

PAULO DE ALMEIDA FERREIRA

**O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA
E A DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA**

SÃO PAULO/ 2011

Paulo de Almeida Ferreira – RA00049712

Especializando em Direito Empresarial pela Coordenadoria Geral de
Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE/PUC-SP

**O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA
E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da PUC – Cogeeae, como
exigência parcial para obtenção do título
de Especialista em Direito Empresarial,
sob a orientação do Prof. Doutor Marcus
Elidius Michelli de Almeida.

PUC – Cogeeae – Direito Empresarial

São Paulo, 03 de junho de 2011

BANCA EXAMINADORA

A título de reflexão:

Quanto mais houver homens reunidos, tanto mais esses serão fúteis e sentirão nascer neles o desejo de se notabilizar por pequenas coisas. Se estão em número tão grande que a maioria se desconheça entre si, o desejo de se distinguir redobra, porque há mais esperança de êxito. O luxo confere esta esperança; cada um utiliza os atributos da condição que precede a sua. Mas, à força de querer se distinguir, todos se tornam iguais e ninguém mais se notabiliza; como todos querem atrair a atenção para si, não se nota pessoa alguma.

Resulta de tudo isso um transtorno geral. Os que se notabilizam numa profissão estipulam para seu ofício o preço que bem entendem; os talentos menores seguem esse exemplo e não há mais harmonia entre as necessidades e os recursos. Quando sou forçado a litigar, é necessário que possa pagar um advogado; quando estou doente, é necessário que possa chamar um médico.

Pensaram alguns que, reunindo tantas pessoas numa capital, diminuir-se-ia o comércio porque os homens não mais estão distanciados uns dos outros. Não creio; há mais desejo, mais necessidade, mais capricho quando se está reunido.

(Montesquieu, *Do espírito das leis*, vol.I, Nova Cultural, 2005, p.138)

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	01
2. AS TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO EMPRESARIAL	
2.1. A Empresa na Visão Constitucional	03
2.2. O Antropocentrismo do Direito Empresarial e a Função Social da Empresa como Métodos de Interpretação	05
3. O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA COMO ALICERCE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL	
3.1. Do Incentivo à Iniciativa Privada	8
3.2. A Tendência Moderna da Limitação de Responsabilidade	11
3.2.1. Sobre a Questão da Limitação de Responsabilidade do Empresário Individual	13
3.2.1.1. Colocação do Problema	13
3.2.1.2. Relevância Prática da Questão	14
3.2.1.3. A Fórmula Societária: A sociedade Unipessoal	15
3.2.1.4. A Limitação sob a forma Não-Societária: A Teoria do Patrimônio de Afetação	21
3.2.1.5. A Limitação de Responsabilidade do Empresário Individual sob a Ótica da Teoria da Empresa	24
3.2.1.6. Conclusão	26

4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1. Correlação do Princípio da Livre Iniciativa com o Instituto da Pessoa Jurídica	27
4.2. Considerações acerca do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica	29
4.2.1. Noções.....	29
4.2.2. A Elaboração Doutrinária da Teoria da Desconsideração.....	31
(A) Contribuição de Rof Serick.....	31
(B) Contribuição de Piero Verrucoli	32
(C) Contribuição de Rubens Requião.....	32
(D) Contribuição de Fábio Konder Comparado.....	33
4.2.3. Fundamento.....	34
4.2.4. Breve Referência Histórica.....	34
4.2.5. Conceito e Terminologias.....	36
4.2.6. Natureza Jurídica.....	36
4.2.7. Institutos Assemelhados.....	37
(A) Responsabilização direta do sócio ou administrador.....	39
(B) Teoria “Ultra Vires”.....	40
(C) Técnicas de Responsabilização Solidária ou Subsidiária	43
(D) Despersonalização ou Desconstituição da personalidade jurídica...	44
(E) Fraude à execução ou Fraude contra credores.....	44
(F) Vício do ato jurídico.....	44
(G) Exclusão do sócio ou dissolução parcial.....	44
4.2.8. Formulações para a Teoria.....	44
4.2.8.1. Teoria Maior ou Condicionada.....	45
(A) Critério Objetivo.....	45
(B) Critério Subjetivo.....	45
4.2.8.2. Teoria Menor ou Incondicionada	45
4.2.9. A Desconsideração como Medida Excepcional.....	47

4.2.10. Efeitos da Desconsideração	48
4.2.11. Aspectos Processuais.....	48
4.2.11.1. Momento Adequado para a Decretação da Desconsideração	48
4.2.11.2. Ampla defesa, Contraditório e Devido Processo Legal.....	49
4.2.11.3. Legitimidade.....	51
4.2.11.3.A. Legitimidade Ativa.....	51
4.2.11.3.B. Legitimidade Passiva.....	52
4.2.12. A Desconsideração da Personalidade Jurídica em se tratando de Associações sem fins lucrativos.....	54
4.2.13. Desconsideração Inversa e Desconsideração Indireta.....	54
4.2.14. “Offshore Companies”.....	56
4.2.15. A Desconsideração e os Grupos Empresariais.....	57
4.2.16. A Desconsideração e a Dissolução Irregular da Sociedade.....	57
4.3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Princípio da Preservação da Empresa	58
4.4. Conclusões.....	60

5. A DESCONSIDERAÇÃO NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO

5.1. O Art.50 do Código Civil como Suporte Orientador para a Aplicação do Instituto	62
5.1.1.Desvio de Finalidade (Fraude).....	64
5.1.2. Confusão Patrimonial.....	67
5.1.3. A Confusão Patrimonial como Técnica Probatória para a Aplicação da Desconsideração	68
5.1.4. A Inclinação pela Concepção Objetivista	69
5.2. Normas Específicas que tratam da Desconsideração da Personalidade Jurídica	70
5.2.1. O Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.....	70

5.2.2. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Econômico.....	71
5.2.3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Ambiental.....	72
5.2.4. O Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica em outros Ramos do Direito.....	72
 6. DA UTILIZAÇÃO DETURPADA DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	
6.1. Casos em que Não Cabe a Utilização do Instituto.....	73
6.2. Questão da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito do Trabalho: Livre Iniciativa <i>versus</i> Valor Social do Trabalho.....	75
6.3. A Utilização do Instituto pela Fazenda Pública.....	78
 7. CONCLUSÃO	81
 BIBLIOGRAFIA	81

O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1. INTRODUÇÃO

Pois bem. Ao nos depararmos com o momento de elaborar uma tese para obtenção do grau de especialista em Direito Empresarial, criou-se o momento propício de aprofundarmos as pesquisas e as reflexões sobre a *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, teoria esta que sempre nos seduziu, talvez por realçar a idéia de que o direito não se limita a um conjunto normativo, indo muito além disso, pois durante nosso estudo restará patente a demonstração que a teoria é uma construção pretoriana, aprimorada pela doutrina, sendo certo que somente mais tarde foi insculpida pelas legislações.

Basicamente o presente estudo tem por escopo:

(A) Tratar do instituto da desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica constitucional. A limitação patrimonial serve de estimulador da exploração de atividades econômicas, uma vez que limita, ao montante investido, a responsabilidade dos sócios por eventuais perdas por insucessos da empresa. Trata-se de mecanismo tendente a efetivar o **princípio da livre iniciativa**, porquanto já que o Estado não pode assumir a qualidade de empresário (salvo nas exceções constitucionalmente previstas) deve, então, estabelecer medidas fomentadoras ao exercício de atividade econômica. A aplicação inescrupulosa do instituto da desconsideração da personalidade jurídica cria um ambiente de insegurança jurídica muito grande para os possíveis investidores, ferindo, dessarte, o princípio constitucional da livre iniciativa;

(B) Apresentar a importância do princípio empresarialista da autonomia patrimonial, que propugna a limitação de responsabilidade até o montante investido para o exercício da atividade empresarial, princípio este oriundo do princípio constitucional da livre

iniciativa tendo em vista que se, ao capitalista, a ordem reserva a primazia na produção, deve cuidar para que ele possa desincumbir-se, plenamente, dessa função, sob pena de a iniciativa privada permanecer estancada.

Nessa ordem de ideias inserimos o estudo sobre limitação de responsabilidade *do empresário individual*. Uma vez revelada a importância da limitação de responsabilidade do empresário individual cumpre apresentar os institutos tendentes a propiciar o almejado destaque patrimonial entre o empresário e a atividade empresarial. De fato, embora nossa legislação não disponha sobre qualquer forma de limitação de responsabilidade do empresário individual, é certo que a partir de arquiteturas teóricas possa-se construir uma tese que sirva de supedâneo para a invocação da limitação de responsabilidade do empresário individual em nosso ordenamento. Para tal mister, será tratada a limitação sob a forma societária e a não-societária, e ao final apresentaremos nossa conclusão sobre qual seja o melhor instrumento de limitação. Por fim, abordaremos a possibilidade da aplicação destes institutos no direito brasileiro, ainda que inexistente previsão legal;

(C) Correlacionar os tópicos abordados com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Pois, num olhar mais desatento poder-se-ia indagar que neste trabalho são abordados temas alheios ao que o título propõe, como p.ex., a *função social da empresa* e a *limitação de responsabilidade do empresário individual*. Entretanto, caso o indagador adentrar-se em nosso estudo verificará a total pertinência dos tópicos abordados com o principal enfoque do trabalho que é justamente o *instituto da desconsideração e o princípio constitucional da livre iniciativa*. Explica-se. A disfunção social da empresa (deturpação da função social) é vista como fato gerador para a aplicação do instituto da desconsideração (art. 28 do Cód. de Defesa do Consumidor; art. 18 da Lei 8.884/94; art.4º, da Lei 9.605/ 98) e a limitação de responsabilidade do empresário é tratada aqui como ferramenta decorrente do princípio livre iniciativa. Portanto, é de se concluir, que nenhum tópico é aqui abordado "por acaso".

Por fim, impossível deixar de salientar o aproveitamento do presente estudo para abordar alguns temas interessantes envolvendo o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tais como sua natureza jurídica e a dicotomia com outros institutos comumente confundidos com a *desconsideração*, aspectos processuais, a superação inversa e a sucessiva entre outros tópicos entrelaçando este fascinante assunto.

2. AS TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO EMPRESARIAL

2.1. A Empresa na Visão Constitucional

A conceituação do *Direito Empresarial*, embora pareça despicienda, é informação proficiente para que se possa compreender a própria existência dos princípios que norteiam o âmbito empresarialista (como, p.ex., o da *autonomia patrimonial*) bem como seus institutos (a exemplo da *pessoa jurídica* e o caráter excepcional de sua *desconsideração*).

Em uma perspectiva hodierna, é possível vislumbrar o Direito Empresarial como o conjunto de normas princípios e institutos que disciplina direta ou indiretamente o exercício da atividade empresarial **objetivando o desenvolvimento econômico**.

Como se pode notar, do mesmo modo que o *Direito do Trabalho* tem por objetivo a melhoria da condição social do trabalhador ou o *Direito do Consumidor* que tem por escopo a proteção e defesa da parte hipossuficiente ou vulnerável, o *Direito Empresarial* também tem seu objetivo, qual seja, o *desenvolvimento econômico*. Como expõe o Prof. Fábio Ulhoa Coelho, “*quem escolhe o direito comercial como sua área de estudo ou trabalho deve estar disposto a contribuir para que o empresário alcance o objetivo fundamental que o motiva na empresa: o lucro. Sem tal disposição, será melhor – para o estudioso e profissional do direito, para os empresários e para a sociedade – que ele dedique seus esforços a outra das muitas e ricas áreas jurídicas*”.¹

Veja, pois, que o Direito Empresarial é o ramo do direito privado que disciplina direta ou *indiretamente* o exercício da atividade empresarial. Dissemos *indiretamente*, pois tal ramo estabelece e disciplina determinados institutos que interessam à vida empresarial, ainda que de uso **não** exclusivo dos empresários. É o que ocorre, p.ex., com os títulos de crédito que podem perfeitamente ser utilizados por não-empresários, mas como são mecanismos *alavancadores* do crédito, incentivando o consumo, é de extrema conveniência para o Direito Empresarial discipliná-los e aperfeiçoá-los (como exemplo de aperfeiçoamento cita-se a *duplicata em meio magnético*).

¹ *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1., 11.^a ed. rev.e atual. - São Paulo, Saraiva, 2007, p.27

O Direito Empresarial moderno deve ser visto como instrumento de gestão e planejamento empresarial. Deve sempre estar inclinado na consecução do desenvolvimento econômico, criando mecanismos tendentes a otimização de resultados e neutralização dos riscos. “A lógica do sistema capitalista implica a concentração e aumento de riquezas; investe-se dinheiro em determinada atividade econômica para auferir lucros e não pelo amor à humanidade”².

É certo que essa ótica antropocêntrica do Direito Empresarial é mitigada pelo princípio da **função social da empresa**, que busca harmonizar os interesses individuais do empresário (busca pelo lucro) com os interesses da coletividade (direito ambiental, interesses dos consumidores, investidores etc.), sem afastar um ou outro.

Considera alguma doutrina, a partir do balizamento constitucional da livre iniciativa por valores de justiça social e bem estar coletivo, que a exploração de atividade econômica com puro objetivo de lucro e de satisfação pessoal do empresário seria, sob o ponto de vista jurídico, ilegítima. É, por exemplo, o entendimento de José Afonso da Silva (1976:673). A natureza neoliberal da ordem econômica prevista pela Constituição não tem, entretanto, tal extensão. **A equiparação, em importância da livre iniciativa e dos valores normalmente desconsiderados pelo empresário egoísta (a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a função social da propriedade etc.) apenas afasta a possibilidade de edição de leis complementares ou ordinárias, disciplinadoras da atividade econômica, desatentas a esses valores.** O empresário visa, com os lucros gerados pela empresa, ter meios para atender às necessidades suas e de sua família, em padrão de vida normalmente bem acima da generalidade das pessoas. Além dessa motivação básica, ele também tem a da busca da satisfação pessoal: costuma ser extremamente gratificante ao empresário admirar a evolução do empreendimento que esboçou, organizou e dirigiu, bem como ver nos resultados a realização do seu projeto. E nada há de ilegítimo nisso. **Da norma constitucional ordenadora da econômica (o art.170 da CF) apenas se pode concluir a inconstitucionalidade de regras jurídicas que eventualmente não reflitam a mesma igualação valorativa, estabelecida no texto fundamental, entre a livre iniciativa, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente etc**³. [grifo não consta do original].

Roborando o assunto atinente à função social da empresa, o Prof. Rubens Requião aponta ser este um fator relevante na dicotomia entre o *antigo comerciante* e o *empresário moderno*:

“(…) é preciso compreender, por outro lado, que a figura do comerciante se impregnou de um profundo ressaibo exclusivista, egocêntrico, resultante do individualismo que marcou historicamente o direito comercial, cujas regras

² Olney Queiroz Assis, *Direito Societário*, Ed. Damásio de Jesus, 2004, São Paulo, p. 20

³ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1., 10.^a ed. rev.e atual. - São Paulo, Saraiva, 2007, p.188.

eram expressão dos interesses do sistema capitalista de produção. **Mas hoje o conceito social de empresa, como o exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o empresário comercial não seja mais o empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, mas um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, mas consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana.** Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da coletividade em que vive.

Nesse sentido, mais ideológico do que científico ou jurídico, é que se deve distinguir o empresário moderno do comerciante antigo⁴. [grifo nosso]

Em suma: o Direito Empresarial moderno tem por objetivo o desenvolvimento econômico, criando mecanismos tendentes a otimização de resultados e neutralização dos riscos. É certo que a ótica antropocêntrica do Direito Empresarial é mitigada pelo princípio da função social da empresa, que busca harmonizar os interesses individuais do empresário com os interesses metaindividuais (direito ambiental, interesses dos consumidores, investidores etc.).

2.2. O Antropocentrismo do Direito Empresarial e a Função Social da Empresa como Métodos de Interpretação

Empós as noções preliminares em breve trecho, é de se concluir a imposição de duplo imperativo ao *Estado-legislador* e ao *operador do direito*:

(a) o primeiro é pertinente à visão antropocêntrica da atividade empresarial, plasmando a garantia e segurança à expectativa do empresário;

(b) o segundo concerne à função social da atividade empresária, fornecendo ao Estado, por meio da legislação, instrumentos eficazes de intervenção na vida empresária (*intervenção* não no sentido de assunção do poder de controle, mas de *imposição de deveres positivos*). Tal diretiva também se impõe ao operador do direito conforme se extrai dos enunciado ns.º 53 e 387 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos da Justiça Federal:

⁴Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, Vol.1, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 74.

Art. 966: deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.

A opção entre fazer a execução recair sobre o que ao sócio couber no lucro da sociedade, ou na parte que lhe tocar em dissolução, orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa. [grifos não constam do original]

Exemplificando, observa-se a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica nos casos em que a atividade empresarial revolta-se contra interesses *supraindividuais*, como se verifica nos artigos 28 do Cód. de Defesa do Consumidor; 18 da Lei 8.884/94; e 4º, da Lei 9.605/ 98. É fácil notar, com a simples leitura dos referidos dispositivos, que a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica é distorcida pela lei, agredindo ostensivamente a construção doutrinária e pretoriana, a fim de se tutelar interesses *supraindividuais*.

Indispensável, também, invocar a advertência que caso a Constituição não previsse o princípio da *função social da empresa*, seriam inconstitucionais os aludidos dispositivos que desvirtuam a teoria da *desconconsideração* em prol dos interesses *metaindividuais*, pela afronta ao princípio constitucional da **livre iniciativa**. Daí porque admite-se tais aberrações, monstruosidades jurídicas, ante a nobre intenção constitucional. Ainda assim, há juristas que entendem que a aplicação da desconconsideração deve ser, em qualquer caso, norteadada pelos critérios que levaram a sua criação:

“...nas situações abrangidas pelo art.50 do CC e pelos dispositivos que fazem referência à desconconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação maior da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais. **A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconconsideração** (isto é, os arts.28 e §5º do CDC, 18 da Lei Antitruste, 4º da Lei do Meio Ambiente e 50 do CC) **é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica**”⁵. [grifo não consta do original]

Posta assim a questão, cai a lançar notar que, numa moderna visão do direito privado, *a tônica é a prevalência de valores mais humanitários e sociais*⁶. “É mister, por isso,

⁵Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 2. 10.^a ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2007, p.55

⁶Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito Civil: Teoria Geral*, 7ª ed., Lumen Juris, 2008, Rio de Janeiro, p. 36.

perceber a necessidade de revisar, reler, os princípios gerais do Direito Civil, a partir das prescrições valorativas constitucionais, evitando incompatibilidades no sistema jurídico⁷.

É a **despatrimonialização** apontada pela doutrina mais moderna. Mas deve-se advertir que tal orientação jamais deve postergar o cunho antropocêntrico da atividade empresarial, que veicula a garantia e segurança à expectativa do empresariado, elemento este que deve preponderar nas técnicas de hermenêutica empresarialistas, sob pena de se esturpar os ditames constitucionais dispensados ao regime econômico, que apregoam a **livre iniciativa** e a **propriedade privada**.

Destarte, essa visão vanguardista trazida pelos privatistas de ponta (em geral, civilistas e consumeristas), embora não deva ser completamente afastada do direito empresarialista, tem maior relevância no Direito Civil e principalmente nos ramos consumerista e trabalhista.

Mas é importante advertir que a idéia de função social da empresa não afasta o cunho individualista do Direito Empresarial, que veicula a garantia e segurança à expectativa do empresariado, elemento este que deve preponderar nas técnicas de hermenêutica empresarialistas. Do contrário, ditames constitucionais dispensados ao regime econômico, que apregoam a livre iniciativa e a propriedade privada, estariam sendo violados.

Oportuno se faz transpor o dizer expressivo do Prof. Fábio Ulhoa Coelho:

“O juiz não pode se tornar um escravo do mercado. O empresário, com seus investimentos, certamente cria empregos, riquezas e tributos que beneficiam toda a sociedade, mas continua sendo um agente motivado principalmente por interesses egoístas. **A questão à qual o Judiciário deve ter sua atenção chamada diz respeito não ao conflito entre um particular empresário, de um lado, e seus empregados, consumidores e credores, de outro. Deve-se atentar que o conflito se estabelece entre um interesse geral (previsibilidade do direito atraindo investimentos) e interesses particulares.** Por mais vulneráveis, hipossuficientes ou desafortunados que sejam os empregados, consumidores e credores, eles titulam interesses privados, que não devem prevalecer sobre o interesse público.

Em suma, quando afirmo que é necessário recoser os valores do direito comercial, **isso significa que urge convencer a sociedade, advogados e magistrados acerca da importância dos princípios jurídicos nele desenvolvidos (tais o da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, autonomia privada, livre iniciativa e concorrência, importância do investimento em atividade produtiva para toda a sociedade, etc).** Somente com a observância desses princípios, com o

⁷ Carlos Alberto Bittar *apud* Cristiano Chavez de Farias, ob. cit., p. 36.

recoser desses valores, será estabilizado o marco institucional. Os juízes brasileiros não devem decidir pela aplicação desses princípios, prestigiando tais valores, se não estiverem realmente convencidos de sua pertinência e atualidade. Se o fizerem sem convicção, ter-se-á posto em risco um valor jurídico de maior envergadura: o da independência do Judiciário. A perda seria indubitavelmente mais lastimável. É muito melhor para o Brasil conviver um tempo mais com a instabilidade do marco institucional do que ver sacrificada a independência dos seus magistrados. Quando aplicarem a lei tal como editada pelo legislador devem estar absolutamente certos de que é assim mesmo que devem proceder. Valores esgarçados não se recosem do dia para a noite, nem pelas mãos de um só artesão – é trabalho demorado e para muitos”⁸ [grifo não consta do original].

3. O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA COMO ALICERCE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

3.1. Do Incentivo à Iniciativa Privada

Cabe, neste tópico, expor o alcance do princípio da livre iniciativa, tratado pela nossa Constituição como um dos fundamentos da República Federativa (art.1º, IV), e, também, como princípio orientador da ordem econômica (art.170). É de se ressaltar a redundância do Constituinte a fim de realçar o aclamado princípio, porquanto não obstante já estar insculpido no art. 1º, IV, o elenca novamente como princípio ao tratar da ordem econômica.

Imprescindível destacar que a Constituição não repudia o intervencionismo estatal na economia; ao contrário, o art. 174 determina que o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Em realidade, a CF/88 dispensou tamanha confiança demonstrada nos agentes privados e na sua capacidade de empreender iniciativas hábeis a proporcionar o

⁸ Fábio Ulhoa Coelho. *O valores do direito comercial e a autonomia do Judiciário*. Disponível em: <http://www.ulhoacoelho.com.br/html/acad/pdf/Os_valores_do_direito_comercial_e_a_autonomia_do_Judiciario.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2008.

desenvolvimento nacional que o art. 173 expõe que ao Estado só será permitido o exercício de uma atividade empresarial em duas hipóteses: quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou situar relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei⁹.

Em consonância com o tema acatado, expende-se lição de Ulhoa Coelho,

“Ao atribuir à iniciativa privada papel de tal monta, a Constituição torna possível, sob o ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Não poderia, em outros termos, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém, sem, concomitantemente, prover os meios necessários para integral e satisfatório cumprimento dessa obrigação. **Se, ao capitalista, a ordem reserva a primazia na produção, deve cuidar para que ele possa desincumbir-se, plenamente, dessa função. Caso contrário, ou seja, se não houvesse um regime jurídico específico para a exploração econômica, a iniciativa privada permaneceria inerte e toda a sociedade sofreria com a estagnação da produção dos bens e serviços indispensáveis à satisfação de suas necessidades.** É claro, se o modo de produção não fosse o capitalista, e o estado fosse o responsável pela produção dos bens e serviços necessários à vida em sociedade, não teria sentido um regime jurídico próprio para a categoria de profissionais que, supletivamente, se dedicassem à exploração econômica”¹⁰ [grifo nosso].

Para o Direito Empresarial, dois aspectos relevantes se concluem da inserção da livre iniciativa entre os fundamentos da ordem econômica¹¹:

(a) a constitucionalidade de preceitos de lei que visam a motivar os particulares à exploração de atividades empresariais. P. ex., o *princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica* quando aplicado ao direito societário, tem o sentido de limitar o risco, de forma a que as pessoas não receiem investir em atividades econômicas em razão da possibilidade de elevado comprometimento de seu patrimônio. Outro exemplo está na aplicação do *princípio da autonomia das obrigações cambiais* – destinado a viabilizar a ágil circulação do crédito;

(b) o prestígio que a liberdade de iniciativa recebe da Constituição significa, também, o reconhecimento de um direito titularizado por todos: *o de explorarem atividades empresariais*. Em duas direções se projeta a defesa do direito à livre iniciativa:

⁹Gladston Mamede, *Direito Empresarial Brasileiro: empresa e atuação empresarial*, vol.1, 2004, Atlas: São Paulo, p. 38.

¹⁰Fábio Ulhoa Coelho, *Manual de Direito Comercial*, 2007, 18ª. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, , p.26-7

¹¹Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 1, ob. cit., p.188-9

(i) contra o próprio Estado, que somente pode ingerir-se na econômica nos limites constitucionalmente definidos; e

(ii) contra os demais particulares – o direito empresarial deve estabelecer normas jurídicas que tutelem o exercício do direito à livre iniciativa, quando ameaçado por *concorrência ilícita* (desleal e a perpetrada com abuso de poder).

Vale transcrever o prefácio de interessante diploma legislativo encontrado no direito comparado - trata-se da *Lei do Fomento do Empresariado Privado Nacional* (Lei n.º 14/03 de 18 de Julho de 2003 da República de Angola):

“O desenvolvimento económico e social e a distribuição justa do bem estar e qualidade de vida numa economia de mercado nunca estará completo enquanto esse desenvolvimento não fôr realizado e protagonizado predominantemente pelos cidadãos, famílias e instituições angolanas, públicas e privadas, quer em termos de iniciativas económicas quer da titularidade do direito sobre os bens de produção e do consequente gozo, justa e socialmente redistribuído das riquezas nacionais e do bem estar social.

Com efeito, um dos pilares do desenvolvimento deve assentar na livre iniciativas privada nacional – dos cidadãos, das famílias e das instituições angolanas.

Para o efeito, cumpre ao Estado criar e oferecer, segundo um princípio do tratamento mais favorável, prioritário, ou preferencial, as condições jurídicas, materiais e institucionais que contribuam para atenuar as desigualdades concorrenciais com investidores estrangeiros, ao mesmo tempo que contribuam para fomentar sinergias entre investidores privados nacionais e estrangeiros.” [grifo não consta do original]

De se notar a importância que o aclamado diploma dá no que tange a criação de mecanismos jurídicos objetivando o incentivo à exploração de atividades empresariais.

Com efeito, como bem frisa o Prof. Fábio Ulhoa Coelho, **o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica é um dos mais interessantes instrumentos jurídicos desenvolvidos pela economia de mercado para motivar a iniciativa privada**¹². E prossegue:

“Através dele, o particular pode se propor a explorar atividades econômicas com limitação das possibilidades de prejuízos pessoais. Se a atividade não se revelar frutífera, por qualquer fator econômico, de ordem conjuntural ou estrutural, ou por razões específicas, somente os bens destinados a sua exploração poderão ser afetados no atendimento de interesses de terceiros credores. **É, a rigor, um instrumento plenamente compatível com a**

¹²Fábio Ulhoa Coelho, *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*, 1994, São Paulo: Saraiva, p.216.

ordem econômica desenhada pela Constituição, de natureza neoliberal, que reserva aos particulares a primazia na produção; isto porque o desenvolvimento desta para o atendimento das necessidades de todo corpo social exige, em tal sistema, mecanismos de motivação da iniciativa privada, entre os quais se ressalta a limitação do risco na exploração da atividade econômica através do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

Em suma, o instituto da pessoa jurídica e especialmente o princípio da autonomia patrimonial representam elementos típicos do direito inserido no sistema de livre iniciativa, ou seja, é aspecto de fundamental importância para a ordem jurídica do capitalismo”¹³. [grifamos]

Em suma-síntese: o *princípio da autonomia patrimonial* surge como um incentivo à iniciativa privada, porquanto reduz os riscos de prejuízos individuais dos componentes de uma sociedade empresária. Caso não prosperasse o referido princípio, os insucessos na exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, diante desse quadro, menos pessoas se atreveriam a desenvolver novas atividades empresariais. **No final, o potencial econômico do País, não estaria eficientemente otimizado, e as pessoas em geral ficariam prejudicadas, tendo menos acesso a bens e serviços.** Torna-se, assim, nítido que o princípio da autonomia patrimonial é importantíssimo para que o direito discipline de forma adequada a exploração da atividade econômica, dando vida à iniciativa privada¹⁴.

3.2. A Tendência Moderna da Limitação de Responsabilidade

Paulatinamente a tecnologia jurídica vem criando mecanismos hábeis para limitar a responsabilidade patrimonial, tendo em vista tornar atraente o exercício de atividades econômicas e, por conseguinte, fomentar investimentos. Mesmo porque, a exploração de uma atividade econômica, por mais conservador que seja o ramo, pressupõe *risco*, isto é, assunção dos riscos por parte de quem a exerce. E, trata-se de regra do senso comum, quanto mais arriscada uma atividade econômica, menos investidores ela atrai. O investidor quer assumir riscos (pois também é regra referente ao senso comum que quanto mais arriscada uma atividade, mais rentável tende a ser), mas nunca ao ponto de jogar todo o seu patrimônio ao

¹³ *O empresário e os direitos do consumidor*, ob. cit., p.216.

¹⁴ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, ob.cit., p.16

“deus-dará”. O investidor pretende apenas separar parte de seus bens e apenas com estes arcar eventual insucesso do empreendimento.

Ademais, nossa Constituição Federal estabelece como um dos fundamentos de nosso Estado a livre iniciativa (art.1º, IV). E tal como outras medidas (redução da carga tributária, flexibilização de direitos trabalhistas) a limitação da responsabilidade patrimonial mostra-se eficaz para a consecução do aclamado princípio constitucional.

Vejamos a evolução da idéia da limitação da responsabilidade patrimonial:

(a) A princípio, o devedor era constrangido a honrar suas obrigações com o sacrifício da própria vida. O credor não pago fazia recair a execução na própria pessoa do devedor, podendo matá-lo;

(b) Posteriormente, o credor não pago de seu crédito poderia reduzir a condição do devedor à escravidão. A liberdade passou a garantir o cumprimento da obrigação;

(c) Com o advento da “*Lex Poetelia Papiria*”, de 326 a.C., apenas o patrimônio do devedor passou a ser objeto da ação do credor. Nesta fase, houve a exclusão da pessoa do devedor na execução;

(d) Por fim, foi se formando lentamente na Idade Média, o processo de limitação de responsabilidade, que hoje domina o campo do direito empresarial. Hodiernamente, o direito se preocupa em restringir a responsabilidade ao valor investido em quotas, ações ou outros valores mobiliários.

Pode-se dizer que, no regime econômico capitalista, dois são os principais argumentos para a adoção da limitação da responsabilidade:

(i) um de caráter *subjetivo*, que diz respeito aos interesses daquele que toma a iniciativa de explorar uma atividade econômica (com muita razão, ele não quer arriscar o seu patrimônio todo; ele quer exercer a atividade econômica, mas não quer pôr em risco sua fortuna pessoal); e

(ii) outro de índole *funcional*, pois há interesse público na constituição de novos negócios, sendo a empresa polo criador de riquezas, tributos e empregos. Acrescenta-se

mais um argumento: com a elevação dos riscos, o empresário só os assumiria tendo em vista uma também elevada contraprestação, de modo que o preço do produto ou serviço por ele oferecido ao mercado será menos atrativo aos olhos do consumidor. Como expõe Fábio Ulhoa Coelho: “Se o direito não dispuser de instrumentos de garantia para os empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles tenderão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas. Em outros termos, apenas aplicariam seus capitais em negócios que pudessem dar lucro suficiente para constituírem um patrimônio pessoal de tal grandeza que não poderiam perder-se inteiramente na hipótese de futura e eventual responsabilização. Ora, para gerar lucro assim, a sociedade deve reduzir custos e praticar preço elevado. O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos”¹⁵.

3.2.1. Sobre a Questão da Limitação de Responsabilidade do Empresário Individual

3.2.1.1. Colocação do Problema

Cumprе observar, preliminarmente, que a maioria da doutrina e da jurisprudência entende que o patrimônio do empresário individual é único e indivisível. Vale dizer: de acordo com esta concepção, o patrimônio assim destacado do acervo pessoal para o exercício de uma atividade empresarial não induz qualquer efeito jurídico relevante.

Pois bem. É sabido que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica nasceu a partir de construções pretorianas e doutrinárias. Como Ciência, o Direito não pode ficar à mercê da “*lei seca*”, devendo, portanto, através de teorias, estabelecer métodos que sirvam para a consecução de seu fim: a *pacificação social*. Assim sendo, fazendo um paradigma com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, propomos aqui a “teoria da limitação de responsabilidade do empresário individual”, a ser desenvolvida pela doutrina e jurisprudência.

¹⁵ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, ob. cit., p.38

De fato, a doutrina e a jurisprudência são elementos de formação e aperfeiçoamento do direito, ao demonstrar que a lei não pode mais adaptar-se às exigências sociais do presente, e desse modo, prepara as reformas legislativas, mas sempre inspirada por aquilo que é previsto no ordenamento jurídico¹⁶.

Embora nossa legislação não preveja, como regra, a sociedade unipessoal ou qualquer outra forma de limitação de responsabilidade do empresário individual (aliás nem sequer prevê um benefício de ordem, em que o empresário responderia somente após o esgotamento dos bens ligados à atividade empresarial), é certo que a partir de arquiteturas teóricas possa-se construir uma tese que sirva de supedâneo para a invocação da limitação de responsabilidade do empresário individual em nosso ordenamento. Não se pode dizer que tal posicionamento seja *contra legem*; na verdade esse desenvolvimento é *extra legem*, no sentido de que exorbita ou restringe os fins cognoscíveis da lei, mas está de acordo com o direito: *extra legem, mas intra ius*¹⁷.

Frisa-se mais que embora maior parte da doutrina empresarialista seja favorável à limitação da responsabilidade do empresário individual, pouco se avançou para a construção de um instituto compatível com o direito pátrio. Na verdade, apenas limitam-se a criticar o legislador e realçam a necessidade de previsão legislativa para a implantação de algum instituto que objetive a limitação de responsabilidade do empresário individual.

Para a desenvolvimento da “teoria da limitação de responsabilidade do empresário individual”, será abordado dois mecanismos hábeis à consecução da limitação de responsabilidade do empresário: a forma *societária* (personificação) e a *não-societária* (separação patrimonial para o exercício de determinada atividade). Ao final apresentaremos nossa conclusão sobre a melhor técnica de limitação.

3.2.1.2. Relevância Prática da Questão

Prevenindo-se do surgimento da tese tendente a atacar o estudo da *limitação da responsabilidade do empresário individual* em virtude da suposta ausência de teor prático da

¹⁶Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, *A desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.140-1.

¹⁷Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.77.

questão, elaboramos este tópico. Com efeito, o estudo da *limitação de responsabilidade do empresário individual* não situa-se apenas como tertúlia acadêmica.

É sabido que pode-se indagar que a discussão sobre a implantação da sociedade unipessoal (ou de qualquer outro mecanismo de limitação de responsabilidade do empresário individual) é inócua, desprovida de conteúdo prático, vez que o empreendedor pode, p.ex., subscrever 99,99% do capital social e o seu sócio 0,01%, sendo certo que a sociedade assim formatada (as chamadas sociedades “de favor”) atende ao pressuposto da pluralidade de sócios, apresentando assim uma forma de se conquistar a limitação da responsabilidade do empresário individual.

Ocorre que tal estratagema, além de moralmente condenável, é na concepção de alguns Juízos fato gerador para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, o empreendedor pode, numa dada demanda, se deparar com um Juízo que entenda que a “unipessoalidade”, por si só, é hipótese de incidência para a aplicação da desconsideração (embora entendemos que seja equivocada tal idéia) frustrando assim a *limitação*. Cita-se famigerada decisão neste sentido:

“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora em bem de sócio-gerente. Embargos de terceiro. Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo os restantes 0.8% de sua mãe e concunhado. A assertiva de que a pessoa jurídica não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a sociedade é apenas um *alter ego* de seu controlador, na verdade comerciante individual. Lição de Fábio Konder Comparato. Embargos de terceiro rejeitados (...)”¹⁸.

Deste modo, as fórmulas tendentes a operar a limitação de responsabilidade do empresário individual apresentam relevante cunho prático, pois visam evitar decisões judiciais que apliquem a desconsideração da personalidade jurídica só pelo fato da sociedade ser constituída mediante a subscrição de 99% das cotas por um sócio.

3.2.1.3. A Fórmula Societária: A Sociedade Unipessoal

¹⁸ TJRS, RDM, 63/83.

Para melhor desenvoltura do tema, faremos um brevíssimo estudo sobre a *pessoa jurídica*.

Entende-se por pessoa jurídica *a unidade de pessoas naturais ou patrimônios, que visa a consecução de certos fins, reconhecida essa unidade como sujeito de direitos e obrigações*¹⁹ [grifo não consta do original].

No que tange à natureza jurídica da pessoa jurídica, a doutrina moderna aceita a corrente **personificante** (reconhece personalidade jurídica à pessoa jurídica) e **realista** (a pessoa jurídica existe em contraposição com os seres humanos – não é uma ficção). Entre as teorias que se desdobram da corrente *personificante* e *realista*, sobressai-se a **teoria da realidade técnica ou jurídica** que teve como expoentes Saleilles, Geny, Michoud e Ferrara²⁰. Tal concepção afirma que a pessoa jurídica não possui existência pré-jurídica, pois quem a confere é o Direito. Distingui-se da corrente ficcionista uma vez que esta preconiza que a pessoa jurídica é uma criação arbitrária da lei, ao passo que para a *teoria da realidade técnica ou jurídica* a pessoa jurídica é uma criação do Direito (e não da lei) visando atender uma necessidade social.

Neste sentido deve-se dizer que modernamente a **pessoa jurídica, como instituto jurídico, possui a função de limitar os riscos empresariais, por meio do reconhecimento de sua existência como distinta da existência de seus membros, sócios, ou componentes, pretendendo com isso estimular o desenvolvimento social, que é obviamente indispensável**²¹.

Depreende-se, portanto, que a concessão de personalidade jurídica não é decorrente da lei. Conforme ensina o Prof. Fábio Ulhoa Coelho, a pessoa jurídica é apenas uma ideia, compartilhada pela comunidade jurídica, que auxilia a composição de interesses ou a solução de conflitos²².

Com efeito, a personalidade jurídica caracteriza-se não por vontade do legislador, mas sim de uma construção da técnica jurídica, que lhe dá forma e admite que tenha capacidade jurídica própria à medida que o exercício de atividade jurídica é

¹⁹Maria Helena Diniz *apud* Cristiano Chavez de Farias, ob. cit., p. 264

²⁰Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil*, 2ª ed., Atlas, 2007, p.37

²¹Fábio Konder Comparato *apud* Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. cit., p.29

²²Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, ob.cit., p.9

indispensável a sua existência²³. É o direito que lhe dá vida. Em suma: não é a lei, mas o direito que cria a pessoa jurídica.

A par deste entendimento, situa-se o enunciado n. 144 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos da Justiça Federal: “**A relação das pessoas jurídicas de Direito Privado, constante do art. 44, incs. I a V, do Código Civil, não é exaustiva**” [grifo não consta do original].

Cita-se, por conveniente, o disposto no enunciado n.246, *in fine*: “**Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício**” [grifo não consta do original].

Da mesma sorte, consoante noção expandida, é possível invocar a personalidade jurídica do empresário individual.

Não se pode perder de vista que não é traço essencial para caracterizar uma pessoa jurídica ser ela constituída por uma pluralidade de pessoas. A pessoa jurídica não deve ser reduzida ao plano biológico, mas existência no plano teleológico (finalística)²⁴.

De efeito, o que caracteriza a pessoa jurídica (sociedade empresária) é o patrimônio especial, afetado ao exercício da atividade empresarial.

“A doutrina moderna, seguindo e desenvolvendo a teoria de Brinz, tende a considerar o vínculo do patrimônio *objetivo* e não *subjetivo*. **Define-se o patrimônio como ‘o conjunto de bens coesos pela afetação a fim econômico determinado’**”²⁵ [grifo não consta do original].

Diz-se, por isso, que a pessoa jurídica poderá ser²⁶: **(a) intersubjetiva**: Quando constituída pela união solene de duas ou mais pessoas com o escopo de formar uma entidade autônoma e independente; ou **(b) patrimonial**: Quando corresponde à afetação de um patrimônio destinado a um fim específico, dirigido a uma finalidade.

Pois bem, com a adoção da teoria da empresa é nítida a existência desvinculada da atividade empresarial com a de seu instituidor – o empresário (seja ele pessoa física ou jurídica). A investigação moderna revela a dissociação operada entre propriedade e controle,

²³ Orlando Gomes *apud* Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. cit., p.37

²⁴ Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 15ª ed., 1987, Saraiva, São Paulo, p.232

²⁵ Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, Malheiros: São Paulo, 1995, p.36

²⁶ Cristiano Chavez de Farias, ob. cit., p. 264

não sendo plausível, portanto, vincular o conceito de pessoa jurídica aos seus instituidores ou administradores.

Como se observa, o que caracteriza e da forma à atividade empresarial é a organização dos fatores de produção. Inclusive é possível a existência de uma atividade empresarial sem que haja a figura do empresário - ressaltando que a dissociação entre empresa e empresário verifica-se não somente no âmbito das grandes empresas, evidenciando-se, também, no recinto da “empresa individual”.

Basta imaginar que determinado sujeito organize os fatores de produção (ou, então, adquira um estabelecimento empresarial) o que não lhe dá o *status* de empresário por faltar o requisito *habitualidade*. Supõe-se que este investidor, mediante a celebração de um contrato, estipule que um terceiro fique com a incumbência da administração da atividade econômica, fato este não ensejador da qualidade de empresário, uma vez ausente o requisito *assunção dos riscos do empreendimento*. Donde se conclui a operacionalização da atividade empresária sem a figura do empresário.

“O reconhecimento claro e conseqüente de que controle empresarial não é propriedade implica uma verdadeira revolução copernicana nos estatutos da empresa, que passa de objeto a sujeito de direito”²⁷. [grifo não consta do original]

É bem verdade que pode-se trazer à baila as seguintes indagações: se sociedade é o contrato em que “duas ou mais” pessoas celebram para o exercício de uma atividade econômica (neste sentido: CC, art. 981), como admitir a adoção da sociedade unipessoal? Admiti-la não seria uma aberração?

Em manifesta repugnância à sociedade unipessoal, transcreve-se posicionamento de Miranda Valverde,

“Com absoluta falta de senso, sugeriu-se a possibilidade de se constituir uma sociedade anônima com um único subscritor ou acionista. Gente que ouve cantar o galo, mas não sabe onde. Nenhuma lei consagra, ou poderá consagrar, essa monstruosidade jurídica – indivíduo-sociedade.”²⁸

Ora, nosso ordenamento já admite a sociedade unipessoal em três casos: empresa pública, a subsidiária integral e a hipótese do art. 1.033, IV, do Cód. Civil. Aliás,

²⁷Comparato *apud* Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.48

²⁸Miranda Valverde *apud* Amador Paes de Almeida, *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*, 8ª ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2007, p.25

interessante é este último caso. Nos demais, é possível refutar nosso argumento alegando que, apesar de possuírem apenas um sócio, este é necessariamente pessoa jurídica (o que pressupõe a união de duas ou mais pessoas). No caso tratado no art. 1.033, IV, do CC (que determina a dissolução da sociedade unipessoal caso continue neste status no prazo de 180 dias), é indiferente que este único sócio seja pessoa natural ou jurídica. Se a sociedade unipessoal fosse tamanha aberração, o aclamado dispositivo não concederia tão longo prazo – ao invés, consideraria, no mínimo, “irregular” a sociedade com apenas um sócio.

“A sociedade unipessoal é, portanto, uma realidade no direito brasileiro, muito embora não se tenha adotado entre nós a limitação da responsabilidade do empresário individual, o que poderá ser feito, acolhendo-se, à semelhança da Alemanha, a “Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung” empresa individual com responsabilidade limitada, o mesmo ocorrendo com relação à França, como dá notícia J.A. Penalva Santos: “A despeito de algumas resistências buscou a França a solução para o problema da sociedade unipessoal, através da Lei n. 85.697, de 11 de junho de 1985, denominada 'Lei relativa à empresa unipessoal de responsabilidade limitada', a qual não contém, a nosso ver, menção no seu texto ao vocábulo empresa, do que se extrai a primeira conclusão, que a França encontrou o seu caminho através da sociedade unipessoal, como fizeram os alemães.”²⁹

Ainda, no que tange ao problema conceitual de sociedade, o Prof. Fábio Ulhoa Coelho alerta que adotando-se as categoria de classificação das sociedades empresárias, a sociedade unipessoal não pode ser incluída entre as contratuais; deve ser considerada exemplo de **sociedade institucional**. Mas conclui que tal discussão é infértil uma vez que a pesquisa da classificação de uma sociedade é útil na solução de problemas relacionados a conflitos entre os sócios e na sociedade unipessoal não existe tal possibilidade, porque o sócio manifesta sempre um só interesse³⁰.

Ademais, junto ao depreendido, acrescenta-se os seguintes argumentos favoráveis à adoção do instituto da sociedade unipessoal:

(a) O instituto já vigora há anos em muitos países europeus. Cita-se como a exemplo a França (Code de Commerce, art.L223-1) e Portugal (arts. 270º-A a 270º-G, do Código das Sociedades Comerciais, acrescentados pelo art. 2º do DL n. 257/96, de 31 de dezembro). Na Comunidade Econômica Européia, a duodécima diretiva, designada 89/667/C.E.E., de 21 de dezembro de 1989, reconhece a possibilidade de constituir-se uma sociedade com um único sócio ou de haver sociedades que passem a ter um único sócio, sem

²⁹ Amador Paes de Almeida, ob. cit., p.27-28

³⁰ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, ob. cit., p.389.

necessidade de dissolução. Registra-se que a inovação deve-se ao Principado de Liechtenstein, que, em 1926, introduziu a sociedade de responsabilidade limitada constituída por uma só pessoa no contexto de sua política de atração de capitais³¹.

É de se assinalar a existência de um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional para a inserção do art. 985-A no Código Civil, com o objetivo de implantar a sociedade unipessoal³²:

“Art. 985-A. A sociedade unipessoal será constituída por um único sócio, pessoa singular ou coletiva, que é o titular da totalidade do capital social.

§ 1º A sociedade unipessoal também poderá resultar da concentração das quotas da sociedade num único sócio, independentemente da causa da concentração.

§ 2º A firma da sociedade deverá ser formada pela expressão "Sociedade Unipessoal" ou "Unipessoal" antes da palavra "Limitada" ou da abreviatura "Ltda.".

§ 3º Somente o patrimônio social responderá pelas dívidas da sociedade unipessoal.”

(b) Assinale, ainda, que moralizaria o direito societário, eliminando a prática corriqueira do empresário abrigar-se sob o manto de uma sociedade simulada ou fictícia (p.ex., o empresário (sócio) que detém 99,9% das quotas e arruma um “homem de palha” – geralmente um parente – para subscrever 0,01% e, assim, constituir “regularmente” uma sociedade). Vale trasladar neste tópico o esmiuçado por Suzy Elizabeth Cavalcante Koury:

“Pode-se afirmar, então, que a personalidade jurídica deve existir na medida em exigências e necessidades da coletividade imponham-na, não devendo o ordenamento jurídico opor-se a tais exigências, sob pena de afastar-se da realidade social que visa a regular e acabar por causar a necessidade de ter-se pessoas jurídicas de fato ou pessoas dotadas de personalidade social, como as designa SICHES.

(...)

Parece-nos, assim, bem clara a idéia de personalidade jurídica como instrumento para atender às necessidades do mundo jurídico, ou melhor, aos objetivos da realidade social para a qual foi criada”³³ [grifo não consta do original]

(c) Por fim, e o mais importante argumento, a adoção do instituto implica a concretização do princípio constitucional da *livre iniciativa* (CF, arts.1º, IV, e 170), imprescindível ao *desenvolvimento econômico* – razão de existir do direito empresarial. De

³¹ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, ob. cit., p.389.

³² Projeto de Lei n. 2.730/2003 apresentado pelo Deputado Almir Moura.

³³ Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.11-12

efeito, tenha-se presente os comentários corriqueiros no sentido de que é necessário para o *alavancamento* do desenvolvimento econômico a atração de investimentos, a redução da carga tributária e a flexibilização de certos direitos sociais, quando o principal é incentivar a constituição de novos empreendimentos. É certo que os encargos exigidos de nosso empresariado são altíssimos, entanto, só pelo fato de saber que tais encargos não incidiram sobre seus bens particulares já é um estímulo.

“Percebe-se, assim que a personalização da empresa viria a solucionar várias questões práticas, além de adequar-se à realidade expressa pela linguagem corrente, que já de muito dá ao vocábulo empresa o sentido de um ente com personalidade jurídica.

A preocupação com a preservação da empresa constitui também uma evidência do reconhecimento, implícito ou explícito, por diversos ordenamentos jurídicos, da necessidade de sua personalização³⁴. [grifo não consta do original]

Não resta dúvida de que o reconhecimento de personalidade jurídica ao empresário individual, a exemplo do direito comparado, vem a moralizar o direito societário bem como, por consequência do princípio da autonomia patrimonial, incentivar a iniciativa privada, principalmente a exploração de atividades econômicas de menor porte.

3.2.1.4. A Limitação sob a forma Não-Societária: A Teoria do Patrimônio de Afetação

De outro ângulo, a limitação de responsabilidade do empresário individual também pode ser alcançada sob a forma não-societária, isto é, sem a necessidade de se reconhecer a personalidade jurídica do empresário individual.

A teoria proposta aqui não se empenha em conceder personalidade jurídica à “empresa individual”. De tal sorte, exclui-se, assim, a idéia de sociedade unipessoal (ou qualquer outra forma de personalização), embora é possível, e até mesmo recomendável, a aplicação do regime jurídico das sociedades empresárias à “empresa individual” no que for compatível. Trata-se de reconhecer a existência de patrimônios especiais não-personificados. Portanto, tal modalidade de limitação de responsabilidade não implica no surgimento de um novo ente jurídico.

³⁴ Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.51-52

A teoria preconiza a **separação patrimonial instrumental**, valer dizer, o patrimônio separado é assim individualizado tendo em vista a sua afetação a determinada atividade. Nesta ótica, a teoria ora proposta visa permitir ao empresário (pessoa física) limitar seu risco, impedindo que dívidas provenientes de sua atividade empresarial atinjam seu patrimônio pessoal, bem como garantir os credores por dívidas decorrentes da atividade exercida com o patrimônio individualizado, já que este patrimônio não se sujeita a concorrência dos credores particulares do empresário.

Em suma, haveria uma dualidade patrimonial: uma regida pelo Direito Civil (patrimônio pessoal), a outra disciplinada pelo Direito Empresarial (patrimônio destacado para o exercício da atividade empresarial).

Não se pode olvidar, ainda, do fato de que a limitação de responsabilidade não tem vinculação necessariamente com a *personalização*, porque existem espécies societárias em que os sócios respondem ilimitadamente (sociedade em nome coletivo ou sociedade em comandita simples).

No Paraguai, a lei do comerciante de 1983 (arts.1º e 98 da Lei 19.550/72) prevê a possibilidade de limitação do comerciante individual (arts.15-25). A forma é, no entanto, não-societária, motivo pelo qual permaneceu em vigor após a promulgação do novo Código Civil. Esse último, que unifica a legislação civil e comercial (Lei 1.183, de 23.12.85), requer dois sócios para a constituição da sociedade (art.959) e prevê a sua dissolução em caso de redução a um só sócio (art.1.003)³⁵.

O *Código Comercial de Moçambique*, em seu art. 69, prescreve que “*a empresa, quando unipessoal, é distinta da pessoa do empresário individual e, quando pluripessoal, das pessoas dos seus sócios ou integrantes, podendo actuar, como sujeito activo ou passivo, nas relações de direito material ou processual*”. A forma não-societária é revelada no art. 72 cujo teor é o seguinte: “*1. A empresa unipessoal é instituída por um único titular, cuja responsabilidade será limitada ao valor do capital social subscrito. 2. **O titular da empresa unipessoal será sempre uma pessoa física***” [grifamos].

A princípio o direito português adotava a fórmula não-societária, assim denominada pelo Decreto-Lei n. 248/86 de “estabelecimento mercantil individual de

³⁵Calixto Salomão Filho, ob. cit., p.36

responsabilidade limitada”. Ulteriormente com o advento do Decreto-Lei n. 257/96 a forma então adotada, para a consecução da limitação de responsabilidade do empresário individual, passa a ser a societária (personificada), o que se deu em detrimento da fórmula não-societária, do que se extrai da exposição de motivos do referido diploma legislativo:

“As sociedades de responsabilidade limitada são a forma por excelência escolhida pelas pequenas e médias empresas. É clara entre nós a propensão dos empresários para a utilização deste tipo de sociedades como forma de enquadramento jurídico das suas empresas. As sociedades unipessoais por quotas existem em quase todos os Estados membros da Comunidade Europeia, já por razões jurídicas, já por razões económicas. Importa introduzi-las no nosso direito das sociedades.

Na verdade, estas sociedades podem facilitar o aparecimento e, sobretudo, o são desenvolvimento de pequenas empresas, que, como é reconhecido, constituem, principalmente em épocas de crise, um factor não só de estabilidade e de criação de emprego mas também de revitalização da iniciativa privada e da actividade económica em geral. Permite, efectivamente, que os empreendedores se dediquem, sem recurso a sociedades fictícias indesejáveis, à actividade comercial, beneficiando do regime da responsabilidade limitada.

A criação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, não atingiu esses resultados. Fiel à doutrina tradicional, o legislador de então não conseguiu ultrapassar a concepção contratualista da sociedade e por isso rejeitou qualquer concessão à sua concepção institucional. Quedou-se pela constituição de um património autónomo afectado a um fim determinado, mas desprovido dos benefícios da personalidade jurídica. Afastou-se expressamente das soluções já nessa altura adoptadas pela Alemanha e pela França. Portugal tornou-se o único Estado membro da Comunidade Europeia a optar pela via do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Teve-se como indiscutível que a sociedade unipessoal não era instrumento apropriado à realidade do nosso país e daí enveredar-se por uma pretensa e difícil inovação. Negou-se a personalização a algo que a reclamava.” [grifo não consta do original]

Continuando nosso estudo, não há falar-se na inviabilidade prática da teoria ora sustentada, valendo-se como argumento a dificuldade em mensurar o patrimônio da empresa. Ora, o art. 968, III, do CC determina que a inscrição do empresário na Junta Comercial deverá indicar o *capital*. Neste passo, o empresário responderia até o limite investido para o exercício da atividade empresarial – valor este o consignado no registro na Junta.

Ressalta-se que a limitação perdura enquanto o *patrimônio de afetação* estiver vinculado a uma atividade empresarial.

Por derradeiro, não deve ser acatada a tese de que a limitação da responsabilidade viria a implicar numa perda de crédito por parte do empresário, decorrente

da diminuição da garantia patrimonial. Se assim fosse, o regime societário também estaria fadado à perda de crédito.

Obs.: Afora estes, junte-se, ainda, os argumentos relativos à sociedade unipessoal (*moralização do direito societário e incentivo econômico*).

3.2.1.5. A Limitação de Responsabilidade do Empresário Individual sob a Ótica da Teoria da Empresa

Ainda a título de argumentação (favorável à limitação de responsabilidade do empresário individual), é bom lembrar que sustentar a ausência de qualquer mecanismo gerador de autonomia patrimonial entre empresário e atividade empresarial é negar o conceito jurídico de empresa, admitindo a concepção de empresa tão-somente sob a ótica econômica, ignorando, por assim, a *teoria da empresa*.

Ora, o exercício de uma atividade empresarial não é simplesmente uma situação de fato e sim jurídica. Se assim não fosse, não haveria necessidade da existência do Direito Empresarial, bastando o Direito Civil como ramo disciplinador da atividade empresarial. É certo que o Direito Empresarial dissocia-se do Direito Civil tendo em vista sua dedicação a disciplinar a atividade econômica explorada mediante profissionalismo, com mecanismos próprios, isto é, institutos e princípios jurídicos exclusivos. De tal sorte que é imprescindível dispensar uma disciplina jurídica autônoma e especial a esta **funcionalidade patrimonial**, que é a empresa.

Impossível, pois, discordar de que seria muito pouco considerar a empresa apenas como organização dos fatores da produção (concepção econômica de empresa), caso lhe fosse denegada a possibilidade de apresentar-se como ente autônomo, aparelhado unicamente ao exercício de uma atividade empresarial, ainda que despersonalizado. Ou seja, é necessário que o exercício dessa atividade resulte um efeito jurídico relevante. **O art. 966 do Código Civil deve ser interpretado no sentido que prestigie a integração de conceitos econômicos e jurídicos, para formar uma concepção perfeita de empresa, isto é, com significado jurídico.**

Se é “verdade que a atividade empreendedora propicia a formação de um complexo de relações jurídicas, a cuja frente se encontra o empresário, e que o fenômeno econômico da empresa, projetado no terreno empresarial, dá

lugar a um patrimônio especial, distinto, por seu fim, do remanescente patrimônio do empresário, **não importa que o direito constituído tenha, até agora, negado reconhecimento a esses fatos da economia. É que a elaboração se desenvolve no plano do direito constituendo, solicitada, precisamente, pelas deficiências da lei**³⁶.

Neste lance, é preciso que o direito passe a reconhecer a moderna empresa, dando-lhe nova estrutura que seja compatível com a atual realidade sócio-econômica. **Com a limitação da responsabilidade do empresário individual, independentemente da adoção do regime de personificação ou não, a empresa** (vista em seu perfil funcional) **passará a ser de fato e de direito.**

Portanto, sob o prisma da *teoria da empresa* o exercício de uma atividade empresarial deveria acarretar um dos seguintes efeitos: (a) a adoção da **sociedade unipessoal**; (b) a **personalização da empresa**; (c) a **separação patrimonial**, sem que se opere a personalização; ou (d) pelo menos um **benefício de ordem**, em que o empresário individual (pessoa física) responderia somente após o esgotamento dos bens ligados à atividade empresarial.

Não resta dúvida de que o exercício de uma atividade empresarial deve acarretar algum efeito jurídico radiante: não estender qualquer consectário jurídico relevante ao patrimônio destacado para o exercício de uma atividade empreendedora é ignorar a teoria da empresa, preterindo o Direito Empresarial, ao dispensar um regime exclusivo de Direito Civil a este patrimônio.

No que tange à **personalização da empresa**, poder-se-ia inquirir se, personalizando a empresa, passariam a coexistir dois entes com personalidades distintas: a *empresa* e a *sociedade*. É certo que o ponto distintivo consistente que a sociedade é *sujeito* de direito ao passo que a empresa é *objeto* de direito não mais seria legítimo, mas ainda assim haveria distinção entre *sociedade* e *empresa*. Neste plano, a sociedade seria um contrato que estipularia a forma, o modelo, como o exercício da empresa se daria. Com efeito, os institutos societários (sociedade anônima, sociedade limitada etc.) constituem mecanismos a serviço das empresas; uma empresa pode constituir-se sob a forma societária que lhe mais convier, determinando conforme o tipo societário escolhido, a maneira como será dividido seu capital,

³⁶Sylvio Marcondes Machado *apud* Edson Isfer, *Sociedades Unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada*, Curitiba, Juruá, 1996, p. 107.

as responsabilidades dos sócios, o modo como será administrada³⁷. Em suma: a personalização da empresa não excluiria as fórmulas societárias.

De sorte, é implausível o argumento concernente à impossibilidade sistemática das teorias que buscam a limitação de responsabilidade do empresário individual. Pelo contrário, uma vez que a teoria se coaduna com o princípio da livre iniciativa (aliás, é decorrência deste), com as tendências modernas do Direito Empresarial bem como com a teoria da empresa. Interessante destacar que admitir a unificação patrimonial trata-se sim de uma incoerência sistêmica, porque se estaria aplicando critérios civilistas ao âmbito empresarialista – prejudicando, assim, sua autonomia. Nesta seara, útil transcrever o enunciado 75 da Jornada de Direito Civil pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF: “**a disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial**” [grifamos].

3.2.1.6. Conclusões

Dado o exposto, é de se verificar o incentivo econômico que a *limitação de responsabilidade do empresário individual* traria, sobretudo aos pequenos e médios empresários, maiores usuários do exercício unipessoal da atividade empresarial.

Ademais, a limitação, ao contrário do que pode pensar, serve de garantia aos credores do empresário haja vista que a integridade do patrimônio empresarial impede a concorrência dos credores particulares.

Fazendo uma comparação entre as formas de limitação ora propostas, percebe-se que, talvez, o único problema relativo da *teoria do patrimônio de afetação* paira na sua venda parcial, tendo em vista que o objeto da sucessão seria necessariamente os bens da empresa (estabelecimento) e não, como nas sociedades, os bens de segundo grau representados pelas ações ou quotas. Portanto, trata-se de um problema relativo à capacidade de circulação da empresa e de sua liquidez, que seria eliminado caso fosse invocado a sociedade unipessoal.

Não se pode perder de vista que o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica deve incidir, quando for o caso, na sociedade unipessoal ou na

³⁷Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.51.

limitação em razão da teoria do patrimônio de afetação (neste caso, embora não há personalidade jurídica a menosprezar, por óbvio, o instituto deverá ser aplicado *analogicamente*).

Também é de se destacar que as técnicas de limitação de responsabilidade somente são aplicáveis ao empresário *regular* (porquanto, fazendo um paradigma com o instituto societário, a *sociedade* só adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio – CC, art. 985. Embora o nascimento da pessoa jurídica seja tema com teor altamente controvertido, é de se convir que o critério adotado pelo legislador é mais prático e visa abater a clandestinidade).

Ao ensejo da conclusão deste item, verifica-se a possibilidade de aplicação de qualquer um dos institutos limitadores da responsabilidade individual em nosso ordenamento (dispensando autorização legislativa para tanto), uma vez distante qualquer óbice.

4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1. Correlação do Princípio da Livre Iniciativa com o Instituto da Pessoa Jurídica

Pode-se afirmar que o conceito de pessoa jurídica varia de acordo com o momento histórico e a ideologia adotada pela ordem jurídica, de tal forma que só se pode conhecer o que um determinado ordenamento considera como pessoa jurídica através da verificação das normas por ele consagradas a esse respeito³⁸.

Neste sentido, consoante já mostramos alhures, deve-se afirmar que modernamente a pessoa jurídica, como instituto jurídico, possui a função de limitar os riscos empresariais, por meio do reconhecimento de sua existência como distinta da existência de seus membros, sócios, ou componentes, pretendendo com isso estimular o desenvolvimento

³⁸Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.6

social, que é obviamente indispensável³⁹(*teoria da realidade técnica ou jurídica* da pessoa jurídica).

Como bem observa Fábio Konder Comparato, não se pode desfocalizar do fato de que a personalização consiste numa técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos, quais sejam, autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais.

Com efeito, a percepção dessa nuance leva a crer que a regra da limitação patrimonial serve de estimulador da exploração de atividades econômicas, uma vez que limita, ao montante investido, a responsabilidade dos sócios por eventuais perdas por insucessos da empresa. Trata-se de mecanismo tendente a efetivar o princípio da livre iniciativa, porquanto já que o Estado não pode assumir a qualidade de empresário (salvo nas exceções constitucionalmente previstas) deve, então, estabelecer medidas fomentadoras ao exercício de atividade econômica.

“Claro está que muitos empreendedores poderiam ficar desmotivados em se lançar a novos e arriscados empreendimentos se pudessem perder todo o patrimônio pessoal caso o negócio não prosperasse. Não se pode esquecer que fatores relativamente imprevisíveis, sobre os quais os empresários não têm nenhum controle, podem simplesmente sacrificar a empresa. A motivação jurídica se traduz pela limitação das perdas, que não devem ultrapassar as relacionadas com os recursos já aportados na atividade. Essa será a parte do prejuízo dos sócios da sociedade empresária falida; a parte excedente será suportada pelos credores, muitos deles empresários e também exercentes de atividades de risco. A limitação das perdas, em outros termos, é fator essencial para a disciplina da atividade econômica capitalista.

Um outro aspecto da questão diz respeito ao custo da atividade econômica, elemento que compõe o preço a ser pago pelos consumidores ao adquirirem produtos e serviços no mercado. Se o direito não dispuser de instrumentos de garantia para os empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles tenderão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas. Em outros termos, apenas aplicariam seus capitais em negócios que pudessem dar lucro suficiente para constituírem um patrimônio pessoal de tal grandeza que não poderiam perder-se inteiramente na hipótese de futura e eventual responsabilização. Ora, para gerar lucro assim, a sociedade deve reduzir custos e praticar preço elevado. O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos

Em virtude de sua importância fundamental para a economia capitalista, o princípio da personalização das sociedades empresárias, e sua repercussão quanto à limitação da responsabilidade patrimonial dos

³⁹Fábio Konder Comparato *apud* Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. cit., p.29

sócios, não pode ser descartado na disciplina da atividade econômica. Em consequência, a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade.”⁴⁰ [grifo não consta do original]

Em assim sendo, a *limitação* se faz necessária para estimular a criação de empreendimentos e o desenvolvimento de negócios, porquanto representa uma garantia de que o patrimônio pessoal do sócio não será afetado por dívidas da pessoa jurídica. A responsabilidade limitada socializa as perdas decorrentes do insucesso. Nítida a função da pessoa jurídica para a efetivação do princípio da livre iniciativa.

Indubitável, pois, que o princípio da autonomia patrimonial tem importância fundamental no estímulo de empreendedores e investidores na medida em que afasta a possibilidade de eles virem a comprometer seu patrimônio pessoal em razão de instabilidades ou insucessos da empresa, funcionando como elemento motivador ao desenvolvimento de atividades econômicas de maior risco.

Contudo, algumas pessoas se valem desses postulados não exatamente para preservar os ganhos já consolidados em seu patrimônio pessoal (o que seria absolutamente legítimo), mas para se locupletar indevidamente com o descumprimento de obrigações. Para a coibição da fraude na utilização da autonomia patrimonial, a tecnologia comercialista desenvolveu a **teoria da desconsideração da personalidade jurídica**, que autoriza o afastamento do princípio da autonomia patrimonial, *nos casos em que ele é desvirtuado*⁴¹.

4.2. Considerações acerca do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica

4.2.1. Noções

De efeito, o consectário, a consequência, natural da personalização das pessoas jurídicas é o reconhecimento de sua autonomia patrimonial em relação aos seus instituidores e administradores.

⁴⁰Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, ob. cit., p.39-40.

⁴¹Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, ob. cit., p.21.

Mas é de se ressaltar que em virtude desta técnica consistente na separação patrimonial ensejou-se que sócios e administradores sem escrúpulos praticassem atos – alguns, como adverte Ulhoa Coelho, envolvendo elevado grau de sofisticação jurídica – que embora sejam aparentemente lícitos, é certo que, através de artifícios, visavam afastar a responsabilidade da pessoa jurídica em desfavor dos credores de boa-fé. Em outras palavras, algumas pessoas se valem do princípio da autonomia patrimonial não exatamente para preservar os ganhos já consolidados em seu patrimônio pessoal, mas para se locupletar indevidamente com o descumprimento de obrigações.

Ante esta conjuntura, a jurisprudência e a doutrina começavam a perceber a incumbência de criar mecanismos hábeis, vale dizer, técnicas processuais, a fim de atingir o patrimônio dos sócios e administradores que empregavam a *disfuncionalização* da pessoa jurídica.

“Na medida em que é a sociedade o sujeito titular dos direito e devedor das obrigações, e não os seus sócios, muitas vezes os interesses dos credores ou terceiros são indevidamente frustrados por manipulações na constituição de pessoas jurídicas, celebração dos mais variados contratos empresariais, ou mesmo realização de operações societárias, como as de incorporação, fusão, cisão. Nesses casos, alguns envolvendo elevado grau de sofisticação jurídica, a consideração da autonomia da pessoa jurídica importa a impossibilidade de correção da fraude ou do abuso. Quer dizer, em determinadas situações, ao se prestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o ilícito perpetrado pelo sócio permanece oculto, resguardado pela licitude da conduta da sociedade empresária. Somente se revela a irregularidade se o juiz, nessas situações (quer dizer, especificamente no julgamento do caso), não respeitar esse princípio, desconsiderá-lo. Desse modo, como pressuposto da repressão a certos tipos de ilícitos, justifica-se episodicamente a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária”⁴².

Os problemas ditos de *desconsideração* envolvem frequentemente um problema de **imputação**. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas?⁴³

Por interessante, transcreveremos posicionamento manifestado por Pontes de Miranda a respeito da teoria da desconsideração:

“O desprezo das formas de direito das pessoas jurídicas, o *disregard of legal entity*, provém de influências, conscientes e inconscientes do capitalismo

⁴²Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, ob. cit., p.32

⁴³José Lamartine Correia de Oliveira *apud* Celso Marcelo de Oliveira, *Tratado de direito empresarial brasileiro: Teoria geral do direito societário*, vol.2, Campinas, LZN, 2004, p.103.

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 esquerda empregam, de lados opostos, as mesmas picaretas”⁴⁴

Por derradeiro, é de se deixar consignado que a desconsideração da personalidade jurídica deixou de ser apenas “teoria”: trata-se de um instituto legalmente previsto (positivado).

4.2.2. A Elaboração Doutrinária da Teoria da Desconsideração

Valendo-se como base o estudo destrinchado pelo Prof. Fábio Ulhoa Coelho em sua obra intitulada *Desconsideração da Personalidade Jurídica* (São Paulo: RT, 1989, p.17-45), faremos uma brevíssima alusão a respeito do desenvolvimento doutrinário da teoria.

(A) Contribuição de Rolf Serick – Pode-se considerar Rolf Serick o principal sistematizador da teoria, na tese de doutoramento defendida perante a Universidade de Tübingen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns autores já se haviam dedicado ao tema, como, p.ex., **Maurice Wormser**, em 1912, nos Estados Unidos. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação central de Serick de buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas.

O resultado da pesquisa conduziu-o à formulação de quatro princípios norteadores para a aplicação da desconsideração: (i) “o juiz diante de abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica”. Entende Serick por abuso da forma qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento de obrigação contratual, ou, ainda, prejudicar terceiros de modo fraudulento. Ressalta, também, que não se admite a desconsideração sem a presença desse abuso, mesmo que para a proteção da boa-fé; (ii) “não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio jurídico não foram atendidos”. Em outros termos, não basta a simples prova da insatisfação de direito de credor da sociedade para justificar a desconsideração; (iii) “aplicam-se à pessoa jurídica as normas

⁴⁴Pontes de Miranda *apud* Fábio Ulhoa Coelho, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, São Paulo: RT, 1989, p. 9-10

sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em contra as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica”; (iv) “se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes”.

(B) Contribuição de Piero Verrucoli – Outro douto de importância no desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é Piero Verrucoli, da Universidade de Pisa, que elaborou estudo de Direito comparado intitulado *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella “Common Law” e nella Civil Law*, que direcionou seus estudos da desconsideração para a ótica comparativa entre *common law* e *civil law*. O Professor italiano sustentava que, pelo fato de a personalidade jurídica constituir um privilégio que o Estado concede aos membros da pessoa jurídica, sendo esta centro de imputações, não poderá servir esse mesmo privilégio para seus integrantes e, em decorrência disso, deve sujeitar-se aos mecanismos de controle postos à disposição do Direito para reagir contra as situações abusivas, ou seja, à desconsideração da personalidade jurídica. Assim, a existência de uma sociedade não pode ser instrumento para prática de atos contrários ao Direito.

Como resultado de seu estudo, verifica-se como o sistema da *common law* acolheu com muita facilidade os postulados da doutrina da desconsideração em contraposição à *civil law* que reflete uma hesitação em assimilar em seu sistema jurídico a desconsideração da personalidade jurídica. A deficiência do trabalho do autor italiano situa-se no equívoco de caracterizar a personificação das pessoas jurídicas como um privilégio do Estado, decorrendo da concepção, a atribuição de uma errônea qualificação ideológica a algo que tem o caráter de expediente técnico-jurídico. Mas é de se registrar que a idéia da pessoa jurídica como uma concessão do Estado é consideravelmente difundida entre os autores que versam sobre o Direito no sistema *common law*.

(C) Contribuição de Rubens Requião – Duas foram as grandes contribuições do Prof. Rubens Requião ao desenvolvimento do estudo da teoria da desconsideração: (i) a primeira delas foi a de ter sido o primeiro jurista nacional a cuidar do tema de forma sistematizada, na sua obra “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica” (RT, 410/12); (ii) a segunda, foi a ter demonstrado a compatibilização existente entre a teoria da

desconsideração e o Direito nacional, propugnando pela sua aplicação a despeito da ausência de dispositivo legal sobre o assunto. Também não se pode esquecer da atenção que a Comissão encarregada de redigir o Projeto de Cód. Civil dispensou ao assunto após a Conferência do Prof. Requião, nem, por outro lado, do fato de ser o primeiro comercialista a referir-se à teoria em seu *Curso*. Percebe-se que a contribuição de Rubens Requião volta-se mais à divulgação que propriamente ao aprofundamento do tema em consideração.

Cabe, então, frisar que a sugestão de incluir o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Projeto de Código Civil partiu do Prof. Rubens Requião.

(D) Contribuição de Fábio Konder Comparado – Em sua obra *O poder de controle na sociedade anônima*, analisa, entre outros temas, o sentido e o valor do princípio da personalização e o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Para o ilustre comercialista da Universidade de São Paulo, está nos pressupostos da separação patrimonial, e não no uso que dela se faça, o verdadeiro critério para a aplicação da teoria da desconsideração, ou, mais exatamente, para a suspensão da eficácia do ato jurídico de constituição da sociedade, ou negócio ou relação em que esta se envolva. Com isso, Fábio Konder Comparato rejeita o *subjetivismo* da formulação da teoria da desconsideração, elaborada por Rolf Serick, e inaugura uma concepção objetiva da teoria, que tem o mérito de vir embutida, por assim dizer, no próprio conceito de pessoa jurídica.

Como já anteriormente reportado, a sugestão de incluir o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Projeto de Código Civil partiu do Prof. Rubens Requião da Universidade Federal do Paraná. Mas enquanto tramitou pela Câmara, o dispositivo recebeu mais de uma redação, tendo todas elas recebidos críticas variadas, inclusive por parte de Requião, em virtude da falta de compatibilidade entre os textos do projeto e a razão de ser da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que tais textos a confundia com outros institutos como a *despersonalização* e a *dissolução parcial* (vide item 3.2.7., *infra*). Na tramitação do projeto pelo Senado, aprimorou-se o texto, que passou a ostentar, no art. 50, graças à contribuição de Fábio Konder Comparato, a visão particular desse jurista sobre a matéria.

4.2.3. *Fundamento*

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem por finalidade:

(a) coibir fraudes, gerando a melhoria no ambiente de negócio, uma vez que visa inibir práticas fraudulentas e temerárias por parte dos sócios e administradores (caráter sancionador do instituto);

(b) assegurar a satisfação do crédito ao titular do direito creditório;

(c) preservar o próprio instituto da pessoa jurídica, evitando medidas legislativas tendentes a eliminá-lo.

Percebe-se, portanto, a eficiência deste moderno instituto que busca o aperfeiçoamento da pessoa jurídica. Antes de sua elaboração, sistematização e difusão, a repressão às irregularidades e abusos de forma importava, via de regra, na dissolução da pessoa jurídica, fator este que no caso das sociedades empresárias significa o sacrifício da atividade econômica por elas explorada, o fim de postos de emprego, da geração de riquezas e tributos etc., prejudicando interesses de trabalhadores, consumidores, fisco e outros que gravitam em torno da continuidade da empresa⁴⁵.

4.2.4. *Breve Referência Histórica*

O instituto teve sua origem na Inglaterra, no caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado no ano de 1898 (embora há quem sustente que a primeira decisão judicial, configurando o verdadeiro *leading case*, não se refere ao caso *Salomon versus Salomon & Co.*, e sim ao caso *Bank of United States versus Deveaux*⁴⁶).

Salomon constituiu uma sociedade por ações, que, no sistema inglês, deveria ser composta por, no mínimo, 7 (sete) pessoas. Salomon, a mulher e os filhos perfaziam esse número, mas a distribuição das ações foi a seguinte: uma para a mulher e cada um dos 5 filhos e cerca de 20.000 para ele, Salomon. A seguir, Salomon transferiu seus negócios (pois era empresário individual) para a sociedade, incluindo aí os estoques e carteira de clientes. Mais adiante, concedeu empréstimo à sociedade, obtendo garantia (debêntures com garantia

⁴⁵Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, ob. cit., p.43

⁴⁶Neste sentido: Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. Cit., p.119 e s.

flutuante). Quando a sociedade se tornou insolvente, Salomon exerceu seu direito de debenturista contra a companhia, com o que deixariam de ser pagos os demais credores. Em primeira instância, o juiz entendeu que a sociedade se confundia com Salomon e que, dessa forma, seu crédito não deveria ser privilegiado. A sentença foi reformada pelo Tribunal (Casa dos Lordes), sob o argumento de que as formalidades legais de constituição da sociedade haviam sido observadas e que Salomon e a companhia eram pessoas distintas.

Talvez em razão das repercussões do caso *Salomon*, o direito inglês foi o primeiro a normatizar o instituto. O *Companies Act*, de 1929, estabelecia, na seção 279: “*se no curso da liquidação de sociedade constata-se que em seu negócio foi concluído com o objetivo de perpetrar uma fraude contra credores, dela ou de terceiros, ou mesmo uma fraude de outra natureza, a Corte, a pedido do liquidante, credor ou interessado, pode declarar, se considerar cabível, que toda pessoa que participou, de forma consciente, da referida operação fraudulenta será direta e ilimitadamente responsável pela obrigação, ou mesmo pela totalidade do passivo da sociedade*”⁴⁷.

No Brasil, aponta-se a sentença prolatada na 11ª Vara Cível do Distrito Federal, em 25 de fevereiro de 1960, pelo juiz Antônio Pereira Pinto, como a primeira decisão versando sobre a desconsideração, na qual constatou o abuso de direito por meio de sociedade anônima, em que acionista se serviu da sociedade para prejudicar fraudulentamente terceiros, prescindindo-se da existência da sociedade, entendendo que o ato foi praticado diretamente pelo acionista soberano interessado (RF, v.188, p.269-82)⁴⁸. *In casu*, tratava-se de um famoso personagem no mundo dos negócios (José João Abdalla) que adquirira 98% das ações de uma companhia, dando em pagamento notas promissórias de emissão desta, com o seu aval pessoal. Pois bem, celebrado o negócio e entregues os títulos (notas promissórias) aos cedentes das ações, o controlador (Abdalla) ingressou com várias ações judiciais contra estes, ex-diretores da companhia, pretendendo imputar-lhes responsabilidades por má gestão administrativa, e com isso furta-se ao pagamento das notas promissórias avalizadas. No caso em apreço, percebe-se que a pessoa jurídica servia como *alter ego* do seu controlador.

Quanto ao primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, indica-se o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁷Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, ob. cit., p.49

⁴⁸Alexandre Couto Silva, *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, LTr: São Paulo, 1999, p. 134

4.2.5. Conceito e Terminologias

A desconsideração da personalidade jurídica consiste na postergação episódica das regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios ou administradores, operada pelo órgão judiciário no curso do processo, num caso concreto para coibir a fraude, ou melhor, o mau uso da pessoa jurídica realizado em virtude da manipulação de tais regras.

Como a própria denominação propõe, desconsidera-se, despreza-se, a existência da pessoa jurídica em determinado ato ou negócio jurídico em que esta seja o pólo passivo, para então, ao invés da pessoa jurídica, os sócios ou administradores assumirem tal posição e responderem com seus patrimônios pessoais, sempre que, valendo-se da pessoa jurídica, frustrarem a aplicação da lei, o cumprimento de obrigação contratual ou prejudicar terceiros.

Trata-se, em síntese, da permissão judicial para atacar os bens dos sócios ou administradores que operacionalizaram o ato fraudatório.

Portanto, o objetivo da desconsideração da personalidade jurídica é coibir a fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica (pois, não se trata de considerar ou declarar nula a personalidade jurídica, mas de torná-la ineficaz para determinados atos).

Terminologias: *Superamento della personalità giuridica*, na Itália; *Durchgriff der juristischen personen*, na Alemanha; *Mise à l'écart de la personnalité morale*, na França; *Teoria de la penetración*, na Argentina; *Disregard Theory*, *Disregard of legal entity*, ou *Disregard Doctrine*, nos EUA. No Brasil também chamam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica de *desestimação da pessoa jurídica*, *doutrina da superação da personalidade jurídica* ou, ainda, *teoria da penetração*.

4.2.6. Natureza Jurídica

Trata-se de uma **técnica processual** – é um instrumento para a efetividade do processo executivo⁴⁹. Um dos principais desafios de qualquer sistema jurídico sempre foi o

⁴⁹ Calixto Salomão Filho, ob. cit., p.149

de escolher as medidas mais adequadas para o caso de inadimplência, principalmente quando eivada pela fraude.

Consoante assinalado por Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, “não obstante a temática da desconsideração de personalidade jurídica pertencer, em princípio, ao campo do direito material, é inegável seu grande reflexo no direito processual”⁵⁰.

Pragmaticamente falando, a *desconsideração* visa vincular processualmente os bens dos sócios à execução. Seus efeitos são meramente patrimoniais e sempre relativos a obrigações determinadas.

Em arremate: teoricamente a *desconsideração* pode ser vista como um instituto de direito material, pois visa imputar o dever jurídico ao verdadeiro sujeito passivo e não apenas a responsabilidade patrimonial. Porém, por amor a critérios práticos, dissemos que a desconsideração é um instituto processual, mesmo porque só pode ser aplicada *judicialmente*, dentro de um processo executivo ou cautelar.

Cumprе distinguir a desconsideração da personalidade jurídica com outros institutos, o que será feito no tópico seguinte.

4.2.7. Institutos Assemelhados

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica somente se verifica quando o prejudicado não puder imputar logo em princípio (ou seja, diretamente) a responsabilidade ao sócio ou administrador, sendo necessário o levantamento do véu da pessoa jurídica para desvendar a tramóia e assim imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador.

De se ver, no caso da *desconsideração*, a pessoa jurídica não configura como polo passivo do ato imputado, sendo certo que caso não se operacionalizasse o desprezo à pessoa jurídica seria impossível ao prejudicado ter o seu direito subjetivo satisfeito, uma vez que este não poderia demandar nem a pessoa jurídica, pois esta não praticou ato ilícito algum, nem o sócio, que por sua vez não perpetrrou diretamente a ilicitude - o ilícito somente será revelado quando percebe-se que o sócio praticara um determinado ato jurídico em nome da

⁵⁰ Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. cit., p.169.

pessoa jurídica que se fosse praticado em seu nome (do sócio) ou seria ilícito ou, então, não teria forças para adimplir com sua contraprestação.

Alguns exemplos irão aclarar o expendido.

Imagine-se que os sócios da sociedade *X* antevendo uma futura condenação judicial em valores expressivos resolvam constituir uma nova sociedade, a sociedade *Y*, com o mesmo objeto social da primeira, e paulatinamente na medida que deixam de investir na sociedade *X* vão angariando os clientes desta, de tal sorte que à época da execução da condenação prevista, a sociedade *X* torne-se insolvente, não podendo arcar com tal responsabilidade. Como se depreende, o polo passivo da referida condenação é a sociedade *X* não podendo a execução em princípio recair sobre a sociedade *Y*. Entanto, desprezando a personalidade jurídica da sociedade *X* verifica-se que seus sócios a utilizaram como meio, um instrumento, para fraudar seus credores, não mais sendo utilizada ao desenvolvimento das atividades econômicas, mas tão-somente para prejudicar seus credores.

Outro exemplo: os sócios de uma sociedade resolvem adquirir um determinado veículo exótico, de valor exorbitante, em nome da sociedade para entregar os produtos por ela fornecidos ao mercado. Em princípio, trata-se de uma excelente técnica de *marketing*. Posteriormente, a sociedade torna-se insolvente e não pode arcar com o pagamento do valor remanescente do veículo. Até então não há que se falar em ilícito algum. Ocorre que o veículo era utilizado para fins pessoais dos sócios, preponderando o seu uso como passeio. Ou seja, jamais os sócios poderiam adquirir tal veículo em seus nomes, visto não possuírem “gabarito” suficiente para tal desiderato, então valeram-se da pessoa jurídica como meio para adquirir, ao arrepio do princípio da autonomia patrimonial visto a confusão operacionalizada entre os patrimônios dos sócios e o da sociedade.

Um último exemplo a fim de firmar-se a compreensão do expendido no parágrafo exordial: um empresário individual arrenda seu estabelecimento a terceiro, estipulando-se a cláusula de não concorrência (não-restabelecimento) em um determinado lapso de tempo e espaço. Pois bem, o empresário arrendador resolve, então, constituir uma sociedade cujo objeto social é exatamente o mesmo explorado pelo arrendatário, sendo que este novo empreendimento é estabelecido nas proximidades do estabelecimento arrendado. Em princípio, é certo que não há qualquer inadimplemento contratual, haja vista que o empresário arrendador não infringiu a estipulação contratual de não-restabelecimento, porque

é a pessoa jurídica que está exercendo a atividade empresarial e não ele, pessoa física. Porém, abstraindo-se os escudos da sociedade, acha-se o empresário, deduzindo-se então que a constituição da sociedade não teve outro escopo que o de violar a referida cláusula; já que não poderia exercer a atividade empresarial em nome próprio, veio a crer que a exploração da atividade por pessoa jurídica não incorreria no inadimplemento contratual, encontrando-se então uma forma de burlar o pactuado sem ser responsabilizado⁵¹.

Certo é, portanto, que o fator “**pressuposto da licitude**” é o elemento principal a fim de distinguir a desconsideração com outras formas de responsabilização de sócios ou administradores da pessoa jurídica. Enfim, para a aplicação da *desconsideração* primeiro é necessário demandar a pessoa jurídica para posteriormente erguer seu véu (significa dizer, afastar a personalidade jurídica da sociedade) e constatar que o ato que deu ensejo à demanda judicial é imputável ao sócio e não à sociedade.

Assim, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica para coibir atos aparentemente lícitos. A ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial. Em outros termos, enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito; torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio ou administrador. Com efeito, a desconsideração é a operação prévia a essa mudança na imputação. A sociedade deve ser desconsiderada exatamente se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa.

Em suma, **se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração**⁵².

Dando sequência a este estudo, será mister distinguir a desconsideração da personalidade jurídica com outros institutos, comumente com ela confundidos.

(A) Responsabilização direta do sócio ou administrador - A desconsideração só deve ser infligida quando as regras de separação patrimonial entre a sociedade e sócios forem um empecilho ao cumprimento de determinada obrigação, ou seja,

⁵¹Dado o exemplo, conveniente será transcrever a redação do art. 1.147 do Cód. Civil: *Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.*

⁵²Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 2. 10.^a ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2007, p.43/44

ao adimplemento de determinado dever jurídico que não pode ser satisfeito enquanto perdurar a regra de autonomia patrimonial entre sociedade e sócios. Ao passo que no caso de responsabilização direta dos sócios ou administradores (ex.: art.135, III, do Cód. Tributário Nacional) a pessoa jurídica não chega a ser obstáculo à justa composição dos interesses, isto é, não é necessário afastar, primeiramente, a pessoa jurídica para então responsabilizar o sócio, pois a lei já imputa a responsabilidade (integral) ao sócio ou administrador.

Nessa mesma trilha, vale salientar que o **abuso do direito** também não é hipótese para a incidência da desconsideração da personalidade jurídica. Compartilhamos o entendimento da Prof^a. Mônica Gusmão, segundo o qual o prejudicado pode demandar o sócio, *pessoalmente*, nos casos em que o sócio aja com abuso de direito, isto é, quando abusar dos seus direitos de sócio ou exercê-lo de forma anormal⁵³. O fundamento é prática de ato ilícito em razão do abuso de direito (CC, art. 187).

Abusa do direito, e age na ilicitude o sócio que, p.ex., por rixa, retaliação ou assédio moral, dispensar um empregado sob alegação (falsa) de falta grave (justa causa), requer imotivadamente a falência ou a concordata da sociedade etc. Nesses e noutros casos de abuso de direito não é cabível nem útil ao credor invocar a aplicação da *desconsideração*. A razão é simples: o sócio que abusa do direito responde pelo dano independentemente da prova de fraude (é o que se colhe do Enunciado nº 37 das Jornadas de Direito Civil: *A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico*), ao contrário do que ocorre quando se desconsidera a personalidade jurídica da sociedade por desvio de finalidade, que se exige a comprovação da fraude do sócio⁵⁴.

(B) Teoria “Ultra Vires” – Antes de expormos a dicotomia entre as teorias da desconsideração da personalidade jurídica e a *ultra vires*, será oportuno tecer algumas considerações sobre esta última teoria (a *ultra vires*).

A teoria *ultra vires* foi engendrada pela jurisprudência inglesa e ianque, precisamente a partir da prática de ato de administração que ultrapasse, extrapole, os limites do objeto social. O sistema inglês se fixou no princípio de que o objeto social determina a capacidade da sociedade, sendo em consequência nulos os atos de administração praticados à margem daquele objeto; já no sistema norte-americano, foi amenizado o radicalismo inglês,

⁵³ Mônica Gusmão, *Direito Empresarial*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 66.

⁵⁴ Mônica Gusmão, ob.cit., p. 66-7.

podendo o ato *ultra vires* ser ratificado pela assembléia geral⁵⁵. Ulteriormente, outra flexibilização recaiu sobre a teoria, voltando-se à importância da boa-fé do contratante, uma vez que formulou-se o direito de exigir da própria sociedade o cumprimento do ato extravagante (ou seja, aquele praticado em nome da sociedade, mas estranho ao objeto social) respondendo a sociedade perante terceiro de boa-fé, e o administrador ante a sociedade.

O Prof. Rubens Requião faz uma advertência: “Não se confunda, todavia, a doutrina *ultra vires* com o abuso da razão social, quando o administrador, nas sociedades de pessoa ou mesmo nas sociedades de capitais, viola o estatuto praticando atos que este lhe vedava, como conceder fianças ou avais”⁵⁶.

Para o Prof. Alexandre Couto Silva, “os atos serão *ultra vires* quando estiverem em desacordo com a atividade ou a finalidade da empresa, quando incorrerem em violação aos estatutos ou contrato sociais, ou quando não forem expressamente autorizados pelos estatutos por serem dispensáveis à realização do objeto social. No caso de atos *ultra vires*, aqueles que de boa-fé contratarem e sofrerem prejuízos terão como válidos esses atos, respondendo a sociedade perante terceiro de boa-fé, e o administrador perante a sociedade”⁵⁷.

Convém notar, neste passo, que a prática de atos extravagante não é supedâneo para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, e sim da teoria *ultra vires*. Quando se diz que o *desvio de finalidade* (CC, art.50) é fato gerador para a aplicação da desconsideração, este “desvio” significa “mau uso da pessoa jurídica”. O “desvio de finalidade no uso da pessoa jurídica” atine aos objetivos sociais da pessoa jurídica que motivam a própria personalização da pessoa jurídica, vale dizer, a pessoa jurídica não é utilizada como elemento motivador ao desenvolvimento das atividades econômicas, mas como instrumento para o locupletamento indevido com o descumprimento de obrigações. Conclui-se, de efeito, que o desvio de finalidade previsto no art. 50 do Código Civil não significa *desvio de finalidade na administração* que é hipótese de incidência da *ultra vires doctrine*.

Atenta-se, também, que os atos *ultra vires* são inválidos perante à sociedade, mas inoponíveis em relação aos terceiros de boa-fé que com esses sócios contrataram

⁵⁵ Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, Vol.2, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p. 184-185.

⁵⁶ Ob. cit., p. 186.

⁵⁷ Alexandre Couto Silva. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, LTr: São Paulo, 1999, p. 147

(aplicação da **teoria da aparência**, que prega a responsabilização da pessoa jurídica pelos atos praticados “aparentemente” em seu nome). Já no que tange ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica não há que se falar em invalidade de ato algum, a pessoa jurídica é parte ilegítima para figurar no pólo passivo não em razão de invalidade do ato, mas simplesmente por falta de imputação de dever jurídico.

Entanto, o parágrafo único do art.1.015 do Cód. Civil determina três hipóteses que a sociedade não responde perante terceiros pelas obrigações contraídas pelos seus administradores por atos excedentes de seus poderes: (i) quando a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; (ii) quando provando-se que a limitação era conhecida de terceiro; (iii) quando tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

É certo que o sobredito dispositivo representa um retrocesso e confronta a tendência mundial de proteger terceiros de boa-fé, bem como a celeridade nos negócios⁵⁸, sendo mister que a teoria *ultra vires* deve ser aplicada juntamente com a teoria da aparência, tendo por resultado a invalidação do ato *ultra vires* perante à sociedade, mas não em relação aos terceiros de boa-fé que com esses sócios contrataram.

Atraente será transcrever o Enunciado n.º 219 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos da Justiça Federal:

“Art. 1.015: Está positivada a teoria *ultra vires* no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei n. 6.404/76).” [grifo não consta do original]

Em conclusão, após breve análise do mecanismo da responsabilização direta do sócio ou administrador e da teoria *ultra vires*, verifica-se, de efeito, que o instituto da *desconsideração* não se aplica, salvo em alguns microssistemas, a atos de má gestão dos administradores bem como não procura responsabilizar sócios que exerçam suas atividades

⁵⁸Marlon Tomazette. *As sociedades simples no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3691>>. Acesso em: 23 ago. 2008 .

com excesso de poderes e infração à lei ou ao contrato social ⁵⁹. 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, independente de se invocar a *disregard doctrine*⁶⁰.

Convém traçar uma linha divisória entre a *responsabilização direta* da teoria *ultra vires*. Na *responsabilização direta* é a lei que imputa a responsabilidade, enquanto para a teoria *ultra vires* a responsabilidade decorre da prática de atos em desacordo com a atividade da empresa, em violação ao estatuto ou contrato sociais. Em síntese: num (responsabilidade direta) é a lei que imputa a responsabilidade, noutro (*ultra vires*) é a desarmonia do ato com os poderes de gerência que invoca a responsabilidade.

Por fim, pode surgir o questionamento de que os efeitos práticos seriam os mesmos seja no caso da *desconsideração*, teoria “*ultra vires*”, ou *responsabilização direta*. Mas assim não procede. Praticado o ato *ultra vires*, a sociedade responde perante o terceiro de boa-fé e o administrador diante a sociedade, ao passo que na *desconsideração* não há que se falar neste esquema de responsabilização, visto que demonstrado o *abuso* é o sócio que ingressará no pólo passivo da demanda desprezando-se, portanto, a pessoa jurídica. Na *responsabilidade direta do sócio*, a pessoa jurídica sequer é demandada.

(C) Técnicas de Responsabilização Solidária ou Subsidiária – Trata-se de hipóteses em que a lei simplesmente ignora o princípio da autonomia patrimonial, estipulando a responsabilidade conjunta (solidária) ou secundária (subsidiária) dos sócios pelas dívidas da pessoa jurídica. Cita-se, p.ex., o art. 13, *caput* e p. único, da Lei 8.620/93: “*O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa*”.

Outros exemplos são os artigos 2º, §2º, da CLT e 134,VII, do CTN.

⁵⁹Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.88

⁶⁰Amador Paes de Almeida, ob. cit., p.205

Difere-se da responsabilidade direta pelo seguinte ponto: na *responsabilização direta* o sócio ou administrador perpetrou algum ato ilícito ensejando, assim, a responsabilidade, ao passo que na *responsabilização solidária* ou *subsidiária* é indiferente a atitude dos sócios ou administradores, não se perquirindo a prática de ato ilícito por parte destes que atuam apenas como agentes garantidores do crédito.

(D) Despersonalização ou Desconstituição da personalidade jurídica -

Trata-se da anulação do instituto da pessoa jurídica. Tem por escopo a extinção da pessoa jurídica, e não somente a sua ineficácia episódica, conforme preconiza a *desconsideração*.

(E) Fraude à execução ou Fraude contra credores - A *fraude de execução*,

no plano processual, ou a *fraude contra credores*, no plano do direito material, geram a ineficácia da alienação, enquanto que o instituto da desconsideração não visa tornar ineficaz o negócio jurídico em si, mas apenas modificar o pólo passivo – ao invés da sociedade assumir este *status*, será seus sócios.

(F) Vício do ato jurídico - Os vícios ensejam a invalidação (anulabilidade –

CC, art.171, II) do ato jurídico, ao passo que a *desconsideração* objetiva o afastamento transitório da personalidade jurídica para o alcance de seus sócios, em uma determinada situação, sem que haja cassação de qualquer ato jurídico.

(G) Exclusão do sócio ou dissolução parcial - Embora não seja o objetivo do

instituto da desconsideração, o ato fraudulento no qual dá ensejo à aplicação do instituto pode resultar na exclusão do sócio em razão de “falta grave” (CC, art. 1.030).

Fácil concluir, portanto, que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com outras técnicas de responsabilização, tais como responsabilização direta, solidária ou subsidiária dos sócios.

4.2.8. Formulações para a Teoria

A doutrina, idealizada pelo Prof. Fábio Ulhoa Coelho, apresenta duas formulações distintas para justificar a teoria da desconsideração: são as denominadas *teoria maior* e *teoria menor*.

4.2.8.1. *Teoria Maior ou Condicionada*

Segundo tal formulação, o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela. Diz-se “*maior*” tendo em vista o seu maior grau de elaboração, de maior consistência e abstração, que condiciona (daí porque a chamamos de *teoria condicionada*) o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta do instituto.

Portanto, segundo a teoria *maior* ou *condicionada* da desconsideração da personalidade jurídica mister se faz para a aplicação do instituto a ocorrência de certos requisitos caracterizados pelo mau uso da pessoa jurídica, quais sejam, o desvio de finalidade (que, segundo nosso entendimento, é sinônimo de fraude) ou a confusão patrimonial.

É a adotada pelo Código Civil (art. 50). Trata-se da regra geral.

A formulação *maior* comporta duas facetas, pressupostos para sua aplicação:

(A) Critério Objetivo – Para a concepção objetivista, não se argúi acerca da intenção do agente, já que o que se analisa é tão-somente o dano em si. Em outros termos, basta, para ensejar a aplicação da *desconsideração*, a verificação do desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, não se perquirindo se tais fatos foram desejados pelo sócio;

(B) Critério Subjetivo – Já para a concepção subjetivista, os elementos autorizadores da *desconsideração* (desvio de finalidade e confusão patrimonial) devem ter sido premeditados pelos sócios e demonstrada tal intenção. Chama-se subjetiva porque dá destaque ao intuito, à intenção, do sócio ou administrador, voltado à frustração de legítimo interesse do credor.

4.2.8.2. *Teoria Menor ou Incondicionada*

Pela formulação *menor*, o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial. Denomina-se “*menor*” pois é menos elaborada, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação do crédito. Tal

formulação reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a formulação menor, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela⁶¹.

Ofertamos a denominação de *incondicionada* porque, segundo tal formulação, a aplicação da *desconsideração* não se submete a nenhum requisito, tais como a confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Para a *teoria menor* o fato gerador para a aplicação da desconsideração é tão-somente o inadimplemento da pessoa jurídica.

Como se depreende, tal formulação, criada repentinamente, simplesmente desaba monumentos jurídicos que levaram anos para serem construídos, como a sociedade anônima e a sociedade limitada.

É adotada em alguns microssistemas.

Ilustrando muito bem esta dualidade (teoria maior/ teoria menor), convém mencionar decisão do STJ cuja ementa tem o seguinte teor:

"Pessoa jurídica - Desconsideração - Teoria maior e teoria menor - Limite de responsabilização dos sócios - CDC - Requisitos - Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. (...) A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo

⁶¹ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2, p.47.

indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.⁶²

Deste modo, segundo a *teoria maior*, a aplicação da desconsideração condiciona-se à ocorrência dos seguintes requisitos: desvio de finalidade e confusão patrimonial. Mas daí surge o problema se tais eventos devem ou não ter sido queridos pelos sócios ou administradores e, conseqüentemente, exigindo-se a respectiva prova nos autos: para a solução de tal enigma surge-se a concepção objetivista (que não perquire a intenção dos sócios para a aplicação da desconsideração) e a subjetivista (que prega a efetiva prova de demonstração de que os sócios laboraram intencionalmente com o evento danoso). Já para a *teoria menor* o instituto da pessoa jurídica simplesmente inexistente vez que os sócios sempre terão arcar ilimitadamente pelos débitos da sociedade.

4.2.9. A Desconsideração como Medida Excepcional

Sua aplicação se dá por exclusão. Havendo outros mecanismos para a consecução do crédito não há que se falar na aplicação do instituto.

Ademais, é importante alertar sobre a necessidade de se provar a inexistência de patrimônio da pessoa jurídica para garantir débitos, para só então adentrar no patrimônio dos sócios que a compõe⁶³.

Imagine-se que uma sociedade devedora de um contrato de mútuo doe seu maquinário a outra sociedade (desde que esta não seja controlada pelos sócios da sociedade doadora), alegando estarem obsoletos. Entretanto, com a prática deste ato, a sociedade tornou-se insolvente, não podendo, destarte, honrar com sua obrigação concernente ao contrato de mútuo, pois os bens objeto da doação eram os únicos pertencentes à sociedade. Neste caso, o credor (mutuante) não poderá requerer a *desconsideração da personalidade jurídica*, porquanto há outro meio jurídico para a satisfação de seu crédito, qual seja, a propositura de *ação pauliana* para que o ato alienatório fique sem efeito perante ele (o credor mutuante).

⁶²TERCEIRA TURMA, Recurso Especial 279273 / SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Mini. NANCY ANDRIGHI, Data do Julgamento 04/12/2003, Fonte DJ 29.03.2004 p. 230.

⁶³ Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. cit., p.274.

4.2.10. Efeitos da Desconsideração

Ineficácia *episódica* da personalidade jurídica.

O instituto não tem por finalidade anular a personalidade jurídica da sociedade. Ao se desconsiderar a pessoa jurídica em juízo, não se questiona a validade de seu ato constitutivo, visto que este nem ao menos é objeto de conhecimento judicial – os efeitos da decisão em que operacionaliza a desconsideração da pessoa jurídica têm o fito de apenas desprezar a personificação da sociedade no ato litigioso levado à apreciação do Judiciário.

4.2.11. Aspectos Processuais

4.2.11.1. Momento Adequado para a Decretação da Desconsideração

A forma processual de se obter a desconsideração da personalidade jurídica é, de certa forma, matéria controvertida. Discute-se qual o momento oportuno e como deve o juiz aplicar o instituto. Há duas correntes doutrinárias:

(a) a primeira diz que há necessidade de prévia ação de conhecimento para apuração do abuso, da fraude. Para esta corrente, há necessidade de processo autônomo, uma ação de conhecimento paralela à execução para que nela se possa formar um título executivo judicial que permita penetrar nos bens pessoais do sócio (nesse sentido: *RT*, 620/122);

(b) já a segunda corrente proclama a desnecessidade de ajuizamento de uma ação autônoma para se obter a superação da personalidade jurídica. Assim, a desconsideração ocorre, incidentemente, na própria execução, desde que satisfeito os requisitos elencados na lei para a aplicação do instituto (nesse sentido: *RT*, 418/213).

Entendemos correta a segunda posição. Exigir a propositura de uma ação paralela à execução afronta o princípio da *economia processual*. Ademais, o art. 50 do Cód. Civil diz que a desconsideração se dará “a requerimento” – se a *voluntas legis* fosse voltada à propositura de ação autônoma para a desconsideração falaria “*poderá a parte ou o Ministério Público propor ação para configurar a desconsideração*”.

Ademais, o STJ inclina-se pela corrente que proclama a desnecessidade do ajuizamento de uma ação autônoma para se obter a desconstituição: “(...) A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros”⁶⁴.

4.2.11.2. *Ampla defesa, Contraditório e Devido Processo Legal*

De efeito, depreende-se que é possível que a *desconsideração* se dê através de ação cautelar incidental ou mesmo através de um incidente instaurado no processo de execução.

O ato judicial próprio para instrumentalizar a desconsideração da personalidade jurídica é a **decisão interlocutória** (desafiando recurso de *agravo*), restando a impossibilidade de se aplicar a superação em simples despacho ordinatório. Nesse sentido:

“PESSOA JURIDICA – Teoria da desconsideração – Inaplicabilidade. Superação da regra do art. 20 que exige o devido processo legal. **Impossibilidade de se alcançar o ente jurídico por dívida de sócio em simples despacho ordinatório da execução.** – Mandado de Segurança concedido. A doutrina da superação ou desconsideração da personalidade jurídica traz questão de alta indagação exigente do devido processo legal para expedição de um provimento extravagante, que justifique invadir a barreira do art. 20 do CC. Não é resultado que se alcance em simples despacho ordinatório de execução, do arresto ou do mandado de segurança, todos em cognição superficial”⁶⁵. [grifo nosso]

O que não se admite é a constrição judicial de bens do sócio, sem qualquer possibilidade de defesa. Nesse sentido tem decidido o STJ:

“A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, **passível de anulação.**

(...)

⁶⁴ STJ, 3ª T., RMS 12872/SP, rel. Min. Nancy Andrigli, j.24.06.2002, v.u., DJ 16.12.2002, p.306

⁶⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, rel. Des. Sena Rebouças, RT 657/120.

Tratando-se de medida excepcionalíssima, a necessidade de observância do ‘due process of law’ é ainda mais imperativa”⁶⁶. [grifo não consta do original]

É mister, ainda, que a decisão que defira a *desconsideração* deva ser fundamentada sob pena de nulidade. Neste sentido:

“INTERLOCUTÓRIA. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. **Apresenta-se nula a decisão que não traz um mínimo de fundamentação, deixando de indicar, de modo claro e preciso, os fundamentos, ou seja, as razões de seu convencimento.** Princípio constitucional materializado na regra processual própria. C.F, artigo 93, IX. Decisão desconstituída”⁶⁷. [grifo não consta do original]

Ao proveito desse tópico, impende deixar insculpido que “*quando um sujeito é incluído no processo de execução e nele citado em aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, seus embargos poderão alegar que a eficácia do título executivo não o atinge, porque em face dele não há título; a jurisprudência tem alguma propensão a admitir a execução contra o terceiro nessa situação, mas o meio adequado para deduzir em juízo a tese da inadmissibilidade de executar nessas circunstâncias são os embargos fundados na ausência de título. Mas, se os bens forem penhorados sem prévia citação do titular, sua defesa se fará mediante embargos de terceiro*”⁶⁸.

Em derradeiro, sendo a desconsideração técnica processual de caráter executivo, só pode ser decretada judicialmente. A lei que estabelecer a possibilidade de autoridade administrativa decretar a desconsideração da pessoa jurídica é inconstitucional por afronta ao art. 5º, LIV, da CF. Estar-se-ia colocando nas mãos de um dos polos da relação jurídica um poderoso instrumento para o cometimento de arbitrariedades. Ademais, desvirtuaria o instituto, que é oriundo de construção pretoriana, sem aludir, ainda, para o fato de ser um meio manifestamente obsoleto, retrocedendo à autotutela (uso da força para satisfação da pretensão).

⁶⁶AGREsp n.º 422583-PR, 1ª Turma STJ, Rel. Min. José Delgado, j. em 20.06.02, DJ de 09.09.02, p. 0015

⁶⁷Agravo de Instrumento n.º 70024940652-RS, Décima Câmara Cível, TJ, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. em 23.06.2008, DJ de 01.07.2008.

⁶⁸Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*, Vol. IV, 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005, p.671-2.

4.2.11.3. *Legitimidade*

4.2.11.3.A. **Legitimidade Ativa**

Como regra geral, a desconconsideração não pode ser aplicada *ex officio*. Depende de provocação da parte interessada ou do Ministério Público. Exceção se dá em alguns microssistemas, como p.ex. no art. 28 do CDC, em que o instituto poderá ser aplicado de ofício pelo Juiz.

Exemplos de intervenção ministerial: ações de defesa do meio ambiente, do consumidor, de defesa de investidores, de proteção ao patrimônio público e social, de proteção às populações indígenas, de reparação de danos morais e patrimoniais a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos etc.

Interessante ressaltar que a própria pessoa jurídica pode invocar a aplicação da desconconsideração visando resguardar seu patrimônio e *punir* o sócio que laborou com a manobra fraudulenta. É o teor do enunciado n.º 285 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos da Justiça Federal: **“A teoria da desconconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor”** [grifamos].

Vale deixar consignado que há juristas, a exemplo de Fábio Konder Comparato, que asseveram que a *desconconsideração* pode servir como instrumento em benefício do sócio⁶⁹. Diante deste tema, há a citação feita por João Casillo⁷⁰ a respeito do aresto do Tribunal Federal suíço, que entendeu, para efeito da preservação do direito a determinada marca, sua efetiva utilização por outra empresa, do mesmo conglomerado, da sociedade titular da marca que não utilizara:

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

⁶⁹ Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. cit., p.230-1.

⁷⁰ In Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. cit., p.231.

4.2.11.3.B. Legitimidade Passiva

É de se consignar que os efeitos da desconsideração alcançam somente os sócios ou administradores que deram ensejo a tal medida. Nesse sentido, enunciado n.º 7 das Jornadas de Direito Civil: “*só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido*”.

Também pode configurar no polo passivo aquele que, não integrando o quadro societário da pessoa jurídica diretamente (ou seja, não sendo sócio indicado nos atos constitutivos), dela se vale para a prática de atos abusivos⁷¹.

De logo, é preciso colocar em relevo a desnecessidade da propositura da ação, desde o início, contra os sócios em litisconsórcio com a pessoa jurídica na medida em que a própria parte a ser atingida pela decisão (os sócios) já estaria presente na demanda, encoberta pelo véu da pessoa jurídica⁷². Por isso, a posição processual do sócio ou administrador na desconsideração é de *legitimidade ordinária passiva (secundária)*⁷³.

Também observe-se que “*se a desconsideração é a suspensão da eficácia da personalização, então a pessoa jurídica não pode figurar na relação obrigacional de responsabilização, pois, caso contrário, ela estaria 'sendo considerada'*”⁷⁴. “No caso da confusão patrimonial, de outro lado, se há a desconsideração, o patrimônio da pessoa jurídica é considerado como se fosse de seu membro, razão pela qual não se pode dizer que a pessoa jurídica esteja respondendo solidária ou subsidiariamente”⁷⁵.

Conforme pregamos neste trabalho em item acima, a *desconsideração* deve ser entendida como uma técnica processual, isto é, trata-se de um instituto de direito processual, embora academicamente falando a desconsideração é contemplada como um instituto de direito material. Ou seja, a desconsideração não é um mecanismo de responsabilidade patrimonial, mas uma técnica que visa imputar ao verdadeiro sujeito passivo o dever jurídico.

⁷¹Cristiano Chavez de Farias, ob. cit., p. 308.

⁷²Genacéia da Silva Alberton *apud* Alexandre Couto Silva. ob. cit., p. 131.

⁷³Edílton Meireles *apud* Cristiano Chavez de Farias, ob. cit., p. 321.

⁷⁴Leandro Sarai. *A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: Lei n.º 8.078/90, Lei n.º 8.884/94, Lei n.º 9.605/98 e Lei n.º 10.406/02*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 615, 15 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6440>>. Acesso em: 05 jul. 2008.

⁷⁵Leandro Sarai, ob. cit..

Ora, a *desconsideração* fora criada para tutelar os interesses do credor prejudicado por alguma manobra *abusiva* dos sócios na utilização da pessoa jurídica. Por vezes é muito mais vantajoso ao credor manter a execução em face da pessoa jurídica ao invés de voltada a seus integrantes que empenharam-se na fraude – somente paira o interesse em executá-los quando não restar força patrimonial à pessoa jurídica executada. Observe-se, nesse ambiente, que retirando a sociedade, *solvente*, do polo passivo (visto que foi desconsiderada) e, de consequência, voltar-se a execução tão-somente aos sócios que contribuíram com a fraude, tal expediente processual pode não ser benéfico ao credor. Com efeito, sustentar a possibilidade da desconsideração se operar independentemente da insolvência da pessoa jurídica, simplesmente desestimularia o credor a requerê-la, vez que, em muitos casos, lhe é muito mais conveniente manter a execução contra a pessoa jurídica. É dizer: a *desconsideração* seria um instituto que iria de encontro aos interesses do credor, prejudicando-o ao invés de favorecê-lo.

Sintetizando o despendido no parágrafo retrasado: **A *desconsideração* só se mostra interessante quando, verificado seus pressupostos (desvio de finalidade ou junção patrimonial), o credor tiver prejudicado seu crédito em virtude da insolvência da pessoa jurídica.**

No entender do Prof. Fábio Ulhoa, quando a fraude na manipulação da personalidade jurídica é anterior à propositura da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra o agente que a perpetrrou, sendo a sociedade a ser desconsiderada parte ilegítima. Por outro lado, se o autor teme eventual frustração ao direito que pleiteia contra uma sociedade, em razão de manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial no transcorrer do processo, ele não pode deixar de incluir, desde o início, no polo passivo da relação processual, a pessoa ou as pessoas sobre cuja conduta incide o seu fundado temor – neste caso, o agente fraudador e a sociedade são litisconsortes⁷⁶.

Por derradeiro, o STJ posiciona-se no sentido de que “não cabe mandado de segurança contra ato judicial de constrição de bens dos sócios, diante da desconsideração da pessoa jurídica, pela constatação de fraude e confusão patrimonial, haja vista a possibilidade de os prejudicados atacarem o ato pela via própria (súmula 267/STF). Além disso, o assunto demanda inegável dilação probatória, não condizente com a via angusta do *writ*” (STJ, 4ª T., RMS 21417/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.21.08.2007, v.u., DJ 03.09.2007).

⁷⁶Curso de Direito Comercial, Vol. 2., ob. cit., p.56.

4.2.12. A Desconsideração da Personalidade Jurídica em se tratando de Associações sem fins lucrativos

O instituto da desconsideração não encontra nenhum óbice para incidir sobre as associações ou sociedade não empresariais. Neste sentido enunciado n.º 284 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos da Justiça Federal:

“As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não-econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica”.

Mostra-se interessante expor decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região em contrário:

“EMENTA: ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Não se aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando evidenciado que a executada é uma associação sem fins lucrativos, cujo objetivo é vinculado à colaboração na assistência e formação de alunos de escola municipal, e promoção da integração entre o poder público, a comunidade, a escola e a família, por meio da conjugação de esforços comuns para a solução de problemas inerentes à vida escolar, entre outras finalidades. Aquela teoria vem sendo aplicada no âmbito do Direito do Trabalho, tendo em vista o princípio segundo o qual o empregado não corre os riscos do empreendimento econômico, uma vez que ele não participa dos lucros; dessa forma, se não há bens da sociedade capazes de suportar a execução, o patrimônio dos sócios deve responder pelos débitos. Ocorre que, sendo a executada uma sociedade civil (ou associação) sem fins lucrativos e sem distribuição de dividendos ou quaisquer vantagens, com toda a sua renda destinada ao cumprimento das finalidades relatadas, não se pode afirmar que seus "associados" beneficiaram-se do trabalho prestado pelo exequente, tampouco que se locupletaram à custa alheia. Mantém-se, pois, a v. decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido relativo à desconsideração da personalidade jurídica”⁷⁷.

4.2.13. Desconsideração Inversa e Desconsideração Indireta

A desconsideração inversa vem veiculada no enunciado n.º 283 das Jornadas de Direito Civil: “*É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros*”.

⁷⁷TRT 3ª R – AP N.º 00576-2001-055-03-00-8. 2ª Turma. Rel.: Juíza Alice Monteiro de Barros . DJ 04/02/2004.

Indispensável deixar de alertar que na desconconsideração inversa, apesar do que a denominação pode levar, não é a personalidade do sócio (pessoa física) que é desconconsiderada e sim a da pessoa jurídica, que assim desprezada faz com que seu patrimônio passe a integrar o do sócio ora executado.

A *desconconsideração inversa* pode ser aplicada, a título de exemplo, no seguinte caso: em direito de família, quando um dos sócios desvia bens pessoais para a sociedade sobre a qual detém o controle para não partilhá-los com seu cônjuge em caso de separação e divórcio. Também é possível sua aplicação no caso do pai esconder seu patrimônio pessoal na estrutura societária da pessoa jurídica, com o promíscuo desiderato de diminuir (ou, até mesmo, não pagar) o valor da pensão alimentícia devida ao filho⁷⁸.

A utilização da desconconsideração às avessas é interessante também no Direito das Sucessões. A jurisprudência argentina teve a oportunidade de determinar a aplicação da *desconconsideração* em processo sucessório (CApel, CC, L.L., 1979, D-237). O caso envolvia um conhecido engenheiro e empresário, proprietário de próspero estabelecimento agrícola, que veio a constituir com sua esposa e cinco (de seus seis) filhos uma sociedade empresária denominada “La Estrella”, omitindo, propositadamente, o seu filho mais velho. Na seqüência, veio o empresário a transferir seus principais bens para a pessoa jurídica, diminuindo, sensivelmente, o seu patrimônio pessoal, em favor do patrimônio social. Ora, aberta a sua sucessão, com o seu óbito, o seu filho mais velho questionou a transferência de ações, terras e gados para a pessoa jurídica (da qual não participava da estrutura social), prejudicado os seus interesses legítimos. A corte argentina determinou o *corrimiento del velo societario*, uma vez que a sociedade escondia a realidade⁷⁹.

Vejamos outro exemplo em que é possível a desconconsideração inversa: Determinada sociedade tem sua personalidade jurídica afastada em determinado ato para responsabilizar seus sócios, entanto estes mostram-se insolventes. Mas, descobre-se que os respectivos sócios haviam transferido clandestinamente seus patrimônios a outra sociedade por eles controladas. Neste caso opera-se a desconconsideração inversa, a fim de atacar o patrimônio da sociedade beneficiária dos investimentos. Valendo-se do presente exemplo, oportuno também salientar que operacionalizou-se a denominada *desconconsideração indireta* ou

⁷⁸ Cristiano Chavez de Farias, ob. cit., p. 323.

⁷⁹ Cristiano Chavez de Farias, ob. cit., p. 324.

sucessiva, que se verifica quando houver uma cadeia de aplicação do instituto, a fim de se perseguir o patrimônio fraudulentamente afastado.

Vislumbra-se, assim, a desconsideração *indireta* ou *sucessiva* quando, uma vez verificado os requisitos ensejadores da superação da personalidade jurídica, possa-se, então, atingir qualquer das sociedades sujeitas a um controle comum (vide item 3.2.15., *infra*).

4.2.14. “Offshore Companies”

A doutrina, seguindo o exemplo do Prof. Fábio Ulhoa Coelho⁸⁰, costuma inserir esse tópico no estudo referente à *desconsideração*. Trata-se de uma sofisticada transação jurídica, que por vezes é operacionalizada fraudulentamente. A *offshore company*, em si, não é um expediente malicioso, pelo contrário, trata-se de um moderno e legítimo instrumento de planejamento tributário ou fluxo de pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira.

Tal estratégia assim funciona: um sócio adquire a participação societária de uma determinada companhia sediada em outro país, passando a deter o poder de controle sobre ela. Tais companhias geralmente situam-se nos chamados “paraísos fiscais”, e seu capital é todo representado por ações ao portador. Até aqui não se verifica nenhum esquema fraudatório. Ocorre que o sócio, visando dificultar a execução de suas obrigações adquiridas em seu país, transfere a maior parte de seus bens (de tal sorte que em seu próprio nome não se encontre bens de expressão econômica) para a companhia, notando-se, com efeito, ser um expediente de fácil utilização para a ocultação de transferência maliciosa de bens, haja vista a enorme dificuldade do credor em desvendar a falcatura. Sobressai-se, assim, um requintado mecanismo de confusão patrimonial.

Frisa-se, novamente, que a *offshore company* não é necessariamente um instrumento de fraude. Talvez, a atenção especial que a doutrina dispensa a este mecanismo reside no fato de seu curioso rebuscamento e, também, de ser um elemento que torna demasiadamente custoso o levantamento das informações à produção da prova do uso fraudatório da pessoa jurídica em juízo.

⁸⁰ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2., ob. cit., p.47-9.

4.2.15. A Desconsideração e os Grupos Empresariais

Observa-se a aplicação da desconsideração em caso de grupos societários no qual a estrutura é meramente formal, sendo a administração de todas as pessoas jurídicas uma só. Em casos assim, desconsidera-se a personalidade jurídica da sociedade, para que as demais, e também seus sócios, se for o caso, sejam compelidos a satisfazer as obrigações da empresa, ou então, para que os efeitos da falência desta lhe sejam estendidos⁸¹. Trata-se da aplicação da *desconsideração indireta*.

A configuração de confusão patrimonial entre as sociedades do mesmo grupo é um artifício que faz recair a aplicação da desconsideração. É dispensável ressaltar que a mera existência de controle entre duas empresas formalmente distintas não pode, isoladamente, levar a se concluir pela falta de autonomia patrimonial entre elas e permitir que se aplique a desconsideração⁸².

Para Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, o fundamento básico para a desconsideração da personalidade jurídica das empresas agrupadas é a determinação de um interesse comum, que não se restrinja à confusão de patrimônios, e nem aos interesses econômicos, hipóteses estas englobadas naquela, somada à noção de controle⁸³. A mesma douda arremata:

“Ressalta-se que, também nas hipóteses de desconsideração nos grupos de empresas, é preciso examinar-se cada caso de per se, não sendo possível chegar-se a uma sistematização geral e definida, além de aplicá-la somente em caráter excepcional, visto que a noção de controle só se choca com a de personalidade jurídica em determinados casos, prevalecendo, a priori, o reconhecimento às controladas de uma personalidade jurídica independente”⁸⁴

4.2.16. A Desconsideração e a Dissolução Irregular da Sociedade

Consoante o enunciado n.º 282 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos da Justiça Federal⁸⁵, a *dissolução irregular* da sociedade

⁸¹ STJ, 1ª T., Resp 767.021/RJ, rel. José Delgado, j.16.08.2005, v.u., DJ 1209.2005, p.258.

⁸² Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.90.

⁸³ Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.91.

⁸⁴ Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, ob. cit., p.96.

⁸⁵ “O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica”.

(“desaparecimento da empresa”), por si só, não é suporte fático para a aplicação da desconsideração (vale dizer, não é um dado para a incidência do critério *objetivo*), sendo mister que haja prova de que os sócios se locupletaram efetivamente com o patrimônio então pertencente à sociedade dissolvida. Nesse diapasão:

“Sociedade Comercial - Responsabilidade limitada - Estado de insolvência da empresa e encerramento irregular de suas atividades comerciais, não constitui pressuposto bastante para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa - Inteligência do artigo 50, do CC/02 - É indispensável a prova robusta de abuso da personalidade jurídica da empresa caracterizada pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial - Inadmissibilidade de incidência de penhora sobre seus bens pessoais - Recurso provido”⁸⁶.

A outro giro, em sentido contrário ao exposto, transcreve-se decisão do STJ:

“EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO. PENHORA INCIDENTE SOBRE BENS PARTICULARES DO SÓCIO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DAS EMPRESAS EXECUTADAS. CONSTRIÇÃO ADMISSÍVEL. O sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada responde com seus bens particulares por dívida da sociedade quando dissolvida esta de modo irregular. Incidência no caso dos arts. 592, II, 596 e 10 do Decreto. n. 3.708, de 10.1.1919”⁸⁷.

4.3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Princípio da Preservação da Empresa

O princípio *da preservação da empresa* (ou, numa denominação mais técnica, *princípio da preservação da atividade empresarial*), um dos basilares do Direito Empresarial moderno, preconiza que todos os conflitos devem ser solucionados, sempre que possível, sem o comprometimento da atividade econômica (ou seja, sem que haja paralisação ou cessação da atividade empresarial).

“A exploração de atividades econômicas, principalmente as de grande porte, interessa a um arco de pessoas, que envolve não somente os titulares ou sócios do empreendimento, mas também os empregados, no tocante à manutenção do emprego, o próprio fisco, quanto à geração de tributos, os consumidores, relativamente ao acesso aos bens e serviços oferecidos ao mercado etc. Por essa razão, os conflitos surgidos em torno de uma empresa devem ser solucionados, sempre que possível, sem o comprometimento da

⁸⁶TJ-SP, Agravo de Instrumento n.º 7.253.050-8, rel. Paulo Hatanaka, j.07.08.2008.

⁸⁷STJ, 4ª T., Resp 140.564/SP, rel. Barros Monteiro, j.21.10.2004, v.u., DJ 17.12.2004.

atividade econômica. Esse é, em síntese, o princípio da preservação da empresa”⁸⁸

É de se ressaltar que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica se adapta ao *princípio da preservação da empresa* (ou *da atividade empresarial*), uma vez que não visa anular a personalidade jurídica da sociedade e, por consequência, desconstituir a empresa e cessar a atividade empresarial.

O instituto da desconsideração possibilita a coibição de manobras fraudulentas sem o comprometimento dos interesses que gravitam em torno do desenvolvimento da atividade empresarial e que nenhuma relação guardam com a ação fraudulenta autorizadora da superação.

Visando injetar ainda mais efetividade ao aludido princípio, a aplicação do instituto da desconsideração deve estar calcada no enunciado n.º 281 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos da Justiça Federal, que assim determina: “*A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica*”.

É certo que o termo “*insolvência*” despencado pelo enunciado ora transcrito, deve ser entendido como sinônimo de *falência*, isto é, a *voluntas* do referido enunciado foi consignar que para a aplicação da desconsideração não se faz mister que a sociedade esteja em um processo falimentar. Conforme já revelado em outra passagem deste compêndio, a aplicação da *desconsideração* se subordina (ainda que se adote a teoria menor) à insuficiência patrimonial da pessoa jurídica, sob pena de ser um instituto prejudicial ao credor, titular do legítimo interesse, vez que afastando a pessoa jurídica “solvente” do polo passivo para inserir seus sócios, é bem provável que estes não detêm bens nos patamares da pessoa jurídica desconsiderada.

Insista-se: **a desconsideração se subordina, entre outros requisitos, à insuficiência patrimonial, mas não se sujeita à decretação de falência da sociedade empresarial.** De sorte, tal medida objetiva a continuidade da atividade econômica.

Também é possível que a própria pessoa jurídica requeira a desconsideração a fim de evitar sua derrocada (enunciado n.º 285 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos da Justiça Federal).

⁸⁸ Fábio Ulhoa Coelho, *O empresário e os direitos do consumidor*, ob. cit., p.218.

4.4. Conclusões

Ante o expendido no *capítulo* ora abordado extrai-se:

- A *personalização* consiste numa técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos (autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais). Nessa ambiência, percebe-se que a regra da *limitação patrimonial* serve de estimulador da exploração de atividades econômicas - mecanismo tendente a efetivar o princípio da *livre iniciativa*.

- Contudo, algumas pessoas se valem desses postulados para se locupletar indevidamente com o descumprimento de obrigações. Para a coibição da fraude na utilização da autonomia patrimonial, a tecnologia empresarialista desenvolveu a *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, que autoriza o afastamento do princípio da autonomia patrimonial, nos casos em que ele é desvirtuado.

- A desconsideração da personalidade jurídica consiste na postergação episódica das regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios ou administradores, operada pelo órgão judiciário no curso do processo, num caso concreto para coibir o mau uso da pessoa jurídica, perpetrado em virtude da manipulação de tais regras.

- Trata-se de uma *técnica processual*.

- O efeito da *desconsideração* é a ineficácia episódica da personalidade jurídica.

- O instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem por finalidade: (i) coibir fraudes; (ii) assegurar a satisfação do crédito ao titular do direito creditório; (iii) preservar o próprio instituto da pessoa jurídica, evitando medidas legislativas tendentes a eliminá-lo.

- Sua aplicação se dá por exclusão. Havendo outros mecanismos para a consecução do crédito não há que se falar na aplicação do instituto. Ademais, é necessária a inexistência de patrimônio da pessoa jurídica para só então adentrar no patrimônio dos sócios.

- O instituto da desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com outras técnicas de responsabilização, tais como responsabilização direta, solidária ou subsidiária dos sócios.

- A teoria da *desconsideração* possui duas vertentes: a *maior* e *menor*. Segundo a *teoria maior*, a aplicação da desconsideração condiciona-se ao mau uso da pessoa jurídica, além da insuficiência patrimonial da pessoa jurídica a ser menosprezada. A *teoria maior*, a seu turno, desdobra-se na concepção *objetivista* (não perquire a intenção dos sócios para a aplicação da desconsideração) e a *subjetivista* (que prega a efetiva prova de demonstração de que os sócios laboraram intencionalmente com o evento danoso). Já para a *teoria menor* o instituto da pessoa jurídica simplesmente inexistente vez que os sócios sempre terão arcar ilimitadamente pelos débitos da sociedade.

- O instituto da desconsideração pode incidir, também, sobre as associações ou sociedade não empresárias.

- É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada *inversa* para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.

- A *offshore company*, em si, não é um expediente malicioso, pelo contrário, trata-se de um moderno e legítimo instrumento de planejamento tributário ou fluxo de pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira. Porém, por vezes é utilizada como instrumento para a ocultação de transferência maliciosa de bens, haja vista a enorme dificuldade do credor desvendar a falcatura, dando ensejo à invocação da *disregard*.

- A configuração de confusão patrimonial entre as sociedades do mesmo grupo é um artifício que faz recair a aplicação da desconsideração - mas ressalta-se que a mera existência de controle entre duas empresas formalmente distintas não pode, isoladamente, levar a se concluir pela falta de autonomia patrimonial entre elas e permitir que se aplique a desconsideração.

- A dissolução irregular da sociedade, por si só, não é suporte fático para a aplicação da desconsideração, sendo mister que haja prova de que os sócios se locupletaram efetivamente com o patrimônio então pertencente à sociedade dissolvida.

- O instituto da *desconsideração* está em sintonia com o *princípio da preservação da empresa*, vez que não visa anular a personalidade jurídica da sociedade e, por consequência, desconstituir a empresa e cessar a atividade empresarial.

- Quanto às questões processuais que gravitam em torno do instituto: **(i)** a desconsideração pode se dar num incidente de execução ou através da propositura de uma ação cautelar - mas a decisão que aplicá-la deverá ser fundamentada, devendo, além do mais, dar-se oportunidade de defesa aos sócios; **(ii)** a desconsideração não pode ser aplicada *ex officio* - depende de provocação da parte interessada ou do Ministério Público. Exceção se dá em alguns microssistemas, como p.ex. no art. 28 do CDC, em que o instituto poderá ser aplicado de ofício pelo Juiz. O enunciado n.º 285 das Jornadas de Direito Civil possibilita que própria pessoa jurídica pode invocar a aplicação da desconsideração visando resguardar seu patrimônio e *punir* o sócio que laborou com a manobra fraudulenta; **(iii)** É de se consignar que os efeitos da desconsideração alcançam somente os sócios ou administradores que deram ensejo a tal medida – oportuno lembrar que também pode configurar no pólo passivo aquele que, não integrando o quadro societário da pessoa jurídica diretamente (ou seja, não sendo sócio indicado nos atos constitutivos), dela se vale para a prática de atos abusivos.

- Em arremate: a desconsideração da personalidade jurídica é medida extrema, excepcional, somente admitida episodicamente, quando presente os requisitos que denotem o **mau uso da pessoa jurídica**, quais sejam, o *desvio de finalidade* ou *confusão patrimonial* e demonstrada a inexistência de patrimônio da pessoa jurídica.

5. A DESCONSIDERAÇÃO NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO

5.1. O Art. 50 do Código Civil como Suporte Orientador para a Aplicação do Instituto

Nas hipóteses em que não há lei específica indicando as situações em que a desconsideração é cabível deve-se observar o teor do art. 50 do Cód. Civil⁸⁹:

⁸⁹A redação original do dispositivo (concebida pelo Ministro Moreira Alves) era a seguinte: “A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou

“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 texto é claro: só é possível a aplicação da desconsideração quando houver “abuso da personalidade jurídica”. Mas em que consiste “abuso da personalidade jurídica”? Será que se trata de mais uma cláusula geral (a exemplo do art. 421 do mesmo *codex*)?

Entendemos que não. Uma vez que o mesmo dispositivo indica o que caracteriza o abuso da pessoa jurídica: *desvio de finalidade* **ou** *confusão patrimonial*.

Se o dispositivo quisesse construir uma cláusula geral com certeza suprimiria o trecho “*caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*”. Ou, então, inseria o texto com a seguinte redação: “*em caso de abuso da personalidade jurídica, ‘como’ o caracterizado (...)*”; ou “*caracterizado pelo desvio de finalidade, pela confusão patrimonial ou outros atos que causem prejuízo a terceiros*”.

Nesta linha segue-se o Prof. Renato Amaral Braga da Rocha, Chefe da Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União/Presidência da República, em Enunciado apresentado ao Centro de Estudos da Justiça Federal, cujo posicionamento discordamos apenas no que tange à exclusão por completo da concepção objetivista: “A interpretação do disposto no art. 50 do Código Civil deve assumir caráter necessariamente restritivo, uma vez que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem natureza rigorosamente excepcional, de modo que somente se justifica sua aplicação em caso de abuso, de forma dolosa, da personalidade jurídica”.

Em justificativa à apresentação do mencionado enunciado, argumentou: “*O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, fundado originalmente em construção doutrinária e jurisprudencial e incorporado pelo art. 50 do Código Civil brasileiro, somente deve ter lugar nos casos em que reste cabalmente demonstrado o abuso, de forma dolosa, da personalidade jurídica, com a presença de pelo menos um dos elementos*

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 de outras 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”.

exigidos pela norma: desvio da finalidade para a qual o ente coletivo foi constituído ou efetiva confusão patrimonial entre este e seus sócios ou administradores. As linhas de interpretação que conduzem ao alargamento do campo de incidência e aplicação do art. 50 do Código Civil devem ser abandonadas, sob pena de irremediável comprometimento da segurança jurídica e do conseqüente desestímulo à atividade empresarial, pela via da impositiva ilimitação de responsabilidade patrimonial, bem como da virtual aniquilação do princípio essencial da separação entre pessoa natural e pessoa jurídica”.[grifo nosso]

Portanto, duas são as hipóteses configuradoras do abuso da personalidade jurídica: o *desvio de finalidade* ou a *confusão patrimonial*. Tanto o desvio de finalidade como a confusão patrimonial são meios para se revelar o abuso da personalidade jurídica. É dizer: o mau uso da pessoa jurídica pode ser detectado diante da relação promíscua entre os patrimônios pessoais e sociais, bem como quando se apurar algum comportamento fraudulento dos integrantes da pessoa jurídica, visando prejudicar terceiros.

Cabe revelar que, em qualquer caso de mau uso da pessoa jurídica, seja por desvio de finalidade ou por confusão patrimonial, o que realmente se verifica é a quebra do princípio da autonomia patrimonial - ora, tal princípio existe para vincular o patrimônio da pessoa jurídica às obrigações pertinentes a sua atividade empresarial, havendo, pois, uma *disfunção* quando este patrimônio for “responsável” por obrigações pessoais. Aí se percebe que a desconsideração é um consectário lógico visto que os próprios integrantes da pessoa jurídica perpetraram atos que maculam a separação patrimonial, em outras palavras, foram seus próprios integrantes os primeiros a desprezar a personalidade jurídica.

5.1.1. Desvio de Finalidade (Fraude)

Entende-se por desvio de finalidade a utilização da sociedade, pelo sócio ou administrador, dentro do seu objeto social, de forma a auferir vantagens indevidas. O sócio não obriga a sociedade em atividade diversa da declarada em seus atos constitutivos, como acontece com o ato *ultra vires*, apenas utiliza a figura da pessoa jurídica, desviando-se de sua finalidade, para a obtenção de vantagens indevidas⁹⁰.

⁹⁰ Mônica Gusmão, ob. cit., p. 69.

O *desvio de finalidade* se verifica quando a pessoa jurídica for utilizada como instrumento para a realização de fraude. Portanto, o termo “*desvio de finalidade*” equivale ao instituto da **fraude**. Ocorre o *desvio de finalidade* (entenda-se: *fraude*) quando realizado determinado ato ou negócio jurídico com *intuito* de prejudicar terceiros, como p.ex. a assunção de dívida que ultrapassa a capacidade patrimonial da empresa, detendo os sócios a intenção deliberada em inadimplir tal compromisso.

Trata-se da prática de negócio jurídico em que a sociedade não é utilizada como *sujeito* de direito, mas sim *objeto* de direito, uma vez que pela moldagem do ato perpetrado, a pessoa jurídica não detém, materialmente, o dever jurídico. Nesse aspecto, só é possível a imputação quando demandada a pessoa jurídica for demonstrado que apenas aparentemente ela realizou o negócio jurídico: na realidade fora o sócio que se aproveitou do negócio, mas não praticou em seu nome ou para se livrar do dever jurídico (compra de bens em nome da sociedade para uso pessoal, p.ex.) ou porque estava impedido de realizar este negócio jurídico (exemplo, utilização da pessoa jurídica para a prática de atos em que o sócio se obrigou contratualmente a não fazer). **Daí porque o sócio é devedor e não apenas garante ou responsável, sendo impossível, portanto, o exercício de direito de regresso contra a sociedade.**

Não se deve confundir a *fraude* aqui tratada, ensejadora da *desconsideração*, com a *fraude contra credores* prevista nos arts. 158 a 165 do Código Civil (vide item 3.2.7., *supra*). Também não se confunde a *fraude* com o *dolo*: este é um vício do ato jurídico consistente num artifício astucioso que induz alguém à prática de ato que o prejudica, mas que aproveita ao autor do dolo ou terceiro; já a fraude não é um vício do ato jurídico (não enseja a sua anulabilidade) e, ademais, não visa induzir outrem a prática de nenhum ato, trata-se da realização de um ato jurídico em benefício exclusivo do sócio, cuja contraprestação (dever jurídico) recairá *injustamente* à pessoa jurídica, não beneficiada em momento algum pela prática do ato jurídico.

É certo que na concepção de fraude em seu tratamento mais moderno, o elemento intencional, de ordem subjetiva, já não tem a mesma importância. Com efeito, a experiência tem demonstrado que a prova de um elemento subjetivo é ônus exagerado que se impõe, às vezes desnecessariamente, a quem o direito afirma querer tutelar⁹¹.

⁹¹ Fábio Ulhoa, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, São Paulo: RT, 1989, p.61.

A despeito do entendimento majoritário, entendemos, conforme já demonstramos alhures, que o “*abuso do direito*” não é hipótese para a incidência da desconsideração da personalidade jurídica. Neste ambiente, o prejudicado pode demandar o sócio, *pessoalmente*, nos casos em que o sócio aja com abuso de direito, isto é, quando abusar dos seus direitos de sócio ou exercê-lo de forma anormal. O fundamento é prática de ato ilícito em razão do abuso de direito (CC, art. 187) – daí a responsabilização direta do sócio ou administrador. Abusa do direito, e age na ilicitude o sócio que, p.ex., por rixa, retaliação ou assédio moral, dispensar um empregado sob alegação (falsa) de falta grave (justa causa); requer imotivadamente a falência ou a concordata da sociedade etc. Nesses e noutros casos de abuso de direito não é cabível nem útil ao credor invocar a aplicação da *desconsideração*. A razão é simples: o sócio que abusa do direito responde pelo dano independentemente da prova de fraude⁹², ao contrário do que ocorre quando se desconsidera a personalidade jurídica da sociedade por desvio de finalidade, que se exige a comprovação da fraude do sócio.

A outro giro, é acertado dizer que há um certo consenso em se afirmar que o *desvio de finalidade* se configura, também, quando a sociedade se dedica a objeto social diverso do discriminado no contrato social ou estatuto social. É cláusula essencial do ato constitutivo de qualquer sociedade a declaração precisa e detalhada das atividades a serem desenvolvidas, isto é, o fim a que se destina a sociedade (CC, art.997, II). Se os sócios ou administradores, no entanto, usarem a pessoa jurídica para lograr atividade diversa, caracterizado estará, segundo os seguidores deste entendimento, o desvio de finalidade. Como exemplo de expoente deste posicionamento, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas frisa 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.”⁹³ [grifamos]

Entendemos equivocado tal posicionamento. Conforme já abordado alhures, a prática de atos extravagante não é supedâneo para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, e sim da teoria *ultra vires*.

⁹² É o que se depreende do Enunciado nº 37 das Jornadas de Direito Civil: *A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.*

⁹³ Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. cit., p.272

Quando se diz que o *desvio de finalidade* é fato gerador para a aplicação da desconsideração, este “desvio” significa “mau uso da pessoa jurídica”. O “desvio de finalidade no uso da pessoa jurídica” atine aos objetivos sociais da pessoa jurídica que motivam a própria personalização da pessoa jurídica, vale dizer, a pessoa jurídica não é utilizada como elemento motivador ao desenvolvimento das atividades econômicas, mas como instrumento para o locupletamento indevido com o descumprimento de obrigações. Em suma: o desvio de finalidade previsto no art. 50 do Código Civil não significa desvio de finalidade na administração que é hipótese de incidência da “*ultra vires doctrine*”.

5.1.2. Confusão Patrimonial

Se verifica quando o patrimônio da sociedade se confunde, mistura-se, com o dos sócios, administradores ou outra pessoa jurídica (ex.: aquisição de bens e créditos no mercado, para uso exclusivo dos sócios, *leasing* de veículos para uso particular, compra de produtos para consumo próprio, substituição de sócios tão logo se realize compra vultosa etc.). Ora, se um dos efeitos da constituição da pessoa jurídica é a autonomia patrimonial, é dizer, a distinção entre o patrimônio do sócio e o da sociedade, não é admissível a fusão entre bens pessoais do sócio e os bens sociais pertencentes à pessoa jurídica. Como resultado, cabível é a *desconsideração*, quando se mostre dificultoso distinguir o patrimônio da pessoa jurídica e o do beneficiário do artifício de modo a impossibilitar a exata identificação de que seja o titular daquele bem.

Ainda em relação à confusão patrimonial, deixa-se consignado que a sociedade em que o sócio detém 99% do capital social não caracteriza, por si só, suporte fático para incidência da desconsideração sobre a alegação de confusão patrimonial, ante a não verificação de qualquer indício de manipulação fraudulenta ou abusiva da pessoa jurídica, a despeito de decisões em contrário (vide: *RT*, 592/172).

Dessarte, conclui-se que na falta de dispositivo de lei especial sobre a regência do instituto, é de se aplicar o art. 50 do novel Código.

Neste sentido são os enunciados ns.º 51 e 146 das Jornadas de Direito Civil:

“A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

“Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)”.

No tópico a seguir, será revelado que o fato gerador para a aplicação da desconsideração é o mau uso da pessoa jurídica, sendo que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial são métodos processuais elegidos pela lei para detectar a má utilização do instituto da pessoa jurídica.

5.1.3. A Confusão Patrimonial como Técnica Probatória para a Aplicação da Desconsideração

Preliminarmente, impende destacar (para não dizer insistir) que a utilização da desconsideração pressupõe **mau uso da pessoa jurídica**, sendo certo que a detecção do uso deturpado da pessoa jurídica se dá no curso do processo judicial, pois, como regra, só é possível ao credor vislumbrar o uso abusivo da pessoa jurídica no curso da demanda. Nesse foco, a lei visando facilitar a apuração do mau uso, criou mecanismos processuais para facilitar a aplicação da desconsideração.

Pois bem. **O desvio de finalidade e a confusão patrimonial não são, tecnicamente, hipóteses de incidência para a desconsideração e sim mecanismos que prestam para revelar o verdadeiro suporte fático para a aplicação da *disregard*: o mau uso da pessoa jurídica.**

Em suma, primeiro verifica-se se paira algum dado que objetivamente demonstre a união cabedal das esferas patrimoniais da pessoa jurídica e seus integrantes; frustrada tal operação caberá, então, investigar a prática de ato jurígeno pela pessoa jurídica em obséquio exclusivo dos sócios, denotando a utilização da pessoa jurídica como *objeto* para o cometimento de ato em que seus integrantes estavam *impedidos* (seja legalmente ou por dever contratual) ou *impossibilitados* (por razões econômicas ou não preencher certos requisitos exigidos pelo credor) de realizar enquanto pessoa física.

Deste modo, a confusão patrimonial pode ser considerada como uma técnica probatória, objetivando a facilitação da prova em juízo, haja vista que a teoria da desconsideração em sua formulação original exige a demonstração de fraude para ser aplicada, sendo certo que a lei ao estabelecer a confusão patrimonial como mecanismo para detectar o mau uso da pessoa jurídica criou eficiente meio de presunção do mau uso da pessoa jurídica, restando o desvio de finalidade quando não se possa desmodular de plano a mistura patrimonial.

5.1.4. A Inclinação pela Concepção Objetivista

É certo que (conforme o título ora em epígrafe propõe) o critério objetivo deve incorrer na maior parte dos casos para a aplicação da desconsideração, já que há determinadas manobras perpetradas pelos sócios ou administradores carregadas de indícios de fraude gerando uma **presunção relativa** de abuso da personalidade. Como exemplo, cita-se a simples perícia na escrituração contábil ou nas contas bancárias da empresa revelando que foram pagas dívidas pessoais dos sócios ou vice-versa. Tratam-se de condutas cuja experiência demonstra que suas molduras, por si só, indicam um padrão, um *standart*, para o cometimento de abusos valendo-se da pessoa jurídica.

A inclinação pelo critério objetivo da teoria justifica-se, também, uma vez que, não raro, seria extremamente tormentoso (para não dizer impossível) para a vítima demonstrar, no caso concreto, o *animus* de fraudar do sócio ou administrador.

Sintetizando o exposto: em termos práticos, **a diferença entre desvio de finalidade (concepção subjetivista) e confusão patrimonial (concepção objetivista) diz respeito à facilitação da produção de prova em juízo.** Nessa linha, Fábio Ulhoa Coelho:

“a formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada como 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 produção de prova pelo 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 o de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de**

confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude⁹⁴.
[grifamos]

Em termos práticos, a dicotomia entre a concepção subjetivista (desvio de finalidade) e a concepção objetivista (confusão patrimonial) é relevante no plano processual, no que tange à facilitação da produção de prova em juízo.

5.2. Normas Específicas que tratam da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Frisa-se, mais uma vez, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é distorcida pela lei a fim de se tutelar interesses supraindividuais. O certo é que por vezes nem se trata propriamente da teoria da desconsideração, mas de outros institutos (responsabilização direta ou *ultra vires doctrine*), que por impropriedade técnica levou o legislador a utilizar o termo “desconsideração da personalidade jurídica”, conjuntura esta que pode levar aqueles que não dedicaram um estudo adequado da teoria crer que a desconsideração resume-se a um instituto cujo objetivo seja exclusivamente assegurar a satisfação do crédito.

5.2.1. O Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor

O Cód. de Defesa do Consumidor consigna uma seção específica (V) sobre o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica:

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

§ 1º (Vetado).

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

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

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

⁹⁴ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, Vol. 2., ob. cit., p.45.

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

O § 5º do dispositivo chama a atenção. Pela simples interpretação literal do contido no aclamado parágrafo afirmar-se-ia que perante o Direito Consumerista não existe o instituto da pessoa jurídica. Em qualquer hipótese, tratando-se de uma relação jurídica regida pelo CDC, os sócios *sempre*, independentemente da espécie societária, responderiam pessoalmente.

Segundo Luciano Amaro, o preceito ditado no §5º possui vício que o torna inconciliável com o *caput*. O autor frisa que o parágrafo tem início com o advérbio “também”, dando a impressão de que mais alguma hipótese poderá ser adicionada ao elenco do *caput*. Em vez da expressão “novas hipóteses”, entretanto, são utilizadas as expressões genéricas “sempre que” e “de qualquer forma”. Seu discurso é com a finalidade de que o § 5º, c/c o *caput*, apresenta um serviço legislativo viciado por insanável impropriedade.

“É como se dissesse: Se causares prejuízos com abuso irás preso; também irá preso se causares prejuízo por má administração; e também irás preso sempre que, de qualquer forma, causares prejuízo”⁹⁵.

Entendemos que o § 5º deve ser postergado na aplicação do instituto da desconsideração, uma vez que o próprio CDC, em seu art. 4º, III, determina que a proteção do consumidor deve ser compatível com os princípios da ordem econômica esculpidos pela CF. Admitir a exclusão do instituto da pessoa jurídica nas relações de consumo é inserir um grande fator desestimulador da *livre iniciativa*.

5.2.2. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Econômico

Lei 8.884/94, art. 18:

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

⁹⁵Luciano Amaro *apud* Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, ob. cit., p.214

5.2.3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Ambiental

Art. 4º da Lei 9.605/98:

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

5.2.4. O Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica em outros Ramos do Direito

A Lei n.º 9.847/99, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, estabelece em seu art. 18, §3º, mais uma hipótese para a aplicação do instituto:

“Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.”

O instituto da *desconsideração* também se mostra útil no Direito Licitatório:

“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 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 n.º 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.

- Recurso a que se nega provimento⁹⁶. [grifo nosso]

Nota-se que no caso da decisão judicial acima transcrita, a superação da personalidade jurídica fora aplicada não pelo Judiciário, mas sim pela própria Administração. Embora a *desconsideração* seja um instituto processual de aplicação exclusiva do Poder Judiciário, no caso em tela é plausível (porém discutível) a decretação da *desconsideração* pela Administração haja vista que tal mecanismo não resultou em nenhuma constrição patrimonial dos sócios, apenas estendeu a sanção administrativa consistente na declaração de inidoneidade de licitar.

Obs.: A aplicação do instituto no *Direito do Trabalho* e no *Direito Tributário* será objeto de estudo no próximo capítulo.

6. DA UTILIZAÇÃO DETURPADA DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

6.1. Casos em que Não Cabe a Utilização do Instituto

O uso distorcido do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil levou o Prof. Uadi Lammêgo Bulos⁹⁷ a formular duas correntes:

(a) **Corrente do uso racional da *disregard doctrine*** – aqui se situam os defensores do uso racional e ponderado da teoria. Essa vertente toma de empréstimo premissas bem elaboradas tecnicamente, sempre recorrendo ao pensamento dos titeres da *disregard doctrine* – Maurice Wormser e Rolf Serick. Os adeptos do *uso racional da teoria da desconsideração* entendem que o juiz somente deve ignorar a autonomia das pessoas jurídicas se, somente se, for para coibir fraudes de seus sócios, com a respectiva prova dos abusos perpetrados. O uso da *disregard doctrine* só se verifica em casos excepcionalíssimos e episódicos, sob pena de se subverterem princípios cardeais do ordenamento, como o vetor constitucional do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Assim, a *disregard doctrine*, que

⁹⁶STJ, 2.ª T., RMS 15166/BA, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 07.08.2003, v.u., DJ 08.09.2003, p.262.

⁹⁷Uadi Lammêgo Bulos. *Disregard doctrine em face da Constituição da República*. SaraivaJur. 29.11.2007. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=999>. Acesso em: 07 jul. 2008.

é a exceção, só pode incidir mediante a comprovação de que houve manipulação fraudulenta ou abusiva da pessoa jurídica.

(b) **Corrente do uso equivocado da *disregard doctrine*** – aqui a desconsideração tornou-se terreno fértil para toda sorte de inversões e corruptelas. Essa corrente parte da idéia de que, se a sociedade não tem patrimônio, mas o sócio é solvente, isso já é o bastante para os bens do sócio arcarem com as dívidas da empresa. Aqui não há que se falar em bom senso, racionalidade, nem em ideário de justiça. Pouco importa, para os adeptos desse modo de pensar, se a pessoa jurídica foi criada para encobrir fraudes, se houve ilicitude ou abuso de forma. Também é absolutamente irrelevante a índole negocial do direito creditício oponível à sociedade e não se há de fazer qualquer separação entre pessoa jurídica e seus integrantes.

O mencionado douto em Direito do Estado pela PUC valeu-se da oportunidade para engenhar a seguinte crítica:

“A corrente do uso equivocado da desconsideração é a preferida de setores do Poder Judiciário brasileiro, que, sem qualquer visão crítica, simplesmente usam a palavra “desconsideração” em seus vereditos, acreditando, erradamente, que um simples “drible” ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica é a saída para todos os males e injustiças.

Para eles, pouco importa o que, verdadeiramente, as leis dizem, muito menos o que a Constituição proclama. Alguns juízes estudam muito o assunto, proferem sentenças longas, mas, no final, subvertem os exatos pressupostos da teoria da desconsideração”⁹⁸

A aplicação da desconsideração é restrita às hipóteses prescritas no art. 50 do Cód. Civil, salvo quando a legislação de cada microssistema dispuser ao contrário. Mas frisa-se que o art. 50 do CC é a regra para a aplicação do instituto, sendo que o estabelecido pela legislação especial é restrito ao microssistema por ela regulamentado.

Tal entendimento extrai-se dos enunciados n.º 51 e 146 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos da Justiça Federal:

“51 – Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.”

⁹⁸Ob. cit.

“146 - Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial). (Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7).”

Imprescindível destacar que **o instituto da pessoa jurídica realça-se com maior intensidade não no Direito Empresarial como pode parecer à primeira vista, mas em outros ramos jurídicos, porquanto nas relações empresariais os empresários dispõem de diversos mecanismos para limitar seus riscos (contratos, p. ex.) ao passo que tais técnicas inexistem nas relações entre empregado e empregador ou entre contribuinte e fisco.**

6.2. A Questão da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito do Trabalho: Livre Iniciativa *versus* Valor Social do Trabalho

Diz Amador Paes de Almeida:

“Na verdade, 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: ‘é princípio informador do direito do trabalho que se o empregado não participa dos lucros do empreendimento, não poderá correr riscos e sofrer prejuízos...’ (TRT/ SP, AI 02950234962, Sumário Jurisprudencial, 1995/15, p.3).”⁹⁹

Entende o mesmo autor que o art.2º, § 2º, da CLT foi o marco legislativo da aplicação, entre nós, da teoria da desconsideração.

No direito do trabalho a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada pelos juizes de forma ampla, inclusive, na hipótese, não rara, de insuficiência de bens da empresa, adotando, por via de consequência, a regra disposta no art. 28 do CDC.

“Não se trata apenas da aplicação da teoria menor, mas sim de uma verdadeira subversão do devido processo legal: a desconsideração é concedida *ex officio* (TRT 2.ª R., SDI, MS 13211.2004.000.02/00-3, rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, j.02.09.2005, v.m.), são penhorados bens de sócios antes que estes integrem o pólo passivo da

⁹⁹*Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*, 7ª ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2004, p.194

demanda (TRT 12.^a R.3.^a T. Agravo de Petição 10.514, rel. Juíza Maria Regina M. Lima, j. 08.05.2001, v.u., DJ/SC 08.05.2001, p.59), **desconsidera-se a personalidade antes mesmo de efetuada de prova do inadimplemento da pessoa jurídica** (TRT 4.^a R., 6.^a T., Ap. 13.00.002/99-9, rel. Juiz Milton Varela Dutra, j. 11.01.2001, v.u.), **penhora-se bens de empresas diferentes pelo simples motivo de possuírem um de seus sócios em comum** (TRT 4.^a R., 5.^a T., Ap. 61.852.801/93-0, rel. Juiz Carlos Roberto Robinson, j. 18.05.2000, v.u.), **arrecada-se bens particulares de sócios em razão de reiterado atraso no pagamento do salário dos empregados** (TRT 2.^a R., SDC, Dissídio Coletivo de Greve 203.352.004.000/02-00, rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, v.u., DOE 16.09.2005), **bem como se procede à constrição de bens de sócio minoritário** (TRT 2.^a R., SDI, MS 102.632.005.000/02-00, rel. Juíza Maria Aparecida Duenhas, v.m., DOE 23.09.2005)”¹⁰⁰. [grifo não consta do original]

Aliás, alguns doutrinadores inserem como princípio do direito processual trabalhista a *despersonalização do empregador*¹⁰¹.

Entendemos que mesmo no *direito social*, a regra que deve nortear o julgador para a aplicação da teoria é a consubstanciada no art. 50 do Cód. Civil, mesmo porque o art. 8º da CLT preceitua que o *direito comum é fonte subsidiária do direito do trabalho*, sendo certo que a legislação trabalhista em nenhum momento disciplina o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

O Prof. Alexandre Couto Silva elenca três indicativos de que o § 2º do art. 2º da CLT não faz alusão à desconsideração:

“O § 2º do art. 2º da CLT não se refere à desconsideração por três motivos: primeiro, porque não se verifica a ocorrência de nenhuma hipótese que justifique sua aplicação como fraude ou abuso; segundo, porque reconhece e afirma a existência de personalidades distintas; terceiro, porque trata-se de responsabilidade civil com responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo. A existência do grupo econômico por si só não justifica a desconsideração da personalidade jurídica; entretanto, a maioria dos doutrinadores acredita que esse dispositivo legal consagra a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

(...)

Esse dispositivo trabalhista não consagra, portanto, a teoria da desconsideração, mas apenas trata da responsabilidade civil das sociedades coligadas juntamente com a principal, as quais são responsabilizadas solidariamente. Entretanto, os juizes do trabalho, baseados no princípio pro operatio, com a finalidade de tutelar o trabalhador, para compensar sua inferioridade econômica com a superioridade jurídica, e por ser uma justiça de caráter social e sensível à realidade econômica, não poderia deixar antever os desvios que podem ocorrer no instituto da pessoa jurídica e, com

¹⁰⁰Vaneska Donato de Araújo in Henrique Geaquinto Herkenhoff (coord.), *Direito de Empresas*, São Paulo, RT, 2008, p.167-8.

¹⁰¹Neste sentido: Wagner D. Giglio, *Direito Processual do Trabalho*, 13ª ed. rev. e ampl., 2003, Saraiva, p.74

isso, consagrar a aplicação da desconsideração da personalidade para evitar que ocorram injustiças com os trabalhadores.”¹⁰²

A aplicação inescrupulosa do instituto cria um ambiente de insegurança jurídica muito grande para os possíveis investidores, ferindo, dessarte, o princípio constitucional da livre iniciativa – aliás, o direito do trabalho deveria se preocupar mais com fórmulas de geração de novos empregos e não somente com sua arcaica e inócua técnica protecionista.

“Os valores cultivados pelo direito comercial estão tão esgarçados que sequer é tarefa fácil divisá-los. Mas a importância para a sociedade do investimento feito pelo empresário numa atividade produtiva é certamente um deles. Se a ordem jurídica de um certo país não garantir o mínimo de previsibilidade de que necessita o investidor para decidir em que e quanto investir, ele investirá em outro país (mais previsível); deixará de gerar empregos, tributos e riquezas no país de marco institucional instável, para os gerar no de marco estável. A sociedade é quem mais perde com a instabilidade institucional; não o empresário que, numa economia globalizada, sempre encontrará alhures uma alternativa de investimento atraente.

Pois bem, a falta de percepção de que protegendo os interesses imediatos do empresário protegem-se os mediatos de toda a sociedade deve-se ao esgarçar dos valores de direito comercial. Quando esse valor da importância para a sociedade do investimento feito pelo empresário numa atividade produtiva choca-se, por exemplo, com o da proteção do hipossuficiente, nutrido pelo direito do trabalho, o resultado é previsível: prevalecerá este último. **O juiz do trabalho não está minimamente convencido de que proteger o investimento (no sentido restrito de garantir a previsibilidade do direito) é atender indiretamente ao interesse público; pelo contrário, está convicto de que o empregado não pode suportar as consequências da falência do empregador, já que não é dele o risco empresarial.**

Não alimentemos ilusões. No choque de dois valores como os indicados – o de direito comercial, de um lado, e o de direito do trabalho, de outro – não há como conciliar os interesses de todos os envolvidos. Ou bem se garante a previsibilidade do direito que atrai investimentos (negando-se a natureza de sucessor ao adquirente das unidades produtivas da empresa em crise, quando feita a aquisição em hasta judicial) ou bem se amparam alguns empregados desafortunados (permitindo que cobrem do adquirente o devido pelo empregador quebrado). A idéia de que o direito é um todo uno e harmônico é falsa. Cada ramo jurídico cultiva seus próprios valores (que traduz em princípios gerais, expressos ou implícitos), que nem sempre são conciliáveis.

O esgarçar dos valores do direito comercial resulta do aumento da complexidade das relações econômicas e sociais. Os comercialistas não souberam detectar a tempo o processo de corrosão e, assim, não se lançaram à urgente tarefa de os recoser. A sociedade tornou-se muito mais complexa e os valores do direito comercial não foram re-contextualizados, para continuarem norteados a superação de conflitos de interesses”¹⁰³ [grifo não consta do original].

¹⁰² Alexandre Couto Silva, ob. cit., p.112 e 114

¹⁰³ Fábio Ulhoa Coelho. *O valores do direito comercial e a autonomia do Judiciário*, ob. cit..

Neste ponto, cumpre invocar a ponderação de interesses constitucionais no que diz respeito aos princípios da livre *iniciativa* e o do *valor social do trabalho*.

É certo que ao se invocar o princípio da livre iniciativa como mitigação à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pode-se alegar, que uma vez tendo a Constituição adotado o capitalismo moderado, o princípio da livre iniciativa deve se harmonizar com outros valores-princípios como a proteção ao meio ambiente e os valores sociais do trabalho. Volta-se a atenção a este último princípio. Como uma das vertentes deste princípio situa-se o caráter protecionista do Direito do Trabalho. Entretanto, no que tange a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, o direito trabalhista deve render-se ao princípio da livre iniciativa, porquanto é impetuoso afirmar que a geração de empregos (uma das novas tendências do direito do trabalho) é vinculada ao surgimento e aprimoramento da atividade econômica.

Em sendo assim, o Direito do Trabalho deve sujeitar-se ao princípio da livre iniciativa, vez que a geração de empregos (uma tendência do direito trabalhista) é vinculada ao surgimento e aprimoramento da atividade econômica. A aplicação leviana do instituto da desconsideração assombraria os possíveis investidores, arruinando o princípio constitucional da livre iniciativa e, por consequência, acarretando prejuízos ao próprio direito trabalhista.

6.3. A Utilização do Instituto pela Fazenda Pública

O Código Tributário Nacional em nenhum dispositivo trata da desconsideração da personalidade jurídica. Cuida de hipóteses de responsabilização direta do administrador ou sócio (CTN, arts. 134, VII, e 135, III), o que é coisa diversa.

Portanto, é de se aplicar a regra geral esculpida no art. 50 do Cód. Civil.

E não é de se indagar que o dispositivo da lei geral restringe a aplicação do instituto, causando prejuízos à Fazenda e, destarte, ferindo o princípio da supremacia do interesse público (*bandeira de todas as ditaduras, de esquerda ou de direita, de qualquer lugar ou tempo*¹⁰⁴). A regra de separação patrimonial está calcada no princípio constitucional

¹⁰⁴ Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado. *Antecipação da tutela jurisdicional em matéria tributária*. Disponível em: <<http://201.70.144.16:8080/machadoadv/paginas/artigos.asp?codartigo=61&situacao=1>>. Acesso em:

da livre iniciativa (art.1º, IV, CF), uma vez que a limitação da responsabilidade dos sócios é uma forma (assim como a redução da carga tributária, flexibilização de direitos trabalhistas) de fomentar a exploração de atividades econômicas, efetivando o princípio constitucional.

Diz Alexandre Couto Silva:

“No direito Tributário não se pode afirmar a existência de dispositivos que consagrem a desconconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, caso futuramente seja consagrada em dispositivos tributários esta deverá ser feita com extrema cautela, tendo-se em vista que o nosso sistema jurídico, por basear-se em leis escritas, poderá ter danos irreparáveis. Caso não haja essa cautela, poderá ocorrer a destruição do instituto da pessoa jurídica construído durante séculos por nossas sociedades civilizadas e que atribuiu personalidade jurídica à conjugação de esforços de várias pessoas naturais para determinado fim lícito. Desconsiderar, principalmente no Direito Tributário, os efeitos da separação patrimonial entre o patrimônio dos sócios e o da sociedade com base em critérios de pouca precisão, provocaria o término desse instituto, principalmente ficando-se à disposição da subjetividade de cada julgador e sua preparação com relação à matéria. Contudo, poder-se-ia assim provocar a destruição da segurança jurídica entre contribuinte e Fisco que permeia a esfera do Direito Tributário”¹⁰⁵

Por fim, é importante destacar que a Lei complementar nº 104/01, inseriu no art. 116 do CTN, o parágrafo único, cuja redação é a seguinte:

“A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Trata-se da denominada *norma geral de antielisão*, instrumento de que estaria a necessitar o Fisco para coibir a prática da elisão fiscal e, assim, aumentar a arrecadação¹⁰⁶.

O dispositivo não visa disciplinar o instituto da desconconsideração. Mesmo porque o instituto da superação da personalidade jurídica não tem por escopo desconsiderar determinado ato jurídico e sim trazer ao pólo passivo a figura do sócio.

O referido texto legal tem por objeto a invalidação do ato jurídico perante a Fazenda Pública, enquanto a desconconsideração objetiva o afastamento transitório da

15 ago. 2008.

¹⁰⁵Ob. cit., p.119

¹⁰⁶Hugo de Brito Machado, *Curso de Direito Tributário*, 28ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2007, p.159.

personalidade jurídica para o alcance de seus sócios, em uma determinada situação, sem que haja cassação de qualquer ato jurídico.

Indaga-se: E quando efetivamente demonstrado que a pessoa jurídica foi constituída com o intuito de fraudar o fisco, há lugar para a incidência do retro-mencionado dispositivo, haja vista que o ato constitutivo qualifica-se como o ato jurídico praticado com esta finalidade? Não, uma vez que neste caso é cabível a *desconsideração por desvio de finalidade*, não podendo o fisco utilizar-se de artifícios para usurpar do poder de decretação do instituto.

É preciso insistir que sendo a desconsideração uma técnica processual de caráter executivo, *só pode ser decretada judicialmente*. Consoante dissertamos alhures, a lei que estabelecer a possibilidade de autoridade administrativa decretar a desconsideração da pessoa jurídica é inconstitucional por afronta ao art. 5º, LIV, da CF, pois entregaria nas mãos da Fazenda um poderoso instrumento para o cometimento de arbitrariedades. Ademais, deformaria o instituto, que é oriundo de construção pretoriana, atentando-se, ainda, para o fato de ser um retrocesso à autotutela.

Portanto, o p. único do art. 116 não pode ser invocado como suporte normativo para a aplicação da desconsideração. Mesmo no direito público, na falta de outro dispositivo, é de se aplicar a regra geral prelecionada no art. 50 do Cód. Civil.

A título de reflexão, no dizer expressivo de Hugo de Brito Machado:

“O Fisco geralmente não demonstra nenhum interesse pelo “Direito”. Interessa-se apenas pelo “Tributário”. Com isso queremos dizer que o Fisco geralmente pretende arrecadar o máximo, ainda que para tanto tenha de distorcer a interpretação das leis, ou até mesmo de as desconhecer.

(...)

No Brasil, muitos ainda acreditam que o Fisco deve ser protegido porque o Estado defende sempre o interesse público. Alguns juizes, especialmente os mais jovens, ainda acreditam que a Fazenda Pública deve ser por eles protegida contra a desonestidade dos contribuintes. Esta, porém, é uma visão repleta de ingenuidade.”¹⁰⁷

¹⁰⁷Hugo de Brito Machado, *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo, Editora Atlas, 2003. v. 1, p. 31 e 32.

7. CONCLUSÃO

Despendido nosso estudo, é de se concluir que a utilização da formulação *menor* da desconsideração, embora seja tentadora, visto passar a sensação (falsa) de efetividade do processo, vai de encontro ao princípio constitucional da *livre iniciativa*.

O instituto da *pessoa jurídica* é um mecanismo de motivação da iniciativa privada, pois opera a limitação do risco na exploração da atividade econômica através do *princípio da autonomia patrimonial*, justificando o seu afastamento apenas nos casos em que se verifica o mau uso da pessoa jurídica.

É certo que o princípio da autonomia patrimonial (vertente do princípio constitucional da livre iniciativa) é amenizado, algumas vezes até ignorado, em alguns microssistemas, a fim de se tutelar interesses *supraindividuais*. É claro que para isso se operar (flexibilização do princípio da autonomia patrimonial) é mister haja previsão legislativa, em sintonia com o princípio constitucional da função social da empresa.

Esperamos que tenha sido demonstrada a importância do instituto da pessoa jurídica que por possuir relevo constitucional reforça ainda mais a índole excepcional da aplicação da desconsideração de sua personalidade, assim como tenha sido proveitoso o restante de nosso estudo.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes. *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*, 7ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004.

———. *Execução de bens dos sócios*, 8ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

ASSIS, Olney Queiroz. *Direito Societário*, São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

- COELHO, Fábio Ulhoa, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, São Paulo: RT, 1989.
- . *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*, 1994, São Paulo: Saraiva.
- . *Manual de Direito Comercial*, 18ª. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2007.
- . *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1, 11.ª ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2007.
- . *Curso de Direito Comercial*, Vol. 2, 10.ª ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2007.
- . *O valores do direito comercial e a autonomia do Judiciário*. Disponível em: http://www.ulhoacoelho.com.br/html/acad/pdf/Os_valores_do_direito_comercial_e_a_autonomia_do_Judiciario.pdf. Acesso em: 15 ago. 2008.
- DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- DESTEFENNI, Marcos. *Curso de Processo Civil - Execução dos Títulos Extrajudiciais e Execuções Especiais*, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, Vol. IV, 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GIGLIO, Wagner D.. *Direito Processual do Trabalho*, 13ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.
- GUSMÃO, Mônica. *Direito Empresarial*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- HERKENHOFF, Henrique Geaquinto (coord.). *Direito de Empresas*, São Paulo: RT, 2008.

- ISFER, Edson. *Sociedades Unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada*, Curitiba: Juruá, 1996.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LAMMÊGO BULOS, Uadi. *Disregard doctrine em face da Constituição da República*. SaraivaJur. 29.11.2007. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=999>>. Acesso em: 07 jul. 2008.
- LOBO, Jorge. Empresa unipessoal de responsabilidade limitada. *Direito Empresarial Contemporâneo*, Adalberto Simão Filho e Newton de Lucca (coordenadores), 2ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 293-308, 2004.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*, Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2003.
- . *Curso de Direito Tributário*, 28ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2007.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Antecipação da tutela jurisdicional em matéria tributária*. Disponível em: <http://201.70.144.16:8080/machadoadv/paginas/artigos.asp?codartigo=61&situacao=1>>. Acesso em: 15 ago. 2008.
- MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: empresa e atuação empresarial*, vol.1, 2004, São Paulo: Atlas.
- MARTINS DE FREITAS, Elizabeth Cristina Campos. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, Vol.1, 3ª ed. reform., São Paulo: Saraiva, 2003.

- NERI JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 3ª ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 2005.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito empresarial brasileiro: Teoria geral do direito societário*, vol.2, Campinas: LZN, 2004.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 15ª ed., 1987, São Paulo: Saraiva.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, Vol.1, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- . *Curso de Direito Comercial*, Vol.2, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*, Vol. 2, 32 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo: Malheiros, 1995.
- SARAI, Leandro. *A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: Lei nº 8.078/90, Lei nº 8.884/94, Lei nº 9.605/98 e Lei nº 10.406/02*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 615, 15 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6440>>. Acesso em: 05 jul. 2008.
- SIERVI NETO, Carmine de. *A evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia universidade católica, 2005, 221 f.
- SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1999.
- TOMAZETTE, Marlon. *As sociedades simples no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3691>>. Acesso em: 23 ago. 2008.