse a personalidade jurídica sem anular a sociedade que continuava normalmente suas atividades, apenas destacando o bem daquele sócio que agiu fraudulentamente.

A aplicação da teoria da desconsideração, desde o Código Civil de 1916, embora não expressamente positivada, mas como criação doutrinária, é a constatação defendida por alguns doutrinadores de que o Direito é mutável e deve-se adequar à realidade social que, por certo, sofre mudanças. Em virtude dessa flexibilidade em adequar o Direito às condições histórico-sociais e, no presente caso, para coibir o abuso na utilização do princípio da autonomia patrimonial que se aplicou e aplica-se, agora positivada pelo Código Civil de 2002, a teoria da desconsideração.

Em suma: o uso desenfreado da pessoa jurídica de forma irregular levou ao que podemos chamar de crise da personalidade jurídica, o que limitou o privilégio da personalização concedido às pessoas jurídicas, de tal monta que acreditamos hoje não ser absurdo o fato de falarmos em abuso na própria aplicação da teoria da desconsideração – criada justamente para evitar a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial.

1.7. A crise da personalidade jurídica

Como já abordado, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica excepcionou/relativizou a aplicação do princípio da autonomia patrimonial, o que levou à chamada crise da pessoa jurídica.

José Lamartine Corrêa de Oliveira observa que a crise da pessoa jurídica desdobra-se em uma crise do sistema e na crise da função. Para esse autor, a dupla crise em que a pessoa jurídica se encontra questiona a tradicional idéia do jurista “a respeito da essência da pessoa jurídica (ou a ausência de idéia, no que toca aos que se refugiaram em um pragmatismo tecnicista)”⁸⁷.

As crises a que o autor se refere decorrem de duas constatações:

⁸⁷ Oliveira, 1979, p. 5.

“a) outras realidades e institutos jurídicos, tradicionalmente não considerados abrangidos pela categoria pessoa jurídica, passaram a receber, total ou parcialmente, da praxis, aplicação de normas que, pela doutrina dominante, só teriam sentido se tais realidades fossem consideradas pessoas jurídicas; b) em casos determinados, a ordem jurídica, principalmente através do judiciário, desconsiderou o princípio dogmático, segundo o qual ‘as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros’, segundo a expressão do artigo 20 do Código Civil brasileiro”⁸⁸.

Segundo esse mesmo autor, “quando a norma não mais qualifica adequadamente o *ser* que regula, o sistema entra em crise”, o que podemos chamar de crise do sistema, independentemente se tratarmos dos sistemas maximalistas ou minimalistas, como o nosso⁸⁹. E continua, ao afirmar que “a ordem jurídica só tem sentido quando orientada basicamente por determinados *valores* sem os quais ela não tem justificativa possível”⁹⁰.

Então, se a pessoa jurídica existe em função de determinados fins (sejam eles a realização de atividades impossíveis de serem realizadas isoladamente pelo ser humano, a limitação de riscos, o agrupamento de seres humanos para alcançar determinados fins, etc.), deve se subordinar a esses valores, sendo que, se tais funções entram em contraste com os valores da ordem jurídica, existirá o que chamamos de crise da função do instituto⁹¹.

“As técnicas de *disregard* ou de *durchgriff* são o mais agudo sintoma de crise da função” e tais técnicas “denunciam a existência de um desvio do instituto – da função que lhe foi assinalada pelo legislador” e, concomitantemente, “visam evitar – principalmente ao servirem de inspiração à interpretação de algumas normas legais específicas – o surgimento concreto de novos casos de desvio”⁹².

A contribuição para a crise conceitual deste instituto ocorreu em virtude da facilidade com que o direito anglo-saxão e o germânico admitiram a personificação jurídica das chamadas *sociedades unipessoais*⁹³. Em decorrência disso, a jurisprudência teve que coibir com aspereza o uso irregular da forma societária, geradora da personalidade

⁸⁸ Idem ib.

⁸⁹ Oliveira, 1979, p. 607.

⁹⁰ Oliveira, 1979, p. 608.

⁹¹ Idem ib.

⁹² Idem ib.

⁹³ Requião, 1988, p. 74-5.

jurídica, para fins contrários ao Direito. Daí o porquê dessa vigilância resultar, amiúde, na aplicação da doutrina⁹⁴.

É importante elucidar que essa desestimação da pessoa jurídica não significa dizer em anulação da personalidade jurídica, mas tão somente a declaração de ineficácia para aquele determinado ato que indevidamente desviou a personalidade de sua legítima finalidade ou prejudicou credores ou, ainda, violou a lei.

Fato é que “a teoria da desconsideração da pessoa jurídica tem uma estreita relação com o princípio da preservação da empresa”, na medida em que tal teoria “não postula a invalidade, irregularidade ou dissolução da sociedade jurídica desconsiderada”, entendendo-se, tão somente, “tomar por episodicamente ineficaz o ato constitutivo da pessoa jurídica”⁹⁵.

Na concepção de Fábio Ulhoa Coelho, “a razão de ser do desprestígio da autonomia da pessoa jurídica pode-se pesquisar em dois diferentes fatores: na utilização fraudulenta do expediente, como meio de se furtar ao cumprimento de deveres legais ou contratuais; e na natureza da obrigação imputada à pessoa jurídica”⁹⁶.

Quanto ao primeiro fator, em vez de utilizar o princípio da personificação para o estímulo de diversos empreendimentos, já que afasta a possibilidade de comprometimento do patrimônio pessoal, algumas pessoas se valem desse privilégio para utilizar fraudulentamente o instituto com o intuito de enriquecer de modo indevido e não com o escopo de preservar o já conquistado. A desconsideração é aplicada justamente para coibir esses casos que desvirtuam o instituto⁹⁷.

O segundo fator diz respeito à natureza da obrigação, ou seja, a teoria da desconsideração será ou não aplicada em virtude da obrigação originada, que pode ser de dois tipos: negociáveis e não negociáveis. As negociáveis são aquelas “originadas de tratativas desenvolvidas com maior ou menor liberdade entre as partes de um negócio jurídico. Alcança, *grosso modo*, os créditos disciplinados pelo direito civil e comercial”. Já as obrigações não negociáveis “têm sua existência e extensão definidas na lei, ou não são, por outros motivos, objeto de ampla e livre pactuação entre o credor e a sociedade

⁹⁴ Requião, 1988, p. 75.

⁹⁵ Coelho. “Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica”, *Revista do Advogado*, v. 36, 1992, p. 40.

⁹⁶ Coelho, 2002, p. 20.

⁹⁷ Coelho. As teorias da desconsideração. *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*, 2005, p. 269.

devedora. Incluem-se neste último grupo as obrigações tributárias e as derivadas de ato ilícito, por exemplo”⁹⁸.

A desconsideração tem sido aplicada nas obrigações não negociáveis por se entender que essas obrigações, ao contrário das negociáveis, não preservam economicamente o credor contra os riscos da insolvabilidade da pessoa jurídica devedora. Em outras palavras, quando o credor não tiver como precaver da insolvabilidade da pessoa jurídica devedora, torna-se necessária a aplicação da teoria da desconsideração⁹⁹.

Conclui o autor ao ressaltar que não são apenas nesses dois casos que vem ocorrendo o desprestígio do princípio da autonomia. A responsabilização dos sócios também tem sido verificada em outros casos em que tais pressupostos não servem de balizadores para a correta aplicação da teoria da desconsideração, ultrapassando os limites da própria desconsideração¹⁰⁰.

No Direito Espanhol, segundo Frederico Costa y Bravo, o desprestígio da autonomia patrimonial vem se consolidando através das decisões emanadas pelos juízes daquele país:

“Os juizes espanhóis mais de uma vez valorizaram a personalidade jurídica em seu sentido próprio; desligam-se do mito de hermetismo e da concepção formalista e têm decidido os casos a eles apresentados considerando a realidade das relações jurídicas e a finalidade das disposições legais”¹⁰¹.

Inúmeros são os julgados do Supremo Tribunal da Espanha que já há algum tempo levam ao rompimento do hermetismo da pessoa jurídica¹⁰². No entanto, essas decisões da jurisprudência e da doutrina espanhola provocaram forte reação no mundo dos negócios, advertindo alguns autores do perigo de se desconsiderar a personalidade jurídica,

⁹⁸ Coelho, 2005, p. 270.

⁹⁹ Coelho, 2005, p. 270-1.

¹⁰⁰ Coelho, 2005, p. 271.

¹⁰¹ Costa y Bravo, 1981, p. 245 (tradução nossa). “Los jueces españoles más de una vez han valorado la personalidad jurídica en su propio sentido; se desligan del mito del hermetismo y de la concepción formalista y han decidido los casos ante ellos planteados considerando la realidad de las relaciones jurídicas y la finalidad de las disposiciones legales”.

¹⁰² “STS de 12 de diciembre de 1950; también STS de 22 de junio de 1956, en la que se niega a una sociedad limitada la condición de tercero de buena fe, ya que los mismos socios que la constituyeron sabían que respecto a la finca en cuestión existía la carga de la opción”; “STS de 26 de octubre de 1961 que entiende que, en base a los elementos de prueba aportados, la sociedad fue continuadora y sucesora de la personalidad jurídica mercantil del socio, con los efectos conseqüentes” (apud Frederico Costa y Bravo, 1981, p. 246).

uma vez que sem referido hermetismo perdem-se as vantagens oferecidas pela pessoa jurídica, além da preocupação de se desprezar indiscriminadamente as sociedades em favor da segurança jurídica.

Pierangelo Catalano afirma que a crise da pessoa jurídica é intimamente ligada à crise do Estado. Segundo ele:

“Surge, na doutrina e na jurisprudência, a necessidade de reinterpretar o adjetivo ‘público’ atribuído a certas pessoas jurídicas. Examinando-se uma categoria ‘aberta a sucessivas mutações’ como é a dos entes públicos, a contraposição entre pessoas jurídicas ‘públicas’ e ‘privadas’ não parece ser utilizável no sentido comum da distinção entre público e privado. Assim, a crise da pessoa jurídica releva também sua íntima conexão com a crise do Estado”¹⁰³.

Para Marçal Justen Filho a crise da pessoa jurídica, ou melhor, a crise da função, significa a “utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com os princípios básicos e fundamentais que informam o ordenamento jurídico”¹⁰⁴. Decorre do impacto na aplicação de conceitos defasados e inadequados, tendo como ponto crucial desse embate a crença no absolutismo da pessoa jurídica, que se apresenta sob várias manifestações¹⁰⁵.

A primeira dessas manifestações, “hipostasia da pessoa jurídica”, reside no pensamento de que pessoa jurídica é expressão a que corresponde algo existente – um objeto cognoscível.¹⁰⁶ Isso não significa dizer que o autor defenda ser a pessoa jurídica uma ficção ou uma falsidade ou até mesmo uma criação do Direito. No seu entender, a pessoa jurídica é uma expressão utilizada pelo Direito para indicar certas situações jurídicas, uma expressão vocabular, lingüística, para indicar conceitos distintos.

A segunda manifestação da crença no absolutismo da pessoa jurídica que contribuiu para a crise “reside na identificação entre pessoa jurídica e pessoa física, o que poderia ser indicado pela expressão ‘antropomorfismo da pessoa jurídica’”¹⁰⁷. A pessoa jurídica não constitui uma imitação ao ser humano. A personalidade da pessoa jurídica não

¹⁰³ Catalano. “As raízes do problema da pessoa jurídica”. *Revista de Direito Civil, Imobiliários, Agrário e Empresarial*, v. 73, jul./set. 1995, p. 38-9.

¹⁰⁴ Justen Filho. *Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro*, 1987, p. 17.

¹⁰⁵ Justen Filho, 1987, p. 30.

¹⁰⁶ Idem ib.

¹⁰⁷ Justen Filho, 1987, p. 31.

decorre dela compartilhar com o homem de idênticos atributos ou qualidades. Segundo o autor, o instituto da pessoa jurídica é inconfundível com a pessoa física, que possui contornos definitivos e próprios, pois evolui constantemente.

A terceira manifestação “baseia-se na fé acerca da imutabilidade da pessoa jurídica que se manifesta tanto no entendimento da imutabilidade no tempo como na imutabilidade no espaço. Acredita-se que há uma realidade indicada pela expressão, que não varia, nem em função do passar do tempo, nem em decorrência do deslocamento geográfico”¹⁰⁸.

Esse defeito conceitual também reside na crença de que a variação terminológica não impede a identidade conceitual, lavando à concepção de que os conceitos que ora detemos também existiram em outras épocas e existem em outros locais, ainda que por terminologias distintas. Em suma, o conceito de pessoa jurídica corresponderia a algo com existência própria e autônoma, como um conceito universal, o que é falacioso, uma vez que a identidade conceitual somente pode ser verificada enquanto, e na medida de, uma identidade cultural.

Por fim, a quarta exteriorização, que “consiste na exteriorização da fé no absolutismo do conceito de pessoa jurídica, reside no entendimento de que pessoa jurídica é conceito único dentro de um mesmo ordenamento jurídico. É a afirmação da identidade das pessoas jurídicas”¹⁰⁹.

Em outras palavras, essa quarta manifestação significa dizer que a pessoa jurídica de uma sociedade anônima, por exemplo, é igual ao de uma fundação, o que a nosso ver também é falacioso, na medida em que o regime previsto para as sociedades anônimas bem como as regras de personalidade jurídica são específicos, distintos de uma fundação.

Acreditamos que o desvio de função assemelha-se à figura do negócio jurídico indireto, através do qual às partes procuram alcançar um fim que não seja aquele típico do negócio jurídico. Joaquim Garrigues preceitua que “o negócio indireto é aquele em que as partes se propõem alcançar uma finalidade que não é a finalidade típica, segundo a lei, do negócio escolhido”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Justen Filho, 1987, p. 34.

¹⁰⁹ Justen Filho, 1987, p. 35.

¹¹⁰ Garrigues. *Anotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa, in Hacia un nuevo derecho mercantil*, apud Koury. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, 1998, p. 68.

Podemos concluir, portanto, que diversos fatores podem levar ao desprestígio da autonomia da pessoa jurídica, sejam eles decorrentes ou não da adaptação do conceito de pessoa jurídica às diversas circunstâncias históricas.

No entanto, não podemos esquecer que um dos motivos para a contribuição da crise da personalidade jurídica ocorreu em virtude da utilização fraudulenta deste instituto pelos próprios membros das pessoas jurídicas que aproveitaram da crença no absolutismo da pessoa jurídica para a consecução de atos irregulares, com o objetivo de enriquecer ilicitamente, sem que isso afetasse seu patrimônio particular.

Acreditamos que o legislador ao positivizar o princípio da autonomia da pessoa jurídica teve a intenção de viabilizar o desenvolvimento econômico, de tal forma que empresários pudessem investir com a clareza dos riscos que qualquer investimento está sujeito, sem acarretar conseqüências mais sérias como a afetação do patrimônio particular. O que não se previa era a forma de como essa autonomia seria maliciosamente utilizada, de maneira que a única alternativa para coibir a utilização nociva da autonomia da pessoa jurídica foi relativizar referido princípio, aplicando-se o remédio da desconsideração da personalidade jurídica.

2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1. Origem histórica

No século XIX, em razão das mudanças no Direito, a doutrina e a jurisprudência passaram a se preocupar com a utilização da pessoa jurídica, na tentativa de coibir o mau uso desse instituto, valendo-se de meios de repreensão para estancar sua utilização equivocada, de forma a preservá-la.

Dentre os meios de repreensão, deu-se importância à teoria da soberania elaborada por Haussmann e desenvolvida por Mossa, na Itália, que, segundo Piero Verrucoli, foi o precedente da doutrina da desconsideração¹¹¹.

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury afirma que essa teoria objetivava “imputar ao controlador de uma sociedade de capitais as obrigações assumidas pela sociedade controlada e por ela não satisfeitas, relevando-se, assim, a substância das relações em detrimento da sua estrutura formal”¹¹². Infelizmente, referida teoria não alçou vôo no plano prático.

Com efeito, a teoria da desconsideração foi primeiramente difundida no ordenamento norte-americano, através de manifestação da jurisprudência de 1809, no caso *Bank of Unites States vs. Deveaux*, por meio do qual o Juiz Marshall, “com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre *corporations*, já que a Constituição Federal Americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa”¹¹³, levantando o véu, de modo a reconhecer o conflito estabelecido entre os indivíduos que por trás da pessoa jurídica atuavam

O autor Maurice Wormser, faz menção a esse caso em uma das obras que discorrem sobre o assunto e conclui que a pessoa jurídica não pode ser comparada a cidadão de um determinado Estado, quando afirma:

¹¹¹ Verrucoli, 1964, p. 2.

¹¹² Koury, 1998, p. 63.

¹¹³ Koury, 1998, p. 64.

“Agora, se uma empresa for meramente uma entidade legal, se estiver revestida somente de invisibilidade e intangibilidade, não poderia, naturalmente, ser cidadã de um país. A constituição federal, contudo, no artigo três, seção dois, limita, *inter alia*, a jurisdição das cortes federais a controvérsias entre cidadãos de diferentes países. Em 1809, o Ministro-Presidente do Tribunal Superior Marshal, por essa razão, para preservar a jurisdição das cortes federais sobre as empresas, foi compelido a olhar além da entidade para o caráter das pessoas que compõem a empresa. A corte decretou que substancial e essencialmente as partes do processo judicial são os acionistas, e que suas várias jurisdições de cidadania seriam aceitas”¹¹⁴.

O caso concreto mostrou que, naquela época, as cortes norte-americanas já desconsideravam a personalidade jurídica para alcançar os membros que compunham a sociedade anônima.

Ressaltamos ser equivocado o entendimento de alguns doutrinadores que acreditam que a teoria da desconsideração tenha surgido na Inglaterra, com o caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado 88 anos após a decisão proferida pelo Juiz Marshall no direito norte-americano. Não podemos deixar de destacar a importância de tal Julgado inglês para o desenvolvimento da teoria, mas nunca afirmar ser o primeiro caso discutido.

Salomon constituiu a empresa com sua mulher e seus quatro filhos, sendo o único detentor do controle acionário, uma vez que os demais sócios possuíam uma única ação. A mulher e os filhos do comerciante integraram o quadro societário da empresa para atender a uma exigência da legislação inglesa no que se refere à constituição de uma sociedade limitada. Diante da circunstância do caso em questão, poder-se-ia pensar que o fato do controle acionário estar nas mãos de uma única pessoa consubstanciaria na hipótese de abuso da limitação da responsabilidade, mas não é o que ocorre.

No caso em apreço, tanto a High Court quanto, em grau de recurso, a Court of Appeal deram ganho de causa à sociedade, condenando o sócio, Aaron Salomon, no pagamento de uma determinada quantia, não pelo fato de o comerciante deter o controle acionário, mas sim sob a fundamentação de que esse sócio teria usado a sociedade de modo

¹¹⁴ Wormser. *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*, 1929, p. 45 (tradução nossa). “Now, if a corporation is merely a legal entity, if it is clothed only with invisibility and intangibility, it could not, of course, be a citizen of a state. The federal constitution, however, in article three, section two, limits, *inter alia*, the jurisdiction of the federal courts to controversies between citizens of different states. In 1809, Chief Justice Marshall, therefore, in order to preserve the jurisdiction of the federal courts over corporations, was compelled to look beyond the entity to the character of the individuals who compose the corporation. The court proclaimed that substantially and essentially the parties to the suit are the stockholders, and that of their several citizenships cognizance would be taken”.

a confundir sua personalidade com a da pessoa jurídica, a fim de prevalecer seu crédito em detrimento dos demais credores. Ele tinha cedido seu fundo de comércio à sociedade, alegando que o valor desse bem cedido suplantava o valor de seu débito, o que o tornou credor da empresa com a constituição em seu favor de garantia real.

Portanto, enquanto os demais credores da sociedade possuíam créditos quirografários, o sócio majoritário, Aaron Salomon, dispunha de garantia real, o que lhe permitia, simultaneamente, não pagar os débitos por força da limitação de sua responsabilidade pessoal e, ainda, executá-los preferencialmente. Diante disso, a Corte rejeitou a pretensão executória do comerciante formulada no processo falimentar da sociedade, além de condená-lo a pagar, com seus bens pessoais, os débitos sociais não adimplidos pela empresa, sob a fundamentação de que sua personalidade realmente havia se confundido com a da sociedade.

Na verdade, podemos afirmar que, nesse caso, restou configurada a relação de *agent* entre a sociedade e seu sócio principal. Contudo, a House of Lords reformulou ambas as decisões para reconhecer a personalidade jurídica da sociedade e descaracterizar qualquer abuso na utilização do instituto, anteriormente reconhecido pelas cortes. Apesar de a decisão ter sido reformada, referido caso foi o “grande responsável” em difundir a teoria da desconsideração, ensejando discussões em todo o mundo.

Piero Verrucoli destaca em sua obra que o caso *Salomon* teve uma repercussão negativa no ordenamento inglês, na medida em que o princípio da autonomia da pessoa jurídica foi severamente aplicado¹¹⁵.

A partir de então, a Inglaterra tem aplicado rigorosamente o princípio da autonomia da pessoa jurídica, desconsiderando-a somente em casos extremos, ao contrário do direito norte-americano que, com a devida cautela, aplica a teoria da superação sem a rigidez do direito inglês.

Contudo, não foi na Inglaterra ou nos Estados Unidos que o estudo da teoria da desconsideração foi sistematizado. Tal contribuição surgiu na Europa Continental, notadamente na Alemanha, cujo problema surgiu da atividade dos tribunais. Até 1920 considerava-se unicamente a separação entre pessoa jurídica e seus membros. Foi a partir do acórdão de 22/06/1920 que o Terceiro Senado do Reichsgericht (RG) relativizou o princípio da separação da pessoa jurídica, tão enraizado nesse país. Em referido acórdão, o sócio da sociedade unipessoal afirmava ser “incapaz” de apresentar o balanço da empresa,

¹¹⁵ Verrucoli, 1964, p. 90-92.

sendo possível somente à pessoa jurídica tal apresentação. Dessa forma, o RG fundamentou sua decisão apresentando a fórmula de que o juiz deveria, antes da construção jurídica, ter atenção à realidade da vida e à força das coisas¹¹⁶.

Rolf Serick, autor alemão a quem devemos valiosa contribuição, sistematizou toda a teoria em quatro princípios, que serão explorados no nosso trabalho.

Para Calixto Salomão Filho, deve-se a Rolf Serick o estágio atual de desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, calcada não só nos seus estudos como também na teorização da jurisprudência norte-americana. Segundo ele:

“Serick adota um conceito unitário de desconsideração ligado a uma visão unitária da pessoa jurídica como ente dotado de uma essência pré-jurídica, que se contrapõe e eventualmente se sobrepõe ao valor específico de cada norma”¹¹⁷.

No Brasil, podemos considerar que a origem da teoria da desconsideração está vinculada a uma sociedade marcada por forte desequilíbrio de renda e de acesso aos bens da vida, e, ainda, por uma substancial atividade econômica, notadamente após o desaparecimento da guerra fria e o grande desenvolvimento dos meios de comunicação, o que exige do Poder Judiciário respostas rápidas para a realização da justiça, ao invés da demora para obtenção da prestação jurisdicional atrelada à ausência de elementos processuais ágeis para que se determine a decisão dos conflitos¹¹⁸.

Para a plena atividade econômica, os conflitos não podem ser atrasados, sob pena de absoluta inutilidade da prestação jurisdicional. Da mesma forma, o emaranhado de leis facilita àqueles que querem se esquivar do cumprimento de suas obrigações, utilizando-se de meios fraudulentos para inadimplemento de seus deveres, e dificulta os honestos que cumprem com suas obrigações. É dentro desse contexto que surgiu a teoria da desconsideração, justamente para estancar as investidas do inadimplente de escapar ileso das situações que são criadas em virtude das facilidades propiciadas pela própria legislação¹¹⁹.

¹¹⁶ Cordeiro. *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, 2005, p. 27-8.

¹¹⁷ Salomão Filho. *O novo direito societário*, 1998, p. 79.

¹¹⁸ Menezes. A desconsideração da personalidade jurídica. In: Alvim, A.; Cerqueira César, J.; Rosas, R. (coord.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*, 2003, p. 87.

¹¹⁹ Idem ib.

Rubens Requião foi o primeiro jurista a sistematizar a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica ao discorrer sobre o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica em sua obra *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. Foi através de uma conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, publicada posteriormente na *Revista dos Tribunais*¹²⁰, em 1969, denominada “*Disregard Doctrine – Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica*”, que Requião encontrou o momento para iniciar os debates sobre o tema, apontando o seguinte problema que naquela época já o preocupava:

“Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios, tanto que a cota social de cada um deles não pode ser penhorada em execução por dívidas pessoais, seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle desse sócio, não haveria inconveniente ou prejuízo para ele que o seu patrimônio fosse administrado pela sociedade, que assim estaria imune às investidas judiciais de seus credores”¹²¹.

A problemática indagada pelo ilustre jurista naquela época era árdua, pois, se por um lado, a pessoa jurídica poderia ser utilizada para o cometimento de fraudes e abusos, por outro lado, não se podia deixar de considerar a importância da autonomia da pessoa jurídica para o desenvolvimento econômico do país, motivo pelo qual por muito tempo se entendeu que referida autonomia era absoluta, sendo impossível superar a separação entre a pessoa jurídica e seus componentes.

As primeiras manifestações doutrinárias sobre o tema, após a conferência de Requião, foram marcadas por críticas tecidas à legislação brasileira que não previa a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Em face da ausência de textos legais, os doutrinadores entendiam que, muito embora o sistema jurídico brasileiro fosse compatível com a adoção de referida teoria, não seria possível sua aplicação aos casos concretos enquanto o legislador não a positivasse.

¹²⁰ v. 419, n. 12.

¹²¹ Requião, 1988, p. 67.

Lauro Limborço foi um dos doutrinadores que expressou seu lamento: “O Direito Positivo brasileiro não prevê a *disregard doctrine* (...). Lamentável que assim o seja, porque através dela os juízes brasileiros teriam poderoso instrumento para (...) coibir abusos e fraudes, prejudiciais tanto a esses terceiros como aos acionistas”¹²².

Segundo Rubens Requião, a omissão sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica era somente doutrinária, visto que as decisões jurisprudenciais brasileiras daquela época já se posicionavam sobre a relativização da personalidade jurídica, utilizando-se os magistrados de um eticismo próprio das soluções equitativas, dando início ao princípio da desconsideração no Brasil¹²³.

É imperioso concluirmos, portanto, que a teoria da desconsideração no direito brasileiro teve sua origem com base nas decisões jurisprudenciais, antes de sua primeira positivação com o Código de Defesa do Consumidor, baseando-se em soluções casuísticas, influenciadas pela preocupação da justiça em solucionar de forma equânime o caso concreto.

O fato de o princípio da desconsideração ter surgido no direito brasileiro e estrangeiro como fruto da jurisprudência e não da ciência do direito gerou dúvidas e incertezas em virtude da inevitável diversidade de situações e de inúmeros critérios utilizados pelos tribunais. Na verdade, sente-se falta de uma definição geral dos fundamentos balizadores de tal princípio para conferir a segurança pretendida, o que a nosso ver foi feito por Serick, daí a grandiosidade e importância de seu trabalho.

2.2. Conceito e Aplicabilidade

A desconsideração da personalidade jurídica decorre da construção jurisprudencial que foi desenvolvida pela doutrina em todo o mundo. No Brasil, também ocorreu a evolução da doutrina, traduzida no art. 50 do Código Civil de 2002 e, já há mais tempo, no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, dentre outras previsões legislativas.

¹²² Limborço. “Disregard of legal entity”. *Revista dos Tribunais*, v. 579, jan. 1984, p. 25.

¹²³ Requião, 1988, p. 80.

A desconsideração é conhecida pelas designações: (i) *disregard of legal entity, disregard of corporate entity, lifting the corporate veil, piercing the corporate veil*, nos Direitos Inglês e Norte-Americano; (ii) *superamento della personalità giuridica*, no Direito Italiano; (iii) *Durchgriff der juristischen Person*, no Direito Alemão; (iv) *teoría de la penetración o desestimación de la personalidad*, no Direito Argentino; e (v) *mise à l'écart de la personnalité morale*, no Direito Francês.

Marçal Justen Filho ensina com proficiência que, dentre os elementos conjugadores da formação do conceito da desconsideração da pessoa jurídica, podem ser citados: (i) *existência de uma ou mais sociedades personificadas*, em que os sócios, pessoas físicas ou jurídicas, são tratados distintamente da sociedade, e as diversas sociedades personificadas, porém vinculadas entre si por laços de coligação ou controle, que são tratadas individualmente; (ii) *ignorância dos efeitos da personificação*, ou seja, afastamento das regras relativas à personificação; (iii) *ignorância de tais efeitos para caso concreto*, vale dizer, com a caracterização da desconsideração, a pessoa jurídica não se torna inválida ou inexistente, apenas suspendem-se os efeitos da personificação a algum ato específico, a um período determinado da atividade da sociedade, ou a um relacionamento específico entre a pessoa jurídica e certa pessoa; (iv) *manutenção da validade de atos específicos*, que não é sinônimo de invalidação dos atos jurídicos. Os atos jurídicos permanecem válidos, porém os efeitos da personalidade jurídica são considerados ineficazes. A carência de elemento ou de pressuposto de validade para o ato não significa superar a personalidade; e (v) *a fim de evitar o perecimento de um interesse*, o que significa afirmar que a finalidade da desconsideração é ignorar os efeitos da personificação em determinado caso, em razão do risco da conduta adotada em sacrificar um interesse tutelado pelo direito¹²⁴.

Piero Verrucoli afirma que a desconsideração da personalidade jurídica é um mecanismo de controle posto à disposição do Direito para agir contra situações abusivas. Segundo ele, se a personalidade jurídica constitui um privilégio concedido pelo Estado aos membros da pessoa jurídica, não poderá servir tal privilégio para fins contrários ao Direito.

Para Maurice Wormser:

¹²⁴ Justen Filho, 1987, p. 55-6.

“Quando o conceito de pessoa jurídica é empregado para defraudar credores, evitar uma obrigação existente, tirar vantagem da lei, alcançar ou perpetuar monopólio, ou proteger a desonestidade ou o crime, os tribunais irão colocar de lado a pessoa jurídica, irão considerar a sociedade como uma associação ativa de homens e mulheres, e irão fazer justiça”¹²⁵.

Atualmente, nota-se um alargamento no conceito explicitado por Wormser por parte dos tribunais americanos, que vêm incorporando a aplicação da desconsideração não só na ocorrência de fraudes (conceito tão enraizado no exposto por Wormser), mas também quando o princípio da autonomia da pessoa jurídica gera resultados injustos. Dessa forma, tomando como ponto de partida o conceito do doutrinador norte-americano, estendeu-se a aplicação da desconsideração para os casos de abuso de direito, passando a desconsideração a ser aplicada nas hipóteses em que a autonomia da pessoa jurídica estava sendo utilizada para o cometimento de injustiças. Ou seja, baseando-se na noção de fraude, trazida do conceito de Wormser, estendeu-se a aplicação da desconsideração para os casos de abuso de direito.

Na concepção do doutrinador português Pedro Cordeiro, “entendemos por desconsideração o desrespeito pelo princípio da separação entre a pessoa colectiva e os seus membros ou, ditto de outro modo, desconsiderar significa derrogar o princípio da separação entre a pessoa colectiva e aqueles que por trás dela actuem”¹²⁶.

A teoria da desconsideração só é aplicada sempre que por má-fé ou dolo, a sociedade seja empregada para desvio de sua atividade¹²⁷. Para António Menezes Cordeiro, o levantamento da personalidade coletiva visa “o afastamento que consista em, sem norma expressa e por exigência do sistema, imputar um efeito jurídico para além do sujeito a que ele se destine”¹²⁸.

Em parecer proferido pelo ilustre Professor Arruda Alvim, este afirma que a desconsideração é aplicável quando o exercício atual de um direito não é conciliável com conduta anterior do autor, uma vez que tal ato configura verdadeiro abuso de direito

¹²⁵ Wormser, 1929, p. 84 (tradução nossa).

¹²⁶ Cordeiro. *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, 2005, p. 19.

¹²⁷ Borba. *Direito societário*, 2003, p. 24.

¹²⁸ Cordeiro. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, 2000, p.10.

(princípio do *venire contra factum proprium*)¹²⁹. E continua, ao preceituar o que legitima a desconsideração da personalidade jurídica:

“O agir atualmente em desconformidade com a significação impressa, a atos precedentemente praticados, e praticados por outros, mas que, em relação a si próprio e aos outros, nunca se cogitou de ilicitude desses atos, senão que ao contrário, é agora comportamento incompatível com a conduta precedente, havida como lícita, pretendendo-se esse alguém albergar-se sorrateiramente debaixo da pessoa jurídica”¹³⁰.

A desconsideração deve ser aplicada quando faltar um dos pressupostos estabelecidos em lei ou quando o objeto social da empresa confundir-se com os interesses particulares dos sócios¹³¹. A desconsideração ocorre em virtude do poder de controle societário, sendo que esse elemento fundamental acaba predominando sobre a regra de que a pessoa jurídica deve ser encarada como ente distinto de seus membros. Comparato indaga que, em razão desse poder de controle, a doutrina e a jurisprudência têm procurado justificar o afastamento da personalidade jurídica com as noções de abuso de direito e fraude à lei, o que entende não ser razoável, na medida em que as noções de abuso e fraude não compreendem os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorra em benefício do controlador. Em outras palavras, pode ocorrer o afastamento da pessoa jurídica sem a caracterização do abuso de direito ou fraude à lei naqueles casos em que se quer beneficiar o controlador¹³².

Em suma, na opinião do autor, o verdadeiro critério para aplicação da desconsideração deriva da interpretação funcional do instituto. A pessoa jurídica é constituída para desempenhar funções, determinadas, gerais e específicas, sendo certo que o não cumprimento das funções a ela designadas levam à aplicação do superamento da personalidade jurídica.

O desenvolvimento da doutrina em todo o mundo fez com que ocorressem diferenças marcantes na forma de utilização de tal teoria. No sistema da *common law*, por exemplo, o direito é concebido especialmente como jurisprudencial, uma vez que as regras

¹²⁹ Alvim. *Direito privado - contratos, direitos reais, pessoas jurídicas de direito privado, responsabilidade*, 2001, p. 312.

¹³⁰ Alvim, 2001, p. 315.

¹³¹ Comparato, 1976, p. 294.

¹³² Comparato, 1976, p. 294-6.

partem das decisões dos tribunais. Já no sistema da *civil law*, utilizam-se as regras existentes no ordenamento jurídico para aplicação da justiça, tendo a jurisprudência um papel secundário. Em decorrência disso, a desconsideração é mais facilmente aplicada nos sistemas da *common law*, através da qual a análise de um caso concreto leva à construção de um princípio específico, ao contrário da *civil law*, em que se busca na existência da norma jurídica a aplicação ao caso em exame.

Mas existe um fator unânime, independentemente do sistema adotado pelo país, que é o fato de a desconsideração da personalidade jurídica não ter o condão de acabar com o princípio da autonomia da pessoa jurídica, prevista anteriormente no Brasil pelo art. 20 do Código Civil de 1916, mas sim fazer com que essa autonomia seja mais eficaz em relação aos membros que a constituem.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

“A teoria da desconsideração da pessoa jurídica (ou do superamento da personalidade jurídica) não questiona o princípio da autonomia patrimonial, que continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, através da coibição do mau uso de seus fundamentos”¹³³.

“O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity* ou *piercing the veil*) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação a seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude”¹³⁴.

A personalidade jurídica, ainda que desconsiderada em determinados casos, permanecerá intacta, sendo suprimida apenas nas hipóteses em que for necessário aplicar a teoria. Em outras palavras, a desconsideração da personalidade jurídica somente deve ser aplicada no caso concreto, mantendo-se intacta a personalidade da empresa para quaisquer outras questões.

¹³³ Coelho. *A sociedade limitada no Novo Código Civil*, 2003b, p. 110.

¹³⁴ Coelho, 2002, p. 34-5.

A pessoa jurídica pode ser desconsiderada para um determinado fim, preservando a sua autonomia quanto aos demais atos. De outro lado, a desconsideração não retira a validade do ato ou atos praticados, o que permite preservar direitos e interesses de terceiros de boa-fé.

Fato é que a pessoa jurídica não desaparece em decorrência da desconsideração, apenas sua personalidade é ignorada para responsabilização de seus membros em virtude do mau uso desse ente jurídico. Através da aplicação da teoria, busca-se atingir o patrimônio particular dos membros da pessoa jurídica desconsiderada.

A desconsideração não visa pôr fim à personalidade jurídica, ou seja, levá-la à despersonalização, que tem como finalidade a anulação da personalidade jurídica por falta de condições de existência – como, por exemplo, os casos de invalidade do contrato social ou dissolução da sociedade. O objetivo é, tão somente, desconsiderar a pessoa jurídica no caso concreto, permanecendo válido todos os demais atos.

Com efeito, a desconsideração representa o remédio jurídico utilizado, que possibilita aos magistrados tornarem ineficaz a estrutura da pessoa jurídica em uma situação particular, com o objetivo de proibir abusos e fraudes perpetrados através da figura da pessoa jurídica pelos sócios que a compõem.

Nos Estados Unidos, R. Thompson, em seu livro *Piercing the Corporate Veil: an empirical study*, realizou um estudo estatístico sobre a aplicação da desconsideração com o objetivo de mensurar em quais situações a desconsideração era utilizada. Foram analisados 1.583 casos, examinando-se a aplicação da teoria da desconsideração segundo critérios diversos, dentre eles: tipo de sociedade, natureza do crédito, espécie de sociedade etc.¹³⁵.

O autor norte-americano apurou o seguinte resultado: “(i) *instrumentality* – 97,33%; (ii) *alter ego* – 95,58%; (iii) *misrepresentation* – 94,08%; (iv) *agency* – 92,31%; (v) *dummy* – 89,74%; (vi) *lack of substantive separation* – 85,11%; (vii) *undercapitalization* – 73,33%; (viii) *informalities* – 66,89%; (ix) *domination & control* – 56,99% etc. O percentual refere-se à comparação entre o número total de casos em que o argumento foi mencionado e aquele em que foi decidida a desconsideração”¹³⁶.

¹³⁵ Munhoz. “Desconsideração da personalidade jurídica e grupo de sociedades”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 134, abr./jun 2004, p. 31.

¹³⁶ Thompson. *Piercing the Corporate Veil: an empirical study*. *Cornell Law Review*, v. 76, n. 1.063, 1991, apud Munhoz, 2004, p.32.

Com a pesquisa, o autor concluiu que não se encontrou um caso em que a desconsideração é aplicada em uma *public corporation*, demonstrando os juízes norte-americanos a preocupação em proteger os investidores de mercado de capitais. Também se observou com a pesquisa que o número de sócios influi diretamente na aplicação da teoria, pois quanto maior o número de sócios menor é a frequência na aplicação do princípio. Verificou-se também que a doutrina foi aplicada mais vezes nos casos de credores contratuais (41,98%) em relação àqueles que se tornaram credores em virtude da responsabilidade civil da sociedade por atos ilícitos (30,97%)¹³⁷.

Esse resultado da pesquisa norte-americana, que apresentou um maior índice de aplicação da desconsideração para os casos de credores contratuais, contraria opiniões de doutrinadores brasileiros, que justamente acreditam que a desconsideração dos credores contratuais, denominados como negociais, deve ser restrita, já que tais credores podem exigir garantias complementares conforme a avaliação de risco no momento da celebração do negócio¹³⁸. Esse é, inclusive, o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho: “o princípio da autonomia patrimonial tem sido relativizado, pela ordem jurídica, para atendimento, basicamente, dos direitos de titulares de créditos não negociáveis”¹³⁹.

Segundo o autor, os credores de obrigações negociáveis têm a possibilidade de se preservar contra os riscos da insolvência do devedor. Esclarece exemplificando que “um banco, ao descontar títulos de sociedade empresária, pode incluir, em sua remuneração, a partir de dados estatísticos, a taxa de risco, isto é, uma importância que compense eventuais perdas, motivadas por insolvabilidade da pessoa jurídica; e os empresários, em geral, têm meios de condicionar a concessão de crédito à outorga de garantias pessoais dos sócios¹⁴⁰”.

Thompson também concluiu em sua estatística que a desconsideração é aplicada com mais frequência para os casos em que os sócios são pessoas físicas (43,13%), índice que cai quando se fala na aplicação da desconsideração de sócios pessoas jurídicas (37,21%)¹⁴¹, o que contraria o difundido na doutrina brasileira, uma vez que os grupos de sociedades, vistos como “focos de maior incidência da crise de função”¹⁴², levam com mais frequência à aplicação da teoria da desconsideração.

¹³⁷ Thompson, 1991, p. 1.055-6, apud Munhoz, 2004, p. 32.

¹³⁸ Munhoz, 2004, p. 32.

¹³⁹ Coelho, 2002, p. 21.

¹⁴⁰ Idem ib.

¹⁴¹ Thompson, 1991, p. 1.055, apud Munhoz, 2004, p. 33.

¹⁴² Oliveira, 1979, p. 559.

No Brasil, a aplicação da desconsideração tem observado critérios diversos. José Lamartine Corrêa de Oliveira classifica as decisões judiciais em alguns grupos: “a) decisões que visam impedir ‘fraude a dever contratual’; b) decisões que visam coibir a ‘fraude à lei’; c) decisões que desconsideram a separação apenas para limitados efeitos de natureza processual; e d) decisões que, de modo genérico, estendem a responsabilidade aos sócios em caso de insolvência da sociedade”¹⁴³.

Calixto Salomão Filho classifica as decisões judiciais para aplicação da desconsideração de duas formas: (i) decisões fundamentadas em dispositivos legais, como o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 135 do Código Tributário Nacional, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e dispositivos do Código Civil que dispõem sobre a nulidade, a anulação e o fim ilícito dos atos jurídicos; e (ii) decisões fundamentadas no comportamento abusivo e fraudulento dos sócios, sendo a confusão patrimonial um critério suficiente para aplicação da teoria¹⁴⁴.

No Brasil, antes da positivação trazida pelo artigo 50 do Código Civil de 2002, a jurisprudência sempre admitiu a aplicação da desconsideração, não só para aqueles casos previstos em lei (aqui sem adentrarmos na discussão de aplicação da teoria ou de caso de imputação pessoal ao sócio), mas também para os casos em que o princípio geral da boa-fé, um dos balizadores para impedir o uso abusivo de um direito, e os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil não tenham sido observados. Fato é que o art. 50, introduzido recentemente em nosso ordenamento, procurou disciplinar a aplicação da teoria da desconsideração, o que será posteriormente desenvolvido neste trabalho, em capítulo próprio.

Agora, levantemos uma questão: no caso de desconsideração da pessoa jurídica, as conseqüências de tal aplicação devem recair sobre todos os sócios ou só sobre aquele que, indevidamente, utilizou-se do instituto da pessoa jurídica?

Entendemos que as conseqüências decorrentes da aplicação da teoria da desconsideração devessem recair sobre aquele sócio que efetivamente fez mau uso do instituto da pessoa jurídica, embora essa questão não seja muito difundida entre os doutrinadores brasileiros.

Por via de regra, os juristas brasileiros não se preocupam em destacar quais membros da pessoa jurídica serão responsabilizados, o que nos leva a crer que a tendência

¹⁴³ Oliveira, 1979, p. 521, 529, 533 e 536.

¹⁴⁴ Salomão Filho, 1998, p. 101-103.

doutrinária é a de responsabilizar todos os membros pela desconsideração, ainda que exista um sócio avesso ao uso indevido da pessoa jurídica.

O Deputado Ricardo Fiuza, ao apresentar a Proposição PL 7.160/2002, ateve-se ao questionamento que ora debatemos, propondo, em nova redação ao art. 50 do Código Civil Brasileiro, deixar expressamente consignado que os efeitos da prática de desvio de finalidade ou confusão patrimonial sejam atribuídos em face daqueles sócios que deram causa ou obtiveram o proveito com referido ato e não a todos os sócios da pessoa jurídica, como se conclui pela interpretação da redação atual do art. 50 do mesmo diploma legal. Vejamos a proposta do ilustre Deputado:

“Art. 50. As pessoas jurídicas têm existência distinta de seus membros.

Parágrafo Primeiro: Nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, praticados com abuso da personalidade jurídica, pode o juiz declarar, a requerimento da parte prejudicada, 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, que lhes deram causa ou deles obtiveram proveito, facultando-lhes o prévio exercício do contraditório (...)” (grifo nosso).

Acreditamos que aceitar o posicionamento, no sentido de que a responsabilidade deverá recair sobre todos os sócios da pessoa jurídica, seria atingir injustamente o patrimônio daquele membro que sequer participou da prática de atos fraudulentos ou abusivos. Certamente tal conduta vai contra o desenvolvimento da economia, na medida em que gera uma insegurança para o investidor que não quer assumir a dívida de seu sócio que, indevidamente, utilizou a sociedade para proveito próprio ou de terceiro.

Avançamos mais ao concluir que a responsabilização indiscriminada de todos os sócios desvirtua o princípio da autonomia da pessoa jurídica, defendido por nossos doutrinadores – dentre eles, Fabio Ulhoa Coelho e Fabio Konder Comparato –, princípio de suma importância para o desenvolvimento do país.

É importante salientarmos também que a aplicação da teoria da desconsideração só pode ser efetivada após serem esgotados todos os bens da pessoa jurídica. Primeiramente, exaurem-se os bens da sociedade para depois penetrar nos bens

dos sócios, desde que comprovada a prática de atos fraudulentos pelos membros que a compõem. Em outras palavras, a mera insolvência da pessoa jurídica não autoriza a aplicação do princípio da desconsideração¹⁴⁵. É imprescindível que se caracterize a má utilização do instituto pelos seus membros para penetrar nos bens pessoais dos sócios.

É justamente esse caráter de subsidiariedade que diferencia os casos de aplicação da desconsideração com os casos de mera imputação. Segundo Lamartine Corrêa de Oliveira, “para que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, seria necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de uma concepção dualista de obrigação: responsabilidade subsidiária por dívida alheia”¹⁴⁶.

A técnica da imputação, aplicada aos casos de demonstração da incidência da teoria da aparência ou do princípio que veda o *venire contra factum proprium* (comportamento contraditório) não pode implicar responsabilidade subsidiária, como acontece no princípio da desconsideração, mas sim em aplicação direta da responsabilidade contra quem criou a aparência ou se comportou contraditoriamente¹⁴⁷.

Quando a lei brasileira impõe aos sócios, gerentes ou administradores a responsabilidade por dívidas da sociedade é porque eles agiram de forma contrária à lei ou ao estatuto, como integrantes da pessoa jurídica. Não foi a pessoa jurídica que agiu contrariamente ao permitido ou teve a sua finalidade desvirtuada para justificar a aplicação da desconsideração. Para aplicação da teoria da desconsideração é necessário que a forma da pessoa jurídica seja usada com o escopo de desviar dos fins a que se destina¹⁴⁸.

Ademais, o instituto da responsabilidade não implica a quebra do princípio da autonomia da pessoa jurídica como acontece na desconsideração, ao contrário, reforça-o na medida em que o fundamento da responsabilidade direta repousa na exata distinção entre sociedade e membros que a compõem, firmada nos estatutos ou contratos sociais. Para responsabilização dos dirigentes de uma sociedade basta comprovar que agiram de forma contrária aos seus deveres e encargos, causando prejuízos a terceiros ou à própria

¹⁴⁵ “Agravo de Instrumento. Contrato firmado com pessoa jurídica. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada para reforma de imóvel, firmado, apenas, pelo representante legal da construtora. Inexistindo, qualquer situação, dentre as previstas no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, não há razão legal para a ‘desconsideração da personalidade jurídica’ da sociedade ré, a autorizar o chamamento dos sócios, cuja responsabilidade – até para fins tributários – está, em princípio, limitada, à cota social subscrita”. (AI nº. 3.663/97. 2ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Maria Stella Rodrigues, decisão em 1997, por unanimidade).

¹⁴⁶ Oliveira, 1979, p. 610.

¹⁴⁷ Oliveira, 1979, p. 611.

¹⁴⁸ Casillo, 1979, p. 35.

sociedade. Essa responsabilidade não prescinde da sociedade, permanecendo intacta a personalidade jurídica, sem a necessidade de relativizá-la, como acontece com a teoria da desconsideração.

Fábio Ulhoa Coelho atenta para o fato de que se costuma confundir a aplicação da *disregard*, para coibir o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial pelos administradores da sociedade, com outras formas legais de responsabilização desses. Enfatiza o autor que tal fato se deve porque “em termos econômicos, inexistente diferença sensível entre as duas fórmulas, já que as consequências civis, em ambas, correm por conta do administrador. No entanto, em termos jurídicos, trata-se de duas situações consideravelmente distantes”¹⁴⁹.

Nos casos de responsabilidade pessoal de sócios, gerentes ou administradores, não existe a manipulação da personalidade jurídica, mas tão somente a caracterização da ilicitude em decorrência dos atos praticados por eles, o que leva à responsabilização direta dos membros.

No entendimento de Amador Paes de Almeida, “... o comportamento dos sócios que agem com dolo ou culpa, em violação da lei ou do estatuto, não pode ser imputado senão aos próprios administradores, que, em casos tais, são responsáveis pelos prejuízos que venham a causar a terceiros, por força da legislação em vigor, independentemente de se invocar a *disregard doctrine*. Na verdade, a teoria da desconsideração visa, isso sim, responsabilizar diretamente os administradores quando estes utilizam a pessoa jurídica, aparentemente na forma da lei, com desvio, porém, da sua exata função”. E, continua ao afirmar que “assim, o uso abusivo da sociedade, a fraude, como artifício para prejudicar terceiros, levados a efeito “dentro de presumida legalidade”, é que, a nosso ver, autorizam a aplicação da *disregard*”¹⁵⁰.

Daí decorre a defesa de que o artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho não corresponde à desconsideração da personalidade jurídica, justamente porque a responsabilidade solidária da outra empresa integrante do grupo econômico não decorre de nenhuma ilicitude e, dessa forma, estaríamos diante de caso de responsabilidade solidária e não de desconsideração. Da mesma forma que o art. 135 do Código Tributário Nacional, é um típico caso de responsabilização direta dos administradores.

¹⁴⁹ Coelho. *O empresário e os direitos do consumidor*, 1994, p. 221.

¹⁵⁰ Almeida. *Execução de Bens dos Sócios*, 2004, p. 199.

Existem outras hipóteses legais que, equivocadamente, são entendidas por alguns autores como desconsideração e não responsabilidade direta dos sócios/administradores: arts. 117 e 158 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 34 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 50 da antiga Lei de Falências –Decreto Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945.

Sob esse aspecto, afirmar que os casos de responsabilidade equiparam-se aos casos de desconsideração é um grande equívoco, pois são institutos diversos com fundamentos distintos.

Podemos concluir que a teoria aqui tratada não tem recebido a atenção devida por parte dos *experts* na ciência do direito, tendo em vista os conflitantes assuntos, ainda sem solução na literatura, que versam sobre essa questão. Some-se a isso o fato de existirem doutrinadores que criticam a teoria sem se aterem à sua verdadeira essência e importância para o direito atual, como é o caso de Pontes de Miranda, ao preceituar que:

“O desprezo das formas de direito das pessoas jurídicas, o *disregard of legal entity*, provém de influências conscientes ou inconscientes, do capitalismo cego, que chegando a negar, por vezes, a pessoa jurídica privada, prepara o caminho para negar a pessoa do Estado. Tal internacionalismo voraz e a metafísica da extrema empregam, de lados opostos, as mesmas picaretas. Destrói-se ou tenta destruir-se todo o conceito de vontade social, todo o elemento democrático das sociedades provadas e públicas; nega-se o próprio sentido da liberdade de determinação dos sócios”¹⁵¹.

2.3. Teorias subjetiva e objetiva

Muito embora existam diversas teorias sobre a desconsideração, é importante darmos atenção a duas correntes gerais de análise nos sistemas jurídicos de tradição romanística.

A primeira teoria, chamada de unitarista ou subjetiva, foi desenvolvida por Rolf Serick, concebendo uma visão unitarista da pessoa jurídica. Através dessa visão, a

¹⁵¹ Miranda. *Tratado de Direito Privado*, v. 50, 1970b.

desconsideração atuaria sempre de maneira igual, independentemente da espécie de pessoa jurídica, sendo tão somente possível afastar o princípio da autonomia em casos excepcionais, nas quais ficasse caracterizada fraude ou abuso de direito, prescindido de um comportamento doloso ou culposos.

Para o jurista alemão, a constatação de prejuízo ao credor não é suficiente para desconsiderar a personalidade jurídica. Para ele é imprescindível a prova da intenção fraudulenta ou do abuso de direito da pessoa jurídica para viabilizar a aplicação da desconsideração e penetrar no véu da pessoa jurídica. Em outras palavras, para aplicação da desconsideração subjetiva será necessário demonstrar que, através do privilégio do princípio da autonomia patrimonial, os membros da sociedade utilizaram-se da pessoa jurídica com intenção de fraudar a lei, ao contrato, ou aos credores ou ainda com abuso de direito, para prejudicar terceiros.

Aprofundaremos os conceitos de fraude e abuso de direito em capítulo próprio destinado ao tema.

Por ora, é importante esclarecermos que, em relação à fraude, é fácil entendermos a aplicação subjetiva, já que o próprio conceito de tal instituto obrigatoriamente prevê a intenção do agente na prática do artifício malicioso para prejudicar terceiros. A teoria do abuso de direito permite a formulação da teoria subjetiva e objetiva. Na concepção subjetiva, o ato só será abusivo se intencionalmente a prática irregular do exercício de um direito tiver a intenção de prejudicar terceiros. Na concepção objetiva, considera-se abusivo o exercício de um direito se for contrário ao fim destinado pela lei, independentemente da intenção ou consciência do agente¹⁵².

No ordenamento jurídico brasileiro, Rubens Requião é um defensor da teoria subjetivista, na tentativa de não banalizar a aplicação da desconsideração e considerá-la em caráter de excepcionalidade, para os casos de fraude ou abuso de direito, com a presença do elemento culpa.¹⁵³

Fabio Ulhoa Coelho também é um defensor da teoria subjetiva para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas utilizando-se dos conceitos de fraude e abuso de uma forma mais moderna, sem a ênfase dada por Rolf Serick, que, ao ver do doutrinador, é exagerada. Para Ulhoa Coelho, “o elemento intencional, de ordem subjetiva, já não tem a mesma importância. Com efeito, a experiência tem demonstrado

¹⁵² Coelho, 1989, p. 59-60.

¹⁵³ Requião, 1988, p. 83.

que a prova de um elemento subjetivo é ônus exagerado que se impõe, às vezes desnecessariamente, a quem o direito afirma querer tutelar”. Em outras palavras, o doutrinador brasileiro quer dizer que a prova da intenção fraudulenta não parece ser a solução mais justa, mas sim a prova de ter ocorrido o dano para a correta constatação da fraude¹⁵⁴.

O autor elabora duas formulações para a teoria da desconsideração: “A maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial”¹⁵⁵. Segundo o ilustre comercialista, a teoria maior da desconsideração “elegueu como pressuposto para o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária o uso fraudulento ou abusivo do instituto. Cuida-se, desse modo, de uma formulação subjetiva, que dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, voltado à frustração de legítimo interesse do credor”¹⁵⁶. Ao se deter sobre o novo Código Civil, afirma que o artigo 50 não pode afastar os juízes da formulação da teoria maior da desconsideração, ou seja, observar os critérios subjetivos para a correta aplicação da teoria da superação¹⁵⁷.

Outros autores defendem critérios subjetivistas para aplicação da desconsideração. Dentre eles, Thereza Alvim, ao observar que “a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ter lugar, se de atos praticados por uma ou mais sociedades resultarem prejuízos a terceiros, desde que tais atos sejam, ainda, incompatíveis com a função da pessoa jurídica”. Assim, “a teoria da desconsideração só pode ser aplicada a casos singulares, extraordinários, quando se fizer mau uso da pessoa jurídica”¹⁵⁸. Cândido Dinamarco, ao afirmar que “sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração”¹⁵⁹, também defende a adoção do critério subjetivista.

Preocupações dessa mesma natureza são expressas no pensamento de Teresa Cristina Pantoja:

¹⁵⁴ Coelho, 1989, p. 61-2.

¹⁵⁵ Coelho, 2002, p. 35.

¹⁵⁶ Coelho, 2002, p. 43.

¹⁵⁷ Coelho, 2002, p. 54.

¹⁵⁸ Alvim. “Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar”. *Revista de Processo*, v. 22, n. 87, jul./set. 1997, p. 212.

¹⁵⁹ Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*, 2001, p. 1.183.

“Desconstituir de modo definitivo, arbitrário e irracional pessoas jurídicas constituídas ao abrigo da lei, e que vêm funcionando em conformidade com a lei, sem evidência de efetivo prejuízo a terceiro detentor de interesse jurídico legítimo – e portanto sem comprovação de uso abusivo do instituto é, muito mais do que atribuir-se uma injustificada resolubilidade ao direito de propriedade, e um preço muito oneroso ao exercício da empresa, vinculá-los sempre, em quaisquer situações, a uma suposta fidúcia específica. É erigir-se em concreta e imediata a responsabilidade social do empresário, quando nem a Constituição o fez, nem o nCC pretendeu assim qualificá-la, nem muito menos os padrões de auto-sustentabilidade econômica pós-modernos assim comportam”¹⁶⁰.

Da

mesma forma, Juan Dobson mostra que todos os autores “que consideram o problema da desconsideração (*desestimación*) da personalidade jurídica, outorgam um papel preponderante à fraude”. Segundo ele, “só se pode prescindir da personalidade jurídica quando haja abuso dela e só haverá abuso quando se intente com ela burlar uma lei, quebrar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros”¹⁶¹.

A jurisprudência de nossos tribunais parece não divergir do entendimento doutrinário, atentando-se para critérios subjetivistas na aplicação correta da desconsideração. Vejamos:

“A penhora de bem de sócio de sociedade limitada para satisfação de dívida da pessoa jurídica só deve ser realizada quando presentes condições excepcionais justificadoras. A responsabilidade dos sócios, com aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, depende de prova de comportamento impróprio”¹⁶².

“A mera ausência de bens da devedora para penhora não justifica a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que exige fraude na administração (...) não se pode confundir a figura da mera devedora pessoa jurídica em dificuldade financeira com a devedora pessoa jurídica que age com fraude na administração”¹⁶³.

¹⁶⁰ Pantoja. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2002, p. 121.

¹⁶¹ Dobson. *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, 1991, p. 178 (tradução nossa).

¹⁶² 1º TACivSP, 2ª Câmara, *Revista dos Tribunais*, v. 620, n. 122.

¹⁶³ 2º TACivSP, AI nº 772.684-00/5, 6ª Câmara, Rel. Luiz de Lorenzi, j. 18.12.2002. No mesmo sentido: 2º TACivSP, AI nº 617.482-00/7, 6ª Câmara, Rel. Luiz de Lorenzi, j. 16.05.2000.

“A teoria da desconsideração da personalidade jurídica pressupõe prática de fraude dos sócios das sociedades de responsabilidade limitada em detrimento aos credores, mormente: abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou, ainda, má administração que acarrete o encerramento das suas atividades. Logo, a mera ausência de bens localizáveis para penhora não justifica a aplicação desta teoria”¹⁶⁴.

“A aplicação da *disregard doctrine*, a par de ser salutar meio para evitar a fraude via utilização da pessoa jurídica, há de ser aplicada com cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos da pessoa física. Sua aplicação terá de ser apoiada em fatos concretos que demonstrem o desvio da finalidade social da pessoa jurídica, com proveito ilícito dos sócios”¹⁶⁵.

Podemos extrair, portanto, que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica deve ser adequadamente empregada, devendo ser utilizada sempre que a personalidade seja utilizada para fins fraudulentos ou abusivos. A teoria subjetiva parece ser a mais adequada, na medida em que torna imprescindível para aplicação da desconsideração a comprovação do ato, a intenção do agente, o que, a nosso ver, minimiza a aplicação indiscriminada de referida teoria.

Na teoria objetiva, abandona-se a idéia de abuso de direito individual, encarado subjetivamente, em prol da figura de abuso de direito ou de abuso do instituto, que se caracteriza pela utilização da pessoa jurídica de forma contrária à função que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, independentemente da aferição de culpa ou intenção do agente. Em outras palavras, cada categoria de pessoa jurídica possui uma função específica definida pelo ordenamento, aplicando-se a desconsideração sempre que essa função seja desviada, independentemente da aferição de culpa.

Embora Rolf Serick seja um defensor da aplicação da desconsideração estimando critérios subjetivistas, não deixa de prever hipóteses em que o caráter subjetivo não é observado, como é o caso do segundo princípio elaborado pelo autor em que o elemento subjetivo é abstraído em vista da relevância das normas de direito societário:

¹⁶⁴ 2º TACivSP, AI nº 737.948-00/0, 3ª Câmara, Rel. Ribeiro Pinto, j. 23.04.2002.

¹⁶⁵ TAPR, 2ª Câmara, *Revista dos Tribunais*, v. 673, n. 160.

“Não é possível desconhecer a autonomia subjetiva da pessoa jurídica, somente pelo fato de que, de outra forma, não seria realizado o objetivo de uma norma ou a causa objetiva de um negócio jurídico. Este princípio pode, porém, admitir exceções na presença de normas de direito societário cuja função é tão fundamental que non admite uma, sequer indireta, limitação da própria eficácia”¹⁶⁶.

Piero Verrucoli também prevê hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica com a aplicação de critérios objetivos:

“superamento em função: 1) da realização direta de interesses próprios do Estado (de natureza tributária, ou prevalentemente políticos, como no caso da determinação da nacionalidade das sociedades, etc.); 2) da repressão às fraudes contra a lei; 3) de repressões de fraudes contratuais; 4) da realização do interesse de terceiros, quando não estejam presentes os princípios da fraude, tratada a seguir, no momento inicial da operação (constituição da sociedade ou estipulação de contrato, etc.); 5) da realização do interesse dos sócios *uti singuli*. É tão somente o caso de especificar que, entre as hipóteses citadas, a última se configura - quando acontece - em formas absolutamente especiais, e aquelas *sub* 2) e 3) implicam normalmente a existência de um elemento intencional, enquanto aquela *sub* 4) prescinde da consideração do citado elemento, sendo suficiente o fato objetivo do prejuízo dos interesses de terceiros que o ordenamento tem como escopo tutelar”¹⁶⁷.

Evidenciando a diferença entre as teorias objetivas e subjetivas, Pedro Cordeiro defende que a teoria objetiva é a mais correta por acreditar que a avaliação de um comportamento como justo ou não, não pode ser determinado em função da culpa daquele

¹⁶⁶ Serick, 1966, p. 281 (tradução nossa). “Non è possibile disconoscere l’autonomia soggettiva della persona giuridica, solo perchè, altrimenti, non si realizzerebbe lo scopo di una norma o la causa oggettiva di un negozio giuridico. Questo principio può, però, ammettere eccezioni di fronte a norme di diritto societario la cui funzione è tanto fondamentale da non ammettere una, neppure indiretta, limitazione della propria efficacia”

¹⁶⁷ Verrucoli, 1964, p. 195 (tradução nossa). “superamento in funzione: 1) della diretta realizzazione di interessi propri dello Stato (di natura tributaria, o spiccatamente politica, come nel caso dell’individuazione della nazionalità delle società etc.); 2) della repressione di frodi alla legge; 3) di repressioni di frodi contrattuali; 4) della realizzazione dell’interesse dei terzi, quando non ricorrano gli estremi della frode di cui innanzi al momento iniziale dell’operazione (costituzione della società o stipulazione di contratto etc); 5) della realizzazione dell’interesse de soci *uti singuli*. È appena il caso di precisare che, fra le ipotesi menzionate, l’ultima si configura – ove ricorra – in modi del tutto particolari, e quelle *sub* 2) e 3) implicano normalmente la sussistenza di un elemento intenzionale, mentre quelle *sub* 4) prescinde dalla considerazione di detto elemento, bastando il fatto oggettivo del pregiudizio degli interessi dei terzi che l’ordiamiento mira a tutelare”.

que o pratica, mas sim em face do seu valor intrínseco e dos limites do instituto jurídico a que se insere¹⁶⁸.

Na doutrina brasileira, adotam o critério objetivo para aplicação da teoria da desconsideração José Lamartine Corrêa de Oliveira e Fabio Konder Comparato. Para o primeiro jurista, a teoria da desconsideração surgiu como resposta a uma crise de função da pessoa jurídica, que era a de permitir a criação de um centro autônomo de interesses para conciliar dois interesses opostos, quais sejam: as necessidades dos membros das sociedades que desejam a fácil dissolução de seu vínculo na sociedade para limitação do risco empresarial e o interesse de manutenção de uma sociedade, de uma continuidade do grupo, de sua base financeira e de sua mobilidade econômica, necessários à consecução dos fins coletivos dos grupos¹⁶⁹.

Para o segundo jurista, a pessoa jurídica possui funções gerais e específicas. A função geral da personificação é a criação de um centro de interesses autônomos, cujos ativos e passivos não se confundem com os direitos e as obrigações dos sócios, permitindo a mobilização de recursos e esforços para atingir um objetivo comum que é a consecução do objeto social¹⁷⁰. A personificação, para o autor, é entendida como uma técnica jurídica para se atingirem determinados objetivos, como a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidades¹⁷¹. A separação patrimonial é apontada como a causa na constituição de sociedades¹⁷². Dessa forma, ante a ausência de separação patrimonial e de um centro de interesses autônomo, é possível desconsiderar a personalidade jurídica que, segundo o autor, é sempre feita em função do poder de controle societário¹⁷³.

Podemos concluir que, de acordo com a teoria objetiva, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada quando ocorrer um desvio de função da pessoa jurídica de forma incompatível com as funções que lhe são atribuídas pelo ordenamento jurídico, quais sejam: criação de um centro de interesse autônomo, separação patrimonial e limitação de responsabilidade, independentemente da aferição de culpa ou intenção do agente.

Com efeito, se partirmos do entendimento de alguns autores brasileiros que não fazem distinção entre a desconsideração e a responsabilização direta dos sócios,

¹⁶⁸ Cordeiro, 2005, p. 77-8.

¹⁶⁹ Oliveira, 1979, p. 259-60.

¹⁷⁰ Comparato, 1976, p. 292-3.

¹⁷¹ Comparato, 1976, p. 290.

¹⁷² Comparato, 1976, p. 292.

¹⁷³ Comparato, 1976, p. 295.

existirão hipóteses de desconsideração tomando como base à concepção objetiva, sem analisar a ocorrência de prejuízos a terceiros.

A aplicação da teoria da desconsideração sem atenção ao elemento subjetivo pode ser encontrada, segundo alguns autores – dentre eles, Suzy Elizabete Cavalcante Koury, Flávia Lafèvre Guimarães e Clóvis Ramallete –, no art. 2º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Da mesma forma, pode ser encontrado no art. 135, III do Código Tributário Nacional: “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, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

Importante ressaltarmos, em observância aos dispositivos aqui descritos, que, de qualquer forma, para a aplicação da teoria da desconsideração deverá existir a intenção de prejudicar terceiros, seja através da fraude, do abuso de direito ou da caracterização de um desvio de função, exceto se a lei assim o dispensar, como nos casos acima (se considerarmos como típicos casos de desconsideração).

Acreditamos que os critérios objetivos são importantes para facilitação da prova na aplicação da desconsideração. Prova disso foi a positivação do art. 50 do Código Civil de 2002, que trouxe o critério objetivo para auxiliar na correta aplicação da teoria sem, contudo, perder o caráter subjetivo, pois não havendo a intenção de prejudicar terceiros não se pode falar em desconsideração.

2.3.1. Contribuição de Rolf Serick

A obra deste ilustre autor, denominada *Rechtsform und Realität juristischer Personen – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*¹⁷⁴, foi considerada pelos juristas alemães como um dos trabalhos mais importantes nessa área. Na época em que se dedicou a desenvolver o referido trabalho, quase nada existia na doutrina alemã que tratasse especificamente sobre o tema, daí o grande valor atribuído à obra.

¹⁷⁴ “Forma jurídica e realidade das pessoas jurídicas – Contribuição de Direito Comparado à questão da penetração destinada a atingir pessoas ou objetos situados atrás da pessoa jurídica” (tradução nossa).

Em seu trabalho, Serick não se atém aos problemas teóricos que circundam o conceito da pessoa jurídica e tampouco opta pelas doutrinas existentes, muito embora admita que a pessoa jurídica é criação da ordem jurídica e não fenômeno preexistente.

A obra é dividida em três livros. No primeiro, o autor estuda as possibilidades de aplicação da teoria da desconsideração em casos de abuso, cujo conceito é formulado a partir da noção de abuso de direito. O segundo livro dá enfoque a problemas relativos à relação entre norma e pessoa jurídica. Por fim, o terceiro livro sintetiza o resultado de sua pesquisa, mostrando a importância em relativizar, para determinados casos, o princípio da autonomia patrimonial, mas enfatizando a cautela que se deve ter ao estabelecer critérios precisos para a aplicação da desconsideração.

Desta breve análise podemos concluir, em linhas gerais, que o autor alemão desconsidera a personalidade jurídica quando se abusa dela para a realização de fraudes (livro I) e quando a desconsideração é condição da aplicação de normas jurídicas (livro II). Ele sintetiza a aplicação da teoria em quatro princípios.

O primeiro deles: “Caso haja abuso da figura da pessoa jurídica, o juiz pode, objetivando impedir que seja alcançado o fim ilícito perseguido, desrespeitar dita figura, afastando-se, portanto, do princípio da distinção nítida entre sócio e pessoa jurídica”¹⁷⁵.

Por tal princípio, existe abuso quando, através do instituto da pessoa jurídica, procura-se intencionalmente fugir de uma obrigação, seja ela legal ou contratual, ou causar danos a terceiros. Caracterizado aludido abuso, justifica-se a aplicação da teoria da desconsideração. É importante observarmos que o problema não é do instituto, ou seja, não se discute a validade do princípio da autonomia patrimonial, mas sim o seu mau uso.

Ressaltamos que Serick é o maior defensor da concepção subjetiva de abuso, não permitindo a desconsideração se não houver a clara intenção de fraude, pois só assim pode-se admitir desconhecer o princípio da autonomia patrimonial.

O autor afirma que, se a pessoa jurídica ultrapassar os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, não há razão de ser para prestigiar o princípio da autonomia patrimonial. Segundo ele, pode-se abusar da pessoa jurídica quando esta for utilizada para eludir uma norma, para subtrair-se a obrigações contratuais ou para prejudicar terceiros.

¹⁷⁵ Rolf Serick, *Forma e realtà della persona giuridica*, 1966, p. 277 (tradução nossa). “Se si abusa della forma della persona giuridica il giudice può, al fine di impedire che venga radiunto lo escopo illecito perseguito, non rispettare tale forma, allontanandosi quindi dal principio della netta distinzione tra soci e persona giuridica”.

Vejamos os exemplos abordados por Serick que ilustram essas três situações, respectivamente: (1) “Pensemos na proibição de concorrência para o funcionário de uma empresa comercial de acordo com o parágrafo 60 do HGB, proibição esta que o mesmo pode tentar eludir agindo através de uma sociedade de responsabilidade limitada”; (2) “Pessoa que faz iniciar em uma pessoa jurídica, por ela mesma controlada, uma determinada atividade, e não inicia aquela para a qual se havia comprometido;” (3) “Único sócio, cuja sociedade necessita de capital novo para ampliar a própria atividade, ao invés de novas concessões, concede à sociedade um empréstimo para que se apresente, em caso de insucesso, na posição de credor da sociedade, causando dessa forma, obrigatoriamente, danos aos outros credores”¹⁷⁶.

Verificamos que o elemento comum nos casos supra mencionados é de, aparentemente, a pessoa jurídica estar sendo utilizada de uma forma admitida pelo ordenamento jurídico, muito embora, ressalte-se, seja só aparência. Assim, é relevante o fato de que a pessoa jurídica não age sem que esteja por trás a pessoa física e a vontade de seus sócios, que determinam o comportamento da pessoa jurídica como abusivo ou não¹⁷⁷.

Na verdade, caberá aos juízes analisar os casos e estabelecer critérios, de acordo com a peculiaridade de cada um, para impedir a consecução de fins contrários ao direito. Por exemplo: “a tentativa de servir-se de uma pessoa jurídica para eludir uma proibição legislativa ou contratual de concorrência, implica a identificação entre sociedade e sócio que, controlando-a, a desfruta para um tal fim ilícito e, portanto, a extensão à pessoa jurídica da proibição de concorrência”¹⁷⁸. É assim que Rolf Serick acredita que os juízes devam proceder.

O segundo princípio é formulado da seguinte forma: “Não é possível desconhecer a autonomia subjetiva da pessoa jurídica, somente porque, de outra forma, não poderia ser realizado o objetivo de uma norma ou a causa objetiva de um negócio jurídico. Este princípio pode, porém, admitir exceções perante as normas de direito societário cuja função é tão fundamental que não admite nenhuma, sequer indireta, limitação da própria eficácia”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Serick, 1966, p. 277 (tradução nossa).

¹⁷⁷ Serick, 1966, p. 277-8.

¹⁷⁸ Serick, 1966, p. 280 (tradução nossa).

¹⁷⁹ Serick, 1966, p. 281 (tradução nossa). “Non è possibile disconoscere l'autonomia soggettiva della persona giuridica, solo perchè, altrimenti, non si realizzerebbe lo scopo di una norma o la causa oggettiva di un negozio giuridico. Questo principio può, però, ammettere eccezioni di fronte a norme di diritto societario la cui funzione è tanto fondamentale da non ammettere una, neppure indiretta, limitazione della propria efficacia”.

Nesse princípio, Serick reforça o já abordado anteriormente, no sentido de que o princípio da autonomia patrimonial deve ser sempre prestigiado, exceto nos casos em que se comprovar a fraude ou o abuso de direito.

Contudo, admitem-se exceções no campo do direito societário, em que é possível desconhecer o princípio da autonomia patrimonial sem a caracterização de abuso quando a norma de direito societário for importante, de tal maneira que não poderá deixar de ser observada. E isso acontece ainda que exista um princípio da autonomia patrimonial para ser seguido. Em outras palavras, a importância do conteúdo na norma para tais casos prevalecerá, mesmo que sacrifique o princípio da autonomia da pessoa jurídica¹⁸⁰.

Serick, para demonstrar que a importância da norma societária prevaleceria sobre a aplicação do princípio da autonomia, usa como exemplo um dispositivo da lei alemã. Vejamos:

“O parágrafo 33, I, da lei sobre sociedades de responsabilidade limitada estabelece que uma sociedade não pode adquirir quotas próprias não inteiramente liberadas. Se, por conseguinte, a compra de ditas quotas não for realizada pela própria sociedade, mas por uma outra sociedade por esta inteiramente controlada, não se verifica uma violação direta da norma em questão, mas por outro lado é incontestável que o objetivo de dita norma, isto é, a garantia da efetiva subscrição e a salvaguarda do capital, é frustrado de maneira decisiva”¹⁸¹.

Portanto, para que o objetivo da norma seja atingido e, conseqüentemente, para que se aplique o dispositivo alemão supra mencionado, será necessário, neste exemplo, a identificação entre a controlada e a controladora para verificar se, indiretamente, trata-se ou não da “mesma pessoa”, acarretando na aplicação do desprestígio do princípio da autonomia patrimonial para, unicamente, atender o objetivo da norma, sem que com isso se tenha caracterizado qualquer abuso. Em suma, é a importância da norma estabelecida, ou melhor, o objetivo que se quer alcançar com ela, que deverá prevalecer, ainda que, como já mencionado, sacrifique-se a autonomia subjetiva da pessoa jurídica¹⁸².

¹⁸⁰ Serick, 1966, p. 284.

¹⁸¹ Serick, 1966, p. 283 (tradução nossa).

¹⁸² Serick, 1966, p. 284.

É

importante, ainda, assentarmos como determinar quais são as normas de importância especial, para que se estabeleçam os parâmetros utilizados para aplicação da exceção desse segundo princípio. Serick oferece dois critérios: no primeiro, afirma que a determinação da importância está na vontade do legislador traduzida na própria norma que, expressamente, ou de outra forma, impõe que determinada espécie de sociedade não pode sofrer qualquer limitação para sua correta aplicação. Exemplifica tal critério ao mencionar que na lei das sociedades anônimas de 1937 encontra-se expressamente estabelecida uma série de disposições para que se alcance a eficácia da norma sem qualquer limitação, dentre elas, a do § 65, I, da referida lei, que proíbe, de forma absoluta, a compra das próprias ações não inteiramente liberadas, estendendo aludida proibição às pessoas jurídicas controladas¹⁸³.

Pelo segundo critério, determina-se a importância da norma jurídica analisando-se quais as conseqüências que a limitação do princípio da autonomia patrimonial poderia trazer. Se chegarmos à conclusão de que essa limitação traria conseqüências negativas para aplicação da norma de forma eficaz, deve prevalecer a garantia de eficácia da norma em razão da figura da pessoa jurídica¹⁸⁴.

Ele exemplifica esse segundo critério ao mencionar o § 114, V, da lei de sociedades anônimas, que preceitua que o acionista não pode votar em uma deliberação quando se discute sua isenção ou não de responsabilidade, devendo estender essa proibição de voto para uma sociedade controlada pelo administrador em questão e, por sua vez, sócio da sociedade. Muito embora o ar. 114, VI, não regule essa questão específica, qual seja proibir que o administrador vote através de uma pessoa jurídica por ele constituída e sócia da primeira sociedade, fato é que, se não fosse imposta referida limitação, representaria um perigo para os demais acionistas, já que aquele membro da sociedade poderia votar em seu favor através de uma empresa por ele constituída¹⁸⁵.

Para Fábio Ulhoa Coelho, a exceção a esse segundo princípio de Serick “não se apresenta com a segurança teórica que seria de se esperar”. E continua: “prefiro, como adiante se explicita, enquanto não se chega a critérios mais sólidos, confiar a exceção à regra da desconsideração, como sintetizada no primeiro princípio, apenas às hipóteses de expressa previsão normativa”¹⁸⁶.

¹⁸³ Serick, 1966, p. 285.

¹⁸⁴ Serick, 1966, p. 285-6.

¹⁸⁵ Serick, 1966, p. 286.

¹⁸⁶ Coelho, 1989, p. 21.

O terceiro princípio assim dispõe:

“Normas baseadas em atributos ou capacidade ou valores humanos também podem encontrar aplicação em relação a uma pessoa jurídica, quando não houver contradição entre o objetivo dessas normas e a função da pessoa jurídica. Neste caso, se necessário, é possível, para determinar os pressupostos normativos, fazer referência às pessoas físicas que agem através da pessoa jurídica”¹⁸⁷.

Por este princípio admite-se que as pessoas jurídicas possam aplicar normas baseadas em conceitos que parecem pressupor necessariamente as pessoas físicas. Em outras palavras, todas as normas vigentes para os seres humanos devem, via de regra, serem aplicáveis às pessoas jurídicas. Contudo, admitem-se exceções, quando a função da norma não for compatível com a função que a pessoa jurídica está destinada a desenvolver no ordenamento jurídico¹⁸⁸.

Serick exemplifica tal entendimento ao mencionar que, quando uma norma utiliza o conceito de cônjuge ou de parente, é necessário especificar caso (i) se trate de uma relação específica de direito de família ou (ii) de uma relação de caráter patrimonial na qual seja parte o cônjuge ou o parente. Somente no primeiro caso a aplicação da norma às pessoas jurídicas não poderia ser admitida, por tratar especificamente de um atributo da pessoa física. Já no segundo caso, a aplicabilidade da norma às pessoas jurídicas deve ser admitida, bastando pensarmos nas normas de direito falimentar relativas à ineficácia dos negócios jurídicos conclusivos entre cônjuges ou parentes¹⁸⁹.

O autor conclui, com essa colocação, que existem funções atribuídas às pessoa físicas que não podem, em hipótese alguma, serem aplicadas às pessoas jurídicas, uma vez que os elementos de direito pessoal são predominantes. No entanto, o legislador tem o poder de estender a aplicação de certas normas às pessoas jurídicas quando não se tratar de impedimentos decorrentes da realidade natural.

Utiliza como exemplo o fato de a pessoa jurídica poder ser qualificada como “inimiga” de acordo com as leis da guerra, “perseguida” de acordo com as leis sobre

¹⁸⁷ Serick, 1966, p. 287 (tradução nossa). “Anche norme basate su attributi o capacità o valori umani possono trovare applicazione nei confronti di una persona giuridica, quando non vi sia contraddizione tra lo scopo di queste norme e la funzione della persona giuridica. In questo caso, se necessario, è possibile, per determinare i presupposti normativi, far riferimenton alle persone fisiche che agiscono attraverso la persona giuridica”.

¹⁸⁸ Serick, 1966, p. 287-8.

¹⁸⁹ Serick, 1966, p. 288.

ressarcimento aos perseguidos, além de capaz de desenvolver uma atividade agrícola. Tudo isso porque as funções dessas normas, que se relacionam a características humanas, conciliam-se com a função da pessoa jurídica. Na realidade, tudo se volta para uma comparação entre a função da norma e a função da pessoa jurídica para, com isso, estabelecer a aplicabilidade ou não de referidas normas às pessoas jurídicas¹⁹⁰.

O autor conclui, através desse terceiro princípio, que a autonomia da pessoa jurídica deve ser desconsiderada quando se aplicar às pessoas jurídicas uma norma cujos pressupostos baseiam-se em características próprias dos seres humanos.

O quarto princípio preceitua que: “Se através da figura da pessoa jurídica estiver ocultado que as partes de um determinado negócio são, na realidade, o mesmo sujeito, é possível não reconhecer a autonomia subjetiva da pessoa jurídica, quando deve ser aplicada uma norma baseada na efetiva, e não somente sobre a jurídico-formal, diferenciação ou identidade das partes do negócio jurídico”¹⁹¹.

Tal princípio afirma que o desconhecimento da pessoa jurídica deve ser aplicado quando, da interpretação da lei, o legislador pressupõe uma efetiva distinção dos sujeitos interessados e, ainda assim, a pessoa jurídica realiza negócios com integrantes seus. Ressalta Serick que – ao contrário do terceiro princípio, através do qual a “referência ao substrato da pessoa jurídica servia simplesmente para poder atribuir à mesma determinadas características próprias das pessoas físicas que a compõem” (tradução nossa) –, neste princípio, deve haver uma identidade completa da pessoa jurídica com a de seus membros¹⁹².

No final de sua obra, Serick conclui que, muito embora o princípio da autonomia patrimonial deva prevalecer, ele também pode ser relativizado por diversas maneiras. Trata-se de derrogações que não invalidam o instituto da pessoa jurídica, mas que permitem, em casos específicos, tornar ineficazes os atos que levaram a desprestigiar o princípio da autonomia. Conclui, ainda, que o desconhecimento da pessoa jurídica, em determinadas situações, se dá pelo fato de ser entidade criada pelo ser humano, dele dependente, sendo sua existência devida ao ordenamento jurídico¹⁹³.

¹⁹⁰ Serick, 1966, p. 289.

¹⁹¹ Serick, 1966, p. 293 (tradução nossa). “Se attraverso la forma della persona giuridica si cela il fatto che le parti di un determinato negozio sono, in realtà, lo stesso soggetto, è possibile disconoscere l'autonomia soggettiva della persona giuridica, quando si deve applicare una norma basata sulla effettiva e non anche sulla solamente giuridico-formale differenziazione o identità delle parti del negozio giuridico”.

¹⁹² Serick, 1966, p. 295.

¹⁹³ Serick, 1966, p. 297-8.

2.3.2.. Contribuição de Piero Verrucoli

Piero Verrucoli também contribui bastante para o desenvolvimento da teoria da desconsideração. O estudo desse autor conclui que a personalidade jurídica é um privilégio concedido pelo Estado e destinado aos membros da pessoa jurídica, notadamente aos sócios.

Afirma que a personalidade jurídica significa autonomia patrimonial, ou no sentido de exclusão da responsabilidade subsidiária dos sócios ou no sentido de uma responsabilidade subsidiária. Em razão disso, o autor defende que o privilégio concedido pelo Estado, necessariamente, obriga a existência de um sujeito “sociedade” diferente das pessoas dos sócios, ou seja, de um centro de imputação distinto – pois, se assim não fosse, não haveria privilégio a ser concedido, uma vez que a responsabilidade recairia somente sobre os sócios. Vejamos: “Mas tais benefícios entretanto podem subsistir enquanto seja dada justamente a existência de um sujeito sociedade diferente das pessoas dos sócios, ou seja de um centro de imputação diferente: que de outro modo, se os atos fossem também somente atribuíveis o relacionáveis aos sócios, estes não poderiam certamente destinar qualquer dos dois benefícios considerados.”¹⁹⁴

Da mesma forma que Serick, Verrucoli defende que a personalização não pode servir para acobertar situações injustas, que não respondam a uma normalidade e linearidade de relações e situações. Decorre daí o fato de o privilégio concedido ser combatido quando utilizado para fins injustos, através da aplicação da teoria da superação da personalidade jurídica¹⁹⁵.

No entanto, Verrucoli não explica em sua obra a contradição existente ao ele defender que a desconsideração só poderia ser aplicada em benefício dos sócios (o que é desprovido de qualquer sustentabilidade), com a própria fundamentação que dá ao defender sua posição quanto à aplicação da superação da personalidade jurídica, que, naturalmente, afasta a superação em benefício dos sócios¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Verrucoli, 1964, p. 73 (tradução nossa). “Ma tali benefici in tanto possono sussistere in quanto sia data appunto lésistenza di un soggetto società diverso dalle persone dei soci, cioè di un centro di imputazione distinto; chè altrimenti, se gli atti fossero anche soltanto riferibili o ricollegabili ai soci, questi non potrebbero certo sortire alcuno dei due benefici considerati”.

¹⁹⁵ Verrucoli, 1964, p. 76.

¹⁹⁶ Oliveira, 1979, p. 487.

Em outras palavras, Verrucoli, ao concluir que o superamento da pessoa jurídica é o instrumento através do qual o poder central corrige a força dos grupos, combatendo os abusos do privilégio concedido e realizando os fins perseguidos que resultem de algum modo comprometidos pelo excesso de formalismo do privilégio concedido, leva, indubitavelmente, à conclusão de que o superamento da personalidade jurídica não se aplica em favor dos sócios, mas sim quando necessariamente tiver de ser aplicado para coibir os abusos decorrentes da concessão¹⁹⁷.

E

conclui, na primeira parte de seu livro, que para o sistema inglês e o norte-americano a personalidade jurídica das sociedades comerciais “é o resultado de um processo histórico, não fixo e estereotipado, mas que se adapta ainda a uma sábia interpretação jurisprudencial, às exigências e circunstâncias mutáveis do ambiente econômico e político”¹⁹⁸.

Já para o sistema continental, entende o autor que, em virtude de um menor desenvolvimento e da problemática econômica que envolve os países desse sistema, o processo evolutivo dos esquemas jurídicos é mais lento, discutindo-se, ainda, sobre valor declarativo, ou confirmativo, ou constitutivo, do reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades comerciais. Ressalta que, mesmo nos ordenamentos de tal sistema, a personalidade jurídica também é vista como um privilégio, não tendo relevância o fato de reconhecer-se a personalidade jurídica como constitutiva, afirmativa ou declarativa, visto que em qualquer dos casos é o poder central que “cria” uma unidade de grupo para a consideração expressa deste como sujeito distinto de seus componentes¹⁹⁹.

Na segunda parte de sua obra, Verrucoli expõe como os sistemas norte-americano, inglês e continental abordam o tema do superamento da personalidade jurídica, concluindo sua obra com a análise sobre o posicionamento da *Common Law* e da *Civil Law*.

Analisando o sistema inglês, Verrucoli afirma que a superação da personalidade jurídica nesse sistema, diferentemente dos EUA, despertou pouca atenção. A jurisprudência inglesa mostrou-se inclinada a respeitar o princípio da autonomia patrimonial, aplicando a teoria da superação em casos extremos. Muito embora a Inglaterra

¹⁹⁷ Idem ib.

¹⁹⁸ Verrucoli, 1964, p. 77. (tradução nossa). “(...) è il risultato di un processo storico, non fisso e stereotipato, ma che si adegua ancora, in una sapienti interpretazione giurisprudenziale, alle mutevoli esigenze e circostanze dell’ambiente economico e politico”.

¹⁹⁹ Verrucoli, 1964, p. 77.

tenha a tendência de maior preservação do princípio da autonomia, foi nesse país que surgiu o caso mais famoso de desconsideração: *Salomon v. Salomon & Co.*²⁰⁰.

Verrucoli explora em sua obra os casos de superamento legislativo e jurisprudencial, ambos do direito inglês, levando em consideração a classificação adotada por Gower e a esquematização por Pennington. Os casos mais importantes de superamento legislativo são encontrados na área de Direito Tributário para os casos de imposto de renda e imposto de sucessão²⁰¹.

Os outros casos de superamento podem ser verificados no âmbito do Direito Comercial, dentre eles, o previsto na sect. 332, através da qual se aplica a superação da personalidade jurídica quando a *company* tenha realizado uma atividade com o objetivo de fraudar os seus próprios credores ou aqueles de um terceiro ou por qualquer outro fim fraudulento. Nesse caso, o Tribunal poderá responsabilizar diretamente os sócios que intencionalmente usaram de fins fraudulentos para atingir o desejado²⁰².

A hipótese mais importante de superação da personalidade jurídica refere-se ao regime jurídico da *holding* e suas *subsidiary companies*, muito embora não haja nada que impeça, pelo ordenamento inglês, que uma *holding* deixe sua subsidiária ser levada à insolvência²⁰³.

Os casos de superamento da personalidade jurídica consagrados na jurisprudência foram divididos por Verrucoli em decisões com fundamentos diversos para justificar referida superação.

No primeiro grupo de decisões, o que levou à aplicação da desconsideração foi o reconhecimento de uma relação de *agency* ou de *trusteeship*. Verrucoli cita alguns exemplos em que foi caracterizada a relação ora discutida, dentre um deles, o caso *Smith, Stone & Knight v. Birmingham Corporation*, de 1939, quando foram utilizadas como critério para caracterização ou não da relação de *agency* seis perguntas:

“1) se os lucros (da *subsidiary*) tivessem sido tratados ou não como lucros da *parent company*; 2) se os prepostos encarregados de dirigir a atividade da *subsidiary* tivessem sido nomeados pela *parent company*; 3) se esta tivesse sido a mente na direção (*the head and brain*) da empresa comercial; 4) se a *parent company*

²⁰⁰ Verrucoli, 1964, p. 90.

²⁰¹ Verrucoli, 1964, p. 94.

²⁰² Verrucoli, 1964, p. 96.

²⁰³ Verrucoli, 1964, p. 101.

tivesse dirigido o desenvolvimento das atividades comerciais (*trading venture*), decidindo o que deveria ser feito e quanto capital devesse ser utilizado na mesma; 5) se a *parent company* tivesse obtido lucros em virtude da sua habilidade e atividade de direção; 6) se a *parent company* estivesse na posição de efetivo e constante controle”²⁰⁴.

Nesse caso, as respostas às perguntas foram afirmativas, considerando que a *parent company* (que através de empregados determinava todas as ações da *subsidiary*) tinha direito à compensação pelos danos provenientes da alienação forçada de propriedades imobiliárias da sua subsidiária – o que, sem sombra de dúvidas, faz com que se deduza a relação de *agency* através dos atos praticados pelas partes²⁰⁵.

O autor afirma que o recurso à figura da *agency* possibilita que ao mesmo tempo se mantenham as duas personalidades: da sociedade (*parent company*) e do sócio (*subsidiary company*). Segundo ele, o recurso à *agency* não requer, em princípio, um fato de *disregard*, no sentido de direta consideração do que se encontra contido sob o véu da pessoa jurídica. Acentua, ainda, que em certos casos *disregard* e *agency* resultam no mesmo efeito, mas através de técnicas distintas. No *disregard* tem-se a superação da forma e a contemplação direta da substância econômica do fenômeno. Já na *agency* tem-se o respeito de ambas as formas²⁰⁶.

O segundo grupo de decisões refere-se a casos em que, para aplicação do superamento da personalidade jurídica, deve-se observar a essência das coisas em vez de sua forma. Em outras palavras, a superação, nesses casos, deve ser aplicada como meio para determinar a nacionalidade de uma nave ou de um produto ou a qualidade de inimiga ou não de uma sociedade²⁰⁷.

O terceiro grupo de decisões desconsidera a personalidade jurídica na ratificação de atos sociais efetuada pelos sócios para correção de vícios de constituição e deliberação do órgão competente a providenciar os próprios atos²⁰⁸.

²⁰⁴Verrucoli, 1964, p. 108 (tradução nossa). “1) se i profitti (della subsidiary) fossero stati o meno trattati come profitti della *parent company*; 2) se i preposti alla direzione dell’attività della *subsidiary* fossero stati nominati dalla *parent company*; 3) se questa fosse stata la mente direttiva (*the head and brain*) dell’impresa commerciale; 4) se la *parent company* avesse regolato lo svolgimento della vincenda commerciale (*trading venture*) decidendo che cosa dovesse essere fatto e quanto capitale dovesse essere impiegato nella stessa; 5) se la *parent company* fosse stata in posizione di effettivo e costante controllo”.

²⁰⁵ Verrucoli, 1964, p. 108.

²⁰⁶ Verrucoli, 1964, p. 106.

²⁰⁷ Verrucoli, 1964, p. 114.

²⁰⁸ Verrucoli, 1964, p. 115.

O quarto grupo desconsidera quando ocorre a fraude, sem necessariamente estar a sociedade em fase de liquidação. No quinto grupo, desconsidera-se a personalidade jurídica quando o interesse público está em discussão²⁰⁹.

Por fim, com o sexto grupo de julgamentos, que afasta rígidas formalidades para chegar a uma solução de benevolência para com os réus, exaure-se a exposição da jurisprudência inglesa sobre os casos suscetíveis de aplicação da teoria da superação da personalidade jurídica²¹⁰.

Nos Estados Unidos, a jurisprudência sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica, diferentemente da Inglaterra, é muito variada. As numerosas manifestações sobre o assunto foram atribuídas a vários fatores, dentre eles, o desenvolvimento econômico acentuado e complexo desse país²¹¹.

É possível indicar um julgado nos Estados Unidos – *United States vs. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* –, em 1905, que serviu como regra base na aplicação da teoria:

“Querendo, no atual estado da evolução jurisprudencial, formular alguma regra, seria aquela que a *corporation* será considerada, em linha de máxima, como uma entidade legal distinta, até quando não exista um motivo suficiente para achar o contrário; mas quando a noção de pessoa jurídica seja usada para suplantar os interesses públicos, para justificar um ilícito, para cometer uma fraude ou para encobrir um delito, neste momento o direito considerará a *corporation* como uma associação de pessoas”²¹².

Conforme Verrucoli, esse julgado não exaure as inúmeras possibilidades da aplicação da teoria, mas o objetivo de evitar e eliminar a fraude e qualquer outro ato ilícito está presente nessa decisão de 1905²¹³.

A desconsideração no ordenamento norte-americano não tem a preocupação de seguir a qualificação jurídica do meio técnico utilizado, mas sim de

²⁰⁹ Verrucoli, 1964, p. 116.

²¹⁰ Verrucoli, 1964, p. 117.

²¹¹ Verrucoli, 1964, p. 118.

²¹² Verrucoli, 1964, p. 120 (tradução nossa). “Se alcuna regola è possibile formulare nell’attuale stato dell’evoluzione giurisprudenziale, è che la *corporation* sarà considerata in linea di principio come una distinta entità legale, fino a quando non vi sia sufficiente ragione di ritenere il contrario; ma quando la nozione di persona giuridica sia usata per sopraffare gli interessi pubblici, per dare giustificazione ad un illecito, per perpetrare una frode o coprire un delitto, allora il diritto considererà la *corporation* alla stregua di un’associazione di persone”.

²¹³ Verrucoli, 1964, p. 120.

observar as razões de justiça básica. A melhor classificação para ordenação sistemática da jurisprudência norte-americana, segundo Verrucoli, foi formulada por Hornstein, que agrupa as circunstâncias que levaram à desconsideração da seguinte forma:

“A) Interesses nacionais maiores ou de público interesse, também na presença de uma *incorporation* criada por motivos perfeitamente lícitos”;

“B) Objeto da *incorporation* ou sucessivo uso da forma corporativa em contraposição com uma política específica (“*policy*”: que deve ser considerada como diretrizes ou linhas gerais da definição) por parte do governo, ou seja, do poder central, seja no plano legislativo ou naquele administrativo”;

“C) Objeto da *incorporation* ou sucessivo uso direto da forma corporativa para praticar uma fraude”;

“D) Quando a responsabilidade limitada possa dar origem a *inequitable*”;

“E) Quando o superamento seja necessário para impedir a realização de uma injustiça em relação a todos os acionistas (ou do acionista único) (ou, inclusive – como veremos – de um terceiro, mas sem culpa por parte dos acionistas ou do acionista único)”;

“F) Quando o superamento seja necessário para impedir a *intracorporate oppression* de alguns acionistas, isto é a suplantação de uma minoria por parte da maioria”;

“G) Quando o superamento seja necessário para determinar ou para recusar a jurisdição em uma controvérsia, ou para aplicar a doutrina da *res judicata*” (tradução nossa)²¹⁴.

Verrucoli conclui, após a análise desses critérios classificatórios, que a jurisprudência norte-americana é bem flexível, dando lugar ao superamento da personalidade jurídica da sociedade a uma variedade de perfis e situações²¹⁵.

Por fim, ao final de sua obra ele traça um comparativo entre *Civil Law* e *Common Law*, mostrando diferenças e semelhanças. Na *Common Law* a caracterização para aplicação da teoria da desconsideração provém de um sistema mais aberto, vale dizer, mais elástico, não havendo tanta rigidez em encontrar a norma escrita ou consuetudinária para aplicação da teoria. Já na *Civil Law* encontra-se uma posição menos elástica, na medida em que se deve, para poder chegar a uma determinada solução, encontrar no

²¹⁴ Verrucoli, 1964, p. 124.

²¹⁵ Verrucoli, 1964, p. 146.

sistema da lei escrita um princípio existente, ou seja, um direito previamente constituído de forma clara²¹⁶.

Essa diferença entre os sistemas leva-nos a concluir que, no Direito Norte-Americano, existe uma maior possibilidade de se adequar às exigências e circunstâncias em mutação quando nos referimos à teoria da superação da personalidade jurídica – ao contrário dos países de *Civil Law*, que estão vinculados a uma norma e, por conta disso, impossibilitados de perceber as limitações para a solução de casos concretos.

O ponto comum traçado por Verrucoli entre os dois sistemas é a possibilidade de configurar a personalidade jurídica como privilégio atribuído a determinados grupos pelo Poder Central – o que já ousamos discordar anteriormente, na medida em que, caracterizada a personalidade como privilégio, não conseguimos explicar a teoria da desconsideração que não seja só em favor dos sócios, o que é desprovido de qualquer fundamento.

2.4. Natureza jurídica

A desconsideração pode ser entendida como a não aplicação em determinados casos do regime jurídico estabelecido como regra nas situações em que a pessoa jurídica participe.

Segundo esse conceito, podemos ser induzidos a concluir como semelhantes os conceitos de desconsideração e os dos vícios dos negócios jurídicos, gêneros que compreendem figuras como, por exemplo, a anulabilidade, a nulidade e a irregularidade. A semelhança está tão somente no fato de que tanto na desconsideração como no vício o direito exclui a produção de efeitos visualizados pelas partes e a incidência do regime jurídico geralmente aplicável. Seja o caso de desconsideração, seja o de vício do ato jurídico, ambos fogem à regra, sendo exceções²¹⁷.

Fora a semelhança acima apontada, ambos os conceitos são distintos. O vício é caracterizado como um defeito de ordem estrutural de existência do negócio

²¹⁶ Verrucoli, 1964, p. 200-1.

²¹⁷ Justen Filho, 1987, p. 68.

jurídico que decorre do fato de a conduta humana praticada não se coadunar com o modelo normativo apresentado. Já a desconsideração é motivada pelo desvirtuamento entre os fins que embasaram a adoção de determinado regime jurídico pelo ordenamento jurídico e os fins constatados, o que concretamente ocorreu²¹⁸.

Na teoria da desconsideração não se discute a validade do ato, que deve ser plenamente válido, para sua respectiva aplicação, mas a eficácia de referido ato. A decisão que desconsidera a personalidade jurídica deve declarar a ineficácia episódica da personalidade jurídica em relação ao fato a ser analisado pelo Judiciário, sendo que todos os demais atos realizados pela sociedade devem ser preservados.

Para melhor elucidarmos alguns conceitos, façamos uma breve análise sobre a distinção de invalidade e ineficácia.

O negócio jurídico que não atende aos requisitos de validade – quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei, ou apresentar defeito, seja de consentimento ou social – é inválido²¹⁹. Já a ineficácia ocorre quando o negócio jurídico não é efetivamente cumprido pelas partes, ou seja, quando o resultado jurídico pretendido não é efetivado.

Podemos constatar, dessa forma, que para os casos em que se caracterizar a invalidade do negócio jurídico a desconsideração não pode ser aplicada, já que para aplicação de referida teoria o ato deve estar revestido de validade e licitude.

Segundo Emilio Betti, classifica-se a invalidade como “aquela falta de idoneidade para produzir, por forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo”. Já a ineficácia, segundo o mesmo autor, é qualificada como a característica de um determinado ato “em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fato a ele extrínseca”²²⁰.

A ineficácia que se pretende configurar ao desconsiderar a personalidade jurídica é a relativa, uma vez que deve alcançar somente o negócio jurídico que for ineficaz para uma ou algumas pessoas, devendo ser necessariamente eficaz para outras. Esclarecemos que a ineficácia relativa não pode ser confundida com a anulabilidade, já que neste último conceito, o ato é dotado de eficácia até o momento em que for efetivamente

²¹⁸ Freitas. *Desconsideração da personalidade jurídica – Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil*, 2002, p. 68.

²¹⁹ Coelho, 2003a, p. 343.

²²⁰ Betti. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra, 1970, v. III. p. 11, apud Gilberto Gomes Bruschi. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, 2004, p. 34.

desconstituído. Na eficácia relativa, o ato produz efeitos limitados perante terceiros, ou seja, o ato é válido, mas sua eficácia subjetiva é limitada.

Caracterizada a desconsideração como forma de ineficácia, faz-se necessário esclarecer que aludido instituto e o da fraude à execução, que também gera como efeito a ineficácia do negócio jurídico, são distintos. Segundo Yussef Said Cahali, o ato praticado em fraude à execução “é inoperante ou ineficaz em relação ao credor exequente (...) o ato é apenas ineficaz em relação ao processo de execução, tanto que, se este não prosseguir e se extinguir, ou se os embargos do devedor forem acolhidos, o ato de alienação adquirirá plena eficácia”²²¹.

Para Enrico Tullio Liebman, o ato de alienação em fraude à execução, “embora válido entre as partes, não subtrai os bens à responsabilidade executória; eles continuam respondendo pelas dívidas do alienante, como se não tivessem saído de seu patrimônio, do *consilium fraudis*. A intenção fraudulenta está *in re ipsa*; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional”²²².

Muito embora a ineficácia e a fraude à execução sejam institutos que não questionem a validade do negócio, na desconsideração a ineficácia é da personalidade jurídica e não do negócio jurídico, como acontece na fraude à execução. Ou seja, enquanto que na fraude à execução a ineficácia corresponde à restrição de um ato, na desconsideração referida ineficácia restringe a pessoa jurídica.

Justen Filho esclarece a diferença de ambos os institutos ao preceituar que:

“A fraude à execução acarreta a manutenção de uma determinada situação jurídica, tal como se determinados atos não tivessem sido praticados. Não é alterada a esquematização de poderes, direitos e deveres perante os terceiros frente aos quais o ato é inoponível. Exercitarão as faculdades jurídicas a si asseguradas nos exatos moldes em que o fariam se o ato ineficaz tivesse incorrido (...). O mesmo não se passa com a desconsideração, que produz uma alteração no mundo jurídico (...). O que se altera é o regime jurídico relacionado aos sujeitos envolvidos na prática do ato (...). Apenas que a desconsideração produz uma mutação quanto aos sujeitos submetidos aos efeitos dos ditos atos”²²³.

²²¹ Cahali. *Fraude contra credores*, 1999, p. 472-3.

²²² Liebman. *Processo de execução*, 1980, p. 108.

²²³ Justen Filho, 1987, p. 88-9.

A desconsideração é marcada por um defeito de funcionalidade, na medida em que, para a desconsideração, o defeito não pode estar ligado à estrutura do negócio jurídico específico, pois se assim fosse estaríamos falando de vício do negócio jurídico e não de desconsideração. Assim, podemos concluir que a desconsideração da personalidade jurídica é doutrina autônoma e não uma mera aplicação específica das normas para invalidação de atos fraudulentos.

Para reforçar a autonomia do instituto da desconsideração, Pedro Cordeiro afirma que a “teoria da aplicação de normas não consegue abarcar toda a temática da desconsideração”. Entende ser equivocado partir de um pressuposto que, através da interpretação das normas vigentes, sempre se poderá chegar à solução do caso concreto. Segundo ele, “um direito contra aqueles que utilizam a sociedade não pode ser deduzido imediatamente da interpretação restritiva ou extensiva de um preceito legal. Tal interpretação poderá gerar unicamente uma lacuna que terá de ser integrada *e só com recurso a um princípio geral se conseguirá fundamentar a criação ou extenssão daquele direito*”²²⁴.

O doutrinador português faz alusão ao pensamento de Rehbinder, que reforça a necessidade do instituto da desconsideração como preceito autônomo ao afirmar que:

“A desconsideração é a aplicação de uma norma que fixa o âmbito de ordenamento e responsabilidade da pessoa jurídica típica. Trata-se, metodologicamente, de uma restrição da norma de separação, substituindo-a por outro preceito: a norma abrangendo abstracta e geralmente todos os actos da pessoa jurídica é corrigida de tal forma que não se aplica àqueles factos que não correspondam ao seu objectivo; a lacuna assim criada é fechada pela aplicação da norma e do preenchimento (*Auff:ullungsnorm*)”²²⁵.

Segundo Gilberto Gomes Bruschi, “devemos interpretar a natureza jurídica da desconsideração como uma forma de recusa aos efeitos do ato constitutivo societário, para aquele caso concreto especificamente, mantendo-se no mais e ante aqueles que nada

²²⁴ Cordeiro, 2005, p. 61.

²²⁵ Eckard Rehbinder. *Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht*. In: *Festschrift für Roberts Fischer*, Berlin – New York, 1979, p. 580, apud Cordeiro, 2005, p. 61.

tem a ver com o fato, perfeitamente válido e plenamente eficaz, tendo em vista que somente irá tornar relativamente ineficaz a pessoa jurídica”²²⁶.

²²⁶ Bruschi, 2004, p. 37.

3. A DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

3.1. EUA

O direito norte-americano, que muito contribuiu para o desenvolvimento da teoria da desconsideração, consagra a prevalência da jurisprudência sobre a doutrina e legislações. Essa prevalência acontece em decorrência da forma federativa que rege os Estados Unidos, pois em um país em que cada estado tem autonomia federativa para legislar é de se vislumbrar a dificuldade para compatibilizar uma sistematização doutrinária e legislativa a respeito da matéria capaz de absorver a diversidade de situações que se verificam nas unidades da federação. Daí decorre a prevalência jurisprudencial que há tempos prestigia a aplicação da desconsideração.

Serick atesta a prevalência jurisprudencial do direito americano ao preceituar que: “No direito norte-americano os limites foram fixados principalmente na prática, enquanto faltam pesquisas teóricas que, a este respeito, tenham deixado uma influência considerável”²²⁷

Segundo Maurice Wormser, os tribunais americanos não deixam de consagrar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, mas em determinados casos reconhece-se que referida autonomia deve ser desprestigiada, aplicando a desconsideração:

“Todos os autores de direito societário concordam que em alguns casos e em algumas ocasiões uma empresa deverá ser considerada como uma personalidade jurídica totalmente separada e à parte dos acionistas individuais. Praticamente todos os autores também concordam que em alguns casos essa teoria de personalidade jurídica precisa ser desconsiderada”²²⁸.

²²⁷ Serick, 1966, p. 95 (tradução nossa). “Nel diritto nord-americano i limiti sono satati fissati prevalentemente nella prassi, mentre mancano ricerche teoriche Che su questo punto abbiano lasciato un influsso considerevole”

²²⁸ Wormser. *Piercing the veil of corporate entity*, 1912, p. 496. (tradução nossa). “All writers on corporation law agree that in certain cases and at certain times a corporation is to be regarded as an entity quite separate and apart from the individual shareholders. Practically all writers agree, also, that in some cases this entity theory must be disregarded”.

Baseado em estudos do direito norte-americano, constata-se que a doutrina da desconsideração é disponível apenas para credores e não para a sociedade e seus acionistas. Hamilton, entende não se aplicar no direito americano a desconsideração em benefício dos acionistas. Os credores dos sócios não podem se valer da desconsideração, uma vez que referida doutrina é exclusiva de credores da sociedade, sendo que o credor do sócio tem outros meios de reaver seu crédito, como, por exemplo, a penhora das cotas ou ações da própria sociedade²²⁹.

Ao que parece aqui, o direito norte-americano está considerando o credor do sócio como sendo um credor negocial que, no momento da realização do negócio, tinha condições de não só mensurar seu risco, como também possibilidade de reaver seu crédito que não pela aplicação da teoria da desconsideração.

Existem três fatores apresentados pelos autores, Solomon, Fessler e Wilmarth que influenciaram na aplicação da desconsideração no direito americano. Vejamos: “1º) identificação do demandante – vítimas de delito civil (*tort victims*) têm maior probabilidade de impor responsabilidade além dos ativos da sociedade do que os requerentes que celebram contratos” – são os chamados credores involuntários, definidos como aqueles que não podem se proteger contratualmente e tampouco assumir o risco de negociar com a sociedade sem recursos financeiros; “2º) identificação do réu (sociedade) e do acionista – acionistas ativos (controladores ou que atuam na condução do negócio) têm mais chance de serem responsabilizados do que quando contrastam com um réu que é meramente um acionista passivo (inativo); 3º) a natureza do remédio requerido pelo demandante – se o objetivo é o de subordinar as reclamações do acionista às daqueles credores externos, ou tentar responsabilizar o acionista inativo, que será um remédio menos efetivo”²³⁰.

No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Marcos Aurélio de Lima Júnior, “nos tribunais norte-americanos a teoria do *disregard of legal entity* permite ao Juiz desconsiderar a autonomia jurídica de uma pessoa jurídica quando sua forma jurídica é utilizada abusivamente para manipulações desonestas”²³¹.

²²⁹ Silva. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. *Revista dos Tribunais*, v. 780, out. 2000 p. 50.

²³⁰ Lewis D. Solomon; Daniel W. Fessler; Arthur E. Wilmarth Jr., 1994, p. 56, apud Silva, 2000, p. 50.

²³¹ Marinoni e Lima Junior. Fraude – Configuração – Prova – Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 783, jan. 2001 p. 142.

Rolf Serick sistematiza as hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração no direito americano da seguinte forma: “1. Evasão da lei; 2. Evasão de obrigações contratuais; 3. Dano fraudulento de um terceiro através de transferência a uma pessoa jurídica dos bens do devedor; 4. Sociedades-mãe e sociedades-filha”²³².

Na primeira hipótese, chamada de fraude contra a lei ou evasão à lei, Serick demonstra que, se a lei proíbe a um sujeito a prática de determinada atividade ou a conclusão de determinados negócios jurídicos, referida proibição pode ser evadida, fazendo com que um sujeito diferente aja no lugar daquele em que a proibição foi determinada, sendo o sujeito constituído para esse fim inteiramente controlado pela pessoa interessada. Existem alguns casos em que os norte-americanos usaram desse artifício para não perder a oportunidade de negócio, sendo, posteriormente, desconsiderada a personalidade jurídica para coibir a fraude. São exemplos: “United States v. Reading Co.” (1920) e “United Sates v. Lehigh Valley R. R. Co.” (1911). Casos de fraude à lei também foram encontrados quando sociedades tentavam fundar monopólios em contraste com as leis antitruste, como, por exemplo, o *case* “State v. Standard Oil Company”²³³.

A segunda sistematização proposta pelo autor alemão, evasão de obrigações contratuais ou fraude ao contrato, mostra que, se um sujeito procurar evadir uma obrigação a qual deveria cumprir (na maioria das vezes uma obrigação de não fazer) em virtude da obrigação contratual imposta, colocando outra pessoa física ou jurídica para agir em seu lugar, é passível a aplicação da teoria da desconsideração. Exemplo norte-americano que caracteriza a fraude ao contrato é o caso “Higgins vs. California Petroleun and Asphalt Co. et al”²³⁴.

Em outras palavras, se determinada pessoa assume a obrigação de não fazer, mas cria uma pessoa jurídica de qual é sócio majoritário para burlar referido impedimento, passando a realizar a atividade proibida através de sua sociedade, fica notório que a pessoa jurídica nesse caso foi constituída e utilizada para contornar a proibição e atuar.

A terceira sistematização proposta mostra que deve ser aplicada a desconsideração quando ocorrer dano fraudulento por um terceiro, através de transferência a uma pessoa jurídica dos bens do devedor. É o que chamamos de fraude contra

²³² Serick, 1966, p. 96, 101,106 e 111 (tradução nossa). “1. Elusione di legge; 2. Elusione di obblighi contrattuali; 3. Danneggiamento fraudolento di un terzo tramite trasferimento ad una persona giuridica di beni del debitore; 4. Società madri e società figlie”.

²³³ Serick, 1966, p. 96-100.

²³⁴ Serick, 1966, p. 101.

credores²³⁵. Nesse caso, quando um devedor procurar salvar o patrimônio das pretensões dos credores, constituindo uma sociedade para verter todos os seus bens ou parte deles, está caracterizada a intenção fraudulenta de prejudicar os credores.

A quarta sistematização mostra-nos que a personalidade jurídica de uma empresa pode ser relativizada para cumprimento de obrigação de outra pessoa jurídica, formalmente distinta, mas tão entrelaçada com a primeira empresa (seja pelo fato de terem a mesma diretoria e administração, seja pela semelhança e união na condução de ambos os negócios) que chegam a se identificar no mundo fático²³⁶.

Serick menciona, ainda, que a relação de dependência consubstanciada na falta dos elementos que deveriam separar as sociedades-mãe das sociedades-filha deve ser acrescentada a um caso de abuso da figura jurídica, para que o Juiz tenha embasamento para desconsiderar a personalidade jurídica. Exemplo de tal situação pode ser conferido no caso “In Re Muncie Pulp Company”.

Além das quatro sistematizações desenvolvidas por Serick que servem de balizadores para a correta aplicação da desconsideração no direito norte-americano, referido autor tem ampliado as possibilidades de desconsideração ao interpretar as declarações de vontade, a boa-fé. Segundo ele, “o princípio da ‘Disregard’ é, por exemplo, considerado em relação aos problemas interpretativos de declarações de vontade, de atos dispositivos de última vontade e de outros negócios jurídicos”²³⁷.

O que se percebe no ordenamento americano é que, não obstante seja voltado ao sistema *common law*, em que é latente o direito consuetudinário, a jurisprudência mais recente comprova que o judiciário continua a tomar decisões levando em consideração o caso concreto em exame, não se preocupando em estabelecer normas que disciplinem a aplicação da teoria.

Juan Dobson, em seu trabalho, preceitua que prevalece na aplicação da desconsideração no direito norte-americano, o entendimento no sentido de que a *corporation* é um ente fictício, apesar de sua constituição depender de consentimento do Estado, como já acontecia em 1819 no caso “The Trustees of Dartmouth College v.

²³⁵ Serick, 1966, p. 106.

²³⁶ Serick, 1966, p. 111-2.

²³⁷ Serick, 1966, p. 120 (tradução nossa). “Il principio del ‘Disregard’ viene ad es. Preso in considerazione in relazione a problemi interpretativi di dichiarazioni di volontà, di atgti dispositivi di ultima volontà e di altri negozi giuridici”

Woodward”²³⁸. O autor argentino afirma em relação à atual aplicação da *disregard doctrine* que:

“A doutrina atual considera que confluem na concepção atual do direito norte-americano para conseguir o resultado de considerar a *corporation* como uma simples criação do Estado, ente artificial (o que caracterizamos como ‘ente ou objeto ideal’). (...) A teoria do *fiat* ou da ‘entidade fictícia’ e da ‘persona ficta’, teoria da ‘criação’, ou ‘autorização’ aparecem de forma dominante na doutrina e jurisprudência norte-americanas (...) Os tribunais e a doutrina estadunidenses se encontram profundamente influenciados pela noção de pessoa jurídica como ente ideal, desse ‘ser invisível, sem corpo e sem alma (...)’. Porém, esta noção se originou em um momento de formação da organização dos Estados Unidos, em uma época da história na qual as estruturas formais do pensamento tinham profunda influência na crença geral, da mesma maneira que em outros conceitos históricos manteve-se no direito projetando sua influência decididamente no presente”²³⁹.

Importante também ressaltarmos o trabalho de Matteo Tonello sobre a desconsideração da personalidade jurídica no direito norte-americano que, partindo do mesmo entendimento de Dobson, destaca a importância das empresas no desenvolvimento americano, defendendo a autonomia da pessoa jurídica, ou seja, a limitação de responsabilidade, para, com isso, atrair investimentos privados²⁴⁰. É cediço que a limitação da responsabilidade deve ser afastada em determinados casos, principalmente quando se tratar de sociedades individuais ou de âmbito familiar e quando o afastamento se faz necessário para proteger terceiros credores da sociedade, como afirma Tonello: “A principal razão da defesa do regime de responsabilidade ilimitada residia no absoluto

²³⁸ Dobson, 1991, p. 56-57.

²³⁹ Dobson, 1991, p. 58-59 (tradução nossa). “La doctrina actual estima que confluyen en la concepción actual del derecho norteamericano para lograr el resultado de considerar a la *corporation* como simples creación del Estado, ente artificial (el que hemos caracterizado como ‘ente u objeto ideal’). (...) La teoría del *fiat* o de la ‘entidad ficticia’ e de la ‘persona ficta’, teoría de la ‘creación’, o ‘autorización’, campea enseñoreada en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas (...) Los tribunales y la doctrina estado unidenses se hallan profundamente influidos por la noción de la persona jurídica como ente ideal, de ese ‘ser invisible, sin cuerpo y sin alma (...)’. Si bien esta noción se originó en un momento de formación de la organización de los Estados Unidos, en una época de la historia en la qual las estructuras formales de la mente tenían profunda influencia en la creencia general, al igual que otros conceptos históricos se ha mantenido en el derecho proyectando su influencia decididamente en el presente”.

²⁴⁰ Tonello. *Personae giuridiche: la dottrina del piercing veil nell’american corporate law. Contratto e Impresa*, 1998a, p. 165-255.

convencimento que isso representasse uma garantia fundamental em favor dos credores da sociedade”²⁴¹.

Podemos concluir que, se de uma parte, os Estados Unidos preocupam-se em preservar a limitação de responsabilidade para manter e atrair mais investimentos, de outra volta, paralelamente, desenvolveu-se a teoria da desconsideração, com a valiosa contribuição de Wormser, como instrumento limitativo da autonomia, aplicado sempre que uma situação fática venha a perpetrar uma injustiça por conta da existência da personalidade jurídica.

Não obstante a assertiva de que as decisões sobre a desconsideração no direito norte-americano são examinadas em cima do caso concreto, isso não significa dizer que não existam pressupostos e requisitos para esse exame. Como já abordado no Capítulo 2, item 2.2., Thompson realizou um levantamento de dados, demonstrando em diversas situações do direito societário americano de que forma foi aplicada a teoria da desconsideração.

Tonello, em seu trabalho, chega à conclusão de que o abuso da responsabilidade limitada das sociedades comerciais manifesta-se de duas formas: (i) pela fraude e (ii) pela instrumentalização, através da qual se utiliza da sociedade para fins pessoais e privados totalmente estranhos ao exercício da atividade econômica²⁴².

A jurisprudência norte-americana também tem decidido pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em face de grupos de empresas e danos causados pelas sociedades deles participantes, na proteção de sociedades isoladas e para condenar sócios individuais²⁴³. Parece-nos aqui existir semelhança com o conceito de responsabilidade solidária dos grupos de empresas definidos no art. 2º da CLT.

A regra estabelecida pelos americanos para aplicação de desconsideração no grupo de empresas segue os seguintes pressupostos: (i) quando a sociedade devedora for insolvente, ou seja, quando seu patrimônio próprio não é suficiente para atender o credor; (ii) quando as sociedades componentes do grupo se tornarem o instrumento de exercício de uma única empresa comercial; (iii) quando a separação da atividade em vários grupos de sociedades não tiver nenhuma justificativa administrativo-gerencial e servir apenas para

²⁴¹ Tonello, 1998a, p. 177 (tradução nossa). “La ragione principale della difesa del regime di responsabilità illimitata risiedeva nell’assoluto convincimento che esso rappresentasse una fondamentale garanzia a favore dei creditori della società”.

²⁴² Tonello, 1998a, p. 193-4.

²⁴³ Tonello, 1998a, p. 199.

minimizar os riscos econômicos, conclusão essa que os juizes norte-americanos costumam chegar quando se trata de grupo de empresas administradas pelos mesmos *managers*²⁴⁴.

Importante ressaltarmos que, muito embora no ordenamento jurídico norte-americano adota-se o sistema da *common law*, o que torna relevante e de suma importância as decisões das cortes, nem por isso deixa de existir legislação que disciplina o tema, como, por exemplo, preceitua o *Uniform Fraudulent Conveyance Act*, cujo artigo 9º assegura aos credores a possibilidade de obterem declaração judicial de todo ato de transferência de bens pertencentes aos devedores, em fraude a credores:

“Igualmente contra qualquer pessoa exceto um comprador por compensação justa sem conhecimento da fraude na ocasião da compra, ou quem tenha originado título imediatamente ou de forma mediata a partir desse comprador”²⁴⁵.

Como visto, a teoria da desconsideração no direito norte-americano resulta da doutrina e das diversas decisões emanadas sobre o assunto pelas cortes jurisdicionais, que acabaram por estabelecer critérios ao princípio de limitação da responsabilidade limitada, uma vez que se tornou parte do direito societário americano como instrumento de incentivo aos investimentos realizados no país. Contudo, a tendência mais recente, tanto do legislador, como dos juizes e doutrinadores, é a de amenizar e relativizar esse princípio do direito societário, com o intuito de proteger credores e investidores, que não deixam de ser os responsáveis pelo expressivo êxito econômico.

3.2. Alemanha

²⁴⁴ Landers. A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy. *University of Chicago Law Review*. v. 42, n.589, 1975, apud Tonello, 1998, p. 200.

²⁴⁵ (tradução nossa). “As against any person except a purchaser for fair consideration without knowledge of the fraud at time of the purchase, or one who has derived title immediately or mediately from such a purchaser

Embora o tema da desconsideração tenha surgido nos tribunais norte-americanos, foi a Alemanha que mais contribuiu com a sistematização de tal teoria, tendo em vista a contribuição de diversos doutrinadores a respeito da matéria.

No país germânico a expressão *disregard doctrine* é conhecida como *Durchgriff*, que significa julgar uma sociedade, levando-se em consideração os membros que ela compõe ou o patrimônio da pessoa jurídica, considerando como transparente a personalidade jurídica da sociedade²⁴⁶.

A jurisprudência sobre o *Durchgriff* surgiu por volta de 1920, consagrando a doutrina notadamente em matéria de sociedade unipessoal. Em uma das decisões daquela época, mencionadas na obra de Lamartine Corrêa de Oliveira, “o Juiz deve levar em conta as realidades da vida e o poder dos fatos mais do que as construções jurídicas, afirmando em outro julgado que quando a participação facticamente imediata apenas se ocultasse por trás das vestes jurídico-negociais, a coisa deveria prevalecer sobre a forma”²⁴⁷.

Foi na década de 1950, que as decisões sobre desconsideração começaram a se multiplicar, momento em que os doutrinadores alemães tentavam sistematizar o conceito da teoria e seus pressupostos. Tendo em vista essa tendência sistematizadora, baseada no fato de a Alemanha pertencer à família romano-germânica, surgiram várias correntes doutrinárias acerca da matéria que, segundo classificação de Rehbinder, extraída da obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira, correspondem a três grandes teorias²⁴⁸:

A primeira delas é a chamada teoria subjetiva, cujos defensores são Serick e Drobnig. Seus postulados básicos são a visão unitarista da pessoa jurídica e a presença do elemento subjetivo, abuso de direito e fraude, para a correta aplicação da desconsideração. A segunda teoria, chamada de “Jurisprudência dos Interesses”, enquadra a pessoa jurídica como mero símbolo, como uma ficção. Existindo um conflito entre a norma que privilegia a autonomia da pessoa jurídica e a norma que protege o interesse dos credores, deverá esta última prevalecer. Dentre os defensores dessa teoria podemos citar Muller-Freienfels e Martin Wolff.

Muller-Freienfels critica o conceito unitarista defendido por Serick. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “essa crítica ao unitarismo se desdobra em dois aspectos: o primeiro diz respeito à pretensa unidade entre a pessoa natural e a pessoa

²⁴⁶ Ulrich Drobnig. *Nature et limites de la personnalité morale em droit allemand*, L.G.D.J., Paris, 1960, p. 42, *apud* Koury, 1998, p. 109.

²⁴⁷ Oliveira, 1979, p. 284.

²⁴⁸ Oliveira, 1979, p. 294-5.

moral; o segundo se refere à suposta unidade entre as diversas espécies de pessoas morais²⁴⁹. O autor alemão ataca, ainda, o subjetivismo de Serick, entendendo que os critérios para aplicação da desconsideração devem estar voltados para a idéia de ordem pública e finalidade da norma. E, como não poderia deixar de ser, ao não defender o subjetivismo, Muller-Freienfels ataca o subsidiarismo proposto por Serick.

A terceira teoria, defendida por Reinhardt e Erlinghagen, encara a pessoa jurídica como um instituto de valor próprio, sem o caráter ficcionista da obra de Muller. A pessoa jurídica estaria adstrita a determinados limites que, suplantados, caracterizaria abuso de direito. As semelhanças e diferenças entre Serick, Muller-Freienfels, Reinhardt e Erlinghagen estão no fato de que esses dois últimos autores concordam com a visão unitarista defendida por Serick e, no entanto, criticada por Muller, mas não concordam com o critério subjetivista defendido pelo Professor de Heidelberg.

Analisando as três teorias, constatamos que a desconsideração da personalidade jurídica na Alemanha também é exceção, devendo ser aplicada em casos de utilização abusiva da autonomia da pessoa jurídica, como defendem os adeptos da primeira teoria, ou quando o princípio da autonomia contrariar os princípios básicos da ordem pública, como defendem os seguidores da segunda e da terceira teorias.

A formação dos grupos de empresas na Alemanha, chamados *Konzerne*, começou a surgir nas duas primeiras décadas do século XX. É caracterizado quando uma empresa controladora e outras dependentes estiverem reunidas sob a direção exclusiva da empresa dominante, sendo cada uma das empresas controladas mera consorciadas.

Existem três espécies de grupos de empresas na Alemanha: a) os *Konzerne* contratuais, cuja dependência entre as empresas decorre por força de contrato para formação de uma unidade econômica; b) os *Konzerne* fáticos, que se caracterizam por uma relação de dependência entre as empresas sem qualquer vínculo contratual, bastando a influência dominante de uma empresa sobre as atividades da outra e, por fim, c) os *Konzerne* encadeados, previstos nos parágrafos 319 a 327 da Aktg, quando uma sociedade anônima passa a deter todo o capital de outra sociedade anônima, com personalidades jurídicas próprias²⁵⁰.

Analisando os critérios de aplicação da desconsideração alemã no grupo de empresas, podemos concluir que são bastante semelhantes com os seguidos no Brasil. São

²⁴⁹ Marinoni e Lima Junior, 2001, p. 143.

²⁵⁰ Koury, 1998, p. 115.

eles: a subcapitalização, a confusão patrimonial, a confusão de esferas de atividades - quando as empresas possuem a mesma sede, endereço, telefone, idênticos empregados (que em nosso ordenamento jurídico enquadrados na confusão de patrimônios) e o abuso da personalidade jurídica.

3.3. França

A jurisprudência e a legislação francesas também vêm criando métodos para coibir os abusos através da pessoa jurídica, principalmente em relação ao grupo de empresas onde existe a maior concentração de abusos.

Os dispositivos legais mais importantes sobre a desconsideração na França são os previstos na Lei de Falência de 1967, artigos 99 e 101, mantidos os conceitos na Nova Lei de Falências de 1985. Segundo Lamartine Corrêa de Oliveira, o art. 99 prevê que “em caso de falência ou concordata da pessoa jurídica em que surja insuficiência de ativo, permite ao juiz, a requerimento do síndico, ou de ofício, determinar que as dívidas sociais serão suportadas, em todo ou em parte, solidariamente ou não, por todos os dirigentes sociais, de direito ou de fato, aparentes ou ocultos, remunerados ou não, ou por algum dentre eles”²⁵¹. O art. 101 “permite que seja atingido – através da extensão dos efeitos da falência ou da concordata – o patrimônio pessoal do dirigente de direito ou de fato, aparente ou oculto, remunerado ou não, da pessoa jurídica falida ou em concordata, quando tal dirigente haja, sob a cobertura da pessoa jurídica, utilizado para mascarar sua ação, praticando atos de comércio em seu interesse pessoal”²⁵².

Percebe-se então que não seria o fato de o sócio controlar a sociedade que o levaria a responder pela falência, mas sim o fato de se utilizar da sociedade em benefício próprio.

A desconsideração no direito francês também pode atingir sociedades que não faliram ou requereram a concordata. Nesses casos, os tribunais franceses vêm

²⁵¹ Oliveira, 1979, p. 466.

²⁵² Oliveira, 1979, 462-3.

admitindo a aplicação da teoria com base na simulação – temperada pela aparência – e na interposição de pessoas. Segundo Gerçi Giareta:

“a simulação está presente nas circunstâncias em que a formação do capital da sociedade não corresponde à realidade, algumas contribuições são fictícias. Nestes casos a sociedade é nula e subsiste apenas como sociedade de fato. Quando todo o capital é fictício, a sociedade torna-se inexistente, criada para fraudar as leis, como p. ex., quando a sociedade é criada para fazer escapar os bens de um dos sócios à ação de seus credores (...). Quanto à interposição de pessoas, esta modalidade de simulação ocorre quando se usa de testa de ferro, através de delegação de mandato; quando uma sociedade é usada apenas como instrumento do sócio”²⁵³.

Com efeito, “em 1939, em aresto proferido em matéria de simulação de sociedade, a *Cour de Cassation* ressaltou os direitos dos credores da sociedade, que haviam agido na convicção de existência de sociedade verdadeira, dada a força invencível das aparências”²⁵⁴.

Como na França a desconsideração foi principalmente aplicada para coibir abusos perpetrados nos grupos de empresas, doutrinadores estabeleceram critérios para a sua aplicação. Dentre eles, destaca-se Coulombel, que definiu alguns parâmetros para a desconsideração²⁵⁵:

“1º) idéia da personalidade independente das sociedades controladas, das subsidiárias, das integrantes de grupos e das *holdings*, o que nos leva a concluir que na França a desconsideração também deve ser considerada como exceção;
2º) necessidade de provar-se a dependência para identificarem-se dois sujeitos formalmente distintos; interesse comum; a existência de uma política de grupo;
3º) confusão de personalidades;
4º) confusão de patrimônios – prevista no art. 101 da Lei de Falência Francesa”.

²⁵³ Giareta. Teoria da despersonalização da pessoa jurídica (“Disregard Doctrine”). *Revista de Direito Civil*, v. 48, abr./jun. 1989, p.14.

²⁵⁴ Giareta, 1989, p. 15.

²⁵⁵ Coulombel. *Lé particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, apud Koury, 1998, p. 120-1.

Dos critérios estabelecidos por Coulombel, podemos concluir que o poder de controle não é suficiente para desconsiderar a personalidade jurídica. É necessária, ainda, a existência de uma política de grupo, a confusão de personalidades e a confusão de patrimônios para ensejar a aplicação da teoria.

Fato é que no Direito francês não se obtém uma sistematização precisa, sendo imprescindível a análise de cada caso concreto para, a partir daí, concluir pela necessidade ou não de desconsiderar a personalidade jurídica dos grupos de empresas.

3.4. Inglaterra

Segundo Verrucoli, a desconsideração no direito inglês é escassa, sem muitas decisões na jurisprudência. Vejamos:

“Segundo isto, impõe-se deduzir do exame dos estudos ingleses do Direito de Sociedades (e particularmente de “company law”), e também das próprias afirmações de autores ingleses, que o problema objeto do presente estudo suscitou na Inglaterra - diferentemente que nos EUA – pouca atenção e escassas discussões teóricas, e na própria jurisprudência não houve depois grande ressonância”²⁵⁶.

Referida escassez deve-se ao famoso caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, através do qual a autonomia da pessoa jurídica permaneceu intacta. Essa decisão fez com que os tribunais ingleses conservassem ainda mais o princípio da autonomia da pessoa jurídica, aplicando a desconsideração somente em casos extremos.

Muito embora exista pouca contribuição do direito inglês sobre a desconsideração, a legislação traz algumas hipóteses. Dentre elas, a secção 31 do *Companies Act* de 1948, ao prever que a redução dos membros de empresas públicas a

²⁵⁶ Verrucoli, 1964, p. 90 (tradução nossa). “Secondo ciò è dato desumere dall’ esame delle trattazioni inglesi di Diritto delle Società (e particolarmente di “company law”), nonchè dalle stesse affermazioni degli autori inglesi, il problema oggetto del presente studio ha suscitato in Inghilterra – a differenza Che negli USA – poca attenzione e scaren discussioni teoriche, e nella stessa giurisprudenza non há poi avuto grande risonanza”.

número inferior a sete, e, em empresas privadas, inferior a dois, tornará os sócios solidariamente responsáveis perante os credores, desde que a empresa mantenha suas atividades por pelo menos seis meses após a redução.

A secção 332, do mesmo *Companies Act* de 1948, também prevê a desconsideração. Segundo tal dispositivo, “todas as pessoas que, de modo consciente, tomaram parte em negócios realizados pela sociedade com intenção de prejudicar fraudulentamente credores da sociedade ou credores de qualquer outra pessoa, ou com qualquer outra finalidade fraudulenta, podem ser judicialmente declaradas responsáveis, de modo ilimitado, por todo e qualquer débito da sociedade”²⁵⁷. Apesar de ser o mais forte dispositivo da desconsideração, os precedentes jurisprudenciais são pouco numerosos, tendo em vista a dificuldade probatória, ou melhor, o pesado ônus exigido para aquele que queira invocar a secção 332²⁵⁸.

Além dessas duas secções, o *Companies Act* ainda contém outros dispositivos desconsiderantes, como, por exemplo, as normas que obrigam as *holding* a apresentarem a seus sócios o balanço de suas subsidiárias, além do seu próprio balanço, a fim de que se tenha a noção dos lucros e prejuízos do grupo²⁵⁹.

Na jurisprudência inglesa, apesar do reconhecimento da importância da noção de *agency* – “instrumento destinado a evitar que o uso demasiadamente rígido do princípio da separação leve a resultados indesejáveis”²⁶⁰ –, a desconsideração não adota uma linha unitária e é aplicada em casos extremos.

3.5. Itália

Ao falarmos em desconsideração no direito italiano não podemos nos furtar de mencionar Tullio Ascarelli, que desenvolveu seu trabalho baseado na conceituação de negócio indireto. Para o ilustre professor, “negócios indiretos seriam negócios jurídicos em que o escopo prático visado não é, afinal, o normalmente realizado através do negócio

²⁵⁷ Oliveira, 1979, p. 459.

²⁵⁸ Oliveira, 1979, p. 460.

²⁵⁹ Oliveira, 1979, p. 460.

²⁶⁰ Oliveira, 1979, p. 460.

adotado, mas um escopo diverso, muitas vezes análogo àquele de outro negócio ou sem forma típica própria no sistema jurídico”²⁶¹. E continua ao afirmar que, no negócio indireto, o objetivo das partes é “alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas”²⁶².

Trata o autor de distinguir o negócio indireto da simulação ao conceituar que:

“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 disciplina jurídica (...). No negócio indireto, não se esconde dos terceiros (ao contrário da simulação) o escopo último visado, o qual muitas vezes transparece claramente das cláusulas do negócio. O negócio indireto é ilícito apenas quando ilícitos são os fins visados pelas partes, o que ocorre nos negócios em fraude à lei”²⁶³.

Ascarelli, com base na tese do negócio jurídico indireto, admite a validade da sociedade unipessoal e da sociedade controlada, sem que sejam, necessariamente, consideradas mecanismos para fraudar a lei. O autor admite que possam haver casos de negócios indiretos fraudulentos, e é justamente para coibir tais casos que se aplicaria a desconsideração²⁶⁴. Em outras palavras, Ascarelli só admite a desconsideração nos casos em que a sociedade, constituída através de negócio indireto, é utilizada de forma a fraudar a lei.

Nicola Distaso também contribuiu para o desenvolvimento da teoria da desconsideração, porém vista sob um enfoque diverso da tese proposta por Ascarelli. Segundo Distaso, a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser vista dentro da categoria de negócio indireto, considerando a fraude à lei como o mais importante balizador na aplicação da desconsideração²⁶⁵.

²⁶¹ Ascarelli. O negócio indireto. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 94, apud Oliveira, 1979, p. 476.

²⁶² Ascarelli, 1969, p. 94, apud Oliveira, 1979, p. 476.

²⁶³ Ascarelli, 1969, p. 105 e 111, apud Oliveira, 1979, p. 476-7.

²⁶⁴ Ascarelli, 1969, apud Oliveira, 1979, p. 480-1.

²⁶⁵ Distaso. Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e ordinamento giuridico italiano. In: *Personalità giuridica e gruppi organizzati*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 162-4, apud Oliveira, 1979, p. 482.

Segundo João Casillo, Distaso defende a necessidade de uma estrutura própria para a desconsideração que teria como base as noções sobre o abuso e a boa-fé. E afirma que, para o autor italiano, “essas duas figuras são básicas, e daí parte para formar como figura autônoma o instituto do superamento”²⁶⁶.

Distaso chegou a criticar a *Corte di Cassazione*, considerando exagerada a decisão de 1936 pela intangibilidade da *società di comodo* (sociedade constituída mediante testa de ferro ou unipessoal ou que exista concentração nas mãos de um único sócio), quando constituída de acordo com todas as formalidades legais, independentemente da intenção de seus criadores. Em 1942, a mesma Corte de Julgamentos proferiu decisão considerando que a sociedade *di comodo* não pode ser considerada válida quando buscar objetivos ilícitos, ainda que regularmente constituída²⁶⁷.

Em suma, para o autor, “deve ser admitido o superamento da forma da pessoa jurídica em função da agressão a seu *substractum* quando se tenha verificado um *abuso* de seu esquema. E haveria abuso no caso de fraude à lei e também nos casos em que a utilização do esquema da pessoa jurídica leva a atos em prejuízo de terceiros”²⁶⁸.

Outro autor italiano que contribui para sistematizar a teoria da desconsideração foi Piero Verrucoli, já estudado em capítulo próprio deste trabalho. Segundo o autor, a personalidade jurídica das sociedades deve ser encarada como um privilégio concedido pelo Estado que pode ser relativizado, na medida em que sejam lesados interesses diretos do Estado ou de terceiros.

3.6. Argentina

A limitação da personalidade jurídica nas sociedades comerciais tem sido muito estudada por parte dos doutrinadores argentinos, o que tem difundido a aplicação da teoria da desconsideração.

²⁶⁶ Casillo, 1979, p. 32.

²⁶⁷ Distaso, 1971, p. 165-8, apud Oliveira, 1979, p. 482-3.

²⁶⁸ Distaso, 1971, apud Oliveira, 1979, p. 484.

O autor argentino Eduardo Zannoni, ao citar em sua obra trecho da exposição de motivos da Lei de Sociedades Comerciais nº 19.550, de 25 de abril de 1972, ressalta a posição do legislador societário quanto à natureza da pessoa jurídica:

“adota-se a mais evoluída posição com relação à personalidade jurídica e deste modo (...) a sociedade (...) constitui uma realidade jurídica (...) que a lei reconhece como meio técnico para que todo o grupo de indivíduos possa realizar o fim lícito que se propõe. Com esta norma (alude-se ao art. 2º que tipifica ou, melhor, conceitua as sociedades como sujeitos de direito) a lei possibilita, finalmente, uma ampla elaboração das conseqüências da personalidade jurídica, e também de soluções para aqueles casos em que este recurso técnico seja empregado para fins que excedam as razões de sua regulamentação”²⁶⁹.

Segundo Zannoni, “o objeto de qualquer sociedade está determinado pela atividade concreta que ela se propõe a realizar, ou seja, a atividade econômica prevista no ato constitutivo. Essa atividade econômica constitui, em seu exercício, o fim buscado, o interesse patrimonial desejado por aqueles que constituíram a sociedade (...). A finalidade da sociedade – sua causa – está relacionada com a realização da atividade econômica – o objeto”²⁷⁰. Se o objeto (atividade econômica da sociedade) é perseguido pelos sócios para obtenção de uma finalidade lícita, não há o que se falar sobre desconsideração. A *disregard* só será aplicada quando for necessário frustrar um resultado antijurídico que, com a constituição da sociedade, se pretendeu alcançar²⁷¹.

O autor traz alguns exemplos de decisões da jurisprudência argentina que aplicaram a teoria da desconsideração. Dentre elas, podemos destacar o caso *Swift de La Plata S.A.*, empresa frigorífica que se apresentou na assembléia de credores propondo um

²⁶⁹ Zannoni. La normativa societaria ante los actos fraudulentos de la sociedad. Replanteo de la teoria del “Disregard”. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 9, jul./set. 1979, p. 167 (tradução nossa). “se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica y de este modo (...) la sociedad (...) constituye una realidad jurídica (...) que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Con esta norma (se alude al art. 2 que tipifica o, mejor, conceptúa a las sociedades como sujetos de derecho) la ley possibilita, en fin, una amplio elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulación”.

²⁷⁰ Zannoni, 1979, p. 168 (tradução nossa) – “el objeto de cualquier sociedad está determinado por la actividad concreta que ella se propone realizar, o sea, la actividad económica prevista en el acto constitutivo. Esta actividad económica constituye, en su ejercicio, el fin buscado, el interés patrimonial deseado por quienes han constituido la sociedad (...). El fin de la sociedad – su causa – la realización de la actividad económica – el objeto”.

²⁷¹ Zannoni, 1979, p. 169 e 171.

acordo para pagamento das dívidas, o que foi votado favoravelmente por seus credores. O Juiz advertiu que aludida empresa era integrante de um grupo econômico chamado Deltec, que controlava não só a Swift de La Plata como também outras empresas que, inclusive, apareciam como credoras desta última. Dessa forma, o Juiz declarou que a empresa não era vítima inculpável de seu desequilíbrio patrimonial, estendendo, através da aplicação da teoria da desconsideração, a responsabilidades pelos débitos a todas as empresas do grupo Deltec²⁷².

Héctor Masnatta, que também muito contribuiu para a sistematização da desconsideração na Argentina, afirma que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada para coibir abusos e para reabilitar a verdadeira situação, em benefício dos próprios integrantes do ente. Ao sintetizar a teoria, preceituou que:

“Se se abusa da pessoa jurídica para alcançar fins contrários à vida da sociedade, é possível adotar medidas contra os indivíduos, com relação às verdadeiras relações encobertas atrás da máscara da pessoa jurídica, que não pode ser obstáculo ao cumprimento de uma sentença justa. Não podem ser legalizados, em virtude de preceitos de lógica, nem de dogma da diversidade entre a pessoa jurídica e seus membros, atos abusivos de nenhuma natureza”²⁷³.

Os exemplos trazidos por Masnatta referem-se à aplicação da legislação especial de proteção aos inquilinos, trazendo à baila a discussão sobre a ocorrência ou não da decretação do despejo em virtude de transferência do locatário²⁷⁴. O que se pode verificar é que, nos referidos exemplos em que pode se vislumbrar a desconsideração, a teoria foi aplicada para proteger o inquilino, ou seja, a autonomia da pessoa jurídica não foi conhecida justamente para proteger àquele inquilino que, ao transferir a condição de locatário para uma pessoa jurídica, não tivesse o despejo decretado pelo locador, sob a alegação de que se trata da mesma pessoa²⁷⁵.

²⁷² Zannoni, 1979, p. 172 – “Fallo de primera instancia del doctor Lozada, 8-11-71 y CNCiv, Sala C, 6-6-72, ED, 43-130”.

²⁷³ Masnatta. *El abuso de derecho a través de la persona colectiva (Teoría de la penetración)*. Rosario: Orbir, 1967, p. 22, apud Zannoni, 1979, p. 171 (tradução nossa). “Si se abusa de la persona jurídica para alcanzar fines contrarios a la vida de la sociedad, es posible adoptar medidas contra los individuos, respecto de las verdaderas relaciones encubiertas tras máscara de la persona jurídica, que no puede ser obstáculo para el cumplimiento de una sentencia justa. No pueden legalizarse, en mérito a preceptos de lógica, ni al dogma de la diversidad entre la persona jurídica y sus miembros, actos abusivos de ninguna naturaleza”.

²⁷⁴ Masnatta, 1967, p. 55-6, apud Oliveira, 1979, p. 512.

²⁷⁵ Masnatta, 1967, apud Oliveira, 1979, p. 515-6.

Daniel E. Moeremans afirma que, na Argentina, “não somente encontrou a teoria um importante eco na doutrina, com também foi positivada no art. 54, parágrafo 3º da Lei de Sociedades Comerciais. É por isso que em nosso país praticamente não existem dúvidas sobre seu caráter de instituto jurídico uniforme”²⁷⁶. Esse artigo cuida de dolo ou culpa do sócio ou do controlador, por danos ocorridos à sociedade, imputando a seus autores a responsabilidade solidária de indenizar, bem como acolhendo expressamente a desconsideração da personalidade jurídica pela inoponibilidade da personalidade jurídica²⁷⁷. Essa responsabilidade é estendida também a funcionários da sociedade, nos termos do art. 18, § 3º, e do art. 99 da mesma Lei²⁷⁸.

O autor afirma que, para a aplicação da desconsideração, deve-se ter a presença dos seguintes elementos: “a) De um lado a sociedade deve ser designada por outra pessoa física ou jurídica (sócia ou não); b) o ‘tempo’ no qual o instituto exerce um papel; y c) deve se respeitar o princípio de ‘*subsidiariedad*’²⁷⁹”.

Conclui ao defender que a desconsideração só pode ser aplicada quando o caso concreto não puder ser solucionado através da aplicação dos princípios gerais de direito civil (princípio da subsidiariedad)²⁸⁰.

Guillermo Cabanellas de Las Cuevas, na sua obra sobre *La Personalidad Jurídica Societaria*, afirma que, do ponto de vista histórico, a desconsideração da

²⁷⁶ Moeremans. Extensión de la responsabilidad de los socios em las sociedades de capital a través del “Disregard of the legal entity”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 104, out./dez. 1989, p. 342-3 (tradução nossa). “no solo há encontrado la teoria un importante eco en la doctrina, sido también la mismo ha sido positivada en el art. 54 Párrafo 3º de la Ley de Sociedades Comerciales Es por ello que en nuestro país prácticamente no existen dudas sobre su carácter de instituto jurídico uniforme”.

²⁷⁷ Art. 54. *Dolo o culpa del socio o del controlante*. – El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socio e de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de terceros está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

²⁷⁸ Art. 18. *Responsabilidad de los administradores y socios*. (Tercer párrafo) – Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados.

Art. 99. *Administradores: facultades y deberes*. – Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causas de disolución solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.

²⁷⁹ Moeremans, 1989, p. 347 (tradução nossa). “a) Por un lado la sociedad debe ser denominada por otra persona física o jurídica (socia o no); b) el “tiempo” en el cual el instituto juega un rol; y c) debe respetarse el principio de subsidiariedad”.

²⁸⁰ Moeremans, 1989, p. 350.

personalidade societária, seja no direito argentino ou nos demais sistemas jurídicos contemporâneos, não é consequência de um esforço legislativo, mas sim de uma origem fundamentalmente jurisprudencial, praticamente na totalidade dos países onde essa doutrina teve aplicação efetiva²⁸¹. Afirma, também, a grande variedade de situações que justificam a invocação da doutrina ao escrever que:

“Constitui um erro pretender descrever estes extremos sob uma única fórmula ‘*omnicomprensiva*’, particularmente se pretende-se que a mesma seja juridicamente operante. Assim, por exemplo, dizer que a desconsideração da personalidade societária tem lugar quando tal personalidade é empregada com fins ilícitos, tem um valor meramente descritivo e introdutório da temática aqui analisada, já que se trata justamente de determinar quando os fins da utilização da personalidade societária são de tal forma ilícitos que conduzam à desconsideração daquela. Além disso, os motivos que dão lugar à aplicação da desconsideração da personalidade societária são de ordens muito diferentes: fiscais, de proteção dos sócios, trabalhistas, de proteção dos credores, etc. Seria *a priori* improvável que um conjunto tão heterogêneo de funções, a ser cumprido pelos mecanismos de desconsideração da personalidade societária, pudesse ser realizado mediante uma estrutura normativa homogênea”²⁸².

Juan Dobson tratou com profundidade a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito privado argentino, enfocando as várias espécies de abuso da personalidade jurídica e suas consequências. Atentou para o fato de o legislador argentino, em vários dispositivos, estabelecer proteção a credores e a terceiros, em face de uma sociedade comercial, diante da relação de confiança subsistente. Aludida proteção ocorre pelo formalismo nas contratações envolvendo as sociedades, sob pena de nulidade. Se o formalismo dos negócios jurídicos envolvendo sociedades comerciais não for

²⁸¹ Cuevas. *Derecho societario: parte general - la personalidad jurídica societaria*, 1994, p. 70.

²⁸² Cuevas, 1994, p. 71 (tradução nossa). “Constituye un error pretender describir estos extremos bajo una solo fórmula omnicomprensiva, particularmente si se intenta que la misma sea juridicamente operante. Así, por ejemplo, decir que la desestimación de la personalidad societaria tiene lugar cuando tal personalidad es empregada con fines ilícitos, tiene un valor meramente descriptivo e introductório de la temática aquí analizada, pues de lo que se trata justamente es de determinar cuándo dos fines de la utilización de la personalidad societaria son de tal modo ilícitos que conduzcan a la desestimación de aquélla. Adicionalmente, los motivos que dan lugar a la aplicación de la desestimación de la personalidad societaria son de muy variado orden: fiscales, de protección de los socios, laborales, de protección de los acreedores, etc. Sería *a priori* improbable que un conjunto tan heterogêneo de funciones, a cumplirse por los mecanismos de desestimación de la personalidad societaria, pudiera tener realización mediante una estructura normativa homogênea”.

observado, implicará a aplicação da desconsideração para alcançar os sócios da sociedade e, conseqüentemente, seus patrimônios pessoais²⁸³.

O Direito Civil argentino, assim como o brasileiro, ambos derivados do sistema *civil law*, estabelecem em seus respectivos Códigos os princípios básicos dos quais decorrem as leis especiais. Sendo assim, o Código Civil argentino também traz alguns dispositivos que autorizam o acolhimento da teoria da desconsideração.

A título exemplificativo, são eles: o art. 1.713²⁸⁴, que estabelece que os credores da sociedade são, ao mesmo tempo, credores de seus sócios; o art. 512²⁸⁵, que disciplina a responsabilidade do devedor em razão de ato culposo no cumprimento das obrigações; o art. 931²⁸⁶, que define a ação dolosa como meio para conseguir a execução de um ato falso ou dissimulação de um verdadeiro, bem como qualquer artifício, astúcia ou maquinação praticada com essa finalidade; o art. 954²⁸⁷, que autoriza a anulação dos atos viciados de erro, dolo, violência, intimidação ou simulação; e o art. 1.109²⁸⁸, que imputa a responsabilidade decorrente de atos culposos ou de negligência aos causadores de prejuízos a outrem.

Em relação à desconsideração da personalidade jurídica no grupo de empresas, podemos afirmar que os doutrinadores argentinos aceitam a possibilidade da controladora responder pelos atos da controlada, divergindo no que diz respeito às condições necessárias para que tal fato aconteça. Juan Dobson, com o fim de minimizar as divergências doutrinárias, destaca as três posições mais utilizadas pela doutrina: 1ª) a mera existência do controle já enseja a responsabilidade da controladora perante atos da controlada; 2ª) a segunda corrente acredita que a mera existência do controle não é suficiente para responsabilizar a controladora por atos da controlada, sendo necessário que os atos entre elas (controladora e controlada) sejam considerados anormais ou irregulares;

²⁸³ Dobson, 1991, p. 240-1.

²⁸⁴ Art. 1.713 – Los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios.

²⁸⁵ Art. 512 – La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

²⁸⁶ Art. 931 – Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artifício, astucia o maquinação que se emplee con ese fin.

²⁸⁷ Art. 954 – Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. (...).

²⁸⁸ Art. 1.109 – Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.

e 3ª) o desvio de objeto social da controlada por parte da controladora deve ser o critério para atribuição da responsabilidade²⁸⁹.

O legislador argentino adotou as duas últimas correntes como sendo as mais corretas para imputar a responsabilidade entre controladora e controlada.

3.7. Espanha

Segundo Carmen Boldo Roda, “a jurisprudência espanhola, tal como aconteceu em outros países, também admitiu a doutrina do levantamento do véu da personalidade jurídica. Sem dúvida esta admissão é bastante recente, já que, inicialmente o Supremo Tribunal não manteve expressamente a doutrina do levantamento de véu, senão o que foi qualificado como doutrina de terceiros”²⁹⁰. A jurisprudência espanhola, para evitar a fraude à lei e ao contrato, tem afastado as pretensões de supostos terceiros em manifestações equivalentes a da desconsideração da personalidade jurídica. A desconsideração e a *doctrina de terceros* não são no todo, equiparáveis, mas coincidem em relação às soluções alcançadas²⁹¹.

Uma das primeiras sentenças que refletem a relativização da *doctrina de terceros* foi prolatada em 7 de junho de 1927. O Supremo Tribunal da Espanha negou a condição de terceiro de uma sociedade familiar constituída para encobrir a obrigação de pagamento. “La sociedad se había constituido días después de haber sido desestimado el recurso de casación entablado contra el laudo”²⁹². O Supremo Tribunal declarou:

“que não pode tentar a formação de uma sociedade para criar uma figura de terceiro e amparar-se nas imunidades da lei, quem não pode alegar ignorância acerca dos motivos e fundamentos do ato que pretende desconhecer. Que os credores particulares de cada um

²⁸⁹ Dobson, 1991, p. 373.

²⁹⁰ Roda. *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 2000, p. 207 (tradução nossa). “la jurisprudencia española, al igual que ha sucedido en otros países, también ha admitido la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Sin embargo esta admisión ha sido bastante reciente, ya que, inicialmente el Tribunal Supremo no mantuvo expresamente la doctrina del levantamiento del velo, sino lo que se calificó como doctrina de terceros”.

²⁹¹ Roda, 2000, p. 208.

²⁹² Roda, 2000, p. 210.

dos sócios têm direito de pedir embargo e leilão da parte deste no fundo social portanto, a sociedade não se encontra, com relação aos bens contribuídos por aquele e embargados por um credor, no conceito de terceiro”²⁹³.

A relativização da *doctrina de terceros* foi mantida em outras decisões, como, por exemplo, na Sentença de 8 de outubro de 1929, em um caso no qual o Supremo Tribunal da Espanha nega a condição de terceiro a uma sociedade, por existir um contrato simulado e contrário aos princípios da boa-fé. O Tribunal declarou naquela ocasião:

“não está demonstrado a existência neste pleito da sociedade C.M.C. e companhia, como pessoa distinta do executado, por considerar que é um contrato simulado o de constituição em sociedade e que falta, por isso, a distinção jurídico-processual entre ambas as partes contrapostas, distinção que foi negada pela Advocacia do Estado; por essa razão, é obvio que a entidade autora não é terceira para os efeitos do processo, e, conseqüentemente carece da ação que exerce, e falta também a boa fé exigida pelo artigo 464 do Código Civil para que exista em favor de dita sociedade autora o domínio que pretende ostentar e que serve de base à sua demandada”²⁹⁴.

Puig Brutau, ao comentar a sentença acima, observa: “1) que a sociedade interveniente não existe porque é um contrato simulado o de sua constituição; 2) que por isso a sociedade não é um terceiro; 3) que falta também a boa fé que exige o artigo 464 do Código Civil”. Nessa interessante sentença, Brutau destaca a conexão existente entre a *doctrina de terceros* e a desconsideração, já que ambas servem para frustrar uma manobra que o direito não pode admitir²⁹⁵.

²⁹³ Idem ib (tradução nossa). “que no puede intentar la formación de una sociedad para crear una figura de tercero y ampararse en las inmunidades de la ley, quien no puede alegar ignorancia acerca de los motivos y fundamentos del acto que pretende desconocer. Que los acreedores particulares de cada uno de los socios tienen derecho a pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social por lo que la sociedad no se halla en relación a los bienes aportados por aquél y embargados por un acreedor en el concepto de tercero”.

²⁹⁴ Roda, 2000, p. 210 (tradução nossa). “no está demostrado la existencia em esta litis de la sociedad C.M.C. y compañía, como persona distinta de lo ejecutado, por estimar que es un contrato simulado el de constitución en sociedad y que falta, por ello, la distinción jurídico procesal entre ambas partes contendientes, distinción que ha sido negada por la Abogacía del Estado; por dicha razón, es obvio, que la entidad actora no es tercera a los efectos del procedimiento, y, en consecuencia carece de la acción que ejercita, y falta también la buena fe exigida por el artículo 464 del Código Civil para que exista a favor de dicha sociedad actora el dominio que pretende ostentar y que sirve de base a su demandada”.

²⁹⁵ Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil I, Parte General, I-2*, Barcelona, 1979, apud Roda, 2000, p. 210-1. (tradução nossa). “1) que la sociedad tercerista no existe porque es un contrato simulado el de su

A *doctrina de terceros* repete-se em um caso de arrendamento urbano proferido pela Sentença de 26 de janeiro de 1952 que, posteriormente, originou a aplicação da própria teoria da desconsideração²⁹⁶.

O que podemos observar pelos julgados transcritos acima é que a *doctrina de terceros* alcança os mesmos resultados da desconsideração da personalidade jurídica, faltando pelo Supremo Tribunal da Espanha uma referência expressa da doutrina da desconsideração como uma formulação definitiva da mesma, o que só se concretizaria nos anos 1980.

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica só veio a ser formulada como instituto próprio pelo Tribunal Supremo espanhol em decisão proferida em 28 de maio de 1984, muito embora tenha existido um precedente na sentença de 8 de janeiro de 1980, que investigou a real intenção da pessoa jurídica sem se deter à sua forma.

O *case* que deu origem à sentença de 1984 era o seguinte: Ação de indenização intentada pela empresa Uto Ibérica, proprietária de apartamentos na região de Palma de Mallorca, em virtude dos prejuízos causados pela impossibilidade de alugar seus apartamentos na época da temporada mediante a falta de abastecimento de água na região, derivada de uma ruptura na rede de abastecimento de águas do Município de Palma de Mallorca; serviço este que a Prefeitura teria contratado com a sociedade anônima constituída para o fim específico de prestar o abastecimento de água, Empresa Municipal de Águas Y Alcantarillado (Emaya). A ação ajuizada pela Uto Ibérica, proprietária dos imóveis, em face da Prefeitura Municipal foi fundamentada com base no art. 1.902 do Código Civil espanhol. A Prefeitura, por sua vez, alegou ilegitimidade passiva, uma vez que a Emaya, pessoa jurídica própria, seria a responsável pelo pagamento da indenização pleiteada. Em razão das alegações da Prefeitura, a Uto Ibérica ajuizou idêntica ação em face da Emaya (apensada ao processo contra a Prefeitura), que alegou ter ocorrido a prescrição para o ajuizamento da ação em face dela²⁹⁷.

O julgamento de primeira instância reconheceu a ilegitimidade da Prefeitura e negou o pedido de prescrição da Emaya, que se tornou Ré na respectiva ação. A empresa Ré apelou de referida decisão, entendendo que a reclamação intentada contra a Prefeitura

constitución; 2) que por ello la sociedad no es un tercero; 3) que falta también la buena fe que exige el artículo 464 del Código Civil”.

²⁹⁶ Roda, 2000, p. 212.

²⁹⁷ Roda, 2000, p. 222.

não interromperia o prazo de prescrição frente à Emaya, já que possui personalidade jurídica própria e distinta da Prefeitura, inexistindo responsabilidade solidária de ambas²⁹⁸.

O Tribunal desestimou o recurso intentado pela Emaya, baseando-se no fato de a Prefeitura ser órgão da Sociedade Municipal e o Prefeito, Presidente de seu Conselho, por deter o poder de gestão da entidade, ser circunstância mais que suficiente para não considerar terceiro ou estranho à Prefeitura, à sociedade municipal demandada e, conseqüentemente, bastante para chegar à mesma conclusão que a sentença impugnada, ou seja, que a interpelação feita ao Município vale para a sociedade como órgão integrante desta e que esta não pode nem deve pretender escapar de seus efeitos, determinados no artigo 1973 do Código Civil, por conseguinte violado²⁹⁹.

Essa sentença foi objeto de críticas por parte de alguns doutrinadores, principalmente por Pantaleón Prieto. Segundo ele, se foi considerado pelo Tribunal que a Ayuntamiento de Palma e Emaya são a mesma pessoa, o que levou, inclusive, a interromper a prescrição, por que não ter aplicado os efeitos da responsabilidade civil para também condenar a Prefeitura de Palma de Mallorca? Para o autor, tratou-se de um problema de interpretação de normas³⁰⁰.

Com a sentença de 28 de maio de 1984, o Tribunal Supremo da Espanha fundamentou a aplicação da teoria da desconsideração, baseado nos seguintes pressupostos:

“1) Conflito entre segurança jurídica e justiça; 2) Aplicação por via de equidade e com acolhimento do princípio de boa fé; 3) Fraude à lei e prejuízo de interesses; 4) Abuso de direito e exercício anti-social do mesmo”³⁰¹.

Outros doutrinadores, como Merino Gutiérrez, Molina Navarrete e De Castro, ressaltam que o abuso da personalidade jurídica vem trazendo conseqüências preocupantes devido à proliferação de condutas defraudatórias, dentre elas, fraude à lei e

²⁹⁸ Idem ib.

²⁹⁹ Roda, 2000, p. 223.

³⁰⁰ Pantaleón Prieto. *Comentário a la Sentencia de 28 de mayo de 1984*, CCJC, 1984, p. 1.711 y ss, apud Roda, 2000, p. 224.

³⁰¹ Roda, 2000, p. 228 (tradução nossa). “1) Conflicto entre seguridad jurídica y justicia; 2) Aplicación por vía de equidad y con acogimiento al principio de buena fé; 3) Fraude de ley y perjuicio de intereses; 4) Abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo”.

fraude a credores. Afirmam que a facilidade para cometimento de irregularidades advém da natureza da pessoa jurídica – distinta de seus membros³⁰².

Ricardo Yaguez, ao mencionar o trabalho do autor De La Cámara, cita as aplicações concretas da desconsideração da personalidade jurídica no direito espanhol. São elas: (i) “casos em que se simula a constituição de uma sociedade para eludir o cumprimento de um contrato, burlar os direitos de terceiros ou eludir a lei”, (ii) “casos em que a hipótese de fato deva resolver-se em função da *ratio* a que responde a normativa da pessoa jurídica”; e, por fim, (iii) “os casos em que é necessário desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para evitar que o grupo, ao amparo da personificação que desfruta, possa dedicar-se a atividades que estão proibidas aos indivíduos que a compõem”³⁰³.

Podemos, concluir, portanto, que o ordenamento jurídico na Espanha, que já muito se assemelha com o direito brasileiro, não é diferente quando se trata da matéria de desconsideração da personalidade jurídica, como pudemos observar pela decisão dos julgados acima.

³⁰² Ricardo de Angel Yaguez. *La Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 1997, p. 50.

³⁰³ Yaguez, 1997, p. 55 (tradução nossa). (i) “casos em que se simula la constitución de una sociedad para eludir el cumplimiento de un contrato, burlar los derechos de tercero o eludir la ley”; (ii) “casos en que el supuesto de hecho deba resolverse en función de la ratio a que responde la normativa de la persona jurídica”; e, por fim, (iii) “los casos en que es necesario desestimar la personalidad jurídica de la sociedad para evitar que el grupo, al amparo de la personificación que disfruta, pueda dedicarse a actividades que están prohibidas a los individuos que la componen”.

4. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. Considerações gerais na tramitação do projeto do novo Código Civil

4.1.1. O artigo 50 na Lei nº 10.406/2002

Primeiramente, não podemos deixar de ressaltar a importância da jurisprudência no tocante à aplicação da desconsideração que, antes do advento de qualquer norma que positivasse a teoria no Brasil, já era aplicada pelos Tribunais quando a situação de fato utilizava-se da pessoa jurídica para prejudicar interesses de terceiros, o que, inclusive, já era protegido mediante os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Clóvis Ramallete destaca a importância do papel desempenhado pelos juízes ao afirmar que:

“Leis não são o Direito nem o esgotam. Apenas manifestam-no. São portanto passíveis de receber interpretação construtiva, para dedução da norma pelo aplicador”³⁰⁴.

A jurisprudência nada mais é do que elemento de formação e aperfeiçoamento do direito. A preocupação dos doutrinadores em positivar a teoria da desconsideração no direito brasileiro adveio da tradição romano-germânica de nosso ordenamento jurídico dar importância ao direito escrito, o que inviabilizava por parte de alguns doutrinadores a aplicação única da jurisprudência, uma vez que defendiam a normatização expressa. Com isso, começaram a surgir as primeiras positivações na norma a respeito da desconsideração, como o art. 28 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), o art. 18 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), o art. 4º da

³⁰⁴ Ramallete. Sistema de legalidade na “desconsideração da personalidade jurídica”. *Revista Forense*, ano 82, v. 293, jan./fev. 1986, p. 82.

Lei 9.605/98, que dispõe sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente e, por último, o art. 50 do Código Civil de 2002.

O surgimento do art. 50 em nosso ordenamento jurídico foi acolhido em razão das sugestões de Rubens Requião, precursor da teoria da desconsideração no Brasil, ao enviar para Miguel Reale, Presidente da Comissão do Anteprojeto, texto de sua conferência realizada no Paraná que introduziu a desconsideração no Brasil, sugerindo a positivação na legislação nacional de referida teoria.

O Prof. Miguel Reale, presidente da Comissão do Anteprojeto, dizia que “acolhendo-se sugestões do Professor Rubens Requião, cuidou-se de prevenir e repelir os abusos perpetrados à sombra da personalidade jurídica”³⁰⁵.

O dispositivo do anteprojeto era o art. 49, que preceituava:

“A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado, ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução. Parágrafo Único – Neste caso, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, responderão, conjuntamente, com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração”.

O art. 49 foi alvo de muitas críticas, uma vez que ele não contemplava a teoria da desconsideração, pois nunca teve o escopo de atingir a validade do ato constitutivo e, muito menos, dissolver a sociedade. Requião, ao criticar o art. 49, ressaltou que a desconsideração não tem o condão de anular a personalidade jurídica, mas tão somente desconsiderar a pessoa jurídica em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem dentro de seus limites³⁰⁶.

Dessa forma, o Prof. Reale julgou “procedente a crítica quanto à excessiva sanção prevista no anteprojeto anterior, estatuiu-se, agora, tão somente, a exclusão do sócio responsável, que responderá perante a pessoa jurídica e terceiros, ou então, tais sejam

³⁰⁵ Reale. *Anteprojeto de Código Civil*, 1972, p. 8.

³⁰⁶ Requião, 1988, p. 69.

as circunstâncias, até mesmo a dissolução da associação ou sociedade”³⁰⁷. O Anteprojeto de 1973 passou a discorrer sobre o assunto com a seguinte formulação:

“Art. 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.

Parágrafo Único – Neste caso, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, responderão, conjuntamente, com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração”.

Com a mudança, a dissolução da sociedade passou a ser uma sanção alternativa: “tais sejam as circunstâncias”. A legitimidade para requerer a medida foi atribuída aos sócios e não mais ao lesado. No entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, “novamente, contudo, a *disregard* não foi devidamente traduzida na norma, que introduziu a sanção de exclusão do sócio responsável – diversa da sanção decorrente do desconhecimento da autonomia da pessoa jurídica, que, como visto, é a ineficácia episódica do seu ato constitutivo – tornando efetiva a sanção da dissolução”³⁰⁸.

De qualquer forma, o texto mantido no art. 48 do Projeto nº 634 de 1975 pelo Poder Executivo foi enviado à Câmara dos Deputados. Rubens Requião perante a Câmara teceu duas críticas ao texto reformado. A primeira, no que diz respeito à atuação do Ministério Público, que, no entender do autor, não é órgão legitimado para pleitear a desconsideração, mas tão somente o credor que pode requerer ao juiz a penetração na personalidade jurídica. A segunda crítica refere-se ao fato de a dissolução da sociedade, prevista no artigo, não traduzir a teoria da desconsideração, que tem como objetivo o desconhecimento da autonomia em casos concretos e nunca a sua dissolução³⁰⁹.

Diante dos desacertos traduzidos na redação do art. 48, Requião formulou sua proposta para a redação do referido artigo:

³⁰⁷ Reale, 1972, p. 8.

³⁰⁸ Coelho, 1989, p. 51.

³⁰⁹ Requião, 1988, p. 219.

“A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinam a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos de sócios. Neste caso, o juiz, desconsiderando a existência da personalidade jurídica, a pedido do credor do sócio, poderá permitir a efetivação de sua responsabilidade sobre os bens incorporados na sociedade para a sua participação no capital social”³¹⁰.

No entanto, como salientado por Lamartine Corrêa de Oliveira, o Prof. Requião não foi feliz na sua proposição. Segundo o autor, o acolhimento da proposta ficaria adstrita aos casos de desconsideração invertida, em que se atinge a sociedade para penetrar nos bens dos sócios, o que é raro de acontecer, além de ser ter outras vias, que não pela desconsideração, para solucionar esta questão³¹¹.

Em maio de 1984, o Projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados – Projeto de Lei nº 118 –, mantendo-se o dispositivo do art. 48 e seu § único, anteriormente enviado pelo Poder Executivo à Câmara, somente alterando seu número para art. 50 e § único.

Alexandre Couto Silva, ao comentar o art. 50, aprovado em 1984, afirmou que aceitar as hipóteses de exclusão dos sócios e de dissolução para coibir a fraude e o abuso de direito, através da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, seria o mesmo que afastar o difundido na teoria da desconsideração. A base da teoria é declarar a ineficácia episódica do ato realizado em fraude, abuso de direito, confusão patrimonial e não prever a exclusão do sócio e dissolução da sociedade³¹².

Marcelo Gazzzi Taddei, orientado pelo Prof. Luiz Antônio Soares Hentz, encaminhou sugestão ao senador federal Josaphat Marinho, propondo a seguinte redação para o art. 50 do Código Civil³¹³:

“Art. 50 – O Juiz pode, verificada a ocorrência de fraude ou abuso de direito por meio da pessoa jurídica, suspender a eficácia do ato constitutivo, desconsiderando a personalidade jurídica.
Parágrafo Único – A desconsideração da personalidade jurídica não implica na extinção da pessoa jurídica”.

³¹⁰ Requião, 1988, p. 220.

³¹¹ Oliveira, 1979, p. 557.

³¹² Silva. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, 1999, p. 89.

³¹³ Taddei. *Códigos civis do Brasil: do Império à República*. CD-ROM fornecido pelo Senado Federal.

Justificou a proposta de nova redação ao art. 50 “visando preservar a essência da desconsideração, para que possa ser aplicada de forma efetiva ao direito nacional, solucionando de modo mais preciso os problemas que motivaram seu surgimento e desenvolvimento no direito estrangeiro” Taddei, como os demais autores, entendeu que o art. 50 do anteprojeto não atende ao princípio básico da desconsideração, uma vez que seu texto determina a extinção da personalidade jurídica quando utilizada de forma fraudulenta, extinção essa que já é prevista desde 1946, no art. 6º do Decreto-Lei nº 9085/46³¹⁴.

Fábio Konder Comparato também encaminhou sugestão ao Senador Federal Josaphat Marinho³¹⁵ sobre a aprovação do art. 50, afirmando a necessidade de distinguir a desconsideração da despersonalização. Segundo ele:

“a despersonalização pode ser voluntária ou compulsória, operando, no primeiro caso, por deliberação interna da pessoa jurídica e, no segundo caso, por iniciativa dos Poderes Públicos, como sucede com a liquidação administrativa forçada das instituições financeiras. A desconsideração da personalidade não suprime a autonomia subjetiva da pessoa jurídica, como ente distinto da pessoa de seus sócios ou administradores, mas afasta-a tão-só provisoriamente e para o caso concreto. É, portanto, uma técnica de efeitos relativos”.

Em sua opinião, o art. 50 do Código Civil deveria distinguir ambos os conceitos e não confundi-los.

Sugeriu, então, uma nova redação ao art. 50:

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

³¹⁴ Taddei, CD-ROM, s/d.

³¹⁵ Comparato. *Códigos civis do Brasil: do Império à República*. CD-ROM fornecido pelo Senado Federal.

Afirmou, para justificar a menção no texto, que a causa da desconsideração da personalidade jurídica não se resume no desvio dos fins estabelecidos em contrato social ou nos atos constitutivos, como prevê o art. 50. Segundo o doutrinador, “o abuso pode também consistir na confusão entre o patrimônio social e o dos sócios ou administradores, ainda que mantida a mesma atividade prevista, estatutária ou contratualmente”. Justificou a inclusão do Ministério Público na nova redação sugerida, visto que “ele também pode intervir no processo sem ser parte”. Conclui que:

“Finalmente a fórmula sugerida – extensão dos efeitos obrigacionais aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica – visa a superar a discussão sobre se esta responde ou não, conjuntamente com os sócios ou administradores. Na prática, como é óbvio, recorre-se à superação da personalidade porque os bens da pessoa jurídica não bastam para satisfazer a obrigação”.

Daí o artigo proposto pelo Prof. Comparato corresponder àquele que definitivamente passou a vigorar em nosso ordenamento jurídico, apenas empregando o vocábulo “processo” e não “feito”, dada a proximidade da palavra “efeitos”. Vejamos:

“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”.

João Batista Lopes comenta que “o novo texto expungiu alguns defeitos do projeto (v.g., a indevida alusão à dissolução, a intervenção do Ministério Público em todos os casos, a não responsabilização dos demais sócios etc.)”. Menciona que a “ausência de alusão expressa à desconsideração no texto do art. 50 é irrelevante, já que o artigo é explícito ao aludir ao desvio de finalidade e à confusão patrimonial como situações que autorizam a constrição de bens dos administradores ou sócios”³¹⁶. Critica o fato de não se ter previsto no artigo em comento a desconsideração em sua modalidade inversa, ou seja, a

³¹⁶ Lopes. Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 818, dez. 2003, p. 43.

desconsideração da pessoa do sócio para se alcançarem bens da sociedade. Segundo o autor, ainda que não prevista a modalidade de desconsideração inversa, admite ser possível a partir de uma interpretação extensiva da regra do art. 50 aplicar a desconsideração nessa hipótese³¹⁷.

Flávia Lefrève Guimarães, ao comentar o dispositivo em questão, menciona que “o conceito ‘abuso da personalidade’ ganhou seu contorno pelas figuras do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o que facilita à parte interessada demonstrar a ocorrência da hipótese que autorizará a desconsideração da pessoa jurídica”³¹⁸.

É importante ressaltar que a positivação da teoria da desconsideração introduzida no Código Civil com seu art. 50 não teve a intenção de pôr fim ao previsto no art. 20 do Código Civil de 1916 (“As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”). Miguel Reale afirmou no *Anteprojeto*:

“Não abandonamos o princípio que estabeleceu a distinção entre pessoa jurídica e os seus membros componentes, mas também não convertemos esse princípio em tabu, até o ponto de permitir sejam perpetrados abusos em proveito ilícito dos sócios e em detrimento da comunidade”³¹⁹.

É cediço que o art. 50, ao admitir a desconsideração em certas circunstâncias, não nega a existência da distinção entre pessoa jurídica e seus membros, ainda que não tenha expressamente repetido a regra contida no art. 20 do Código Civil de 1916. O art. 50 veio para normatizar a relativização da pessoa jurídica, até então aplicada, sobre o conceito absoluto de distinção entre pessoa jurídica e seus sócios. Fato é que o conceito de autonomia da pessoa jurídica prevalece em outros artigos do Código Civil de 2002, como, por exemplo, no seu art. 45.

Com isso, o princípio da autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus membros continua a existir, só que sob determinadas situações não é possível manter referida distinção.

Fato é que quando a personalidade jurídica for utilizada para fugir de suas finalidades, com o propósito de prejudicar terceiros, deve-se desconsiderar a personalidade

³¹⁷ Lopes, 2003, p. 44.

³¹⁸ Guimarães. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais*, 1998, p. 45.

³¹⁹ Reale, 1972, p. 8.

jurídica. Isso não significa dizer que a pessoa jurídica deve ser considerada nula, mas sim, em determinados casos específicos, não levá-la em consideração, o que, em hipótese alguma, implica negar validade à existência da pessoa jurídica³²⁰.

Entendemos que o intuito do legislador ao incluir na redação do art. 50 que a extensão dos “efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares” (grifos nossos) foi exatamente o de provocar a suspensão episódica da eficácia da personalidade jurídica e não contemplar a nulidade de todo o ato.

Pelo novo dispositivo, fica claro que o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o de seus membros, ou seja, os bens dos sócios só poderão ser penhorados depois de exaurido os bens da pessoa jurídica, desde que, ressalte-se, estejam preenchidos os requisitos autorizadores para aplicação da desconsideração.

Renan Lotufo, ao discorrer sobre o art. 50, menciona que, para se atender à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mister se faz “que o preceito contemple o tríplice interesse posto pela doutrina, porquanto aplicável diante de atos ilícitos, ou abusivos, que concorram para fraudar a lei ou ainda para lesar terceiros”. Diz, ainda, que:

“a aprovação da subemenda da redação, deslocando a vírgula constante após a expressão “Ministério Público” para após o vocábulo “parte”, afastou a ambigüidade do texto, certo que a parte intervém no processo, pela sua qualidade no composto litigioso, enquanto o órgão ministerial atua, como *custos legis*, sempre nas hipóteses previstas em lei”³²¹.

Alexandre Couto e Silva aponta falhas no art. 50, ao não se ter previsto a *fraude* em seu sentido amplo e a *busca do ideal de justiça*³²².

Entendemos que a idéia de *fraude* está implicitamente contida em referido artigo quando se refere ao abuso da personalidade jurídica e ao desvio de finalidade. Da mesma forma, a *busca do ideal de justiça* está prevista em todo o ordenamento jurídico, sendo certo que a atuação do direito, por si só, busca a justiça, o que torna desnecessário pontuar esse aspecto na redação do art. 50.

³²⁰ Venosa. *Direito civil: parte geral*, V. 1, 2003, p. 300.

³²¹ Lotufo. *Código Civil comentado: parte geral*, V. I, 2003b, p. 145.

³²² Silva, 1999, p. 90.

Fábio Siebeneichler Andrade, em *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*, entende que o fato da definição de fraude não estar incluída na redação do art. 50 não exclui que ocorra a desconsideração nesse caso. Segundo ele, “a fraude se caracteriza pela conduta praticada pelo devedor no sentido de prejudicar seus credores e, nesse sentido, encontra-se abrangida pelo sentido amplo do conceito de abuso da personalidade jurídica”³²³. A jurisprudência, inclusive, tem adotado essa orientação³²⁴.

Acreditamos que o art. 50 situa a matéria com cautela, afastando-se da excessiva subjetividade, que fazia com que a teoria fosse aplicada sem muitos critérios, e aproximando da concepção objetiva ao traçar parâmetros para caracterizar a aplicação da desconsideração. Com isso, facilitou aos operadores do direito e aos próprios magistrados a aplicação de aludida teoria.

Os critérios objetivos devem estar conectados à idéia de abuso da personalidade jurídica, o que não afasta o caráter subjetivo, que, a nosso ver, não pode ser esquecido, sob pena de a desconsideração ser aplicada indiscriminadamente. O art. 50 tem equilíbrio entre intenção subjetiva e resultados objetivos, possibilitando à jurisprudência sua aplicação moderada.

Consoante Fábio Ulhoa Coelho:

“a formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada como o critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é a mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova do demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente

³²³ Andrade. A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil como instrumento de superação para o desvirtuamento de sua finalidade. *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*, 2005, p. 534.

³²⁴ Ap. Civ. nº 70.000.534.479, 6ª C. Civ. do TJRS, Rel. Des. Antônio Correa Palmeiro da Fontoura, j. 19.12.2001: “Estando a pessoa jurídica a encobrir interesses ilícitos de seu sócio, em prejuízo ao direito de crédito de terceiro, é de se aplicar a regra da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de assegurar que o bem do devedor, incorporado ao patrimônio da sociedade com o manifesto intuito de fraudar o credor, continue garantido a execução através da penhora realizada” (*apud* Andrade, 2005, p. 535).

Ap. Civ. nº 70.000.128.686, 13ª C. Civ. do TJRS, j. 15.06.2001: “Embargos de terceiro. Fraude à execução. Alienação de bem no curso da execução. Desconsideração da pessoa jurídica. Sócia gerente que transfere automóvel para o próprio filho” (*apud* Andrade, 2005, p. 535).

porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracteriza por outro modo, a fraude³²⁵.

Salientamos que o art. 50 do Código Civil de 2002 não acolhe isoladamente a concepção objetiva do princípio da desconsideração, já que a confusão patrimonial não é por si só suficiente para a aplicação da desconsideração, mas sim uma forma de comprovação do abuso da personalidade jurídica. O importante para a correta aplicação da teoria, reiterar-se, é a comprovação do abuso da personalidade jurídica que poderá se concretizar através da confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade.

Em outras palavras, a norma exige a presença do pressuposto subjetivo do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pela anormalidade dos parâmetros consagrados pelo direito. O desvio de finalidade e a confusão patrimonial são pressupostos indicativos do abuso, mas não suficientes para sua caracterização. É imprescindível que na situação concreta seja clara a conduta ilícita do sócio, vale dizer, transpareça a real intenção em utilizar-se da personalidade jurídica de uma sociedade para prejudicar terceiros ou enriquecer ilicitamente³²⁶.

Na verdade, podemos afirmar que o art. 50 revela que o legislador elegeu pressupostos alternativos para caracterizar a ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica, visto que, além do abuso da personalidade jurídica (incluem-se aqui os conceitos de fraude e abuso de direito), também é possível a aplicação da superação nos casos de confusão patrimonial, desde que com o intuito abusivo de prejudicar terceiros.

José Tadeu Neves Xavier, ao discorrer seus comentários sobre o art. 50, estabelece que a normatização desse artigo é superior às propostas que o antecederam, salientando que a proposição trazida não é limitativa, permitindo a utilização do instituto nos diversos ramos do Direito³²⁷.

Alguns autores entenderam que os pressupostos trazidos com a nova positivação (desvio de finalidade e confusão patrimonial) não dependem, para aplicação da teoria, de prévio exaurimento dos bens da pessoa jurídica. Acreditam que apresentados os requisitos ensejadores da desconsideração, esta pode ser aplicada independentemente de

³²⁵ Coelho, 2002, p. 44.

³²⁶ Gaino. *Responsabilidade dos sócios na Sociedade Limitada*, 2005, p. 139.

³²⁷ Xavier. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 128, out./dez. 2002, p. 142.

ainda existirem bens no patrimônio social, vista como sanção contra o abuso da personalidade jurídica³²⁸.

Ousamos discordar deste entendimento, pois se há patrimônio capaz de honrar as obrigações assumidas pela pessoa jurídica, não há porque buscar outro patrimônio, já que a dívida é da própria sociedade³²⁹.

A desconsideração deve ser aplicada depois de esgotados todos os bens do ente personificado, buscando a satisfação do credor, primeiramente, através dos bens existentes na pessoa jurídica, para, após esgotado seu patrimônio, adentrar nos bens dos sócios, até mesmo porque a solidariedade não se presume, pois resulta da lei ou da vontade das partes (art. 265 do Código Civil de 2002).

Já existe hoje Projeto de Lei para alterar a redação dada ao art. 50. O Deputado Ricardo Fiúza, responsável pela tramitação do Código Civil de 2002 e também pela apresentação no Congresso Nacional de três Projetos de Lei – o 6.960, o 7.070 e o 7.160 –, com o objetivo de alterações no Novo Código, sugeriu a seguinte redação para o artigo em questão:

“Art. 50. As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros.

Parágrafo Primeiro. Nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, praticados com abuso da personalidade jurídica, pode o juiz declarar, a requerimento da parte prejudicada 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 que lhes deram causa ou deles obtiveram proveito, facultando-lhes o prévio exercício do contraditório;

Parágrafo Segundo. O requerimento deve indicar objetivamente quais os atos abusivos praticados pelos administradores ou sócios da pessoa jurídica;

Parágrafo Terceiro. Nos casos de fraude à execução, não será desconsiderada a personalidade jurídica antes de declarada a ineficácia dos atos de alienação, com a consequente excussão dos bens retornados ao patrimônio da pessoa jurídica”.

³²⁸ Alves e Delgado. *Código Civil anotado-- Inovações comentadas artigo por artigo*, 2005, p. 52.

³²⁹ “Simplex inadimplemento não caracteriza infração legal” e “em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou da lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76)” – Emb. Divergência em Recurso Especial nº 260.107/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 10.03.2004.

Para o autor, existem alguns ajustes que precisariam ser realizados para que a teoria seja corretamente aplicada. A primeira alteração, deve ser realizada para que se crie um novo *caput* ao dispositivo, para que o atual transforme-se em parágrafo primeiro, visando conservar a regra geral do art. 20 do Código Civil/16, que distingue a personalidade da pessoa jurídica daquela de seus sócios. A nosso ver, acreditamos que esta alteração é desnecessária já que a autonomia da pessoa jurídica mantém-se conservada, independentemente de estar expressamente contido na norma.

A segunda alteração, segundo sua sugestão, deve ser feita no texto do *caput*, já transformado em parágrafo primeiro, no sentido de esclarecer o alcance da desconsideração da personalidade jurídica pretendida pelo dispositivo. Na sua concepção, o fato de todo o desvio de finalidade caracterizar o abuso da personalidade jurídica é um equívoco, pois nos simples casos de ampliação ou interpretação de um objeto social não há o desvio. Portanto, com a alteração proposta mantém-se o objeto social e a distinção patrimonial como condição da autonomia da personalidade jurídica e prevê a perda dessa autonomia nas situações de abuso, tal como pretendido pelo legislador, deixando claro que os efeitos da desconsideração só podem atingir os sócios ou administradores que se utilizaram da pessoa jurídica abusiva ou fraudulentamente.

Manoel de Queiroz Pereira Calças, ao comentar o art. 50, afirma que o Projeto de Lei 7.160/2002, proposto por Ricardo Fiúza, foi a tempo e hora percebido pelo parlamento brasileiro. O magistrado compartilha da mesma idéia de Fiúza, ao defender que somente os administradores ou sócios que se utilizaram indevidamente da pessoa jurídica com o intuito de prejudicar terceiros é que devem ser punidos, e não todos os sócios ou administradores indistintamente, visto que tal ato desestimularia a atividade empresarial³³⁰.

Segundo o voto do Relator Ministro Peçanha Martins³³¹, o sócio ou os sócios que não praticaram o ato não podem ser responsabilizados. A desconsideração deve ser limitada aos bens dos sócios que praticaram o ato abusivo³³².

Acreditamos que muito embora a desconsideração já exista em nosso ordenamento, com aplicação há alguns anos através de nossa jurisprudência, a observância

³³⁰ Calças. *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*, 2003, p. 161.

³³¹ “Somente os sócios que tenham deliberado contra as regras contratuais ou legais, com excesso de poderes, podem ser responsabilizados pessoal e ilimitadamente pelas obrigações sociais e tributárias. (...) Não prevalece a simples presunção. Há que ser provada a prática de ato contrário ao contrato social ou à lei do sócio para que possa ser responsabilizado pelo descumprimento de obrigações sociais, o que não ocorreu na espécie dos autos” – *RSTJ*, v. 43, p. 281-6.

³³² Ag. Reg. em Resp nº 86.502-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma (*apud* Andrade, 2005, p. 537).

dos pressupostos referenciados no art. 50, ainda que necessite de alguns ajustes segundo determinados autores, traz aos operadores do direito a efetividade necessária, dificilmente alcançada³³³, pois quanto mais explícita for a norma jurídica, melhor a atuação dos operadores.

A jurisprudência de nossos tribunais já tem decidido de acordo com os pressupostos trazidos com o advento do art. 50 do Código Civil de 2002. Vejamos:

“Execução de sentença dirigida à sociedade comercial ameaçada de frustração por notícia de inatividade empresarial e inexistência de bens penhoráveis – Oportunidade de se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, encaminhando-se os atos executórios ao patrimônio do sócio [artigo 50 do novo Código Civil] – Provimento”³³⁴.

Trata-se de Agravo de Instrumento oposto pelo credor – Espólio de Myrna Eneide de Carvalho D’Otaviano – em face do devedor e agravado – Argos Empreendimentos Ltda. –, na tentativa de obter a citação do sócio da empresa devedora (Argos). O espólio é credor de título judicial, no valor de R\$ 252.388,66, derivado da venda e administração de 120 lotes de terreno de propriedade da agravante em Serra Negra, não repassado à proprietária dos referidos terrenos. Foi dado provimento ao agravo para permitir a citação do sócio da empresa devedora sob a fundamentação de que o art. 50 permite a desconsideração como medida judicial para coibir o abuso de gestão ou de ato ilícito que, se perpetrado, reforça o patrimônio daquele que cometeu o ato, possibilitando que o devedor assista ao infortúnio da vítima que contratou a sociedade que ora se encontra falida, insolvente ou inativa por dissolução irregular.

Segundo o acórdão, “o abuso de direito deve ser encarado sob o prisma do exercício da licença que a devedora recebeu para explorar uma atividade empresarial, porque foi esta conduta (de administrar imóveis) que resultou em prejuízo para a falecida”.

³³³ Julgados que negaram a aplicação da desconsideração nos casos de insolvência, por ausência do preenchimento de outros requisitos: “Percalços econômico-financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus dirigentes, não se consubstanciam, por si só, em comportamento ilícito e desvio de finalidade da entidade jurídica. Do contrário seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica” (RT, v. 690, n. 103); “para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não basta a mera insolvência da sociedade, mas que tenha havido má-fé na utilização da separação patrimonial, razão pela qual, não comprovado o mau uso ou fraude no gerenciamento da empresa, prevalece a regra de limitação de responsabilidade do sócio, suportando o credor o dano daí decorrente” (RT, v. 768, n. 349) *apud* Deborah Pierri. Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil e o papel do Ministério Público. *Questões de Direito Civil e o Novo Código*, 2004, p.150.

³³⁴ TJSP – Ag. In. nº 314.759-4/2, 3ª Câm., Rel. Min. Enio Santarelli Zuliani, j. 14.10.2003

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito escreveu um ensaio para as justas homenagens prestadas ao Ministro Moreira Alves, recentemente aposentado do STF, quando anotou que o art. 50, do novo Código, evita manobras fraudulentas “destinadas a acobertar o não cumprimento de obrigações assumidas contratualmente ou determinadas judicialmente”. Com isso, o relator, Min. Enio Santarelli Zuliani, concluiu que a desconsideração deveria ser aplicada para relativizar o princípio da autonomia patrimonial e, com isso, permitir a citação do sócio da empresa agravada.

“Embargos de Terceiros Penhora – Incidência sobre bem de outra empresa do mesmo grupo econômico da executada – Admissibilidade – Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa – Subsistência da constrição – Exegese do art. 28 do CDC e artigo 50 do novo CC – Recurso provido para julgar improcedentes os embargos de terceiros”³³⁵.

Cuida a presente apelação de tentar reverter decisão que julgou procedente os embargos de terceiros opostos pela empresa Vitale Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda. em face de Antonio Malagrino. O embargado/apelante alega que a empresa embargante faz parte do mesmo grupo econômico da empresa Vitale Engenharia e Projetos Ltda., por possuírem o mesmo objeto social, mesmo endereço, mesmos sócios, além de outras comprovações trazidas nos autos, sendo certo que, por conta disso, deve suportar a dívida da executada, cujo apelante é credor.

O relator, Min. Rodrigues de Carvalho, considerando os elementos contidos nos autos, admitiu a aplicação da teoria da desconsideração, a fim de que a penhora venha alcançar bens de propriedade de empresa do mesmo grupo econômico da executada. Aduz os pressupostos trazidos no art. 50 do Novo Código Civil ao afirmar que:

“salta aos olhos a confusão patrimonial entre as empresas, nos termos do citado art. 50, do Novo Código Civil, que teria levado o próprio sócio, Rubens Ricardo Vitale, representante legal da executada, a ser nomeado depositário do bem que se alega ser de propriedade da embargante e objeto da constrição judicial, tudo a permitir a interpretação ora trazida nesta decisão”.

³³⁵ TJSP – Ap. Civ. nº 232.871-4/6, 5ª Câmara, Rel. Min. Rodrigues de Carvalho, j. 22.05.2003.

Em um outro caso, temos:

“Desconsideração da Personalidade Jurídica – Aplicabilidade – Imputação da responsabilidade aos sócios da empresa que a integraram e que dela se utilizaram abusiva e fraudulentamente – Indícios de abuso com a existência de inúmeras execuções fiscais de origem previdenciária contra a devedora e da ineficácia da pretendida nomeação de bens à penhora.

Ementa Oficial: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa tem por finalidade estabelecer a responsabilidade dos sócios que a integram e que dela se utilizaram abusiva e fraudulentamente. São indícios desses abusos a existência de inúmeras execuções fiscais de origem previdenciária (INSS) contra a devedora, a par da reconhecida ineficácia da pretendida nomeação de bens à penhora”³³⁶.

Trata-se de agravo de instrumento para reverter decisão que, em sede de execução fundada em crédito locatício, desconsiderou a personalidade jurídica da empresa executada para atingir o patrimônio pessoal dos sócios, a fim de permitir a penhora de bens particulares. O agravo de instrumento não foi provido, mantendo-se a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica sob o fundamento de que ocorreu o uso abusivo da personalidade jurídica, na medida em que existiam inúmeras execuções fiscais previdenciárias contra a devedora que são indicativas de fraude praticada contra o erário público. Isso demonstrou que, se a pessoa jurídica não fosse desconsiderada, o credor não teria como ver ressarcido seu crédito, que constituiu motivo suficientemente forte para aplicar a desconsideração, como de fato aconteceu.

A grande contribuição do art. 50 é possibilitar a sua aplicação aos variados campos do direito, o que anteriormente já se encontrava em diplomas específicos (CDC, Lei Antitruste etc.) de modo não sistemático. O dispositivo em questão também pacifica o entendimento no sentido da impossibilidade do juiz aplicar a desconsideração de ofício, permitindo, ainda, ao Ministério Público o requerimento da aplicação, mesmo que como simples fiscal da lei. Entendemos que, na concepção do Código Civil de 2002, a desconsideração é um bom remédio a ser aplicado, pretendendo-se resguardar a autonomia da pessoa jurídica, desde que observados certos limites.

³³⁶ 2º TACiv SP – Ag. In. nº 864.470-0/9, 11ª Câ., Rel. Juiz Egidio Giacoia, j. 09.08.2004 (RT, v. 831, n. 322, p. 324).

4.2. Aspectos da teoria da desconsideração no direito brasileiro

4.2.1. Direito do consumidor

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor previu pela primeira vez em nosso ordenamento a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com o art. 28, para desconsiderar a personalidade jurídica é necessário que haja prejuízo por parte do consumidor. Vejamos:

“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.

Parágrafo Primeiro. (Vetado)

Parágrafo Segundo. As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

Parágrafo Terceiro. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

Parágrafo Quarto. As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Como podemos observar, o *caput* do art. 28 traz as hipóteses de desconsideração de maneira genérica, o que, certamente, foge dos pressupostos da desconsideração, uma vez que tais hipóteses são casos de responsabilização direta dos sócios e administradores. As incertezas do texto legislativo originaram diversas críticas por parte de doutrinadores renomados.

Fábio Ulhoa Coelho critica o art. 28 ao afirmá-lo como fonte de incertezas e equívocos. Afirma, ainda, que a má administração mencionada no *caput* do art. 28 também não é caso de desconsideração, mas sim de responsabilidade direta em cima daquele que cometeu erros na condução dos negócios sociais³³⁷.

Muitas das hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor não se encaixam com a teoria da desconsideração, mas sim com subsídios da teoria da aparência, fato próprio, *ultra vires*. É flagrante a pouca correspondência entre a teoria da desconsideração e o previsto no Código de Defesa do Consumidor³³⁸.

De fato, o texto do art. 28, não segue o defendido pela doutrina da desconsideração, pois mistura conceitos com os quais o nosso ordenamento jurídico já prevê remédios próprios. Ao que tudo indica, o legislador teve a intenção de banalizar, vulgarizar a técnica desconsiderante, para torná-la panacéia nacional na defesa do consumidor³³⁹.

Por outro lado, doutrinadores festejam a iniciativa do legislador do Código de Defesa do Consumidor, em face da considerável ampliação e da generalidade de situações suscetíveis de aplicação do código, como o fez Flávia Lefèvre Guimarães, ao enaltecer referido artigo nas seguintes palavras: “Antes de mais nada, deve ser ressaltada e festejada a iniciativa do legislador ao introduzir no ordenamento jurídico a disposição do art. 28, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor”³⁴⁰.

Feitas essas primeiras considerações, devemos explicar de forma sucinta cada uma das possibilidades previstas no art. 28.

O abuso de direito, mencionado no *caput* do art. 28, “deve ser entendido como o exercício de direitos que venham a ferir a finalidade social a que se destina a pessoa jurídica. Segundo Pedro Martins Batista, sempre que um titular de direito escolhe o que é mais danoso para outrem, não sendo mais útil para si ou adequado ao espírito da instituição, comete um ato abusivo”³⁴¹. Aplicando-se ao Código de Defesa do Consumidor, podemos tomar como exemplo a ocorrência do abuso de direito quando o fornecedor, por

³³⁷ Coelho, 2002, p. 51.

³³⁸ Alberton. A desconsideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 19, n. 54, mar. 1992, p. 167-8.

³³⁹ Sztajn. “Desconsideração da personalidade jurídica”. *Revista Direito do Consumidor*, v. 2, mar. 1992, p. 71.

³⁴⁰ Guimarães, 1998, p. 47.

³⁴¹ Alberton, 1992, p. 168.

força de lei ou dos estatutos sociais, puder praticar determinado ato, fazendo-o de modo a prejudicar o consumidor.

Pode-se afirmar que o abuso de direito é um dos únicos pressupostos previstos na legislação consumerista que se coadunam com a desconsideração da personalidade jurídica. Ao contrário de Fábio Ulhoa Coelho, Jorge Lobo entende que a infração à lei também é um dos pressupostos para aplicação da teoria da desconsideração. Para ele, “quando o art. 28 faz referência à ‘infração da lei’, o que pretende e *bem* é tornar o controlador responsável pela infração da lei praticada pela sociedade controlada, que venha a causar danos ao consumidor, não cogitando, por certo, o art. 28 da responsabilidade do controlador por fato próprio”³⁴².

Quanto ao excesso de poder, este se caracteriza quando o ato causador de lesão perante o consumidor seja praticado por quem não tenha poderes previstos em estatuto ou contrato social, sendo causa de responsabilidade pessoal e direta do administrador.

Haverá infração da lei quando ocorrer um fato que viole literal dispositivo de lei. O fato ilícito, segundo De Plácido e Silva, “é pois toda ação ou omissão, de que possa resultar um dano ou prejuízo de outrem, cujos direitos ofendidos estão garantidos pela própria lei”³⁴³. Já o ato ilícito, o autor preceitua como “toda ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia que viole direito alheio ou cause prejuízo a outrem, por dolo ou culpa. (...) A prática de ato ilícito cria para o agente a responsabilidade de ressarcir os danos promovidos, o que será determinado e regulado pela lei civil”³⁴⁴.

A violação do estatuto ou do contrato social acontecerá quando houver prática de atos que ultrapassem o objeto social disposto em contrato. Na verdade, infração à lei, fato ou ato ilícito, e violação dos estatutos ou contrato social também tratam de responsabilidade pessoal e direta do administrador e não de casos de desconsideração, sendo erroneamente inseridos como pressupostos para aplicação da desconsideração.

Falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração também são casos que se enquadram na responsabilidade direta e pessoal do administrador e não no conceito de desconsideração.

³⁴² Lobo. A desconsideração da personalidade jurídica no Código Nacional de Defesa do Consumidor. *O direito na década de 1990: novos aspectos*, 1992, p. 57.

³⁴³ Silva. *Vocabulário jurídico*, 1967, p. 680.

³⁴⁴ Silva, 1967, p. 186.

A má administração nada mais é do que atos de gerenciamento incompetente e que ensejam a responsabilidade direta daquele que o cometeu³⁴⁵.

Os §§ 2º, 3º e 4º do artigo em questão tratam da responsabilidade das empresas por prejuízos causados ao consumidor, de acordo com o tipo de sociedade. No tocante ao grupo societário, se o consumidor for, de alguma forma, lesado e a sociedade não dispor de bens suficientes, mas fizer parte de outro grupo de sociedades, poderá o consumidor cobrar da outra empresa de forma subsidiária. Nas sociedades consorciadas, haverá vínculo de solidariedade na relação de consumo, visando o ressarcimento do consumidor. Já nas sociedades coligadas, o Código do Consumidor admite a responsabilidade da empresa quando ocorrer a culpa. Se caracterizada a culpa da coligada, está responderá solidariamente, conforme arts. 7º, § único, e 25, §1º, do Código do Consumidor.

A inclusão dos §§ supracitados foi alvo de censura por parte daqueles doutrinadores que criticam a inserção da responsabilidade entre as sociedades integrantes de grupos societários, dentro do conceito de descon sideração. Pactua com esse entendimento Fábio Ulhoa Coelho, ao mencionar que:

“Os §§ 2º, 3º e 4º embora tenham sido inseridos no dispositivo referente à descon sideração da personalidade jurídica, tratam de matéria absolutamente estranha a este tema. Cuidam da responsabilidade das sociedades controladas, consorciadas e integrantes de Grupo, atribuindo-lhe ora natureza subsidiária, ora a solidária; cuida, também, das coligadas, reforçando o limite de sua responsabilidade. Desta forma, não versam sobre a descon sideração da autonomia patrimonial de um ou outro tipo de relação entre sociedades, uma vez que estas são especificamente consideradas com a sua personalização jurídica própria”³⁴⁶.

O § 5º do art. 28 diz que “também poderá ser descon siderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Esse parágrafo tem como único pressuposto imputar responsabilidade aos sócios e administradores sempre que o consumidor lesado não conseguir, junto à sociedade devedora, reaver os prejuízos sofridos.

³⁴⁵ Amaro. Descon sideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 20, n. 58, jul. 1993, p. 80.

³⁴⁶ Coelho. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, 1991, p. 144.

Percebe-se que o § 5º do art. 28 não prevê as hipóteses limitadoras da aplicação da desconsideração, previstas no *caput* do mesmo artigo, permitindo a desconsideração a qualquer pretexto sempre que for lesado o consumidor. A inserção do referido parágrafo tem sido criticada por doutrinadores que defendem que ele não pode ser contrário ao seu *caput*, o que torna sem sentido os pressupostos estabelecidos para a desconsideração da personalidade jurídica.

Fábio Ulhoa Coelho adota esse entendimento restritivo e afirma que essa interpretação não pode prevalecer por três motivos: primeiro, porque a pessoa jurídica só terá sua autonomia patrimonial desprezada quando ocorrer fraude ou abuso de direito, sendo que a simples insatisfação do credor não dá ensejo à aplicação da teoria da desconsideração; segundo, porque aceitar o § 5º seria negar a existência do *caput* do art. 28, que define as hipóteses autorizadoras da desconsideração; e, em terceiro, porque a interpretação dada ao parágrafo em comento equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no direito do consumidor³⁴⁷.

Por isso é que dito doutrinador entende que o dispositivo em questão é “pertinente apenas às sanções impostas ao empresário, por descumprimento de norma protetiva dos consumidores, de caráter não pecuniário. Por exemplo, a proibição de fabricação de produto e a suspensão temporária de atividade ou fornecimento”³⁴⁸.

Por outro lado, existem entendimentos no sentido de que o § 5º do art. 28 do Código do Consumidor veio tão somente para ampliar o previsto no *caput*. Perfilham tal entendimento Flávia Lefèvre Guimarães, Susy Elizabeth Cavalcante Koury, dentre outros.

Não temos dúvida de que a tendência na interpretação é a que dispensa maior proteção ao consumidor, tendo em vista sua natural hipossuficiência, aplicando-se com mais frequência a desconsideração no Código do Consumidor do que no Código Civil, cujos pressupostos na legislação consumerista, como acabamos de mostrar, são bem mais flexíveis. Carlos Alberto Menezes Direito afirma que realmente o § 5º do art. 28 tem uma interpretação muito ampla, porém ele não vê em referido parágrafo vício ao ponto de torná-lo pernicioso. Segundo Direito, a jurisprudência³⁴⁹ sempre acha um caminho que

³⁴⁷ Coelho, 2002, p. 51-2.

³⁴⁸ Coelho, 2002, p. 52.

³⁴⁹ REsp. nº 252.759/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. 12.09.2000, DJ de 27.11.2000, p. 157; REsp. nº 158.051/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 22.09.1998, DJ de 12.04.1999, p. 159; REsp. nº 63.981/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 11.04.2000, DJ de 20.11.2000, p. 296.

limita os excessos e consolida uma interpretação equilibrada, de tal modo que a incidência do § 5º seja interpretada nos limites da proteção do consumidor³⁵⁰.

No entanto, a proteção ao consumidor não pode desvirtuar o próprio conceito de desconsideração como acontece com a redação dada pelo art. 28, sendo certo que referido dispositivo legal trata de diversas hipóteses previstas em nosso ordenamento e não propriamente da teoria da desconsideração.

4.2.2. Direito do trabalho

Alguns doutrinadores invocam que o § 2º, do art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que determina a responsabilidade solidária entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, é a introdução da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Segundo dispõe referido artigo: “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”.

Flávia Lefèvre Guimarães afirma que a CLT introduziu a desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho, ainda que de forma muito abrangente. Ressalta que o art. 2º da CLT não exige a prova de fraude e nem de abuso para que empresas do grupo da empregadora sejam responsáveis pelos débitos trabalhistas, bastando que todas façam parte do mesmo conglomerado para serem solidariamente responsáveis³⁵¹.

Consoante Amador Paes de Almeida:

“nenhum ramo do direito se mostra tão adequado à aplicação da teoria da desconsideração do que o direito do trabalho, até porque os riscos da atividade econômica, na forma da lei, são exclusivos do empregador (...). No direito do trabalho a teoria da desconsideração da pessoa jurídica tem sido aplicada pelos juízes de forma ampla, tanto nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, como em casos de violação da lei ou do contrato, ou, ainda,

³⁵⁰ Direito, 2003, p. 92.

³⁵¹ Guimarães, 1998, p. 35-6.

na ocorrência de meios fraudulentos, e, inclusive, na hipótese, não rara, de insuficiência de bens da empresa, adotando, por via de consequência, a regra disposta no art. 28 do Código de Proteção ao Consumidor³⁵².

A desconsideração é aplicada de forma ampla no direito do trabalho para aqueles que entendem ser inadmissível qualquer obstáculo para proteger os interesses do empregado. Na verdade, estes doutrinadores defendem que a individualidade jurídica preservada pelas empresas de um grupo econômico não poderia ser prestigiada em face da relação de trabalho com o empregado.

Ocorre, entretanto, que os pressupostos da desconsideração não se coadunam com as hipóteses do § 2º, do art. 2º, da CLT. Como já sabemos, a teoria da desconsideração é entendida como a possibilidade de declarar a ineficácia episódica da distinção patrimonial entre a sociedade e seus sócios, o que não se aplica no artigo em questão, já que a distinção patrimonial, neste caso, resta intacta. O que realmente acontece é a imposição legal de responsabilidade solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico que, em virtude de um postulado maior que norteia o direito do trabalho, que é a proteção do hipossuficiente econômico, responsabiliza solidariamente as empresas.

Luciano Amaro é um dos que acreditam que o § 2º, do art. 2º, da CLT não se enquadra nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de responsabilidade solidária das empresas que compõem o grupo econômico. Para ele, a CLT não requer a existência de comprovação da fraude e do abuso de direito para as empresas que não sejam empregadoras, mas que elas façam parte do mesmo grupo econômico para que possam ser responsabilizadas pelos débitos trabalhistas da empregadora direta. O que interessa à CLT é que simplesmente exista o grupo para que todas sejam solidariamente responsáveis³⁵³.

Com efeito, o § 2º do art. 2º busca tão somente estabelecer a responsabilidade solidária entre empresas componentes do mesmo grupo econômico para a satisfação de dívidas trabalhistas. Ressaltamos, mais uma vez, que a aplicação da teoria da desconsideração ocorre somente em caráter excepcional, quando constatado o abuso de direito, fraude, ou a tentativa de furtar-se ao cumprimento de uma norma jurídica, o que não se vislumbra no caso do art. 2º da legislação trabalhista.

³⁵² Almeida, 2004, p. 194.

³⁵³ Amaro, 1993, p. 72.

Concluimos que a confusão ao considerar referido artigo como caso de desconsideração tenha se dado pelas conseqüências práticas trazidas pelo dispositivo. Realmente, a responsabilidade solidária acarreta teoricamente a reunião patrimonial das empresas, sem, entretanto, desconstituir sua personificação societária. E, nesse sentido, há flagrante diferença entre desconsideração e previsão de responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo, já que o primeiro conceito é instrumento utilizado para coibir condutas ilícitas, abusivas e fraudulentas, e o segundo decorre do princípio protetor do direito do trabalho.

Fato é que a aplicação da desconsideração na Justiça do Trabalho não está prevista no § 2º, art. 2º, da CLT, o que não significa dizer que não pode ser aplicada. Também deve obedecer aos critérios gerais do dispositivo legal aplicável, notadamente no que se refere à excepcionalidade. Em outras palavras, não basta demonstrar a insuficiência patrimonial da sociedade empregadora para ensejar a desconsideração, o que, como vimos, é defendido por muitos autores.

Na verdade, para se aplicar a desconsideração no âmbito trabalhista devem ser seguidos os pressupostos determinados no art. 50 do Código Civil de 2002, quais sejam, confusão patrimonial e desvio de finalidade. A aplicação irrestrita da desconsideração apenas em virtude da insuficiência patrimonial da sociedade, sem a observância dos preceitos previstos no art. 50, conduziria à insegurança das relações, à descaracterização do próprio instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Esse, inclusive, é o entendimento de Sergio Pinto Martins, mencionado na obra de Bruschi, quando afirma existir omissão na CLT quanto à aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, entendendo que seus arts. 10 e 448 não tratam exata e diretamente do assunto. Segundo ele, é aplicável o art. 50 do Código Civil de 2002, desconsiderando a pessoa da empresa, e passando a incidir a penhora sobre os bens particulares de seus sócios³⁵⁴.

Ives Gandra da Silva Martins Filho esclarece que a desconsideração da personalidade jurídica em matéria trabalhista só pode ser invocada quando comprovada a fraude. Traz em sua obra ensinamentos de Francisco das Chagas Lima Filho, magistrado trabalhista no Mato Grosso do Sul, que afirma:

³⁵⁴ Bruschi, 2004, p. 66.

“A teoria da desconsideração da pessoa jurídica somente poderá ser invocada quando o ato praticado em nome da sociedade é em si mesmo ilícito, porque decorrente de fraude ou abuso da autoridade patrimonial. Apenas quando houver ocultação da pessoa atrás da personalização do ente moral, com o objetivo de fugir ao cumprimento das obrigações legais ou contratuais dela própria, é que se poderá arguir tal teoria, e não como se tem postulado.

Na hipótese de violação do contrato social ou da lei, ou quando o sócio controlador ou gerente agir com excesso, incidirão as regras dos artigos 10, do Decreto Lei n. 3.708/19 ou 117, e 158 da Lei n. 6.404/76, se o caso. Porém, para que se possa alcançar o patrimônio particular do sócio por dívidas da sociedade, é indispensável seja ele citado para execução. Impossível penhorar-se desde logo os seus bens particulares, pena de violação ao princípio constitucional do devido processo legal”³⁵⁵.

Controvertido, contudo, tem sido o alcance e os critérios de aplicação da desconsideração no caso prático. Para determinados juristas, a desconsideração pode ser aplicada sempre que frustrado o crédito trabalhista. Já outros doutrinadores defendem que a correta aplicação deve ser de forma excepcional³⁵⁶.

Roberto Fragale Filho, ao analisar decisões do TST, observou alguns pontos na conduta dos Tribunais. O primeiro deles diz respeito ao conflito existente nas decisões entre o princípio de proteção ao trabalhador e o princípio de distinção entre pessoas físicas e jurídicas. O segundo ponto é a hesitação do Tribunal Superior do Trabalho em aplicar a desconsideração somente para os casos de coibição de fraude e abuso de direito. Em outras palavras, o TST protege os direitos do trabalhador, ainda que isso importe em violar o

³⁵⁵ Martins Filho. A responsabilidade solidária dos sócios ou administradores ante as dívidas trabalhistas da sociedade. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, v. 10, n. 20, set. 2000.

³⁵⁶ “A possibilidade jurídica do emprego do instituto jurídico relativo à Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica deve ficar adstrita à observância de alguns pressupostos indispensáveis à sua salutar função, sob pena de, ainda que imbuído de um espírito benéfico, o magistrado desviar-se de princípios constitucionais caros ao processo de democratização do direito, pondo em risco cânones fundamentais, quais sejam a existência da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, fazendo, inclusive, cair por terra, a própria vida e disseminação dos entes abstratos, cuja existência é indispensável no atual estágio das relações sociais” (TRT, 5ª Região, 1ª T., Rel. Juiz Roberto Pessoa, Ac. nº. 8.082/01, *DOJ* de 09.05.2001). Em sentido contrário: “Execução trabalhista – Sociedade por quotas de responsabilidade limitada – Responsabilização dos sócios – Teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Necessidade de se fazer, quanto à análise desta teoria, uma mitigação na Justiça do Trabalho. Tendo em vista o princípio de proteção ao hipossuficiente nesta especializada e o fato de não poder o empregado ser responsabilizado pelos riscos do empreendimento, deve-se, abrandando a análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, responsabilizar os sócios da mesma pelos débitos trabalhistas, ademais, quando o executado não indica bens livres e desembaraçados da sociedade (art. 596, § 1º, do CPC) e nem faz prova da inexistência dos pressupostos apontados nos arts. 10 do Dec. nº. 3.708/19 e 28 do CDC – Lei nº. 8.078/90)” (TRT 20ª Região, Tribunal Pleno, Rel. Juiz Carlos Alberto Pedreira Cardoso, Ac. nº. 1.111/01, *DOJ* de Sergipe – 16.06.2001).

princípio da autonomia da pessoa jurídica e em não aplicar a desconsideração nos casos realmente previstos no ordenamento jurídico (fraude e abuso)³⁵⁷.

Como se vê, a desconsideração da personalidade jurídica na órbita do Direito do Trabalho deve ser vista com bastante cautela, devendo ser investigado, no caso concreto, o desvio de função da pessoa jurídica. Certo é que o princípio protetor que norteia a legislação trabalhista tem a tendência de potencializar alguns institutos sem, entretanto, desnaturá-los ou afastá-los de seu próprio fundamento. A hipossuficiência econômica deve ser medida com os demais princípios do ordenamento jurídico na interpretação de dispositivos legais. No caso da desconsideração, o princípio protetor deve estar atrelado ao combate da má utilização da pessoa jurídica.

4.2.3. Direito tributário

A doutrina da desconsideração no Direito Tributário apresenta uma diferença dos demais ramos do direito, que é a decorrente do princípio da legalidade³⁵⁸, que por sua vez exige a expressa previsão da doutrina na legislação tributária para que possa ser aplicada. Essa característica, própria do Direito Tributário, impede o fisco de alcançar terceiros quando a lei expressamente não autorize. Evidentemente, como demonstraremos abaixo, os demais elementos autorizadores da desconsideração devem estar presentes, como a fraude ou o abuso³⁵⁹.

Não obstante o princípio da legalidade no Direito Tributário, é cediço que o legislador, precavido contra aludido princípio, procurou resguardar o Fisco de normas legais que contivessem disposições autorizadas do princípio da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar sócios, controladores, administradores, como, por exemplo, (i) em razão de lucros distribuídos disfarçadamente, como determinam os arts.

³⁵⁷ Fragale Filho. A desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil e sua repercussão nas relações trabalhistas. *Revista de Legislação do Trabalho*, v. 67, n. 3, mar. 2003, p. 286.

³⁵⁸ Pessoas investidas de poder público só podem fazer ou deixar de fazer o que estiver expressamente previsto em lei, ao contrário do direito privado, através do qual as pessoas podem fazer ou deixar de fazer o que pretenderem, salvo vedação prevista em lei.

³⁵⁹ Santos. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: diretrizes à execução trabalhista: artigo 50 do Novo Código Civil e sua aplicação trabalhista*, 2003, p. 151.

60, 61 e 62 do Decreto Lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977, que dispõe sobre o imposto sobre o lucro das pessoas jurídicas; (ii) o art. 8º do Decreto Lei 2.065, de 26 de outubro de 1983, que aborda sobre a diferença verificada nos resultados da pessoa jurídica, seja por omissão de receita ou outro procedimento que implique redução no lucro líquido do exercício; e (iii) os arts. 134, VII, 135, III, e 124, todos do Código Tributário Nacional, que dispõem sobre a responsabilidade de sócios e administradores³⁶⁰.

Osmar Vieira da Silva, ao comentar os artigos supramencionados, afirma que:

“o que se procurou nesses casos foi desconsiderar a personalidade nos casos em que se praticam atos em que exista disfarçadamente a distribuição de lucro para o acionista controlador através de uma outra pessoa jurídica pertencente ao mesmo sócio, ou a interposição de uma pessoa jurídica entre o sócio controlador e a pessoa jurídica ou ainda quando o sócio tem interesse direto ou não nessa sociedade intermediária”³⁶¹.

Alguns doutrinadores entendem que a desconsideração não pode ser aplicada no âmbito do Direito Tributário (i) por não haver previsão expressa na legislação tributária – princípio da legalidade; (ii) por acreditarem que o princípio da separação patrimonial persiste mesmo perante as obrigações tributárias; e (iii) por defenderem que os dispositivos legais tributários que tratam da matéria não se utilizam do fundamento da desconsideração, mas da responsabilidade solidária. Já outros doutrinadores perfilham o entendimento de Osmar Vieira da Silva e acreditam que os dispositivos legais trazidos na legislação tributária são casos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Marçal Justen Filho³⁶² e Edmar de Oliveira Andrade³⁶³, defendem que não é aplicável a teoria da desconsideração em matéria tributária, uma vez que não há expressa previsão legal.

Gerci Giareta também se enquadra dentre aqueles autores que defendem que a desconsideração não pode ser aplicada em matéria tributária, pois o princípio da separação persiste perante as obrigações tributárias. Segundo ele, “este dispositivo, embora revele indícios da despersonalização, mesmo assim não contraria o princípio da separação.

³⁶⁰ Santos, 2003, p. 151-3

³⁶¹ Silva. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, 2002, p. 153.

³⁶² Justen Filho, 1987, p. 108.

³⁶³ Andrade Filho. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*, 2005, p. 77.

É que, nos casos especiais, os sócios respondem subsidiariamente, por ato próprio, por descumprimento das obrigações para com a sociedade e para com a Fazenda Pública, por ato próprio”³⁶⁴.

Na verdade, os arts. 124, 134 e 135 do Código Tributário Nacional, não se enquadram em hipóteses de desconsideração. A sociedade, quando sujeito passivo de obrigação tributária, é una e só perante esta sociedade será possível vislumbrar alguma relação solidária que dentre os sócios possa existir, em virtude do tipo societário adotado e não por conta da desconsideração que a qualifique como tal³⁶⁵.

Desconsideração e imputação da responsabilidade tributária não podem se confundir. A responsabilidade caracteriza-se por ato malicioso do sócio, administrador ou gerente que deixa de cumprir suas obrigações perante o fisco, sendo que somente aquele que cometeu o ato pode ser responsabilizado, o que não envolve qualquer quebra ao princípio da autonomia da pessoa jurídica entre a sociedade e seus membros. Em outras palavras, os dispositivos previstos no Código Tributário são típicos casos de imputação, na medida em que responsabilizam os sócios pelas obrigações tributárias da sociedade.

Em contrapartida, outros doutrinadores defendem que os dispositivos legais acima mencionados tratam de desconsideração da personalidade jurídica. Dentre eles, Rui Celso Reali Fragoso, ao pensar que “o apoio legal para a desconsideração vem da aplicação direta da lei, quer pelos mencionados dispositivos legais, que por aqueles mais genéricos que regulam a eficácia de qualquer ato jurídico”³⁶⁶.

O fato de os artigos 124, 134 e 135 do Código Tributário Nacional não se enquadrarem, a nosso ver, em típicos casos de desconsideração, não significa dizer que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não possa ser aplicada em outras situações que não nas previstas nesses dispositivos, mas é imperioso ressaltar que esta também é uma questão polêmica.

Existem aqueles que entendem que a desconsideração é modalidade de responsabilidade e, diante disso, é aplicável no direito tributário. Segundo Flávio Couto Bernardes:

³⁶⁴ Giareta. O Código de Defesa do Consumidor e a invocação imprópria da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 55, jul. 1992, p. 300.

³⁶⁵ Tôres. Regime Tributário da Interposição de Pessoas e da Desconsideração da Personalidade Jurídica: os Limites do art. 135, II e III, do CTN. *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*, 2005, p. 59.

³⁶⁶ Fragoso. Da desconsideração da personalidade jurídica. *Justitia*, v. 146, abr./jun. 1989, p. 81.

“naturalmente que o pedido formulado em juízo para a desconsideração deverá estar acompanhado da verificação de ocorrência dos requisitos deste instituto pelo servidor competente, no âmbito do processo tributário administrativo, da respectiva intimação do responsável e da posterior correção do título executivo. As alegações não podem ser formuladas aleatoriamente em juízo, devem estar precedidas de todos os atos necessários à imputação do dever jurídico tributário”³⁶⁷.

Já outros autores defendem que a desconsideração, embora aplicável no âmbito tributário, não é necessária, uma vez que as modalidades de responsabilidade tributária previstas no Código Tributário Nacional já alcançam todas as situações em que a desconsideração se aplica.

Acreditamos que a desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária, para aqueles que entendem que ela deva ser aplicada, precisa ser vista com muita cautela e desde que observados todos os pressupostos ensejadores da aplicação de referida teoria.

4.2.4. Direito comercial

Podemos afirmar que a aplicação da doutrina da desconsideração no direito brasileiro, ocorrida há tempos, deu-se em virtude de questões envolvendo o direito societário, o que levou Rubens Requião a proferir importante conferência sobre o tema.

Tanto na Lei das Sociedades Anônimas quanto no Código Civil, existem diversas previsões de responsabilização de sócios e administradores, decorrentes de atos pessoalmente praticados que, no nosso entender e no da maioria dos doutrinadores, não tratam de casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Haveria a hipótese de aplicação da desconsideração nos casos em que sócios e/ou administradores se utilizarem da pessoa jurídica com a intenção de prejudicar

³⁶⁷ Bernardes. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade no direito tributário – uma análise comparativa com o instituto da responsabilidade tributária. In: *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*, 2005, p. 465.

terceiros, demais sócios e a própria sociedade, o que não vislumbramos nas hipóteses a seguir estudadas. O que nos parece claro é que a aplicação da doutrina da desconsideração não está descartada pelo fato de os artigos da Lei das S/A e da Sociedade Limitada, que veremos a seguir, tratarem de típicos casos de responsabilidade civil. Toda vez que a pessoa jurídica for utilizada para causar prejuízos e não se tratar de casos típicos de imputação direta da responsabilidade, a teoria da desconsideração deve ser aplicada, prescindida da análise do específico caso concreto.

Na Lei de Sociedades por Ações, os arts. 116, 117, 246 e 158, dentre outros, versam sobre a responsabilidade do sócio controlador, da sociedade controlada e de seus administradores, porém, repita-se, não se pode afirmar que referidos dispositivos guardam correlação com a teoria da desconsideração.

Segundo Luciano Amaro:

“a lei das Sociedades Anônimas, com o objetivo de evitar prejuízos para minoritários ou para terceiros, credores da companhia, contempla situações de responsabilidade pessoal, subsidiária ou solidária de terceiros, a fim de evitar abusos que pudessem ser praticados com a utilização da pessoa jurídica. Confirmam-se, por exemplo, as disposições sobre abuso do direito de voto e conflito de interesses constantes dos arts. 115 a 117; veja-se, ainda, exemplo de responsabilidade solidária no art. 233, que protege o interesse de credores da sociedade cindida; exemplo de responsabilidade subsidiária (da controladora por obrigações da controlada) encontra-se no art. 242”³⁶⁸.

E continua, ao preceituar que:

“quando a lei cuida de responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou pessoal dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, ou quando ela proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso desconsiderar a empresa, para imputar as obrigações aos sócios, pois, mesmo considerada a pessoa jurídica, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre do preceito legal. O mesmo se diga se a extensão de responsabilidade é contratual. De igual modo, quando se põe a questão da responsabilidade do acionista controlador, por abuso de poder (Lei n 6.404/76, art. 117), não se deve cogitar de nenhuma desconsideração da pessoa jurídica; o problema é de

³⁶⁸ Amaro, 1993, p. 73.

responsabilidade civil do acionista que, agindo ilicitamente, responde pelos danos que causar”³⁶⁹.

Já Marçal Justen Filho, ao contrário de Amaro, entende que o art. 117, alínea *f*, prevê a hipótese de desconsideração. Segundo ele:

“o art. 117, alínea ‘f’, prevê a desconsideração da personalidade jurídica societária, ao dispor caracterizar-se o abuso de poder por parte do acionista controlador quando pratica as condutas vedadas através de uma sociedade ‘na qual tenha interesse’. Haverá a desconsideração máxima, para atribuir-se ao acionista controlador as condutas praticadas por intermédio da sociedade instrumental. Fora essas regras (e outras) que prevêm diretamente a desconsideração, podemos extrair o cabimento da aplicação da teoria em inúmeros outros casos. Pode-se afirmar que todas as regras da Lei das Sociedades Anônimas que imponham a obrigatoriedade da realização de um determinado resultado ou determinem a impossibilidade da ocorrência de um certo evento (ou seja, quando se tratar de regras imperativas ou proibitivas), autorizam e exigem a desconsideração se a frustração de seu comando decorrer da aplicação do regime da personificação societária”³⁷⁰.

Entendemos que considerar os arts. 116, 117 e 246 como casos típicos de desconsideração é um grande equívoco. Seria, inclusive, desvirtuar o princípio da desconsideração da personalidade jurídica que não pode ser aplicado quando é cristalina, como nos dispositivos em apreço, a hipótese de imputação direta de responsabilidade ao sócio controlador e à sociedade controlada.

O art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas dispõe sobre a responsabilidade do administrador da sociedade. Podemos inferir as seguintes regras no tocante à responsabilidade dos sócios e administradores: i) é sempre presumida a responsabilidade dos diretores quando houver violação da lei ou dos estatutos; ii) responderá civilmente o administrador pelos danos que causar quando agir, dentro de suas atribuições e poderes, com dolo ou culpa ou com violação da lei ou do estatuto; iii) somente estará isento o administrador que, discordando da prática de determinado ato, consignar referida divergência em ata de reunião ou, impedido/impossibilitado de participar, cientificar por

³⁶⁹ Amaro, 1993, p. 74.

³⁷⁰ Justen Filho, 1987, p. 148-9.

escrito aos órgãos de administração; iv) o administrador não será responsável por atos ilícitos praticados por outros administradores, salvo se for conivente; e v) responderá solidária e subsidiariamente o administrador que, ciente de irregularidades praticadas por seu antecessor, não comunicar a assembléia.

Referido dispositivo também não consagra a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim trata de imputação direta do administrador. O administrador, dentre outros deveres, precisa obedecer ao disposto em lei e no estatuto, devendo agir no limite de seu objeto social, sob pena de responder pelos atos praticados *ultra vires* (art. 158, II). Façamos aqui, uma breve consideração sobre os atos *ultra vires*.

Ato *ultra vires* é aquele praticado pelo administrador em desacordo com a atividade-fim da empresa³⁷¹.

“Assim, a prática de um ato, que não tenha qualquer relação com o objeto social e que esteja vedada pelo estatuto, não é simplesmente um abuso da razão social, mas uma prática *ultra vires* (...). Portanto, a nosso ver, um ato será classificado como *ultra vires* quando, de qualquer forma, exceder os limites estatutários, seja por ser estranho ao objeto social, seja por não estar expressamente autorizado pelo estatuto, ou seja, por estar vedado pelo mesmo”³⁷².

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

“a teoria *ultra vires* postula a nulidade dos atos praticados em nome da sociedade, mas estranhos ao objeto social. No direito brasileiro, a Lei das Limitadas, desde 1919, contempla dispositivo que afasta a adoção dessa teoria. Entre nós, a sociedade limitada responde por todos os atos praticados em seu nome, ainda que extravagantes ao objeto social. Não se pode dizer que o direito brasileiro tenha adotado a *ultra vires doctrine*, nem mesmo quando ela gozava de prestígio nos países em que se criou e difundiu. (...) de modo geral, os problemas relacionados à extrapolação dos limites do objeto social têm sido examinado à luz da teoria da aparência, com vistas à proteção dos interesses dos terceiros de boa-fé que contratam com sociedades”³⁷³.

³⁷¹ Barbi Filho. Apontamentos sobre a teoria “ultra vires” no direito societário brasileiro. *Revista Forense*, ano 85, v. 305, fev./mar. 1989, p. 24.

³⁷² Barbi Filho, 1989, p. 25

³⁷³ Coelho, 2002, p. 447.

Em razão da proteção aos terceiros de boa-fé, não se pode afirmar de forma categórica que são nulos os atos praticados além do objeto social e do estatuto, pois a adoção sem qualquer restrição de referida teoria traria extrema insegurança para aqueles que de boa-fé contrataram com as sociedades comerciais, já que ficariam sem qualquer garantia aos direitos adquiridos na transação realizada por aqueles que extrapolaram os poderes previamente estabelecidos³⁷⁴.

Por fim, não podemos confundir a teoria da desconsideração com a teoria *ultra vires*. A pessoa jurídica age por intermédio de atos que se exteriorizam através daqueles praticados pelos diretores e administradores, que são sujeitos de direitos e obrigações, com capacidade de agir em nome próprio pela sociedade. Já a teoria *ultra vires* é pautada no objeto social, formado pela atividade e pelo fim da empresa, sendo que serão considerados *ultra vires* os atos que estiverem em desacordo com a atividade ou finalidade da empresa quando violarem estatutos ou contratos sociais³⁷⁵.

Na Sociedade Limitada existem dispositivos legais que prevêm a responsabilidade do administrador e da sociedade. Por exemplo, dentre outros, (1) o art. 1.016, que prevê a responsabilidade dos administradores perante a sociedade por culpa no desempenho de suas funções; (2) o art. 1.036, que prevê a responsabilidade do administrador em caso de dissolução da sociedade; (3) o art. 1.015, que prevê a responsabilidade dos administradores e da sociedade pela prática de atos excedentes ao objeto social; (4) o art. 1.070 c/c 1.016, que prevê a responsabilidade dos integrantes do Conselho Fiscal; e (5) as hipóteses que prevêm a responsabilidade do administrador e da sociedade perante terceiros.

Ocorre que em todos esses casos, também não se vislumbra o desvirtuamento da pessoa jurídica ou seu uso abusivo, a fim de ensejar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Nessas situações, o que realmente acontece é o comportamento do sócio ou do administrador em desacordo com a lei ou o contrato, o que gera sua responsabilidade pessoal pelo ato cometido.

Mas os entendimentos não são unânimes. Existem doutrinadores que defendem que os casos de imputação de responsabilidade dos sócios são casos de aplicação da teoria da desconsideração.

³⁷⁴ Barbi Filho, 1989, p. 26.

³⁷⁵ Silva, 1999, p. 147.

Adalberto Pasqualotto enumera hipóteses às quais entende ser aplicável a teoria da desconsideração e, dentre elas, enquadra o art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas³⁷⁶. Da mesma forma, Clóvis Ramalhete cita dispositivos legais de aplicação da desconsideração como, por exemplo, o art. 10 da antiga Lei das Limitadas. Menciona, ainda, o art. 2º da CLT como desconsideração da personalidade jurídica³⁷⁷.

Irineu Mariani também entende que o art. 158 da Lei de Sociedades Anônimas é uma hipótese legal de desconsideração e não de imputação direta da responsabilidade aos administradores. Segundo ele:

“foram recolhidas algumas hipóteses legais de desconsideração da personalidade jurídica. O Dec. 3.708/19, que rege as sociedades por cotas, declara que os sócios-gerentes respondem solidária e ilimitadamente com a sociedade, perante terceiros, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei (art. 10), princípio que também encontramos na Lei 6.404/76, que regula as sociedades anônimas (art. 158), e na CLT, quando a empresa ou várias delas se encontram sob o controle ou administração de outra (art. 2º, § 2º)”³⁷⁸.

Como tratamos no início da abordagem deste tema, hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração no ramo do direito comercial podem existir desde que não se trate de casos de imputação direta da responsabilidade de sócios e/ou administradores, mas sim da utilização da pessoa jurídica como mecanismo para prejudicar terceiros.

Importante abordarmos, por fim, que a Lei de Falência não contém dispositivo que se relacione com a teoria da desconsideração. Porém, antes da positivação dessa teoria em nosso ordenamento jurídico, seja no Código de Defesa do Consumidor, na Lei do Meio Ambiente, ou no próprio Código Civil, a desconsideração, há muito tempo, já era aplicada por nossos tribunais. Da mesma forma, isso acontece na falência, ou seja, em determinadas situações aplica-se a desconsideração, ainda que sem previsão expressa,

³⁷⁶ Pasqualotto. Desvio da pessoa jurídica. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 47, nov. 1989, p. 208.

³⁷⁷ Ramalhete, 1986, p. 81.

³⁷⁸ Mariani. A desconsideração da pessoa jurídica – Contribuição para seu estudo. *Revista dos Tribunais*, ano 76, v. 622, ago. 1987, p. 52.

afastando-se a personalidade jurídica da sociedade falida para alcançar o patrimônio de seus sócios ou de outra sociedade, como demonstram os precedentes a respeito do tema³⁷⁹.

Pelas jurisprudências estudadas, podemos observar que a desconsideração tem sido decidida incidentalmente no processo de falência. Ocorre que, com a nova Lei de Recuperação Judicial e Falência, Lei 11.101 de 09/02/2005, será necessário, de acordo com o art. 82, que seja ajuizada ação de responsabilização dos sócios através do procedimento ordinário, cuja competência será do juízo universal da falência. O prazo prescricional para o ajuizamento dessa ação será de dois anos, a partir do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

A defesa do sócio deverá acontecer, com a promulgação da Lei 11.101 de 09/02/2005, nos autos da ação de responsabilização dos sócios que deverá ser intentada pelo credor, aplicando-se as regras próprias do procedimento previstas nos arts. 297 e ss do Código de Processo Civil.

³⁷⁹ STJ – ROMS nº 16.105/GO, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 18.08.2003; TJSP – Ag. In. nº 237.168-4/4, 3ª Câmara, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 08.10.2002, *DOJSP* de 05.12.2002 (Repertório de Jurisprudência IOB – Civil, Processual, Penal e Comercial, nº 09/2003, v. III, p. 212); TJSP – Ag. In. nº 237.168-4/4, 3ª Câmara, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 08.10.2002, *DOJSP* de 05.12.2002 (Repertório de Jurisprudência IOB – Civil, Processual, Penal e Comercial, nº 09/2003, v. III, p. 212).

5. PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

5.1. Introdução

O desvio de finalidade e a confusão patrimonial são inovações trazidas com a positivação da teoria da desconsideração no Código Civil de 2002 que, a nosso ver, teve o condão de orientar os aplicadores de direito e, principalmente, os julgadores na correta aplicação de referida teoria.

De acordo com o 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 abuso da personalidade jurídica trazida no art. 50 nada mais é do que uma espécie do abuso de direito. Segundo Ana Caroline Santos Ceolin, o abuso da forma jurídica é uma modalidade do abuso de direito³⁸⁰, que trataremos de definir mais adiante.

Com efeito, o art. 50 visa reprimir o abuso de direito cometido através da manipulação da pessoa jurídica. Não podemos esquecer que as hipóteses de fraude cometida com abuso da personalidade jurídica também estão inseridas no art. 50, já que a fraude é uma forma de abuso. Ora, se a ordem jurídica reprime o abuso, não faria sentido não o reprimir em relação à fraude, que requer *animus* mais acentuado de prejudicar³⁸¹.

Certo é que se abusa da personalidade jurídica quando se excederem os limites impostos pelo fim econômico e social do direito à personalidade jurídica. Os princípios vertentes variarão conforme a finalidade da sociedade. Por exemplo, se a sociedade for empresária, entrará em jogo o princípio da função social da empresa ou o

³⁸⁰ Ceolin. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, 2002, p. 24.

³⁸¹ Andrade Filho, 2005, p. 84.

princípio da função social da propriedade. O excesso aos limites impostos por tais princípios só será manifesto se a personalidade jurídica for utilizada para uma finalidade ilegítima; ou se ela constituir um meio ineficaz para atingir finalidade legítima; ou se existir outra forma, que não a personalidade jurídica, capaz e menos onerosa para a realização da finalidade legítima; ou se até mesmo o sacrifício imposto pela personalidade jurídica for desproporcional à finalidade perseguida.

Passaremos então a verificar o sentido da definição legal dada pelo art. 50, que caracteriza o abuso da personalidade jurídica pelo desvio de finalidade e pela confusão patrimonial.

5.2. Desvio de finalidade

Carlos Henrique Zangrando define o desvio de finalidade como:

“prática de certos atos pelos administradores que, embora atuando nos limites de seus poderes, desvirtuam seus objetivos ou suas finalidades, afastando-as daquelas esperadas pela lei ou desejadas pelo interesse social. Seria, portanto, a violação ideológica da lei ou do bem comum, colimando o administrador da empresa fim não desejado pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para prática de um ato de administração na empresa, aparentemente legal”³⁸².

No entendimento de Luiza Rangel de Moraes, o desvio de finalidade “ocorre quando o autor do ato, embora atuando nos limites de sua competência, o pratica por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei ou, por outras palavras, a violação material e moral da lei”³⁸³.

³⁸² Zangrando. A prescrição da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade e o Novo Código Civil brasileiro. *Revista LTr*, v. 67, n. 6, jun. 2003, p. 663.

³⁸³ Moraes. Considerações sobre a teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica e sua aplicação na apuração de responsabilidades dos sócios e administradores de sociedades limitadas e anônimas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 25, jul./set. 2004, p. 36.

Para Edmar Oliveira Andrade Filho, “o desvio de finalidade corresponde ao uso anormal da pessoa jurídica que consiste no desvirtuamento da sua finalidade institucional. À idéia de finalidade convém o conceito de função de modo que o desvio de finalidade seria, em verdade, um problema de disfunção no uso da pessoa jurídica”³⁸⁴.

A função da pessoa jurídica pode estar relacionada com o objeto social da pessoa jurídica ou pode ser referida como instituição, ou seja, como a finalidade inerente às pessoas coletivas em geral, como instituições que fazem parte de uma comunidade³⁸⁵.

Em outras palavras, podemos dizer que um dos limites impostos ao exercício do direito de personalidade jurídica é a finalidade ou função de tal direito. Segundo Comparato, as pessoas jurídicas só podem ser consideradas dinamicamente, ou seja, pela função que exercem, sendo que o desvio da função implica a desconsideração. Segundo ele:

“Em toda pessoa jurídica há, pois, dois elementos fundamentais a considerar: a finalidade e os poderes para consegui-la. Toda função, com efeito, supõe poder próprio, competência. Da função geral da pessoa jurídica, ligada ao seu fim, decorrem funções particulares dos que são legitimados a atuar em vista desse fim, os funcionários. Mas enquanto a designação destes é submetida à vontade concreta dos homens, a definição daquelas – tanto da função geral como das funções particulares – é atribuída pela regra geral, lei ou estatuto”³⁸⁶.

Portanto, tem razão de ser o fato de o art. 46, I, do Código Civil de 2002, determinar que o registro de constituição da pessoa jurídica deva declarar os fins desta. Se a finalidade da pessoa jurídica for econômica, será considerada uma sociedade e, sendo uma sociedade empresária, por exemplo, o objeto será o exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (arts. 966 e 982 do Código Civil de 2002). Se a finalidade da pessoa jurídica não for de cunho econômico, o art. 53 do mesmo Código define que a união de pessoas organizadas para tais fins constitui uma associação. Na mesma linha, se a finalidade for religiosa, cultural ou de assistência, a pessoa jurídica será uma fundação (art. 62).

³⁸⁴ Andrade Filho, 2005, p. 113.

³⁸⁵ Andrade Filho, 2005, p. 114.

³⁸⁶ Comparato, 1983, p. 283.

Podemos entender, então, como preceitua Comparato, que a desconsideração é aplicada como consequência de um desvio de função, resultante, na maioria das vezes, de ato abusivo ou fraudulento. Ocorre que, seguindo o posicionamento desse autor – que, como sabemos, defende a concepção objetiva da teoria da desconsideração –, chegaríamos ao ponto de tratar a desconsideração como uma consequência da desfuncionalização da pessoa jurídica, quando ela é consequência de certa desfuncionalização. A disfunção que é relevante para a desconsideração seria somente a violação ou o abuso da limitação da responsabilidade limitada, sendo certo que os critérios objetivos podem e devem ser trabalhados no caso concreto, no entanto, não podemos nos afastar do critério subjetivo, qual seja, a intenção do agente³⁸⁷.

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ao preceituar sobre a finalidade (objeto de desvio) prevista no art. 50 do Código Civil de 2002, conclui que:

“A finalidade referida no artigo não diz respeito apenas àquela presente nos estatutos sociais, mas, sim, também aos objetivos sociais da pessoa jurídica que motivam a própria personalização da pessoa jurídica. Tal fim social encontra-se assegurado nos arts. 5º, XXIII, e 170, III, de nossa Magna Carta”³⁸⁸.

A autora afirma que a finalidade não se limita àquela prevista nos estatutos sociais da empresa, mas também deve ser vista de acordo com seus objetivos sociais. Com isso, amplia o conceito de finalidade, que também deverá atender à função social da personalidade jurídica. Vejamos:

“se tomarmos a personalidade jurídica como uma modalidade de exercício da propriedade (mesmo que seja apenas em seu aspecto econômico – atividades econômicas – ou filosófico), ela também possui função social. Desse modo, a pessoa jurídica, que agrega uma gama de direitos subjetivos, não pode atuar de forma contrária aos fins sociais, devendo respeitar, em sua atividade, limites impostos pela ordem jurídica, pelo Direito objetivo. Disso se extrai que, se porventura vier a causar danos à sociedade, a pessoa jurídica ou os responsáveis pela lesão, conforme o caso concreto, devem ser responsabilizados. Se analisado por esse ângulo, poder-se-ia concluir que, além da fraude e do abuso de direito, a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser motivada por

³⁸⁷ Freitas, 2002, p. 223.

³⁸⁸ Freitas, 2002, p. 267.

qualquer desvio de função (que, de forma genérica, pode ser entendido como abuso de direito), seja quando tiver ocorrido ilícito com tal finalidade ou não”³⁸⁹.

Perfilha o mesmo entendimento Rubens Requião, ao afirmar que o direito deve atender a uma função social:

“O direito, enfim, foi criado em atenção ao indivíduo, tendo por objetivo ordenar sua convivência com outros indivíduos. O exercício de seus direitos, embora privados, deve atender a uma finalidade social. A função social do direito, que se refere sobretudo aos contratos e à propriedade, deve pelo indivíduo ser atendida.

Assim, o sujeito não exercitará seus direitos egoisticamente, mas tendo em vista a função deles, a finalidade social que objetivam. O ato, embora conforme a lei, se for contrário a essa finalidade, é abusivo e, em consequência, atentatório ao direito”³⁹⁰.

Portanto, o abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade deve observar não só a finalidade prevista no objeto social, mas deve também ser interpretado à luz da função social da propriedade (arts. 5º, XXII, e 170, III, da CF/88, e art. 1.288, § 1º, do Código Civil de 2002). Como bem salienta o Min. Eros Roberto Grau³⁹¹, a “função social da empresa” é expressamente reconhecida nos arts. 154 e 116, § único, da Lei das S. A.³⁹². Sobre aludida função social, Modesto Carvalhosa aponta que:

“A empresa é a racionalização dos fatores econômicos, tecnológicos e humanos da produção, instituída sob a forma de pessoa jurídica, a companhia. Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais”³⁹³.

³⁸⁹ Freitas, 2002, p. 221.

³⁹⁰ Requião, 1988, p. 72-3.

³⁹¹ Grau. *A ordem econômica na constituição de 1988*, 2002, p. 274.

³⁹² “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum que (...). Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

“Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

³⁹³ Carvalhosa. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1982, p. 150.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontramos entendimentos no sentido de que a desconsideração deve se apoiar em fatos concretos que demonstrem o desvio de finalidade social da pessoa jurídica, com proveito ilícito dos sócios. Vejamos:

“Doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 1. Não desqualificada a relação de consumo, possível a desconsideração da personalidade jurídica, provada nas instâncias ordinárias a existência de ato fraudulento e o desvio das finalidades da empresa, ainda mais quando presente a participação direta do sócio, em proveito próprio. 2. Recurso especial não conhecido”³⁹⁴.

Ainda referindo-se ao desvio de finalidade como um dos critérios para aplicação da teoria da desconsideração, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166/BA entendeu que a constituição de uma sociedade de fachada, em fraude à lei com abuso de forma pela coincidência de sócios, endereços, empregados, para participação de uma licitação, incorreu em desvio de finalidade e confusão patrimonial. Senão, vejamos:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. – A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. – A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da

³⁹⁴ STJ – REsp. 252.759/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. 12.09.2000.

indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. – Recurso a que se nega provimento”³⁹⁵.

Por fim, é importante ressaltar que a norma positivada no art. 50 não permite a desconsideração se ocorrer a simples disfunção da pessoa jurídica, seja o desvio de finalidade, enquanto instituição, seja quando voltada a um fim específico e que motivou a sua existência. É necessário, para aplicação da desconsideração através do desvio de finalidade, que ocorra a utilização da pessoa jurídica de forma anormal e com intuito de prejudicar terceiros.

5.3. Confusão patrimonial

A confusão patrimonial inserida no art. 50 do Código Civil de 2002, como um dos motivos ensejadores da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, é uma inovação na redação de referido artigo que devemos atribuir às contribuições trazidas pelo jurista Fabio Konder Comparato na elaboração da positivação da teoria, que cuidou de tecer críticas quanto às redações anteriores pela falta de previsão do pressuposto da confusão patrimonial. Suas críticas circundavam no fato de a confusão patrimonial não representar um desvio dos fins estabelecidos no ato constitutivo e daí a necessidade de ser expressamente prevista. A confusão patrimonial pode ocorrer mesmo que se esteja desempenhando a atividade empresarial prevista nos estatutos ou atos constitutivos, não se tratando da proibição da prática de atos *ultra vires*³⁹⁶.

Comparato afirma, ainda, que a confusão patrimonial não se limita exclusivamente ao fato de ocorrer a mistura de patrimônios da sociedade com os sócios. Na verdade, segundo o autor, a confusão patrimonial entre sociedade controlada e sociedade controladora é:

³⁹⁵ STJ – ROMS 15.166/BA, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 07.08.2003.

³⁹⁶ Comparato, 1976, p. 368-9.

“o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois a pessoa jurídica nada mais é, afinal, do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem por que os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, dessarte, numa regra puramente unilateral”³⁹⁷.

E continua, ao apontar que a confusão entre empresas do mesmo grupo é praticamente inevitável, já que o interesse individual de uma sociedade é subordinado ao interesse geral das empresas agrupadas, o que torna praticamente impossível evitar as transferências de ativos. Ou se pune essa transferência entre sociedades, tornando ilegal e abusiva a confusão patrimonial para condenar o grupo, ou suspende-se definitivamente a aplicação dessas normas deixando de lado os interesses dos credores³⁹⁸.

Dessa forma ocorrerá sempre uma tensão que caracterizará essa questão, no sentido de estimular ou não a aplicação da teoria da desconsideração no grupo econômico que deverá ser solucionada em cada caso concreto. No sistema brasileiro, as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico não possuem, via de regra, responsabilidade solidária pelos débitos de outras empresas do mesmo grupo, de maneira que essa tensão torna-se ainda mais latente.

Comparato traz outro critério utilizado na Europa e nos Estados Unidos para desconsiderar a personalidade jurídica em componentes de um grupo econômico, que é a confusão aparente de personalidades. Não se trata apenas da confusão interna, mas também da externa, ou seja, sua apresentação perante terceiros³⁹⁹. Em outras palavras, a confusão externa é aquela em que mais de uma sociedade aparece perante terceiros como se fossem um grupo ou conglomerado.

O jurista argentino Daniel E. Moeremans, ao indicar a confusão patrimonial como um dos pressupostos para aplicação da teoria da desconsideração, afirma que:

“Os membros de uma pessoa jurídica somente podem alegar a limitação de responsabilidade que tem sua base no princípio de divisão de patrimônios, quando eles próprios não respeitam tal divisão. Quando o patrimônio dos sócios não pode ser distinguido

³⁹⁷ Comparato, 1976, p. 362.

³⁹⁸ Comparato, 1976, p. 376.

³⁹⁹ Comparato, 1976, p. 373.

do patrimônio da sociedade fala-se de confusão de patrimônios (*Vermögensvermengung*). Quando por outro lado, a (“da” sic) divisão da pessoa jurídica e de seus membros não puder ser distinguida exteriormente fala-se de confusão de esfera (*Spharenvermischung*). Este último caso se apresenta quando por ex. o nome, a organização (livros, conta bancária e bens patrimoniais), a imputação patrimonial ou as formalidades societárias não são cumpridas, e portanto não se pode identificar se se está na presença de um ato societário ou dos sócios. Em tal caso não podem alegar os sócios que são proprietários de bens que aparecem como sociais ou afirmar este caráter quando os mesmos aparecem como bens privados”⁴⁰⁰.

Muito embora a Lei estabeleça uma separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio pessoal dos sócios, em muitas situações o sócio não dá importância para referida distinção, originando uma confusão entre o patrimônio pessoal e o da sociedade, o que torna ilimitada a responsabilidade de quem lhe dá causa⁴⁰¹. E continua, ao afirmar que “nessas situações, os membros da sociedade não poderão invocar, perante os credores sociais, a sua propriedade sobre objetos que eles próprios classificam alternadamente como seus ou da sociedade”⁴⁰².

As decisões de nossos tribunais têm desconsiderado a personalidade jurídica, fixando o critério da confusão patrimonial. No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12.872/SP, de 24.06.2002, a 3ª Turma do STJ fixou como critério de confusão patrimonial a “unidade gerencial, laboral e patrimonial” entre empresas do mesmo grupo. No mesmo sentido foi proferida decisão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.105/GO, da 3ª Turma do STJ, de 19.08.2003, decidindo-se aplicar a teoria da desconsideração em caso de falência em que ficou comprovada a confusão patrimonial entre sociedades formalmente distintas.

⁴⁰⁰ Moeremans, 1989, p. 348 (tradução nossa). “Los miembros de una persona jurídica sólo pueden alegar la limitación de responsabilidad que encuentra su base en el principio de división de patrimonios, cuando ellos mismos no respetan dicha división. Cuando el patrimonio de los socios no puede distinguirse del patrimonio de la sociedad se habla de una confusión de patrimonios (*Vermögensvermengung*). Cuando en cambio da división de la persona jurídica y de sus miembros no se puede distinguir exteriormente se habla de confusión de esfera (*Spharenvermischung*). Este último caso se presenta cuando por ej. el nombre, la organización (libros, cuenta bancaria y bienes patrimoniales), la imputación patrimonial o las formalidades societarias no son cumplidas, y por lo tanto no se puede reconocer si se está en presencia de un acto societario o de los socios. En tal caso no pueden alegar los socios que ellos son propietarios de los bienes que aparecen como sociales o afirmar este carácter cuando los mismos aparecen como bienes privados”.

⁴⁰¹ Xavier, 2002, p. 143.

⁴⁰² Xavier, 2002, p. 144.

Podemos concluir que a confusão patrimonial decorre da promiscuidade entre os negócios da sociedade e dos sócios, que são negligentes quanto à separação dos negócios pessoais e da empresa, impossibilitando que esta última tenha uma escrituração contábil transparente e própria. Assim como no desvio de finalidade, é importante termos em mente que a simples existência de confusão patrimonial não é suficiente para caracterizar a desconsideração da personalidade jurídica. A confusão, como critério para superação, só será válida quando estiver vinculada a um abuso na utilização da pessoa jurídica, ou seja, quando a mistura de patrimônios ou de personalidades esteja sendo utilizada para prejudicar terceiros.

5.4. Abuso de Direito

5.4.1. Introdução

Como já ressaltamos acima, a desconsideração da personalidade jurídica é o remédio utilizado para os atos cometidos com abuso de direito, dentre eles enquadra-se o abuso da personalidade jurídica, que podemos entender como espécie do gênero – abuso de direito. Diante desse panorama, é imprescindível discorrermos sobre o conceito de abuso de direito.

A origem do abuso de direito surgiu na França, no início do século XIX, em seguida à promulgação do *Code Napoléon*. A construção da figura do abuso de direito é jurisprudencial, sendo promulgada pelos tribunais franceses em 1808 com a condenação de um industrial, proprietário de uma fábrica de chapéus, que expelia na fabricação dos mesmos vapores desagradáveis pela vizinhança. Nesse caso, foi caracterizado o abuso de direito de propriedade e de exercício profissional. A expressão “abuso de direito” é atribuída ao autor belga Laurent⁴⁰³.

⁴⁰³ Duarte. Boa-fé, abuso de direito e o Novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 817, nov. 2003, p. 67.

O abuso de direito é conceito que até um passado recente foi objeto de controvérsia, inclusive com relação à sua própria existência. No direito romano existia o princípio *nemine laedit qui jure suo utitur* – aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica – que, com seu caráter individualista, justificava excessos impunes no exercício dos direitos. Alguns doutrinadores, dentre eles, José Calvo Sotelo⁴⁰⁴, chegaram a afirmar que o abuso de direito era desconhecido em Roma.

Começou-se a perceber que a utilização ilimitada de uma faculdade conferida pelo ordenamento levava a situações de injustiça, com o prejuízo de terceiros, sem qualquer vantagem para aquele que praticou o ato. Dessa forma, começou a surgir a teoria do abuso de direito.

Segundo Venosa, “as exigências de equidade vão pouco a pouco tomando forma. A noção de boa-fé ganha terreno. O direito pretoriano ameniza as fórmulas, decidindo de acordo com a boa-fé. É inafastável que tal procedimento coibia o uso abusivo de um direito”⁴⁰⁵.

Essa nova fase teve como marco a conhecida parêmia *summum jus, summa injuria* (do excesso do direito resulta a suprema injustiça), através do qual Cícero advertiu que a justiça exagerada se transforma em injustiça⁴⁰⁶.

5.4.2. Teorias do Abuso de Direito

5.4.2.1. Teoria Subjetiva

Existem duas correntes que sustentam a aplicação da teoria subjetiva para o exercício abusivo de um direito. Os defensores da primeira corrente apontam que, para se aferir o abuso de direito, é imprescindível a intenção de que o titular de um direito estava imbuído ao exercê-lo. É, portanto, da análise do *animus* do titular de um direito que se

⁴⁰⁴ Sotelo. *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, 1917, p. 45.

⁴⁰⁵ Venosa. Abuso de direito. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo*, 1988, p. 257.

⁴⁰⁶ Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2003, p. 182.

verificará a existência ou não de abuso no seu exercício. A segunda corrente defende que é abusivo o exercício de um direito decorrente da existência de culpa por parte do titular.

Em relação aos defensores da primeira corrente, se o titular de um direito tem o objetivo de prejudicar terceiros, com as faculdades que lhe são concedidas pelo ordenamento jurídico, haverá o exercício abusivo de um direito, o que deve ser repellido. A intenção de prejudicar terceiros deve estar presente no momento do exercício de um direito, pois, caso contrário, não estaremos falando em abuso (mesmo que tal ato tenha acarretado danos em outrem), mas de exercício regular.

Percebe-se, então, que a gravidade do dano gerado pelo exercício de um direito não é levada em consideração na primeira corrente da teoria subjetiva, mas tão somente a intenção do agente em lesar terceiros. É de se notar, portanto, que, ao adotar a teoria subjetiva, estaríamos deixando de considerar como atos abusivos aquelas situações em que o exercício de um direito, sem a caracterização da intenção de seu titular, ocasionaria tremendas injustiças.

Acreditamos, junto à maioria dos doutrinadores, que a teoria subjetiva não é suficiente para reprimir de forma eficaz e desejável o exercício abusivo de um direito. A dificuldade em se provar a real intenção do titular de determinado direito, ou mesmo comprovar a culpa no exercício de tal direito, é de tão difícil aplicação que levaria aludida teoria a ser praticamente letra morta em nosso ordenamento.

5.4.2.2. Teoria Objetiva

Na teoria objetiva a caracterização do abuso de direito não leva em consideração a intenção do titular do direito. Observa exclusivamente a conduta do sujeito. As teorias objetivas dividem-se em: teoria do destino econômico, teoria do fim social do direito, teoria do motivo legítimo, teoria do uso normal do direito e teoria mista.

A primeira admite que um ato é abusivo quando praticado de forma contrária à sua finalidade econômica. Para os que defendem essa teoria, ocorre o abuso quando o ato praticado não traz qualquer vantagem para o titular do direito e causa

prejuízo à vítima. A maior crítica que se faz à teoria é que o direito não se presta a proteger interesses egoístas, sendo instrumento de paz social.

A segunda teoria, a do fim social, defende que há abuso de direito quando se exerce o direito em contrariedade ao fim social, desviando-o do estabelecido pelo legislador. Todo direito deve cumprir uma função no contexto social, e quando isso não acontece surge o abuso. A crítica feita a essa teoria é o fato da concepção social do direito ser um conceito vago.

Louis Josserand foi o defensor da teoria do fim social. Segundo ele, o abuso de direito é exercido de conformidade com o direito subjetivo, mas em contrariedade às regras sociais. Para o doutrinador, o Direito é ciência social, passo a passo com a comunidade, da qual é regra e imagem, marco e reflexo:

“O direito, produto social é a ciência social por excelência, a primeira de todas por sua urgência, seu poder de coação e sua virtude de organização; é a regra social obrigatória, regra cambiante, de aspectos múltiplos e sucessivos, cujo poder de adaptação é infinito”⁴⁰⁷.

Josserand, então, esclarece a finalidade social do direito e o abuso de direito:

“Nesta teoria os direitos (...) derivam sua origem da comunidade e dela recebem seu espírito e finalidade; cada um dirige-se a um fim, do qual não pode o titular desviá-lo; foram feitos para a sociedade e não a sociedade para eles; sua finalidade está fora e acima deles próprios; são, pois, não absolutos, senão relativos; devem ser exercidos no plano da instituição, de acordo com seu espírito, ou do contrário seguirão uma direção falsa, e o titular que os tenha, não usado, senão abusado, verá comprometida sua responsabilidade para com a vítima desse desvio culpado. (...) um ato praticado de conformidade com determinado direito subjetivo pode estar em conflito com o direito objetivo, com a juridicidade, e este conflito é o que os romanos haviam já entrevisto e que traduziam pela máxima famosa: *Summum jus, summa injuria*. (...) Frequentemente o fim é suscetível de justificar os meios empregados, porém em nenhum caso os meios justificam o fim: isso seria a inversão da

⁴⁰⁷ Josserand. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, 1999, p. 2 (tradução nossa). “El derecho, producto social es la ciencia social por excelencia, la primera de todas por su urgencia, su poder de apremio y su virtud de organización; es la regla social obligatoria, regla cambiante, de aspectos múltiples y sucesivos, cuyo poder de adaptación es infinito”.

moral, seria uma imoralidade ademais de um absurdo, significaria o campo amplamente aberto à má fé e à fraude”⁴⁰⁸.

Devido às dificuldades oferecidas pelo critério finalístico, Josserand acaba por sugerir sua substituição pelo critério do motivo legítimo, uma variante da teoria do fim social, que caracteriza o abuso de direito quando o titular do direito não tem um motivo legítimo para exercitá-lo. Assim, esclarece o jurista francês que:

“(…) os romanos se limitaram, nesta obra de humanização e socialização do direito, a perseguir o dolo e a fraude e a condenar a intenção de causar dano; para eles o ato abusivo era unicamente o que se praticava com intenção nociva. O direito moderno e especialmente o direito contemporâneo têm do abuso uma idéia muito mais compreensiva; é abusivo qualquer ato que, por seus motivos e seu fim, vai contra o destino, contra a função do direito que se exerce; ao critério puramente intencional tende a substituir-se um critério funcional, derivado do espírito do direito, da função que lhe é encomendada. Cada direito tem seu espírito, seu objeto, sua finalidade; quem quer que tente afastá-lo de sua missão social comete uma falta, delituosa ou quase delituosa, um abuso do direito suscetível de comprometer, dado o caso, sua responsabilidade.

Tudo se reduz, pois, ao discernimento, de um lado, do espírito, da função do direito controvertido e por outro, o motivo que o titular obedeceu no caso concreto. Se houver concordância, o direito foi exercido corretamente, ou seja, impunemente; se houver discordância, o exercício se converte em abuso e é suscetível de entrar em jogo a responsabilidade do agente”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Josserand, 1999, p. 4 (tradução nossa). “En esta teoría los derechos (...) derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada. (...) un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo puede estar en conflicto con el derecho objetivo, con la juridicidad, y este conflicto es el que los romanos habían ya entrevisto y que traducían por la máxima famosa: Summum jus, summa injuria. (...) A menudo el fin es susceptible de justificar los medios empleados, pero en ningún caso los medios justifican el fin: ello sería la inversión de la moral, sería una inmoralidad a la par que un absurdo, significaría el campo ampliamente abierto a la mala fe y al fraude”.

⁴⁰⁹ Josserand, 1999, p. 5 (tradução nossa). “(...) los romanos se limitaron, en esta obra de humanización y socialización del derecho, a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño; para ellos el acto abusivo únicamente era el que se cumplía con intención nociva. El derecho moderno y especialmente el derecho contemporáneo se forma del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiende a substituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social comete una falta, delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad.

A teoria do uso normal do direito prega que há abuso quando o exercício de um direito é anormal, submetendo o direito de outros a riscos ou a prejuízos. A crítica feita a essa teoria é a de que qualquer ação humana gera um risco e pode gerar um prejuízo e, portanto, tal critério não pode servir para caracterizar o uso abusivo.

A teoria mista procura conjugar o critério subjetivo e o objetivo para configuração do abuso de direito. Segundo Daniel Boulos, a teoria mista não possui relevância prática atualmente. De acordo com o autor, quando tecnicamente se considera a teoria objetiva também se está incorporando a teoria subjetiva. Tanto é assim que, quando o titular de um direito o exerce com *animus nocendi*, certamente estará frustrando o fim social e econômico do instituto, além de estar violando a boa-fé e os bons costumes⁴¹⁰.

O doutrinador português Pedro Cordeiro é um adepto da teoria objetiva do abuso de direito. Segundo ele:

“se um comportamento é ou não justo não pode ser determinado de acordo com o ponto de vista daquele que o pratica, ou seja, em função da sua culpa, mas sim em face do seu valor intrínseco e dos limites imanentes do instituto jurídico em que se insere (...). Os limites que o ordenamento jurídico coloca a actuações jurígenas têm, necessariamente, que ter carácter objectivo. Se assim não fosse, e restringindo-nos ao caso que particularmente nos interessa, as possibilidades de desconsideração ficariam fortemente limitadas com um elemento subjectivo adicional”⁴¹¹.

5.4.3. Críticas à teoria e conceito

Marcel Planiol sustentava que um ato não pode ser ao mesmo tempo conforme e contrário ao direito, razão pela qual entendia que a teoria do abuso de direito

Todo se reduce, pues, a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido y por otra parte el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente, es decir, impunemente; si hay discordancia, el ejercicio se convierte en abuso y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente”.

⁴¹⁰ Boulos. Abuso de direito no Novo Código Civil, 2006, p. 42.

⁴¹¹ Cordeiro, 2005, p. 78.

seria uma contradição lógica. Segundo o autor, se há abuso, não há direito; se há exercício de um direito, não há abuso, pois o direito cessa onde o abuso começa. A contradição exposta por ele é consequência do fato de o termo “direito” ter diferentes acepções. Na crítica de Planiol, é claro identificar *direito* com *juricidade* ou *licitude*, daí a contradição emanada pelo autor⁴¹².

Todavia, o termo “direito”, no que se refere à teoria do abuso, é empregado como faculdade. Assim, o ato pode ser conforme o direito (enquanto faculdade) conferido ao titular e contrário ao direito como ordenamento, como campo da licitude⁴¹³.

No entendimento de Rui Stoco, o indivíduo:

“para exercer o direito que lhe foi outorgado ou posto à disposição, deve conter-se dentro de uma limitação ética, além da qual desborda do lícito para o ilícito, e do exercício regular para o exercício abusivo (...). Para situar-se no campo da normalidade e da licitude não basta estar legitimado pela legislação existente e asseguradora de direitos. Impõe-se fazer uso adequado do arsenal legislativo existente e não dele prevalecer e utilizá-lo para fim ilícito ou pretensão subalterna”⁴¹⁴.

Irineu Strenger conceitua o abuso de direito como sendo “o ato realizado, com apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o intencional e o sentido da lei”⁴¹⁵.

Segundo Ronnie Preuss Duarte, “ocorre o abuso de direito quando o exercício de determinada posição jurídica, apesar de aparentemente legítima, afasta-se da realização dos interesses pessoais do agente que foram o objetivo da norma que o confere, ocasionando prejuízos a outrem”⁴¹⁶.

No entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, “é abusivo o exercício de direito quando dele decorrer prejuízo a terceiros, sem nenhum benefício ao seu titular”⁴¹⁷. O professor traz em sua obra conceito de Pedro Batista Martins, que afirma: “o titular de um direito, que, entre vários meios de realizá-los, escolhe precisamente o que, sendo mais

⁴¹² Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, v. II, 1902.

⁴¹³ Carpena. *Abuso de direito nos contratos de consumo*, 2001, p. 44-5.

⁴¹⁴ Stoco. *Abuso do direito e má-fé processual*, 2002, p. 59.

⁴¹⁵ Strenger. *Reparação do dano em direito internacional privado*, 1973.

⁴¹⁶ Duarte, 2003, p. 69.

⁴¹⁷ Coelho, 1989, p. 57.

danoso para outrem, não o é mais útil para si, ou mais adequado ao espírito da instituição, comete, sem dúvida, um ato abusivo, atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas”⁴¹⁸.

E, continua o autor, ao afirmar que a formulação objetiva da teoria do abuso de direito, muito embora seja a que o direito brasileiro se filiou⁴¹⁹, não é compatível com a teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica, em virtude da concepção subjetiva ter como finalidade para a desconsideração o ato abusivo que for praticado intencionalmente com vistas a prejudicar terceiros, ou seja, o abuso de direito subjetivo⁴²⁰.

O vigente Código Civil consagrou, no seu art. 187, o abuso de direito. Vale consignar que a teoria do abuso de direito já era consagrada em nosso país através da doutrina e jurisprudência, que se embasava no art. 160, I, do Código Civil de 1916, em que enunciava que não constituía ato ilícito o “exercício regular de um direito reconhecido”. No entanto, é a primeira vez que se tem dispositivo expresso que consagra e delimita o instituto do abuso de direito, não existindo no Código Civil de 1916 qualquer norma que corresponda ao art. 187 do *Codex* de 2002.

Tanto Preuss Duarte⁴²¹ quanto Deborah Pierri⁴²² partem do entendimento de que o art. 187, que dispõe sobre o abuso de direito no Código Civil Brasileiro de 2002, trilhou o mesmo caminho do art. 334 do Código Civil Português, consoante esclarecimento prestado no acórdão do Tribunal de Lisboa:

“O abuso de direito está previsto no art. 334 do Cód. Civil e consiste no exercício de um direito existente, de forma em que o titular do mesmo exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. Agir de boa-fé e de acordo com os bons costumes é actuar com diligência, zelo e lealdade face aos interesses da contraparte, é ter uma conduta honesta e conscienciosa, numa linha de correcção e probidade, visando não prejudicar os legítimos interesses da outra parte, é proceder de modo a não procurar nem alcançar resultados opostos aos que uma consciência razoável poderia tolerar. Por outro lado, exceder o fim social ou económico do direito é utiliza-

⁴¹⁸ Coelho, 1989, p. 58.

⁴¹⁹ Coelho, 2003a, p. 363.

⁴²⁰ Coelho, 1989, p. 59.

⁴²¹ Duarte, 2003, p. 69.

⁴²² Pierri, 2004, p. 144.

lo para satisfação de interesses estranhos aos que a lei visou proteger com o referido direito”⁴²³.

Com a positivação do abuso de direito, traduzido no art. 187 do Código Civil de 2002, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça já vem aplicando-o. Nos autos do REsp. 367.665/SP⁴²⁴, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, decidiu-se em 15.05.2003, com base no art. 187, que configura abuso de direito a alienação da moradia de uma família por um de seus co-proprietários, pois tal alienação causaria um prejuízo desproporcional ao bem protegido em manifesto excesso à função social da propriedade. Caberia no caso uma ação de indenização pelo uso como solução menos onerosa⁴²⁵. Vejamos:

“Condomínio. Bem indivisível. Alienação judicial. Falta de citação do condômino. Moradia da família. – O condômino do imóvel indivisível que se quer alienar judicialmente deve ser citado. Art. 1.105 do CPC. – Servindo o imóvel modesto para a moradia da ex-mulher e dos filhos do autor, a imposição da perda do bem com a alienação forçada caracteriza abuso de direito, pois a medida servirá apenas para preservar 25% da propriedade do autor. Art. 187 do Novo Código Civil. Recurso Conhecido e Provido”.

Em outro julgado do STJ, em que se aplicou o art. 187 do Código Civil de 2002, decidiu-se que incorre em abuso de direito o protesto de duplicata com CNPJ incorreto para prejudicar terceiros, por infração ao princípio da boa-fé:

“Direito Civil. Ação de indenização por danos morais. Duplicata levada a protesto com equivocado número de CNPJ. Operação de desconto. Art. 13, § 4º, da Lei nº 5.474/68. Ausência de verificação da regularidade da duplicata. Abuso de direito. – O banco que

⁴²³ Agravo nº 3117/01, Rel. João Moreira Camilo, j. 29.03.2001, <http://www.trf1.pt/jurisp/3117-01cam.html>, *apud* Pierri, 2004, p. 145.

⁴²⁴ STJ – REsp. nº. 367.665/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., j. 15.05.2003.

⁴²⁵ Destaca-se trecho do voto do relator: “O novo Código Civil define como ato ilícito o abuso do direito, servindo como limite o fim social e econômico e a boa-fé, conforme está no art. 187. Tenho que este é um caso para sua aplicação. Impor à família a alienação forçada do prédio que tem sua destinação social relevante, cuja garantia inclusive é também de responsabilidade do ora autor, sem que se tenha indicação de como será solucionado o grave problema que decorrerá do exercício do direito de alienação da coisa comum – é exercício abusivo do direito. Além disso, há que se atender à proporcionalidade entre o bem que se preserva e o dano que se causa e à indispensabilidade de providência assim prejudicial ao interesse familiar. A proporção certamente não existe e o direito do autor aos 25% de sua propriedade poderá ser protegido com ação de indenização pelo uso”.

recebe duplicata em operação de desconto e leva-a a protesto sem verificar devidamente a sua regularidade comete ato abusivo e responde pelos prejuízos causados a terceiros de boa-fé. Precedentes. Recurso Especial conhecido e provido.”⁴²⁶

Em suma, o art. 187 do Código Civil de 2002, que consagra o abuso de direito, é de relevante importância. O titular de um direito subjetivo que não se preocupar com os valores éticos, morais e sociais, consagrados no ordenamento jurídico, estará praticando um abuso de direito vedado pelo referido art. 187, o que ocasionará diferentes tipos de consequências jurídicas, entre elas a responsabilidade civil⁴²⁷.

5.4.4. Breves considerações do Direito Estrangeiro

Atualmente, os ordenamentos de diversos países estabelecem expressamente sanções ao abuso de direito.

O Código Civil alemão prevê que “o exercício de um direito não é permitido quando tem por fim único causar prejuízo a outrem” (§ 226).

Na Suíça, o Código Civil determina que “todos estão obrigados a exercer seus direitos e executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé”, de modo que “o abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei” (art. 2º).

O Código Civil português dispõe que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito” (art. 334).

No direito austríaco, impõe-se o dever de indenizar o dano decorrente do exercício com menosprezo aos bons costumes e com a intenção evidente de lesar (art. 1.295 do Código Civil).

O Código Civil argentino dispõe o seguinte: “O exercício regular de um direito próprio ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir como ilícito nenhum ato. A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Se considerará assim o que

⁴²⁶ STJ – REsp. nº 456.088/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 04.09.2003.

⁴²⁷ Calcini. Abuso do direito e o Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 830, dez. 2004, p. 31.

contrariar os fins que aquela teve em vista ao reconhecê-los ou o que exceda os limites impostos pela boa-fé, a moral e os bons costumes” (art. 1.071).

Na Espanha, o art. 7.2 do Código Civil, com a reforma de 1974, dispõe que:

“a lei não ampara o abuso do direito ou o exercício anti-social do mesmo. Todo ato ou omissão que, pela intenção do seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que se realize ultrapasse manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência no abuso”.

Carmen Boldó Roda, ao comentar o artigo espanhol, afirma que foi adotada a teoria subjetiva do abuso de direito. Segundo ela, a previsão em aludido dispositivo da “intenção do autor” para se considerar anormal o exercício de um direito é típica da concepção subjetiva. Da mesma forma, a análise das “circunstâncias”, como caracterizador do exercício abusivo, é também típica da teoria subjetiva⁴²⁸.

Segundo José da Silva Pacheco, do artigo espanhol supra referido, sobressai que:

“a) a lei não ampara o abuso do direito; b) o abuso pode ocorrer mediante ato ou omissão; c) manifesta-se pela ultrapassagem dos limites normais do exercício regular de um direito; d) esse desvio pode dar-se, alternativamente, pela intenção do autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias; e) se houver dano a terceiro, haverá indenização correspondente; e ainda que não haja indenização, adotam-se medidas para impedir a continuação do abuso”⁴²⁹.

Na Itália, o Código Civil proíbe os atos emulativos, mas sem adotar a teoria do abuso de direito. José da Silva Pacheco ressalta, em sua obra, trabalho de Massino Bianca, Guido Patti e Salvatore Patti, que afirmam que a teoria do abuso de direito não é expressa no Código Civil daquele país. Segundo os autores italianos:

⁴²⁸ Roda, 2000, p. 280.

⁴²⁹ Pacheco. Da teoria do abuso do direito no final do século XX. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 10, jul./dez. 1996, p. 72.

“o princípio do abuso do direito não foi expressamente acolhido pelo código civil italiano. Uma parte da doutrina caracteriza todavia uma aplicação do princípio na disposição sobre a interdição dos atos competitivos (art. 830 cc). Outros, ao contrário, negam a possibilidade de relacionar (“*ricoltegere*”, *sic*) o princípio em exame a esta norma, afirmando que aquela testemunha, ao contrário, a concessão egoísta do direito de propriedade acolhido pelo ordenamento (“*ordenamento*” *sic*)”⁴³⁰.

Já na França e na Bélgica não há dispositivo legal expresso que coíba o abuso de direito, mas sim consenso doutrinário e jurisprudencial para sancionar o exercício abusivo de um direito.

5.4.5. Abuso de Direito e Ato ilícito

A controvérsia entre a diferenciação de abuso de direito e ato ilícito foi sanada com a introdução do art. 187 do Código Civil de 2002, já que ele afirma, peremptoriamente, que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Em outras palavras, o Código Civil considerou expressamente o ato abusivo como ato ilícito.

Importante ressaltarmos que o fato de o nosso ordenamento jurídico ter definido o ato abusivo como ilícito não significa dizer que o legislador considera idênticas as realidades descritas nas normas dos arts. 186 e 187. Referidos artigos tratam de atos ilícitos, porém de tipos diferentes.

Segundo Daniel Boulos:

“o primeiro dos artigos (ou seja, o artigo 186) descreve o ato ilícito praticado a partir da ausência de qualquer direito ou de qualquer

⁴³⁰ Pacheco, 2006, p. 73 (tradução nossa). “il principio dell’abuso del diritto non è stato espressamente accolto dal codice civile italiano. Una parte de la dottrina individua tuttavia un’applicazione del principio nella disposizione sul divieto degli atti emulativi (art. 830 cc). Altri, vice-versa, negano la possibilità di ricoltegere il principio in esame a questa norma, affermando che essa testimonia viceversa la concezione egoísta del diritto di proprietà accolta dall’ordenamento”.

prerrogativa em favor daquele que viola a norma nele contida. O segundo dos referidos artigos (isto é, o artigo 187) descreve uma forma de ilicitude que se configura a partir da existência, em favor daquele que viola a norma nele espelhada, de uma prerrogativa *a priori* assegurada pelo ordenamento jurídico mas que, no seu exercício, apresentou-se em descompasso com o sentimento jurídico dominante⁴³¹.

E continua, ao afirmar que a ilicitude prevista no art. 186 necessita da comprovação da culpa, elemento desnecessário para a configuração da ilicitude prevista no art. 187⁴³².

No entendimento de Bruno Miragem:

“a identificação entre abuso e ilicitude é reforçada, igualmente, pela constatação de que em ambos se está a tratar é da violação de limites previamente estabelecidos. O que se altera nada mais é do que a natureza desses mesmos limites. Enquanto na ilicitude o limite evidente é o preceito normativo, cuja ordem de autorização, permissão ou proibição torna algo imediato constatar sua violação, o abuso distingue-se desta apenas ao remeter tal exame para elementos não expressos de modo específico na norma, mas que se depreendem de conceitos plurissignificativos, com ou sem conteúdo valorativo pré-determinado, como é o caso dos fins sociais e econômicos, a boa fé objetiva ou os bons costumes – todos limites adotados no Código Civil de 2002”⁴³³.

Outro fator que diferencia os tipos de atos ilícitos é o fato de o art. 187 necessitar, para configuração do ato ilícito, da titularidade por parte daquele que se pretende imputar a prática da ilicitude, de um direito, faculdade, liberdade etc. A regra do art. 187 não é válida para aquele que não é titular de um direito⁴³⁴.

Rui Stoco, defensor do ato abusivo como ato ilícito, afirma que “o ato originalmente lícito invade o campo da ilicitude quando cometido com excesso ou abuso. Nesse momento torna-se antijurídico. Com essa qualificação, converte-se em ato ilícito”⁴³⁵. Acreditamos ser essa a idéia acolhida no Código Civil de 2002, no seu art. 187.

⁴³¹ Boulos, 2006, p. 46.

⁴³² Boulos, 2006, p. 47.

⁴³³ Miragem. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 842, dez. 2005, p. 17.

⁴³⁴ Boulos, 2006, p. 47.

⁴³⁵ Stoco, 2002, p. 74.

Importante lembrarmos que, antes mesmo do advento do art. 187 do Código Civil de 2002, Luiz Eduardo Schoueri já preconizava que o abuso de direito é, sim, uma espécie do gênero atos ilícitos⁴³⁶. O STF também já confirmava expressamente que o abuso de direito é um ato ilícito⁴³⁷ decorrente do exercício irregular de um direito, interpretando-se a *contrario sensu*⁴³⁸ a disposição contida no art. 160, I, do Código Civil de 1916.

Enfim, hoje, no Brasil, tal discussão está superada pela expressa atribuição de ilicitude ao abuso de direito na norma contida no art. 187 do *Codex* em vigor, porém com características diversas daquelas que compõem o ato ilícito tradicionalmente trazido em nosso ordenamento.

5.5. Fraude

Muito embora o art. 50 não faça menção explícita à fraude, entendemos não estarem excluídas as hipóteses de fraude, como um dos pressupostos para aplicação da desconsideração. A fraude caracteriza-se pela conduta praticada pelo devedor para prejuízo de terceiros e, dessa forma, encontra-se abrangida no sentido amplo do conceito de abuso da personalidade jurídica.

A fraude e o abuso de direito configuram-se como fundamentais para a aplicação da teoria da desconsideração, dado que o seu objetivo é limitar o uso da pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada.

Segundo definição por De Plácido e Silva,

“Fraude. Derivado do latim *fraus, fraudis* (engano, má-fé, logro), entende-se geralmente como o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. Nestas condições a fraude traz consigo o sentido do engano, não como se evidencia no dolo, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se

⁴³⁶ Schoueri. *Distribuição disfarçada de lucros*, 1996, p. 146.

⁴³⁷ RE nº 18.874/BA e RE nº 85.816/RJ.

⁴³⁸ RE nº 62.339/GO e RE nº 85.816/RJ.

o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para logro de terceiros. É a intenção de causar prejuízo a terceiros. Assim, a fraude sempre se funda na prática de ato lesivo a interesses de terceiros ou da coletividade, ou seja, em ato onde se evidencia a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais”⁴³⁹.

A conceituação de fraude trazida por De Plácido e Silva, segundo apontado por Flávia Lefèvre Guimarães⁴⁴⁰, leva-nos a entender que a fraude é figura independente do dolo, o que acertadamente, no entendimento de Requião, não é. Segundo o comercialista, é justamente o dolo que caracteriza a fraude, funcionando como um balizador para diferenciar os conceitos de fraude e abuso de direito, já que neste último o dolo não está necessariamente presente. Vejamos:

“Considera-se ato fraudulento, como o conceituam os revisores do Projeto de Código de Obrigações, no art. 67, ‘negócio jurídico tramado para prejudicar credores, em benefício do declarante ou de terceiro’. No abuso de direito não existe, propriamente, trama contra o direito de credor, mas surge do inadequado uso de um direito, mesmo que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar o direito de outrem”⁴⁴¹.

Para Clóvis Beviláqua:

“o vocábulo fraude trouxe do Direito Romano uma certa vacilação de significado, que passou para o Direito francês e o pátrio. Realmente, os romanos, umas vezes, designavam por *fraus*, qualquer ardil ou embuste empregado no intuito de enganar; outras vezes, *fraus* equivalia à simulação, como na frase *fraudem legi faceri*. Nosso Código de Comércio também emprega fraude como sinônimo de simulação, e Coelho da Rocha no-la apresenta como equivalente a dolo. Teixeira de Freitas, porém, acentuou a distinção que se deve fazer entre os dois vocábulos, e fixou a noção de fraude. E a define o emérito civilista como ‘o artificio malicioso para prejudicar terceiro’”⁴⁴².

⁴³⁹ Silva, 1967, p. 718.

⁴⁴⁰ Guimarães, 1998, p. 163.

⁴⁴¹ Requião, 1988, p. 73.

⁴⁴² Beviláqua. *Teoria geral do direito civil*, §55 apud Pereira, 2004, p. 536.

Para a caracterização da fraude é importante que haja a intenção deliberada ou consciência de produzir o dano ao credor. Podemos entender como requisitos da fraude a má-fé ou a malícia do devedor e a intenção de gerar um prejuízo a outrem. Não há como dissociar a relevância do prejuízo para a definição do conceito de fraude⁴⁴³.

No entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, a “fraude é manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro; e tanto se insere no negócio unilateral (caso em que macula o negócio ainda que dela não participe outra pessoa), como se imiscui no negócio bilateral (caso em que a maquinação é concentrada entre as partes)”⁴⁴⁴. Continuando: “na fraude o que estará presente é o propósito de levar aos credores um prejuízo, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhes a garantia real que devem encontrar no patrimônio do devedor. Seus requisitos são a má-fé ou malícia do devedor, e a intenção de impor um prejuízo a terceiro”⁴⁴⁵. Segundo o autor, não se exige na caracterização da fraude que o devedor traga a intenção deliberada de causar prejuízo, bastando a consciência de produzir o dano⁴⁴⁶, o que, segundo Fábio Ulhoa, não é o entendimento mais acertado, pois prescindir da intenção deliberada do agente de prejudicar alguém, sejam terceiros ou credores, contando apenas com a consciência do dano, configura abuso de direito e não fraude⁴⁴⁷.

Na concepção de Alvino Lima:

“para caracterização da fraude, qualquer que seja o aspecto ou modalidade que apresente, decorre sempre do emprego de meios lícitos em si mesmos, sejam atos ou fatos jurídicos, para atingir resultados não permitidos pela lei, repudiados pelo direito e, em geral, contrários aos interesses de terceiros, ou apenas violadores de preceitos de ordem pública, sem atingir direitos subjetivos”⁴⁴⁸.

E continua, ao ressaltar que “do próprio conceito de fraude à lei se deduz que o seu primeiro elemento substancial consiste na frustração da lei; ela se dirige contra uma regra obrigatória, da qual pretende livrar-se o autor do ato fraudulento, a fim de

⁴⁴³ Freitas, 2002, p. 218.

⁴⁴⁴ Pereira, 2004, p. 536.

⁴⁴⁵ Pereira, 2004, p. 537.

⁴⁴⁶ Pereira, 2004, p. 537.

⁴⁴⁷ Coelho, 1989, p. 57.

⁴⁴⁸ Lima. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 20 (*apud* Andrade Filho, 2005, p. 97).

subtrair-se da sua sanção”, de modo que o “primeiro objetivo da fraude à lei é iludir o dispositivo legal, a regra obrigatória, que impõe sanções contra seus transgressores”⁴⁴⁹.

Castro y Bravo aponta que “o negócio em fraude à lei não é mais que uma manifestação especial da fraude à lei”. Consiste em “utilizar um tipo de negócio ou um procedimento negocial com o objetivo de lograr algo em si mesmo ilícito, visando escapar de uma proibição legal”⁴⁵⁰.

José Hurtado Cobles, que trata da desconsideração do grupo de empresas, afirma que uma das características da fraude é a tentativa do devedor livrar-se das dívidas, sejam de origem legal, contratual ou extracontratual, mediante uma estruturação artificial de várias empresas. Segundo ele:

“Para os efeitos que aqui interessam poderíamos definir o elemento fraudulento da doutrina do grupo de empresa como aquela intenção de conseguir a evitação de responsabilidades trabalhistas, quer de origem legal, contratual ou extracontratual, mediante uma estruturação artificial de várias empresas sem um verdadeiro substrato na realidade material.

Nesta matéria específica dos grupos de empresas o processo de criação de filiais constitui a forma mais habitual de criação e posterior desenvolvimento do mesmo e, simultaneamente, uma das suposições mais freqüentemente utilizada na prática atual quando existe no grupo a intenção de defraudar terceiros credores. Assim, estes casos fraudulentos costumam consistir em provocação de insolvências patrimoniais de alguma das empresas filiais do grupo com a sucessiva criação de outra nova que assume a atividade anterior total ou parcialmente”⁴⁵¹.

O doutrinador traz decisões dos Tribunais espanhóis que aplicaram a desconsideração da personalidade jurídica na caracterização da fraude:

⁴⁴⁹ Lima, 1965, p. 36-7, *apud* Andrade Filho, 2005, p. 98.

⁴⁵⁰ Castro y Bravo. *El negocio juridico*, 1971, p. 340.

⁴⁵¹ Cobles. *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*, 2005, p. 69 (tradução nossa). “A los efectos que aquí interesan podríamos definir el elemento fraudulento de la doctrina del grupo de empresas como aquella intención de conseguir la elusión de responsabilidades laborales, sean de origen legal, contractual o extracontractual, mediante una estructuración artificial de varias empresas sin un verdadero sustrato en la realidad material. En esta materia específica de los grupos de empresa el proceso de creación de filiales constituye la forma más habitual de creación y posterior desarrollo del mismo y, a la vez, uno de los supuestos más frecuentemente utilizado en la práctica de nuestros días cuando existe en el grupo un ánimo de defraudar a terceros acreedores. Así, estos casos fraudulentos suelen consistir en la provocación de insolvencias patrimoniales de alguna de las empresas filiales del grupo con sucesiva creación de otra nueva que asume la anterior actividad total o parcialmente”.

“STS (Sala 1ª) de 31 de dezembro de 1993, Relator Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJA 9926). Textualmente: (...) e a doutrina do levantamento de véu, que parte da existência de má fé, atuação fraudulenta ou abusiva na personalidade jurídica para evitar responsabilidades, tampouco pode ser trasladada ao Estado e seus órgãos autônomos, pois de forma alguma lhe podem ser atribuídas tais condutas na organização de suas instituições”⁴⁵².

“STS (Sala 1ª) de 24 de fevereiro de 1995, Relator Sr. Jaime Santos Briz (RJA 1111). Textualmente: (...) ainda que se trata de dar segurança e confiança às relações jurídicas e evitar confusão para terceiros, também é certo que a doutrina jurisprudencial discutida não exigiu como essencial para aplicá-la que se tenha atuado de má fé ou com abuso do direito e que se tenha prejudicado efetivamente os interesses alheios, ainda que aquela confusão possa originar prejuízos e incertezas”⁴⁵³.

A jurisprudência de nossos tribunais evoluiu bastante nos últimos 50 anos, reconhecendo, desde aquela época, a ilicitude da fraude à lei. Já em 1950, foi proferido acórdão pelo plenário do STF, Recurso Especial nº 11.561/DF, que reconheceu a ilicitude da fraude à lei – Lei nº 24.150/34 – num caso de pedido insincero de retomada de prédio para uso próprio⁴⁵⁴.

Em 2003, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166, foi desconsiderada a personalidade jurídica na caracterização de fraude à lei – Lei nº 8.666/93 – quando da constituição de sociedade para burlar impedimento de participar de licitação⁴⁵⁵.

⁴⁵² STS (Sala 1ª) de 31 de diciembre de 1993, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJA 9.926), *apud* Cobles, 2005, p. 70 (tradução nossa). “STS (Sala 1ª) de 31 de diciembre de 1993, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJA 9926). Textualmente: (...) y la doctrina del levantamiento del velo, que parte de la existencia de mala fe, actuar fraudulento o abusivo en la personalidad jurídica para evitar responsabilidades, tampoco puede trasladarse al Estado y sus organismos autónomos, pues en modo alguno pueden achacársele tales conductas en la organización de sus instituciones”.

⁴⁵³ STS (Sala 1ª) de 24 de febrero de 1995, Ponente D. Jaime Santos Briz (RJA 1.111), *apud* Cobles, 2005, p. 70 (tradução nossa). “STS (Sala 1ª) de 24 de febrero de 1995, Ponente D. Jaime Santos Briz (RJA 1111). Textualmente: (...) si bien se trata de dar seguridad y confianza a las relaciones jurídicas y evitar confusionismo para terceros, también es cierto que la doctrina jurisprudencial discutida no há exigido como esencial para aplicarla que se actúe de mala fe o com abuso de derecho y que se hayan perjudicado efectivamente los intereses ajenos, aunque aquel confusionismo pueda originar perjuicios e incertidumbres”.

⁴⁵⁴ REsp. nº 11.561/DF, Rel. Min. José Linhares, Tribunal Pleno, j. 18.08.1950, DJ de 27.05.1952 – Ementa: “Locação de Prédio. Contrato celebrado em fraude da Lei nº 24.150. Sua cessão era inoperante. Provada a insinceridade do pedido de retomada para uso próprio. Não havia como negar a ação proposta. Rejeição de Embargos”.

⁴⁵⁵ ROMS nº 15.166, j. 07.08.2003, DJ de 08.09.2003 (*apud* Andrade Filho, 2005, p. 102). Ementa: “A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo

5.6. Distinção entre Abuso de Direito e Fraude

Nas lições de Pontes de Miranda, os conceitos de abuso de direito e fraude se diferem. Segundo o autor, “o que se passa com a fraude à lei parece-se, porém não se identifica com o que passa com o abuso de direito. Ali, usa-se irregularmente a autonomia privada; aqui exerce-se irregularmente o direito”⁴⁵⁶.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero⁴⁵⁷ explicam bem essa diferença. Segundo eles, enquanto o abuso de direito se refere ao uso de direitos subjetivos, a fraude à lei refere-se ao uso de um poder normativo ou, se preferível, de um direito objetivo. Os autores explicam que direito subjetivo e poder normativo não se confundem. Direito subjetivo é um título que constitui o fundamento de várias posições normativas dirigido a promover ou proteger um estado de coisas considerado valioso, com a possibilidade fática de afetar interesses alheios. Em outras palavras, e na concepção de Paulo Dourado de Gusmão⁴⁵⁸, “o direito subjetivo é a atribuição ou imputação a uma pessoa do poder de exigir de outrem um comportamento típico” ou, segundo Bruno Miragem⁴⁵⁹, “é a expressão de uma liberdade jurídica decorrente do livre arbítrio reconhecido à pessoa capaz de direitos e obrigações”. Por sua vez, o poder normativo, fundamento dos negócios em fraude à lei, consiste na atribuição a um sujeito da possibilidade normativa de produzir certos resultados institucionais ou mudanças normativas.

Para Fábio Ulhoa Coelho, a diferença entre fraude e abuso de direito, para a formulação subjetiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, está no fato de a fraude não necessitar da existência de elemento intermediário entre a intenção de

endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular”.

⁴⁵⁶ Miranda. *Tratado de direito privado*, 1999, p. 96.

⁴⁵⁷ Atienza e Manero. *Ilicitos atípicos*, 2000, p. 87.

⁴⁵⁸ Gusmão. Pressupostos filosóficos da noção de abuso do direito. *Revista Forense*, v. 120, nov. 1948, p.375.

⁴⁵⁹ Miragem, 2005, p. 29.

prejudicar terceiro e o dano, enquanto que no abuso de direito, a intenção de prejudicar terceiro surge do inadequado uso de um direito⁴⁶⁰.

No entendimento de Requião, como já transcrito acima, a fraude deriva da intenção de prejudicar terceiros ou credores, sendo que no abuso de direito não existe propriamente trama contra o direito de credor, mas sim o uso inadequado de um direito, mesmo que não se tenha atentado ao titular do direito o propósito de prejuízo do direito de outrem⁴⁶¹.

Existem, ainda, de acordo com Pedro Batista Martins, duas outras diferenças entre a fraude à lei e o abuso de direito: uma quanto aos efeitos e outra quanto à sua substância. Quanto aos efeitos, a sanção da fraude à lei deve ser a nulidade do negócio jurídico – confirmada pelo Código Civil de 2002, ressalte-se –, já no abuso de direito a sanção consiste em uma reparação em dinheiro (art. 927 do Código Civil de 2002). Com relação à substância, o autor aponta que o abuso constitui em exercício anormal de um direito, enquanto a fraude à lei consiste em violação indireta da lei, mediante engenhosa e complicada combinação de meios contra tal resultado⁴⁶².

Por fim, como bem ressalta Pontes de Miranda, a fraude à lei, por se tratar de violação indireta da norma, seria de reprovação obrigatória, sob pena de destruição de todo o sistema jurídico em caso de tolerância da fraude à lei, diferentemente do abuso de direito, que é de reprovação facultativa⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Coelho, 1989, p. 60.

⁴⁶¹ Requião, 1988, p. 73.

⁴⁶² Martins. Abuso do direito e o ato ilícito, 2002, p. 120.

⁴⁶³ Miranda, 1999, p. 96.

6. A DESCONSIDERAÇÃO NO GRUPO DE EMPRESAS

A internacionalização e interdependência dos mercados nacionais, a universalização do modelo de mercado livre, o aumento exponencial no volume das transações comerciais e financeiras, e a progressiva eliminação das barreiras ao comércio internacional tornariam progressivamente obsoleto o modelo tradicional da sociedade comercial individual, o qual viria dar lugar à formação de grupos de sociedades.

O grupo de sociedades, técnica de organização jurídica da empresa moderna, pode ser definido como um conjunto de sociedades comerciais que, conservando cada uma a sua autonomia jurídica, encontram-se subordinadas a uma direção econômica unitária exercida por uma outra sociedade (sociedade-mãe). Aludidos grupos estão em voga em todo o mundo. Os cadastros estatístico-societários disponíveis nos três maiores mercados mundiais, a “Global Triad” – Estados Unidos, União Européia e Japão – indicam uma tendência das sociedades em se agruparem. Assim acontece com 70% das sociedades na Alemanha, 50% na Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra, 65% nos Estados Unidos e 88% no Japão⁴⁶⁴.

Segundo José Engrácia Antunes, “a radical transformação dos sistemas econômicos (concentração *versus* globalização) e das estruturas organizativas da sua cédula básica, a empresa (unissocietária *versus* plurissocietária), apenas se tornou possível graças a uma relevantíssima evolução verificada no seio do próprio Direito Societário contemporâneo: a consagração do fenômeno do controlo intersocietário”. E continua, ao afirmar que:

“seria justamente a legitimação e consagração de diversos mecanismos de controle de sociedades sobre sociedades, ocorrida progressivamente em todas as ordens jurídico-societárias contemporâneas, que viria a conferir viabilidade prática e consistência jurídica a semelhante forma de organização empresarial: na verdade, foram tais mecanismos que permitiram o estabelecimento da típica e complexa rede de laços intersocietários sobre a qual repousa toda a empresa grupal (pluralidade jurídica) e é graças a eles que o respectivo vértice hierárquico assegura a

⁴⁶⁴ Antunes. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005, p. 35.

coordenação estratégica e a coesão económica do todo empresarial (unidade económica)⁴⁶⁵.

A personalidade jurídica possibilita a independência patrimonial e a autonomia de vontade da sociedade comercial. No entanto, no grupo de sociedades, os efeitos da personificação não são sempre observados nos negócios, podendo prevalecer o interesse do grupo sobre a sociedade isolada. A formação interna da vontade social singular pode ficar suprimida diante do comando exterior à sua organização.

Apesar da subordinação das sociedades formadoras do grupo, a autonomia jurídica é mantida, de maneira que cada sociedade preserve sua personalidade individual. Essa característica atrai investidores, na medida em que limita responsabilidades. E é justamente a independência da personalidade jurídica (que significa a separação de patrimônios e de responsabilidades) que leva à preocupação de como tal autonomia será usada, de forma que a aplicação da desconsideração seja o remédio excepcional para coibir práticas indevidas no grupo de empresas.

No entendimento de Jorge Lobo, no grupo de empresas deve-se prever a personificação do grupo e sua responsabilidade solidária, com a finalidade de obrigar o empresário a honrar a palavra empenhada, seja através da sociedade controladora ou de suas controladas⁴⁶⁶. Segundo o comercialista, atribuir personalidade jurídica ao grupo de sociedades não significa excluir a responsabilidade das sociedades agrupadas pelas dívidas contraídas, pois são sempre responsáveis pelas obrigações assumidas por seus administradores na forma da lei e dos estatutos sociais⁴⁶⁷.

As legislações da Europa disciplinam no agrupamento de empresas os interesses de terceiros, de modo a impedir que se tornem instrumentos de opressão e tirania⁴⁶⁸. O remédio para coibir as práticas de atos abusivos e fraudulentos através da utilização do grupo de empresas é a desconsideração da personalidade jurídica, passando elas a serem consideradas não como empresas isoladas e independentes, mas como partes de um todo, de um grupo, como de fato assim o são⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Antunes, 2005, p. 36.

⁴⁶⁶ Lobo. Direitos dos grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 107, jul./set. 1997, p. 122.

⁴⁶⁷ Lobo, 1997, p. 113-4.

⁴⁶⁸ Requião, 1988, p. 287.

⁴⁶⁹ Requião, 1988, p. 291.

Segundo Requião, “passou-se a perceber que a personificação das sociedades comerciais não podia ser concebida como um direito absoluto e inquestionável. O reconhecimento de sua relatividade se impunha, para ensejar a sua desconsideração ou afastamento, para que o juiz pudesse penetrar no seu âmago, a fim de impedir a injustiça ou a fraude”⁴⁷⁰. E continua, ao afirmar que:

“tão logo se verifique ou evidencie que, nas suas relações com terceiros – acionistas ou credores –, o grupo societário se queira valer da autonomia das sociedades isoladamente consideradas que o compõem para, através dessa autonomia, obter vantagens indevidas ou descabidas, deve a personalidade jurídica ser desconsiderada, para se tratar o grupo como uma unidade econômica, sem distinções, como de fato é”⁴⁷¹.

Para Rolf Serick, o simples fato de uma empresa possuir quase todas as ações de outra não é suficiente para ensejar a desconsideração. Para isso, é necessária a existência do abuso da figura jurídica⁴⁷². Conforme o autor, nos problemas relativos às sociedades mãe e filha apresentam-se aspectos específicos, não sendo possível elaborar uma regra geral de quando a sociedade-mãe deva responsabilizar-se pelas obrigações assumidas pela sociedade-filha, nem quando deva assumir os atos ilícitos realizados pela sociedade controlada⁴⁷³.

Através da análise de vários casos jurisprudenciais, que negaram a autonomia de duas pessoas jurídicas, Serick deduziu alguns princípios fundamentais para reconhecer à sociedade-filha uma personalidade jurídica autônoma quando:

“a) as duas sociedades são financeiramente autônomas para o que é necessário que a sociedade filha possa dispor de um capital suficiente para poder fazer frente às próprias obrigações; b) a atividade das duas pessoas jurídicas deve ser desenvolvida autonomamente e ser conduzida com base em contabilidades separadas; c) as assembléias sociais devem ser mantidas distantes (e se isto se verificar é irrelevante o fato de que os administradores

⁴⁷⁰ Idem ib.

⁴⁷¹ Requião, 1988, p. 296.

⁴⁷² Serick, 1966, p. 111-2.

⁴⁷³ Serick, 1966, p. 113-4.

sejam os mesmos); d) não deve ser criada a garantia de que as duas sociedades de identificam”⁴⁷⁴.

É importante lembrar que, para o autor alemão, a quebra da autonomia entre sociedade mãe e filha deve ser precedida de um caso de abuso da figura da pessoa jurídica que dê ao juiz critérios para não separar a sociedade controladora da controlada⁴⁷⁵.

Por fim, traz exemplo de desconsideração no grupo de empresas ao mencionar o caso “In Re Muncie Pulp Company”, através do qual a Pulp Company havia constituído a Great Western Natural Gas Company, transferindo a esta nova empresa fundos dotados de fonte de gás e de petróleo. A Pulp Company possuía todas as ações da Great Western, com exceção de uma ação possuída por um testa-de-ferro. A Pulp Company controlava totalmente a Great Western, que não tinha contabilidade separada, não conduzia seus negócios etc. No momento em que a Pulp Company incorreu em um processo concursal, a Great Company foi chamada para também responsabilizar-se pelo débito de sua controladora, por se entender que o patrimônio desta última, testa-de-ferro da controladora, pertencia à Pulp Company⁴⁷⁶.

Verrucoli, estudando a aplicação da doutrina no direito continental europeu, enfoca sua atuação no caso de sociedades coligadas. Segundo o jurista italiano:

“Uma outra construção foi apresentada, subseqüentemente, com referência ao sistema das ‘sociedades coligadas’, ou ‘de rede’. Tal teoria assume que ‘com a criação de uma sociedade-filial, a sociedade-matriz persegue o objetivo preciso de conseguir o desdobramento fictício permanente da própria subjetividade jurídica, mesmo que restando economicamente único (*sic*) centro de interesses’: onde se teria um caso (...) de simulação absoluta”⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Serick, 1966, p. 115 (tradução nossa). “a) le due società sono finanziariamente autonome per il che è necessario che la società figlia possa disporre di un capitale sufficiente per poter far fronte alle proprie obbligazioni; b) l’attività delle due persone giuridiche deve svolgersi autonomamente ed essere condotta sulla base di contabilità separate; c) le assemblee sociali devono essere mantenute distinte (e se ciò si verifica è irrilevante il fatto che gli amministratori siano gli stessi); d) non si deve far nascere l’afidamento che lê due società si identifichino”.

⁴⁷⁵ Serick, 1966, p. 116.

⁴⁷⁶ Serick, 1966, p. 118.

⁴⁷⁷ Verrucoli, 1964, p. 164 (tradução nossa). “Un’altra costruzione si è prospettata, sucessivamente, com riferimento al sistema delle ‘società collegate’, o ‘a catena’. Tale teoria assume che ‘con la creazione di una società-figlia, la società-madre persegue lo scopo preciso di conseguirei l’fittizio sdoppiamento permanente della própria soggettività giuridica, pur restando economicamente único centro di interessi’: onde si avrebbe un caso (...) di simulazione assoluta”.

É importante ressaltarmos que a existência do controle entre duas sociedades distintas não pode isoladamente levar à aplicação da teoria da desconsideração, devendo-se observar critérios complementares para ensejo da teoria.

Susy Elizabeth Koury traz em sua obra a análise de autores que estudaram decisões dos tribunais franceses para dar parâmetro aos critérios de aplicação da desconsideração entre controlada e controladora. Segundo a autora, Vanhaecke aponta caso de confusão patrimonial entre controlada e controladora, em virtude de possuírem a mesma sede, sucursal, mesmo número de telefone etc. Outro autor francês destacado pela autora, Despax, afirma ser a comunidade de interesses econômicos o fator essencial para considerar controlada e controladora como uma só empresa, entendendo, nessas condições, ser aplicável a desconsideração da personalidade jurídica⁴⁷⁸.

Ousamos divergir de tal entendimento, na medida em que a unidade econômica é um elemento inerente ao grupo de empresas e não pode isoladamente ser caracterizada como fato ensejador da desconsideração. Faz-se necessário, para aplicação da desconsideração, que existam práticas abusivas advindas do mau uso da personalidade jurídica no grupo de sociedades.

Nas hipóteses de desconsideração é preciso analisar cada caso concreto, não sendo possível chegar a uma regra geral. A noção de controle não pode ser analisada isoladamente para ensejar a aplicação da desconsideração, pois o controle só se choca com a noção de personalidade jurídica em certos casos, prevalecendo o reconhecimento às sociedades controladas de uma personalidade jurídica independente. O fato de as controladoras, em virtude de deter o controle acionário das controladas e deliberar por estas últimas, não significa necessariamente ter que desconsiderar a personalidade jurídica.

Mateo Tonello, em sua obra sobre grupos de sociedades, traz caso da jurisprudência italiana em que se constatou todos os requisitos para aplicação da desconsideração em um grupo de empresas. A decisão refere-se a quatro sociedades por ações, cada uma quase que totalmente controlada pelos irmãos Biagio e Anselmo Manganaro e as demais nas mãos de outros familiares, todas insolventes⁴⁷⁹. O Tribunal verificou que todo o poder de direção das quatro empresas estava centralizado nos irmãos Manganaro. Segundo trecho da decisão do tribunal:

⁴⁷⁸ Koury, 1998, p. 90-1.

⁴⁷⁹ Tonello. Società: gruppi di società, superamento della personalità giuridica, partecipazioni reciproche; Contratti: L'inefficacia del contratto, la nullità dell'atto notarile, il contratto usurário, la subfornitura; Cessione d'azienda; Responsabilità civile: Il danno risarcibile, la tutela aquiliana del possesso. *Contratto e Imprensa*, anno 3, 1998b, p. 1.048.

“centralização de todos os poderes de decisão e administração, relativos às atividades de todas as quatro sociedades (...), exercida fora dos esquemas formais de cada uma das sociedades individualmente e, aliás em absoluto descaso em relação aos mesmos, com conseguinte exautoração dos administradores formais e com a tomada prévia das decisões submetidas à assinatura dos órgãos deliberativos (...). Esse tipo de centralização foi realizado sistematicamente também no plano operacional, através do uso promíscuo de colaboradores técnicos – reunidos em um verdadeiro e próprio *pool*, totalmente subordinados às diretrizes dos irmãos Manganaro e, especialmente, do mais velho deles, encarregado sem qualquer distinção da gestão contábil e administrativa das quatro sociedades – e dos funcionários em serviço ou no interesse de uma ou de outra sociedade e, também, em relação a trabalhos de interesse direto e pessoal dos Manganaro”⁴⁸⁰.

Os indícios caracterizadores de abuso da personalidade jurídica podem ser encontrados no caso em análise, quais sejam: a) subtração de bens do patrimônio social; b) confusão patrimonial; c) manipulação, através de operações contábeis, da situação financeira das sociedades do grupo; e d) inadequada manutenção dos livros contábeis. Para cada um desses elementos, o autor cita trechos da decisão do tribunal, comprovando a ocorrência de cada um ⁴⁸¹.

Conclui o autor italiano ao afirmar que:

“o Supremo confirma ter dado início a um processo de reconsideração e superamento do espontaneísmo da vontade social, mas esclarece, desde o início, que não pretende avançar até o ponto de retirar daquele princípio o seu valor formal. O espaço reservado para a assembleia e o conselho de administração na gestão da sociedade pode, em outras palavras, ser limitado, desde que seja respeitado o seu papel formal e mínimo na fase conclusiva do

⁴⁸⁰ Tonello, 1998b, p. 1.049 (tradução nossa). “Accentramento di ogni potere decisionale e gestorio, riguardo alle attività di tutt’e quattro le società (...), esercitato al di fuori degli schemi formali delle singole società ed anzi nella sostanziale indifferenza verso gli stessi, con conseguente esautoramento dei formali amministratori e con la preconstituzione delle decisioni sotto-poste alla firma degli organi deliberativi (...). Siffatto accentramento si è sistematicamente realizzato anche sul piano operativo, attraverso l’impiego promiscuo di collaboratori tecnici-riuniti in un verso e proprio pool, in tutto subordinato alle direttive dei fratelli Manganaro e in particolare del maggiore tra essi, indifferentemente addetto alla gestione contabile e amministrativa delle quattro società – e di maestranze in attività o nell’interesse dell’una o dell’altra società, ed anche per lavori di diretto e personale interesse dei Manganaro”.

⁴⁸¹ Tonello, 1998b, p. 1.055-7.

processo de formação da vontade social, ou seja, a fase em que essa vontade é manifestada fora desse espaço. Ainda mais, o Supremo é favorável a uma maior liberdade e autonomia nas relações entre os órgãos da sociedade desde que, todavia, não se transformem, na realidade, em escolhas gerenciais lesivas ao interesse da sociedade que as expressa formalmente⁴⁸².

Na concepção de Eduardo Secchi Munhoz, a ruptura da autonomia patrimonial da pessoa jurídica é de ordem estrutural. O patrimônio separado que caracterizava a sociedade isolada dá lugar a um conjunto de ativos e passivos que, na sociedade em grupo, são transferidos livremente, segundo os interesses do grupo econômico. “Ocorre, assim, uma total dissociação entre o patrimônio e os riscos do negócio, beneficiando-se o grupo das vantagens econômicas da livre transferência de recursos e, ao mesmo tempo, da limitação da responsabilidade a cada unidade jurídica e patrimonial que o compõe”⁴⁸³.

Segundo o autor, nos grupos de sociedades não se fala em suspensão temporária e episódica da personalidade jurídica, mas sim em uma suspensão permanente e constante, pois a extinção da autonomia patrimonial e organizacional das sociedades-membro não constitui a exceção e sim a regra. Afirma que a crise não está localizada na utilização abusiva da personalidade jurídica em cada caso concreto, mas, ao se falar em grupo, nos próprios objetivos definidos pelo ordenamento jurídico que se tornaram anacrônicos, incompatíveis com a realidade socioeconômica dos dias atuais. Daí porque o autor defende que a aplicação da desconsideração no grupo de sociedades é inadequada⁴⁸⁴.

Na verdade, na concepção de alguns autores, dentre eles, Lamartine Corrêa de Oliveira⁴⁸⁵, aplicar a desconsideração no grupo de empresas não é a causa da doença, como acontece nas sociedades isoladas, mas a morte do paciente. Defendem que os grupos societários precisam de um ordenamento jurídico próprio e não da teoria clássica da desconsideração, aplicada de maneira casuística, que se mostra incompatível com a estrutura socioeconômica das formas atuais de organização da atividade empresarial⁴⁸⁶. “Os grupos de sociedades precisam de direito próprio, aderente à realidade empresarial, de tal forma que a doutrina da desconsideração, em vez de encontrar nesse fenômeno um dos

⁴⁸² Tonello, 1998b, p. 1.060-1 (tradução nossa).

⁴⁸³ Munhoz, 2004, p. 44-5.

⁴⁸⁴ Munhoz, 2004, p. 45.

⁴⁸⁵ Oliveira, 1979, p. 590-1 e 594-5.

⁴⁸⁶ Munhoz, 2004, p. 46-7.

seus maiores focos de aplicação, volte ao caráter da excepcionalidade, atuando como remédio apto a enfrentar abusos de direito, fraudes e desvios de finalidade, identificados em casos específicos”⁴⁸⁷.

No nosso entendimento e, acreditamos, no da maioria dos autores, o princípio da desconsideração é o meio adequado para coibir os abusos perpetrados pelos grupos de sociedades, desde que observados os pressupostos caracterizados dessa teoria. Em outras palavras, a personalidade jurídica de cada ente do grupo de sociedade deve ser preservada, e só em casos excepcionais superada.

⁴⁸⁷ Munhoz, 2004, p. 47.

7. ASPECTOS PROCESSUAIS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

Existem duas correntes doutrinárias que abordam a forma de aplicação da teoria da desconsideração no processo civil, as quais sinalizam o momento oportuno para aplicação de referida teoria. A primeira defende a idéia de que deve existir um processo autônomo, uma ação de conhecimento paralela à execução, para que se possa formar um novo título judicial que permita desconsiderar a personalidade jurídica. Já a segunda corrente, que nos parece ser a mais correta, defende que a desconsideração pode ser caracterizada incidentalmente no processo de execução sem ferir os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, desde que comprovados os requisitos para aplicação da desconsideração. Há então a constrição de bens dos sócios da sociedade devedora ou de outras pessoas jurídicas que, ligadas à devedora, utilizaram abusivamente o princípio da autonomia da pessoa jurídica para fugir da responsabilidade no cumprimento de obrigações perante credores.

Fábio Ulhoa é um adepto da primeira corrente, ao defender que a responsabilização dos sócios pela manipulação da autonomia da pessoa jurídica só pode ser movida através de ação própria pelo credor em face dos sócios da sociedade, devendo, necessariamente, demonstrar o pressuposto fraudulento⁴⁸⁸. Para o autor, esse procedimento deve ser seguido independentemente de ser adotada a teoria maior ou menor da desconsideração. Afirma que:

“qualquer que seja o pressuposto adotado para a desconsideração, isso não altera em nada a discussão dos aspectos processuais da aplicação da teoria. Quer dizer, será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no pólo passivo, aquele cuja responsabilização se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria), seja para condená-lo, tendo em vista a insolvabilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor)”⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Coelho, 2002, p. 55.

⁴⁸⁹ Coelho, 2002, p. 56.

Apenas em situação especial, em que “o autor teme eventual frustração ao direito que pleiteia contra uma sociedade empresária, em razão de manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial no transcorrer do processo, ele não pode deixar de incluir, desde o início, no pólo passivo da relação processual, a pessoa ou as pessoas sobre cuja conduta incide o seu fundado temor. Nesse caso, o agente fraudador e a sociedade são litisconsortes”⁴⁹⁰.

Osmar Vieira da Silva, também adepto da primeira corrente, defende que “simples despachos em processo de execução movidos contra a sociedade, determinando a penhora de bens dos sócios, importam em flagrante desobediência ao direito constitucional do devido processo legal”⁴⁹¹.

Ada Pellegrini Grinover compartilha do entendimento do Prof. Fábio Ulhoa, ao professar que:

“a desconsideração da personalidade jurídica, providência cujo acerto e eficácia devem atentar para sua excepcionalidade e para a presença de seus pressupostos (fraude e abuso, a desvirtuar a finalidade social da pessoa jurídica), não pode, não ao menos como regra, ser feita por simples despacho no processo de execução. A cognição para detectar a presença dos citados pressupostos é indispensável e, nessa medida, ao menos como regra, impõe-se a instauração do regular contraditório em processo de conhecimento. Esse processo de conhecimento que se exige, fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação do título executivo para que depois, se promova a invasão patrimonial. A via própria assim exigida, portanto, não é necessariamente um processo que tenha por objeto a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de “ação própria” no sentido de que aquele cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme o título executivo. Em outras palavras e como já dito, não é possível penhorar bens de uma empresa – como resultado da desconsideração da personalidade jurídica de outrem – sem que, em regular processo de conhecimento próprio, de cognição plena e profunda, cercada por todas as garantias do contraditório, sejam examinados os pressupostos autorizadores da desconsideração e se imponha a sanção àqueles cujo patrimônio deverá ser impactado na sucessiva execução”⁴⁹².

⁴⁹⁰ Coelho, 2002, p. 55

⁴⁹¹ Silva, 2002, p. 205.

⁴⁹² Grinover, 2004, p. 21.

Da mesma forma pensa Ana Caroline Ceolin, ao afirmar a necessidade de prévia citação dos sócios em ação ordinária de conhecimento, para que seja facultado o exercício da ampla defesa. Conforme a autora, somente após sentença condenatória poderá o credor propor execução contra os sócios. O fato da demora em ser proferida a ação de conhecimento e, com isso, beneficiar o sócio que agiu indevidamente, pode ser resolvido por meio de tutela cautelar, ou seja, usa-se de um remédio preventivo apto a tutelar o direito de terceiro a penhorar bens dos sócios enquanto o processo de conhecimento perdurar⁴⁹³.

Diferentemente de Ulhoa Coelho, Grinover, Vieira da Silva e Ceolin, Genácea da Silva Alberton, defensora da segunda corrente, entende que as situações que levam à aplicação da desconsideração podem surgir no decorrer da instrução do processo. Deve-se aceitar a possibilidade de o juiz desconsiderar a personalidade jurídica, independente de postulação da autora. Segundo a autora, o fato de se permitir que o juiz desconsidere a personalidade jurídica no meio do processo não afeta o princípio da congruência (o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta a demanda) porque a tutela jurisdicional será prestada no âmbito do pedido⁴⁹⁴.

Acreditamos que a posição de Alberton também não é a mais acertada, embora simpatizemos com a segunda corrente, uma vez que defende a desnecessidade de postulação do autor para que se desconsidere a personalidade jurídica. Ainda que se possa desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade ré no curso do processo para inclusão de seus sócios, é essencial que o credor postule o pedido de desconsideração, já que os pressupostos caracterizadores da desconsideração não se presumem, cabendo ao credor o ônus de demonstrar a ocorrência de referidos pressupostos.

O fato de a aplicação da teoria da desconsideração ser destinada à obtenção de bens para satisfação do direito do credor, direito este de natureza patrimonial e, conseqüentemente, disponível, enseja que a decisão do juiz, deferindo a desconsideração, deve ser provocada pelo credor, a quem, como explicitado acima, compete comprovar a presença dos pressupostos legais.

Não podemos esquecer que o processo é instrumento para realização do direito material e, portanto, deve ser célere, pois, caso contrário, não seria útil. Daí decorre a idéia de efetividade como garantia fundamental do processo. Ou seja, o acesso ao

⁴⁹³ Ceolin, 2002, p. 64 e 70.

⁴⁹⁴ Alberton, 1992, p. 173.

processo deve ser efetivo, pois de nada adianta assegurar o contraditório e a ampla defesa se não for possível possibilitar a todos, a utilização dos meios suficientes para sanar eventuais óbices existentes quando se realiza o pleno exercício de um direito.

E é a partir dessa efetividade do processo, sem morosidade excessiva, que se chega ao processo de execução para incidentalmente desconsiderar a personalidade jurídica, devendo sempre ser observados os requisitos para a correta aplicação e, com isso, penetrar nos bens particulares para que se satisfaça à execução. Não há porque ajuizar-se um processo autônomo, paralelo à execução, para somente após o trânsito em julgado da sentença desse novo processo ocorrer a constrição dos bens de terceiros para satisfação do credor⁴⁹⁵. Agir dessa forma seria inutilizar a efetividade do processo defendida, além de beneficiar aquele que se utilizou indevidamente da pessoa jurídica.

Gilberto Bruschi traz três argumentos para justificar a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica sem a necessidade de ação própria. O primeiro deles, é de ordem metodológica e prática, e contraria o princípio da efetividade do processo. Segundo ele, de nada adiantaria esperar por longos anos o trânsito em julgado da ação de conhecimento para posteriormente permitir que os bens de terceiros fossem penhorados para garantir a dívida. Em nossa opinião, acreditar nesse posicionamento (necessidade de ação autônoma) seria fomentar o instituto da fraude e do abuso de direito, além de certamente beneficiar devedor e terceiros que são responsáveis pelo pagamento da dívida. O segundo ponto de vista trazido pelo autor é o de que o terceiro, cujos bens serão penhorados para garantir a dívida, ingressará na ação executiva como interessado e não como parte, litisconsorte, executado, pois seus bens servirão tão somente para adimplir a dívida gerada pelo devedor, sem a inclusão no pólo passivo, não fazendo sentido, portanto, a obrigatoriedade do ajuizamento de ação autônoma. Além disso, os arts. 592, II, e 596, ambos do Código de Processo Civil, permitem a penhora de bens de terceiros em meio ao processo executivo. O terceiro e último argumento para justificar a desnecessidade de ação própria está calcado no fato de o sistema jurídico somente exigir o prévio pronunciamento judicial, mediante sentença, nos casos de atos anuláveis, o que não é o caso da desconsideração, cujo ato é ineficaz⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Bruschi, 2004, p. 78.

⁴⁹⁶ Bruschi, 2004, p. 92.

Certo é que a jurisprudência vem afastando a necessidade de ação própria para a desconsideração, que admite a desconsideração por decisão incidental no processo da ação de execução proposta contra a sociedade⁴⁹⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, em precedente bastante significativo sobre a desconsideração, em que ocorreu a penhora de bens de outra empresa que não constavam no título executivo judicial, salientou que “a exigência de que a empresa atingida pelo ato de constrição tivesse participado da ação de conhecimento seria mesmo inatendível, pois o desvio aconteceu depois, exatamente para burlar os efeitos daquela sentença. As provas da fraude e do abuso seriam – como o foram – temas da ação de embargos”. A corte, nesta decisão, seguiu os fundamentos do acórdão atacado pelo recurso, proferido na 9ª Câmara do Tribunal de Justiça. Vejamos:

“De outra parte e para finalizar cumpre anotar que não procede a tentativa de condicionar a aplicação dos princípios da doutrina em questão a prévia decisão judicial em processo de conhecimento. Como o sistema jurídico, em regra, só reclama pronunciamento judicial prévio nos casos de atos anuláveis (por exemplo na fraude contra credores, art. 106 do Código Civil) e o dispensa quando se trata de atos ineficazes (por exemplo, na fraude à execução, art. 592, n. V, do Código de Processo Civil), com ele não se harmonizaria o reclamado processo de conhecimento para aplicação da teoria da desconsideração, que sabidamente apenas opera no campo da ineficácia. Aliás, condicionar a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica a prévio pronunciamento judicial importa torná-la inteiramente inoperante pelo retardamento de medidas cuja eficiência e utilidade depende de sua rápida efetivação”⁴⁹⁸.

Em parecer proferido por Cândido Dinamarco, ao discorrer sobre um caso concreto, afirma que:

“a) em princípio, só quem estiver indicado no título como devedor é legitimado passivo à execução (legitimidade ordinária primária);
b) tal regra constitui projeção da exigência legal de título para executar, porque contra quem não está indicado neste, em princípio, inexistente título;

⁴⁹⁷ REsp. nº 332.763/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 30.04.2002, *DJ* de 24.6.2002, p. 297; ROMS nº 14.168/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 30.04.2002, *DJ* de 5.08.2002, p. 323.

⁴⁹⁸ REsp. nº 86.502/SP, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 21.05.1996, *DJ* de 26.08.1996 – RSTJ 90/280.

- c) existem casos em que, excepcionalmente, admite-se a legitimidade passiva de pessoas não incluídas no título (arts. 568 e 592);
- d) para submetê-las à execução é indispensável um prévio ato judicial que lhes estenda a eficácia do título executivo;
- e) esse pronunciamento judicial pode ter lugar na própria execução, incidentalmente, quando existir prova documental inconcussa da situação legitimante;
- f) inexistindo situação clara e controvertendo as partes seriamente sobre os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica, será indispensável que o reconhecimento desses pressupostos seja buscado alhures pelo credor⁴⁹⁹.

No entanto, no caso de o credor não dispor de título executivo, a ação que lhe caberá é de conhecimento. Nessa situação, o credor pode propor a ação contra a sociedade e seus sócios (cuja natureza da responsabilidade será subsidiária), imputando a todos a responsabilidade pelo pagamento. O litisconsórcio decorre da conveniência de envolvimento da lide. O que deve ficar bem claro é que a viabilidade da ação em face dos sócios da sociedade devedora, com o fim de atingir seus bens pessoais e responder pela dívida da sociedade, dependerá da presença dos pressupostos da desconsideração, previstos seja no Código de Defesa do Consumidor, seja no Código Civil, na Lei do Meio Ambiente etc., conforme a natureza da relação ensejadora do crédito. Cabe ao autor provar a existência de tais pressupostos para viabilizar a ação contra o sócio⁵⁰⁰.

Portanto, verificados os pressupostos da desconsideração para o ajuizamento da ação de conhecimento em face dos sócios da pessoa jurídica devedora, o autor deverá mover ação em litisconsórcio passivo necessário. Em outras palavras, o autor move a ação contra ambos (sociedade e sócios), na medida em que a prática de atos cometidos por ambas as partes leva a impor na relação processual a presença de sócio e sociedade⁵⁰¹. Caso contrário, a ação só poderá ser intentada em face da pessoa jurídica.

Importante esclarecermos que, pelo próprio caráter de subsidiariedade da teoria da desconsideração, a ação não poderá ser movida em face tão somente do sócio da sociedade devedora, ainda que existam os pressupostos ensejadores, sem que se acione também a própria pessoa jurídica. Ou se aciona somente a pessoa jurídica, ou se move ação

⁴⁹⁹ Dinamarco. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude e ônus da prova. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, 2002, p. 1.198.

⁵⁰⁰ Gaino, 2005, p. 163.

⁵⁰¹ Beneti. Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização. In: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no Processo Civil*, 2004, p. 1.020-21.

em face dos dois (pessoa jurídica e seu sócio). Esse, inclusive, é o posicionamento de Sidnei Agostinho Beneti, em trabalho realizado sobre os aspectos processuais da desconsideração, coordenado por Fredie Didier Jr. e Teresa Alvim Wambier:

“não será possível, contudo, o ajuizamento direto contra pessoa física participante de pessoa jurídica, relativamente a lide que a esta envolva, pois, tendo esta personalidade jurídica própria, a relação de direito material e a lide principal, a relação de adequação do sujeito passivo da ação deverá adequar-se ao sujeito passivo da relação de direito material e da lide, tornando-se impossível ‘saltar’ uma ação (contra a pessoa jurídica visando à cobrança, contra a qual tem esta direito de ser citada e responder) para o ajuizamento diretamente contra o sócio (cuja responsabilidade patrimonial somente surgirá se houver, como pressuposto, responsabilidade da pessoa jurídica de que participe)”,⁵⁰².

Pode ocorrer, entretanto, que, quando do ajuizamento da ação de conhecimento, o autor não tenha os pressupostos ensejadores da desconsideração para incluir o sócio da devedora no pólo passivo da demanda. Nesse caso, a ação é movida somente em face da pessoa jurídica e, uma vez acolhida, é contra ela executada. Isso não significa dizer que, se descoberta a fraude ou o abuso de direito no curso da execução de sentença, não se possa imputar a responsabilidade em caráter subsidiário aos sócios, incluindo-os no pólo passivo da execução, através do qual irão defender-se pela via dos embargos à execução, nos termos do art. 741 do Código de Processo Civil⁵⁰³. Na verdade, não há empecilho à desconsideração nessa fase processual, sendo que os sócios da sociedade devedora terão as vias processuais cabíveis para a defesa, inclusive quanto à alegação de ilegitimidade passiva.

A desconsideração pode também ser requerida no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial. Iniciada a execução e não encontrados bens da sociedade passíveis de execução e, ainda, estando presentes os pressupostos ensejadores da desconsideração, pode o juiz incidentalmente no início da execução desconsiderar a personalidade jurídica e incluir no pólo passivo os sócios da devedora, os quais serão citados para, no prazo de 24 horas, garantir a execução ou pagar o débito. Garantido o juízo, caberá aos sócios defenderem-se no processo através dos embargos à execução.

⁵⁰² Beneti, 2004, p. 1.021.

⁵⁰³ Gaino, 2005, p. 164.

Segundo Gaino, ainda que na execução a devedora já tenha apresentado embargos e estes tenham sido considerados improcedentes, é possível ao credor requerer ao juiz a desconsideração para redirecionar os atos executórios para atingir o patrimônio pessoal dos sócios da devedora, sendo certo que deverá se comprovar a existência dos requisitos para a superação da personalidade jurídica. Segundo o autor, a coisa julgada formada pela sentença proferida nos embargos não atinge os sócios, segundo disposto no art. 472 do Código de Processo Civil. Os sócios, após incluídos, podem apresentar defesa por meio de outros embargos, tendo eles o direito, inclusive, de alegar a ilegitimidade passiva *ad causam*, de modo a não ferir o princípio do contraditório⁵⁰⁴.

No entendimento de Bruschi, em nenhum caso, seja na ação de conhecimento (já em curso de execução de sentença), seja na própria execução, existe a obrigatoriedade de o juiz, ao desconsiderar incidentalmente no processo, incluir o terceiro no pólo passivo da demanda. Este pode ingressar na demanda como terceiro interessado que teve seus bens penhorados indevidamente e não como parte, como litisconsorte, como executado, pois apenas seus bens servirão para quitar a obrigação, sem que seja incluído no pólo passivo. Para tais casos, a defesa do terceiro mais comum e usual será a via dos embargos de terceiros⁵⁰⁵.

Como se pôde notar, são controvertidas as opiniões doutrinárias quanto ao momento e à forma que processualmente pode se caracterizar a teoria da desconsideração, muito embora a jurisprudência já tenha sedimentado entendimento no sentido de poder desconsiderar a personalidade jurídica incidentalmente no processo de execução.

⁵⁰⁴ Gaino, 2005, p. 165.

⁵⁰⁵ Bruschi, 2004, p. 92.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, a preocupação constante foi demonstrar, juntamente às disposições doutrinárias, como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada por nossos Tribunais. Aplicá-la indiscriminadamente nos casos concretos significa pôr em risco as prerrogativas dadas pela própria lei, de suma relevância para o desenvolvimento sócio-econômico. Como se sabe, o princípio da autonomia patrimonial é importante para o desenvolvimento da economia, uma vez que limita a responsabilidade do sócio investidor de comprometer seu patrimônio particular.

Daí decorre um dos fatos de se dever aplicar a teoria da desconsideração em casos excepcionais e não aleatoriamente, como pudemos observar em algumas jurisprudências emanadas por nossos Tribunais, como, por exemplo, nos assuntos relacionados ao Código de Defesa do Consumidor e à Justiça do Trabalho. O fato de a introdução no direito positivo brasileiro ter ocorrido através da legislação consumerista conferiu prerrogativas à teoria da desconsideração que lhe são estranhas e não condizem com os princípios norteadores do direito privado.

Nesse diapasão, o art. 50 do Código Civil de 2002 representou um avanço para nortear a correta aplicação da teoria. Mais que isso, pois trouxe aos operadores do direito a efetividade necessária, dificilmente alcançada. Além de discipliná-la corretamente, estabelecendo critérios adequados com o seu fundamento jurídico, teve a preocupação de não apresentar o mesmo apelo protetivo presente no Código de Defesa do Consumidor. Com isso, veio a oportunidade de se formatar novas tendências à teoria da desconsideração, observando-se os princípios que a norteiam, sem deixar de dar a devida importância aos interesses sociais e econômicos.

As atividades econômicas, como mencionado acima, implicam riscos constantes, principalmente com a globalização da economia, o que confere grande importância na manutenção da limitação de responsabilidades, pois, caso contrário, haveria um desaquecimento da economia atrelado ao fato de não se ter qualquer garantia que proteja os investidores dos riscos inerentes aos negócios.

É claro que a limitação da responsabilidade não pode ser utilizada para a prática de atos contrários ao direito, que afrontem o ordenamento jurídico e tragam prejuízos a terceiros e à própria pessoa jurídica. Na hipótese de existir a manipulação do ente jurídico

é que se aplica a desconsideração da personalidade jurídica, retirando a eficácia episódica da personalidade jurídica para atingir as pessoas que efetivamente devem ser responsabilizadas, observado sempre o caráter de excepcionalidade.

A desconsideração, ao contrário do que possa parecer, não atenta contra o ato jurídico perfeito que declara personalidade às sociedades. Muito pelo contrário, uma vez que preserva a pessoa jurídica contra a sua má utilização. Por conta disso é que a aplicação da teoria, objeto do presente trabalho, embora aceita em todos os tipos societários, deve ficar limitada às hipóteses excepcionais, verificadas em cada caso concreto.

A desconsideração deve sempre observar o caráter de subsidiariedade que diferencia os casos de aplicação de referida teoria com os de mera imputação. Quando a lei brasileira impõe aos sócios e/ou administradores a responsabilidade por dívidas da sociedade é porque eles agiram de forma contrária à lei ou ao estatuto como integrantes da pessoa jurídica, não sendo a pessoa jurídica o ente que agiu em desconformidade e tampouco teve sua finalidade desvirtuada para ensejar a aplicação da desconsideração. É imprescindível que, para aplicação da desconsideração, a pessoa jurídica seja utilizada como instrumento de desvio dos fins a que se destina.

Ademais, o instituto da responsabilidade, como já tivemos oportunidade de esclarecer, não implica a quebra do princípio da autonomia da pessoa jurídica como acontece na desconsideração, ao contrário, reforça-o, na medida em que o fundamento da responsabilidade direta repousa na exata distinção entre sociedade e membros que a compõem, firmada nos estatutos ou contratos sociais. Para responsabilização dos dirigentes de uma sociedade basta comprovar que agiram de forma contrária a seus deveres e encargos, causando prejuízos a terceiros ou à própria sociedade. Essa responsabilidade não prescinde da sociedade, permanecendo intacta a personalidade jurídica, sem a necessidade de relativizá-la, como acontece com a desconsideração da personalidade jurídica.

Quanto às teorias da desconsideração, evidenciou-se que, muito embora o art. 50 tenha trazido pressupostos objetivos para a aplicação de tal teoria, foi adotada a concepção subjetiva. Ambos os pressupostos caracterizadores da desconsideração não são por si só suficientes para a correta aplicação, já que consistem em situações indicativas do abuso, mas não suficientes para a sua caracterização. É imprescindível que na situação concreta transpareça a conduta ilícita, ou melhor, sua intenção de abusar da pessoa jurídica para causar prejuízos a terceiros.

O abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade deve observar não só a finalidade prevista no objeto social, mas também ser interpretado à luz da função social da propriedade (arts. 5º, XXII, e 170, III, da Constituição Federal de 1988, e art. 1.288, § 1º, do Código Civil de 2002). A confusão patrimonial caracteriza-se quando ocorrer a negligência na separação dos bens do sócio com o da sociedade, impossibilitando uma escrituração contábil transparente e própria.

Assim como no desvio de finalidade, é importante lembrarmos que a simples existência de confusão patrimonial não é suficiente para caracterizar a desconsideração da personalidade jurídica. Tanto o desvio de finalidade quanto a confusão patrimonial, como critérios para a superação, só serão válidos quando estiverem vinculados a um abuso na utilização da pessoa jurídica para prejudicar terceiros.

A fraude, muito embora não esteja expressamente prevista nos pressupostos da desconsideração, não está excluída de ocorrer. Acreditamos que a fraude encontra-se abrangida pelo conceito amplo de abuso da personalidade jurídica, já que se caracteriza pela conduta praticada pelo devedor com o intuito de prejudicar terceiros.

Em relação à aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina diverge quanto ao enquadramento ou não da norma legal recentemente positivada. No tocante ao Código de Defesa do Consumidor, compartilhamos do entendimento daqueles autores que acreditam que o dispositivo legal trazido na legislação consumerista foge dos casos de desconsideração, tratando-se de responsabilização direta dos sócios e administradores. Por outro lado, uma gama de doutrinadores festejam a iniciativa do legislador do Código de Defesa do Consumidor em face da considerável ampliação e da generalidade de situações que podem se enquadrar na aplicação da teoria.

No Direito do Trabalho, o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, é visto por alguns doutrinadores como a introdução da desconsideração na seara trabalhista, o que ousamos divergir em nosso estudo, na medida em que consideramos, na linha de alguns doutrinadores, como caso de responsabilidade solidária das empresas que compõem o grupo econômico – o que não significa dizer que tal teoria não possa ser aplicada, desde que se observem os pressupostos trazidos no art. 50 do Código Civil de 2002.

A aplicação da desconsideração ocorre somente em caráter excepcional, quando constatados os pressupostos ensejadores de tal teoria, o que não se vislumbra no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho. O princípio protetor da legislação trabalhista que inclina a aplicação irrestrita da desconsideração apenas em virtude da insuficiência

patrimonial da sociedade, sem observância dos preceitos previstos no art. 50, conduziria à insegurança das relações, além da descaracterização do próprio instituto.

Na órbita do Direito Tributário também não é diferente, uma vez que são invocados os arts. 134 e 135 como hipóteses de desconsideração, o que não parece ser a posição mais acertada, já que tratam de hipóteses de responsabilidade, motivo pelo qual não se confundem. Existem aqueles doutrinadores que defendem que a desconsideração, embora possa ser aplicável no direito tributário se existentes os pressupostos para tal, não é necessária, uma vez que as modalidades de responsabilidade previstas no Código Tributário já alcançam todas as situações em que a desconsideração se aplica.

Acreditamos que, em virtude de questões envolvendo o direito societário, Requião foi levado a introduzir a teoria da desconsideração em nosso país. A doutrina da desconsideração no âmbito do Direito Comercial/Societário não está descartada pelo fato de a Lei das S/A e Limitadas (hoje trazida no Código Civil de 2002) tratar de típicos casos de responsabilidade civil. Toda vez que a pessoa jurídica for utilizada como instrumento para causar prejuízos a terceiros e não se tratar de imputação direta da responsabilidade, a teoria deve ser aplicada, prescindida da análise do caso concreto.

O abuso da personalidade jurídica, que enseja a aplicação da teoria da desconsideração, é uma espécie do gênero *abuso de direito*, o que nos levou a tecer alguns comentários sobre o tema. A corrente que sustenta a aplicação subjetiva do abuso de direito aponta, para aferir o abuso, como imprescindível a intenção do agente imbuído a exercer o ato. Na corrente objetiva, a caracterização do abuso não leva em conta a intenção do titular de um direito, observando-se tão somente a conduta do sujeito.

Fato é que a teoria subjetiva do abuso de direito não é suficiente para reprimir de forma eficaz o exercício abusivo de um direito. A dificuldade em se provar a real intenção do titular de determinado direito é de tão difícil aplicação que levou a não se optar por sua adoção em nosso ordenamento. Verificou-se, então, que o art. 187 do Código Civil de 2002 consagrou a teoria objetiva do destino econômico e da finalidade social, já aplicada pelo STF, que reconhecia o caráter ilícito do abuso de direito.

A autonomia da personalidade jurídica também é observada nos grupos de sociedades. Com referida autonomia, os grupos, que cada vez mais vêm se proliferando, têm condições de manter a separação de patrimônios e de responsabilidades, o que viabiliza o crescimento na realização de investimentos, já que se têm condições de prever o risco com a limitação de responsabilidade.

É justamente essa independência da personalidade jurídica que leva à preocupação de como será utilizada, de forma que a desconsideração seja o remédio usado para coibir práticas indevidas no grupo de empresas. Ressaltamos que a existência do controle entre duas empresas do mesmo grupo não pode isoladamente ensejar a aplicação da teoria da desconsideração, devendo-se observar os critérios complementares para a correta aplicação.

Acreditamos que a desconsideração da personalidade jurídica é o meio adequado para coibir abusos perpetrados pelos grupos de empresas, desde que observados os pressupostos caracterizadores dessa teoria.

No campo processual existem duas correntes doutrinárias que abordam a forma de aplicação da desconsideração, que sinalizam o momento oportuno para aplicação de referida teoria. A primeira defende a obrigação de existir um processo autônomo, uma ação de conhecimento paralela à execução, para que se possa formar um novo título judicial que permita desconsiderar a personalidade jurídica. A segunda corrente, com a qual concordamos, defende que a desconsideração pode ser incidentalmente decretada em processo de execução, sem ferir os princípios de contraditório, ampla defesa e devido processo legal, desde que comprovados os requisitos desconsiderantes.

Entendemos não haver violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando decretada a desconsideração incidentalmente no processo, pois os prejudicados com tal decisão terão a via própria de defesa – como, por exemplo, os embargos de terceiros ou o recurso de agravo de instrumento.

Ainda que se possa desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade ré no curso da execução para inclusão de seus sócios, é imprescindível que o credor postule tal pedido em juízo e não seja decretado de ofício, já que os pressupostos caracterizadores da desconsideração não se presumem, cabendo ao credor o ônus de demonstrar a ocorrência de referidos pressupostos. O próprio art. 50 do Código Civil de 2002 estabeleceu a violação de atuação de ofício pelo Juiz, já que prevê o expresse requerimento da parte ou do Ministério Público.

A jurisprudência vem afastando a necessidade de ação própria para a desconsideração, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, que admite a desconsideração por decisão incidental no processo de execução proposta contra a sociedade.

Fato é que na seara processual as discussões não se esgotam nesta resumida explanação, existindo opiniões doutrinárias controvertidas quanto ao momento e à forma que pode ser caracterizada a desconsideração, muito embora a jurisprudência já tenha sedimentado entendimento para facilitação de seus aplicadores.

Podemos concluir pelo exposto que a teoria da desconsideração, se corretamente aplicada, aprimora o instituto da pessoa jurídica, com o intuito de coibir os abusos perpetrados pela mesma. No entanto, se o instituto for transformado para sua aplicação sem qualquer critério, a desconsideração ensejará o desvirtuamento da pessoa jurídica, gerando prejuízos de ordem econômica e social.

Acreditamos que o art. 50 do Código Civil de 2002 teve a intenção de trazer subsídios para a correta aplicação da desconsideração, de maneira que existam critérios mais justos para que tal teoria não seja desmesuradamente aplicada e desvirtuada de sua real formação, como vem acontecendo na Justiça do Trabalho.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTON, Genacéia da Silva. “A desconsideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais”. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, Porto Alegre, v. 19, n. 54, mar. 1992.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ALVES, Jonas Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado – inovações comentadas artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. 1.
- ALVIM, Manuel Arruda. *Direito privado – contratos, direitos reais, pessoas jurídicas de direito privado, responsabilidade*. Coleção Estudos e Pareceres – II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. V 1.
- ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. “Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, jul./set. 1997.
- AMARO, Luciano da Silva. “Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, Porto Alegre, v. 20, n. 58, jul. 1993.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler. “A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil como instrumento de superação para o desvirtuamento de sua finalidade”. In: Tôrres, H. T.; Queiroz, M. E. (coord.). *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005.
- ANTUNES, José Engrácia. “Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório”. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005.
- ASCARELLI, Túllio. “Problemas das sociedades anônimas e direito comparado”. Campinas: Bookseller, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. V. 1.

- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madri: Trotta, 2000.
- BARBI FILHO, Celso. “Apontamentos sobre a teoria ‘ultra vires’ no direito societário brasileiro”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 85, v. 305, fev./mar. 1989.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. “Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Responsabilidade dos sócios em execução trabalhista contra a sociedade”. *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 58, n. 11, 1994.
- BENETI, Sidnei Agostinho. “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”. In: Didier Jr., F.; Wambier, T. A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BERNARDES, Flávio Couto. “A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade no direito tributário – uma análise comparativa com o instituto da responsabilidade tributária”. In: Tôrres, H. T.; Queiroz, M. E. (coord.). *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 10ª ed. (atualizada por Achilles Bevilaqua). Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953. V. 1.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOULOS, Daniel M. *Abuso de direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- CALCINI, Fábio Pallaretti. “Abuso de direito e o Novo Código Civil”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 830, dez. 2004.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil I: les personnes*. 20ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- CARPENA, Heloisa. *Abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1982. V. 5.
- CASILLO, João. “Desconsideração da pessoa jurídica”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 528, out. 1979.
- CASTRO y BRAVO, Frederico de. *La persona jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1981.
- _____. *El negocio jurídico*. 1ª ed. Madri: Inej, 1971.
- CATALANO, Pierangelo. “As raízes do problema da pessoa jurídica”. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 19, v. 73, jul./set. 1995.
- CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- COBLES, José Hurtado. *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*. Barcelona: Bosch, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. “Pessoa jurídica: conceito e desconsideração”. *Justitia*, São Paulo, v. 137, jan./mar. 1987.
- _____. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. (Coord.: Oliveira, J.). Saraiva: São Paulo, 1991.
- _____. “Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica”. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 36, mar. 1992.
- _____. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 2.
- _____. *Curso de Direito Civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003a. V. 1.
- _____. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003b.
- _____. “As teorias da desconsideração”. In: Tôrres, H. T.; Queiroz, M. E. (coord.). *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. (revisada, atualizada e corrigida). Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- _____. Códigos civis do Brasil: do Império à República. CD-ROM fornecido pelo Senado Federal.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial. Lisboa: Almedina, 2000.
- CORDEIRO, Pedro. *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*. 2ª ed. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2005.
- CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las. *Derecho societario: parte general – la personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Heliasta S. R. L, 1994.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil. Teoria Geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. “Desconsideração da personalidade jurídica, fraude e ônus da prova”. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. T. II.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002a. V. 1.
- _____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. “A desconsideração da personalidade jurídica”. In: Alvim, A.; Cerqueira César, J.; Rosas, R. (coord.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil. Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DOBSON, Juan. *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- DUARTE, Ronnie Preuss. “Boa-fé, abuso de direito e o Novo Código Civil brasileiro”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 817, nov. 2003.
- FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*. (Trattato di diritto civile italiano, dir. Filippo Vassali, 2). 2º ed. (con note di Francesco Ferrara Junior). Torino: Vtet, 1958.
- _____. *Teoría de las personas jurídicas*. Madri: Reus, 1929.
- FRAGALE FILHO, Roberto. “A desconsideração da personalidade jurídica no novo Código e sua repercussão nas relações trabalhistas”. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 3, mar. 2003.

- FRAGOSO, Rui Celso Reali. “Da desconsideração da personalidade jurídica”. *Justitia*, São Paulo, v. 146, abr./jun.1989.
- FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica – Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GAINO, Itamar. *Responsabilidade dos sócios na Sociedade Limitada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GIARETA, Gerci. “Teoria da despersonalização da pessoa jurídica (‘Disregard Doctrine’)”. *Revista de Direito Civil*, v. 48, abr./jun. 1989.
- _____. “O Código de Defesa do Consumidor e a invocação imprópria da teoria da desconsideração da pessoa jurídica”. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, Porto Alegre, v. 55, jul. 1992.
- GIORGI, Giorge. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morale*. 3º ed. Florença: Casa Ed. Lib. Fratelli Cammelli, 1913. V. I.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Da desconsideração da pessoa jurídica”. *Revista Jurídica*. São Paulo, v. 320, jun. 2004.
- GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor. Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- GUSMAO, Paulo Dourado de. “Pressupostos filosóficos da noção do abuso de direito”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 120, dez. 1948.
- JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

- LIMBORÇO, Lauro. “Tendências jurisprudenciais cíveis – ‘Disregard of legal entity’”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 579, jan. 1984.
- LOBO, Jorge. “A desconsideração da personalidade jurídica no Código Nacional de Defesa do Consumidor”. In: Gusmão, P. D.; Glanz, S. *O direito na década de 1990: novos aspectos. Estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- LOBO, Jorge. “Direito dos grupos de sociedades”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 107, jul./set. 1997.
- LOPES, João Batista. “Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 818, dez. 2003.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. V. I.
- LOTUFO, Renan. *Curso avançado de Direito Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a. V. 1.
- _____. *Código Civil comentado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003b. V. 1.
- MARIANI, Irineu. “A desconsideração da pessoa jurídica – contribuição para o seu estudo”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 76, v. 622, ago. 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme; LIMA JUNIOR, Marcos Aurélio. “Fraude – Configuração – Prova – Desconsideração da Personalidade Jurídica”. *Revista dos Tribunais*, n. 783, jan. 2001.
- MARTINS, Pedro Batista. *Abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “A responsabilidade solidária dos sócios ou administradores ante as dívidas trabalhistas da sociedade”. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 10, n. 20, set. 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MIRAGEM, Bruno. “Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro”. *Revista dos Tribunais*, v. 842, dez. 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1970a, V. I.
- _____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1970b. V. 50.
- _____. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1999. T. I.

- MOEREMANS, Daniel E.. “Extensión de la responsabilidad de los sócios em las sociedades de capital a través del ‘Disregard of the legal entity’”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 104, out./dez. 1989.
- MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- MORAES, Luiza Rangel de. “Considerações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na apuração de responsabilidades dos sócios e administradores de sociedades limitadas e anônimas”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 25, jul./set. 2004.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedade”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 134, nova série, abr./jun. 2004.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PACHECO, José da Silva. “Da teoria do abuso do direito no final do século XX”. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v.10, jul./dez. 1996.
- PANTOJA, Teresa Cristina. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil – constitucional*. (Coord.: Tepedino, G.). Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2002.
- PASQUALOTTO, Adalberto. “Desvio da pessoa jurídica”. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, Porto Alegre, v. 47, nov. 1989.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. 1.
- PIERRI, Deborah. “Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil e o papel do Ministério Público”. In: Reis, S. N. (coord.); Oliveira, R. A.; Franco, E. V. C. (org.). *Questões de Direito Civil e o Novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 2ª ed. Coimbra: Editora Limitada, 1983.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 2ª ed. Paris, 1902. V. II.
- RAMALHETE, Clóvis. “Sistema de Legalidade na ‘desconsideração da personalidade jurídica’”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 82, v. 293, jan./fev. 1986.
- REALE, Miguel. *Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Imprensa Nacional, 1972.
- _____. *Lições preliminares de Direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

- _____. O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado federal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. V. 1.
- _____. Aspectos modernos de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1988.
- RODA, Carmen Boldo. Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español. 3ª ed. Navarra: Editora Aranzadi, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 1.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquim. *Tratado de sociedades mercantiles*. 4ª ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1971. Tomo I.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. 1ª ed. (atualizada por Paulo Roberto Benasse). Campinas: Bookseller, 1999. V. 1.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANTOS, Hermelino de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: diretrizes à execução trabalhista: artigo 50 do Novo Código Civil e sua aplicação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996.
- SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1966.
- SILVA, Alexandre Couto e. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.
- _____. “Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação”. *Revista dos Tribunais*, n. 780, out. 2000.
- SILVA. De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- SOTELO, José Calvo. “La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo”. Madrid: Librería General de Victorio Suárez, 1917.
- STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- STRENGER, Irineu. *Reparação do dano em direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- SZTAJN, Rachel. “Desconsideração da pessoa jurídica”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 2, mar. 1992.
- TADDEI, Marcelo Gazzí. *Códigos civis do Brasil: do Império à República*. CD-ROM fornecido pelo Senado Federal.

- TOMAZETTE, Marlon. “A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 794, dez. 2001.
- TONELLO, Matteo. “Persone giuridiche: la dottrina del piercing veil nell’american corporate law”. *Contratto e Impresa*, anno 14, 1998a.
- _____. “Società: gruppi di società, superamento della personalità giuridica, partecipazioni reciproche; Contratti: L’inefficacia del contratto, la nullità dell’atto notarile, il contratto usurário, la subfornitura; Cessione d’azienda; Responsabilità civile: Il danno risarcibile, la tutela aquiliana del possesso”. *Contratto e Impresa*, anno 3, 1998b.
- TÔRRES, Heleno Taveira. “Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CTN”. In: Tôrres, H. T.; Queiroz, M. E. (coord.). *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. V.1.
- _____. “Abuso de Direito”. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo*, 1988.
- VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1964.
- WORMSER, Maurice. “Piercing the veil of corporate entity”. *Columbia Law Review*, n. 12, 1912.
- _____. *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*. New York: Baker, Voorhis and Company, 1929.
- XAVIER, José Tadeu Neves. “A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Novo Código Civil”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 128, out./dez. 2002.
- YAGUEZ, Ricardo de Angel. *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*. 4ª ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.
- ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. “A prescrição da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade e o Novo Código Civil brasileiro”. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 6, jun. 2003.
- ZANITELLI, Leandro Martins. “Abuso da pessoa jurídica e desconsideração”. In: Martins-Costa, J. (org.). *A reconstrução do Direito privado. Reflexos dos princípios*,

diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, V. 248.

ZANNONI, Eduardo. “La normativa societária ante los actos fraudulentos de la sociedad. Replanteo de la teoria del ‘Disregard’”. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v. 9, jul./set. 1979.