

A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – DISREGARD DOCTRINE - NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO.

Deives Rafael Gomes¹

Antonio Carlos Cioffi Junior²

RESUMO

O presente escrito aborda considerações acerca da *Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, também denominada *Teoria da Penetração* ou ainda conhecida como *Disregard of Legal Entity*, *Disregard Doctrine* ou *Lifting the Corporate Veil* (Estados Unidos), *Superamento della Personalità Giuridica* (Itália) e *Durchgriff der Juristischen Person* na Alemanha.

A personalidade jurídica confere à sociedade empresária vida própria, no tocante à responsabilidade por seus atos, ainda que materializados, evidentemente, através da pessoa humana. Evidente que permitir à pessoa do empresário ou administradores furtar-se, de modo absoluto, à responsabilidade patrimonial por atos praticados que extrapolem os limites da boa-fé e do direito, em nome da pessoa jurídica, fere, frontalmente, o ordenamento jurídico brasileiro, quiçá, alhures.

Neste diapasão surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, cujos efeitos e cabimento são analisados nas páginas seguintes.

Palavras Chave: Responsabilidade Civil; Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica; Empresa; Patrimônio.

¹ Deives Rafael Gomes é acadêmico de Direito do Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior e atua profissionalmente em Departamento Jurídico na iniciativa privada.

² Antonio Carlos Cioffi Júnior é professor de Direito Empresarial e Civil no Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior. Especialista em Direito Processual Civil, é advogado atuante na cidade de Matão-SP.

INTRODUÇÃO

Imperioso notar que as sociedades empresárias adquirem direitos, contraem obrigações e atuam judicialmente, ainda que por meio de administradores, gerando assim um conjunto de relações entrelaçado com sua personalidade jurídica. Para prevenir o abuso por parte dos administradores e daqueles que agem em nome da personalidade jurídica é que o Instituto da Desconsideração da Pessoa Jurídica se faz necessário.

São inúmeras as formas utilizadas pelos administradores e sócios das sociedades para realizar as fraudes contra seus credores, bem como o abuso de direito praticado por seus empreendedores, desviando, assim, a sua finalidade. Dessa forma, nascem as necessidades da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, nas mais variadas situações, sejam nas relações comerciais, de consumo ou até mesmo nas relações de trabalho.

Para a aplicação da *Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, também denominada *Teoria da Penetração* ou ainda conhecida como *Disregard of Legal Entity*, *Disregard Doctrine* ou *Lifting the Corporate Veil* (Estados Unidos), *Superamento della Personalità Giuridica* (Itália) e *Durchgriff der Juristischen Person* (Alemanha), deve-se, antes, buscar outros meios para satisfações das obrigações. Todavia, não existindo alternativa e caracterizada as fraudes das sociedades empresárias, eis que somente nessas ocasiões deverá ser desconsiderada a pessoa jurídica, razão pela qual se deve ter a devida cautela para evitar excessos, considerando que poderá causar uma instabilidade jurídica oriunda da indevida aplicação do referido instituto.

2 CONCEITO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Constituída a sociedade dentro das formalidades exigidas por lei (CC, arts. 45 e 985), esta passa a ter personalidade jurídica independente da de seus sócios, podendo assumir direitos e obrigações, ou seja, adquire autonomia patrimonial, pois todo acervo de bens da sociedade não se confunde com o patrimônio particular de cada membro da sociedade.

Ante esta certeza, os administradores não raro excedem os limites legais, praticando atos que consideram-se abusivos da personalidade jurídica. A respeito, discorre Diniz:

Ante sua grande independência e autonomia devido ao fato da exclusão da responsabilidade dos sócios, a pessoa jurídica, às vezes, tem-se desviado de seus princípios e fins, cometendo fraudes e desonestidade, provocando reações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais que visam coibir tais abusos, desconsiderando sua personalidade jurídica.³

Para elucidar o estudo Suzy Elizabeth Cavalcante Koury traz o seguinte conceito para a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica:

[...] a *Disregard Doctrine* consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas de utilizando, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.⁴

³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 8: direito de empresa/Maria Helena Diniz. - 2ª ed. Reformulada. — São Paulo: Saraiva, 2009. p. 538.

⁴ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 86.

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é instrumento necessário para proteger as sociedades, que passam a sofrer as consequências da má gestão exercida por seus empreendedores/investidores, que praticam atos impróprios aos objetivos sociais, desviando a finalidade da sociedade, a teoria em referência é um recurso que deve ser aplicado sempre que a pessoa jurídica for utilizada a fins estranhos ao seu interesse social e coletivo como ensina Amadro Paes de Almeida:

Assim, sempre que a pessoa jurídica seja utilizada para fins diversos ao objeto para o qual foi criada, há de ser desconsiderada sua personalidade com a conseqüente responsabilidade pessoal dos respectivos integrantes, por eventuais prejuízos causados a terceiros.⁵

Todavia, quando se fala em desconsiderar a personalidade jurídica não se trata de despersonalizar a sociedade, ou seja, anular os atos por ela praticados na forma da lei (CC, arts. 45 e 985). É superar a personalidade adquirida para atingir os sócios da pessoa jurídica, deixando a sociedade exercer suas atividades para o fim que foi criada, conforme bem ensina Rubens Requião:

[...] a *disregard doctrine* não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume, para seus outros fins legítimos.⁶

⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de bens dos sócios : obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas : da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência) / Amador Paes de Almeida. - 6ª ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva 2003. p. 193.

⁶ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). Revista dos Tribunais n. 410, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 12-24, 1969, p. 14.

2.1 Origem Histórica

Com a personificação das sociedades ocorreu grande valorização do princípio da autonomia patrimonial, a partir do século XIX surgiram manifestações contra a má utilização da pessoa jurídica, procurando com formas idôneas coibir o uso nocivo das sociedades. Na Alemanha surgiu a Teoria da Soberania desenvolvida pelo alemão *Hausmann*, e por *Mossa* na Itália.

Os primeiros registros de aplicação transcritos na doutrina de forma quase que unânime da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica refere-se ao caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado pela *House of Lords* inglesa, em última instância, no ano de 1897.

Com a perfeita propriedade com que examinou o caso, requer-se vênia para reproduzir as palavras de Alexandre Couto e Silva:

Trata-se do caso de um comerciante de couros e calçados, Aaron Salomon, que fundou, em 1892, a *Salomon & Co. Ltd.*, tendo como sócios fundadores, ele mesmo, sua mulher, sua filha e seus quatro filhos. A sociedade foi constituída com 20.007 ações, sendo que a mulher e os cinco filhos tornaram-se proprietários de uma ação cada um, e as restantes 20.001, foram atribuídas a Aaron Salomon, das quais 20.000 foram integralizadas com a transferência, para a sociedade, do fundo de comércio que Aaron já possuía, como detentor único, a título individual.

Aparentemente, de acordo com as narrativas dos fatos existentes em várias obras que tratam do assunto, o preço da transferência desse fundo seria superior ao valor das ações subscritas: pela diferença, Aaron Salomon era ainda credor da *Salomon & Co. Ltd.*, com garantia real em seu favor constituída. Com a sociedade, entretanto, vindo a entrar em insolvência e a ser dissolvida, estabeleceu-se o litígio judicial entre o próprio Aaron Salomon e ela. Tanto a High Court quanto, em grau de recurso, a Court of Appeal, deram ganho de causa à sociedade, condenando Aaron Salomon a pagar-lhe certa soma em dinheiro, ressaltando as decisões de que a sociedade seria apenas um outro nome para designar o próprio Aaron Salomon.

A High Court acreditava ser um estratagemma de que Aaron se serviu para ter os lucros de uma atividade econômica sem os riscos e a responsabilidade pelas dívidas. A sociedade seria um representante (agent) de Aaron Salomon e teria direito, como todo representante, a obter do

representado a soma necessária à satisfação dos direitos contraídos no interesse do representado.

A Court of Appeal, embora preferindo falar em relação fiduciária, de trust, e não em agent, chegou ao mesmo resultado.

Contudo, a House of Lords, reformando as decisões e aferrando-se aos princípios ortodoxos em matéria de pessoa jurídica, censurou asperamente aquilo que considerou incoerência das decisões recorridas. A House of Lords ponderou que, uma vez que se admite que a sociedade, por seu liquidante, possa fazer valer determinados direitos contra seu sócio principal, está-se, evidentemente, a reconhecer sua personalidade jurídica distinta; que a circunstância de estarem as poucas ações restantes em mãos de pessoas de sua família não tinha por si só o condão de afetar o fato de que a sociedade fora validamente constituída, nem o de fazer nascer contra a pessoa dos sócios deveres que, de outra forma, inexistiriam; que, também, a circunstância de virem as ações a serem transferidas durante a vida da sociedade, a uma só pessoa não afeta em nada a existência nem a capacidade de uma sociedade cuja personalidade jurídica foi reconhecida.

É importante ressaltar a influência negativa desse caso para o desenvolvimento da Disregard Doctrine na Inglaterra que, desde então, vem aplicando rigorosamente os princípios da separação das personalidades jurídicas entre sócios e sociedade e da responsabilidade patrimonial nele consagrado. Para Verrucoli, a jurisprudência inglesa preserva bastante o privilégio da personificação das pessoas jurídicas, em que a teoria da desconsideração somente é utilizada em casos extremos.⁷

Porém, quando se fala em entendimentos “quase unânimes” na doutrina é porque existem opiniões diferentes. Alguns autores contestam ser o caso *Salomon v. Salomon & Co.* ser o primeiro caso de aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica para nobre doutrinadora Suzy Elizabeth Cavalcante Koury o primeiro caso de aplicação da teoria trata-se:

Com efeito, no ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations* – já que a Constituição Federal Americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre os cidadãos de diferentes estados conheceu da causa.⁸

⁷ SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. São Paulo: LTR, 1999. p. 183.

⁸ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Oportuno registrar que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica teve origem no direito anglo-saxônico, com o nome de *Disregard of the Legal entity*, posteriormente propagada no direito norte-americano, onde recebeu o nome de *lifting of the corporate veil*, entre outros países como Espanha e Argentina. No Brasil era adotada por meio de analogia ao artigo 135 do Código Tributário Nacional até a edição de leis como o Código de Defesa do Consumidor (artigo 28), Lei de infrações à Ordem Econômica (artigo 18) e a Lei dos crimes praticados contra o Meio Ambiente (artigo 4º).

Por fim, a Lei nº 10.406/2002 prevê, em seu artigo 50, a teoria da desconsideração, que adota não somente atos objetivamente reveladores de utilização ilícita da pessoa jurídica, mas também atos subjetivamente apreciáveis, a exemplo da confusão patrimonial.

2.2 Finalidade

A utilização da desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada aos casos previstos em lei, e não de forma ampla ou genérica.

Em muitas situações os sócios ou acionistas administradores das sociedades, sejam elas de capital ou pessoas, acabam agindo com excesso de poder ou má-fé, contrariam o contrato e estatuto social da sociedade, ou até mesmo as leis. Nestas situações seria justa a utilização da desconsideração da personalidade, para alcançar os bens particulares dos representantes da pessoa jurídica, como ensina Amador Paes de Almeida:

Assim, por expressa determinação legal, responderá o sócio-gerente, ou administrador, perante a própria sociedade e para com terceiros, por excesso de mandato, violação ao contrato ou à lei. Em tais circunstâncias, ainda que, em princípio, tenha o sócio integralizado o capital social ou o

preço das ações subscritas ou adquiridas, na condição de administrador, tornar-se-á solidária e ilimitadamente responsável pelos prejuízos causados a terceiros.⁹

Diante da má utilização da pessoa jurídica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa a servir de escudo protetivo aos credores, para coibir os sócios e administradores a não agirem de forma fraudulenta contra terceiros. A teoria da penetração, como também é denominada, enseja ai corrigir o abuso praticado. Como leciona Maria Helena Diniz:

Desconsidera-se a personalidade jurídica da sociedade para possibilitar a transferência da responsabilidade para aqueles que a utilizaram indevidamente. Trata-se de medida protetiva que tem por escopo a preservação da sociedade e a tutela dos direitos de terceiros, que com ela efetivaram negócios. É uma forma de corrigir fraude em que o respeito à forma societária levaria a uma solução contrária à sua função e aos ditames legais.¹⁰

Todavia, a teoria da desconsideração estará sempre protegendo os tipos societários existentes, dando ao magistrado autonomia para descaracterizar a separação dos bens particulares dos sócios, e transferindo as estes a responsabilidades pessoais pelos prejuízos causados contra terceiros que poderão requerer a aplicação da teoria sempre que houver abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. Nesta esteira discorre Amador Paes de Almeida:

⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de bens dos sócios : obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas : da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência) / Amador Paes de Almeida. - 6ª ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva 2003. p. 183.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 8: direito de empresa/Maria Helena Diniz. - 2ª ed. Reformulada. — São Paulo: Saraiva, 2009. p. 543.

Assim, sempre que a pessoa jurídica seja utilizada para fins diversos ao objeto para o qual foi criada, há de ser desconsiderada sua personalidade com a conseqüente responsabilidade pessoal dos respectivos integrantes, por eventuais prejuízos causados a terceiros.¹¹

2.3 Pressuposto de admissibilidade

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicada somente nas sociedades constituídas regularmente, providas de personalidade, ou seja, nas sociedades que praticaram todos os atos para sua existência legal (CC, arts. 45 e 985).

Pois bem, considerando que a superação da personalidade jurídica se dá apenas nas sociedades existentes de forma legal, não há de se falar em desconsiderar a personalidade das sociedades que existem de forma irregular, denominadas de sociedade em comum (CC, art. 986).

Ainda, sobre a utilização da teoria, somente será aplicada nas sociedades, em que pelo menos um dos sócios tenha responsabilidade limitada, pois nas sociedades onde os sócios tenham responsabilidade totalmente ilimitada não há sentido em requerer a desconsideração da pessoa jurídica, em razão dos sócios já responderem de forma ilimitada pelas obrigações sociais.

Para efetiva aplicação da teoria desconsideração da pessoa jurídica, há de se considerar os rudimentos que formam os requisitos de admissibilidade, tais como a fraude, o abuso de direito, o excesso de poder, a má administração, a confusão patrimonial e o desvio de personalidade.

Importante destacar que o simples fato da sociedade se tornar infrutífera e insolvente não são elementos para aplicação da teoria da desconsideração da

¹¹ ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de bens dos sócios : obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas : da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência) / Amador Paes de Almeida. - 6ª ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva 2003. p. 193.

personalidade jurídica. É necessário à existência dos requisitos de admissibilidade mencionados a pouco para sua aplicação.

Para aclarar o estudo, Fábio Ulhoa Coelho apresenta em sua obra alguns exemplos em que os sócios passam a agir para frustrar interesses de terceiros. Dentre os exemplos, apresenta-se o seguinte caso:

Suponhamos que uma pessoa física *Antonio*, organize, em seu nome, um completo e moderno estabelecimento para a exploração de atividade industrial. Esse bem integra a propriedade daquela pessoa física, por evidente. Posteriormente ele constitui uma sociedade limitada com seu irmão, tal qual cabe participação pequena no capital social; mas, em vez de integralizar suas quotas na sociedade com a transferência do estabelecimento, *Antonio* vende à pessoa jurídica o referido bem. A venda é feita a prazo, até mesmo porque a sociedade não tem recursos para adquirir à vista o estabelecimento industrial. Note-se, contudo, que, ao escolher essa específica forma jurídica para operação (venda), e não a da integralização em bens do capital social, *Antonio* passa a titularizar a condição de credor da sociedade (da qual é sócio com a maior participação). Se tivesse contribuído para formação da sociedade com a transferência, para esta, do seu estabelecimento, evidentemente ele teria apenas os direitos de sócio, e não os de credor.

Sofisticando um pouco mais a hipótese, imaginemos que o negócio é feito mediante alienação fiduciária em garantia, de modo que a propriedade do estabelecimento não se transfere para o adquirente (a sociedade) senão após a integral satisfação do crédito do alienante (o sócio majoritário). Pois bem, se a atividade industrial desenvolvida pela sociedade resultar infrutífera, e esta tiver a falência decretada, o seu sócio majoritário poderá reaver o estabelecimento para si, por meio do pedido de restituição (LF, art. 85); porém, os demais credores (civis e comerciais) terão os respectivos créditos insatisfeitos na medida em que não há outros bens do patrimônio da sociedade para atendê-los.

Como se tratam de sociedade limitada, esses credores também não poderão, em princípio, responsabilizar o sócio pela obrigação social. Sofrem, assim, prejuízo, enquanto *Antonio*, a despeito da falência da sociedade empresária que controla, não perde, continuando com a mesma condição patrimonial que possuía antes do início da exploração da indústria. Verifica-se, à margem, que a situação seria muito diferente se o estabelecimento empresarial houvesse sido transferido à sociedade a título de integralização do capital social, e não por venda a prazo com reserva de domínio. Nesse caso, *Antonio* não seria credor, mas apenas sócio da pessoa jurídica falida. Assim, os bens do estabelecimento, integrantes do patrimônio social, seriam arrecadados e vendidos no leilão judicial do processo falimentar, e, com o preço alcançado, atendidos os credores (ao menos em parte, como ocorre geralmente nas falências).

Retomando o exemplo, *Antonio*, além de sócio da sociedade falida, é também credor desta pelo preço da venda do estabelecimento, garantindo o

seu crédito pela cláusula de reserva de domínio. Em razão desta forma jurídica escolhida para a operação, ele não sofre nenhum prejuízo com a falência da sociedade, da qual possui a maior parte do capital; pelo contrário, conserva sua condição patrimonial originária, em detrimento dos credores civis e comerciais da sociedade. Acentua-se que não existe nenhuma ilicitude no exemplo, posto que todos os atos jurídicos praticados são plenamente válidos e eficazes (assim a venda, a constituição da garantia, o crédito de sócio perante a sociedade, a retomada do estabelecimento na falência em virtude da cláusula de domínio reservado etc.). Mas é inegável que, a despeito dessa licitude, os interesses legítimos dos credores foram fraudados. Como a sociedade falida é pessoa jurídica distinta da de seus membros, não cabe pretender a responsabilização destes por dívida daquela. Assim, com o atender ao princípio da autonomia patrimonial perpetra-se a fraude contra credores.¹²

No fato exemplificativo acima narrado pelo autor, embora os atos praticados por *Antonio* sejam totalmente lícitos, torna-se evidente o propósito de *Antonio* em não assumir com suas responsabilidades perante seus credores, sejam eles civis ou comerciais. Contudo, fica evidente que os tipos societários constituído na forma da lei que gozam de autonomia patrimonial são manipulados de diversas formas e espécies para fraudar terceiros. São nestes casos que deve ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica para proteger as sociedades e restringir as fraudes sem comprometer o instituto das pessoas jurídicas, como ensina Coelho:

O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine ou piercing the veil) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos de seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude.¹³

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2 : direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. – 10. ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2007. p. 33 - 34.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. De acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34 – 35.

Todavia, a pessoa demandada sempre será pessoa jurídica no processo de conhecimento ou mesmo de execução, sempre respeitando o benefício de ordem (CC, art. 1.024). Porém, quando verificado que algum membro da sociedade (pessoa natural) utilizou-se da sociedade para atos que não pertenciam à finalidade que foi criada, estes serão chamados ao processo para fazer parte no pólo passivo do processo.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil a desconconsideração da personalidade jurídica nasceu no ano de 1969, apresentada em uma conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, pelo nobre Doutrinador Rubens Requião, e posteriormente publicada na Revista dos Tribunais com o nome de “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”. A tese apresentada visava superar os conflitos entre questões éticas, que norteavam a autonomia patrimonial. Segundo Coelho:

A teoria é apresentada como a superação do conflito entre as soluções éticas, que questionam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades. Requião sustenta também, a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independente de específica previsão legal.¹⁴

Sobre o assunto, Rubens Requião discorre:

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2 : direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. – 10. ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2007. p. 38.

Esse fascinante tema foi objeto de nosso estudo em “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica” (Rev. Dos Tribs., 410/12), que mereceu a atenção da Comissão Revisora do Código Civil, presidida pelo Prof. Miguel Reale, inspirando o art. 49 do Anteprojeto. Apenas o dispositivo aludido pretendia a radical medida de dissolução da pessoa jurídica, quando for ela desviada dos fins que determinam a sua constituição, enquanto a doutrina exposta objetiva somente que o juiz desconsidere episodicamente a personalidade jurídica, para coartar a fraude ou abuso do sócio que dela se valeu como escudo, sem importar essa medida dissolução da entidade. Em face da sugestão nossa, o art. 49 foi modificado, não ainda de modo satisfatório. Na esteira dos estudos procedidos desde então, várias leis adotaram a Teoria da Superação da Personalidade Jurídica.¹⁵

Embora, tenha surgido no Brasil no ano de 1969, com os estudos promovidos por Rubens Requião, a teoria da desconsideração só ganhou normatização efetiva na legislação brasileira no ano de 1990, com a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 28 declara que:

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.

Mesmo sendo a primeira normatização na legislação pátria a respeito da superação da autonomia patrimonial, o dispositivo supra não trouxe muita garantia aos consumidores em razão da omissão de fundamentos para a desconsideração, além de divergências entre o texto da lei e a doutrina. Sobre o assunto discorre Coelho:

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 25ª ed. São Paulo:Saraiva, 2003. p. 379.

Tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõem nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto da lei e a doutrina nenhum proveito traz à tutela dos consumidores, ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos.¹⁶

Com a evolução dos estudos sobre a desconsideração da personalidade jurídica, no ano de 1994 desponta-se o segundo dispositivo referente ao tema na legislação do país, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, denominada de Lei Antitruste, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Em seu artigo 18, declara que:

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.

Sendo o segundo preceito legal sobre a desconsideração da pessoa jurídica no direito brasileiro, o dispositivo supra (Lei nº 8.884/94, art. 18), nada mais fez que reproduzir em sua redação os mesmos erros do artigo 28 do CDC. Nesta esteira ensina Coelho:

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 52.

O legislador de 1994 praticamente reproduziu, no art. 18 da Lei Antitruste, a redação infeliz do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor, acabou incorrendo nos mesmos desacertos. Desse modo, a segunda referência legal à desconsideração no direito brasileiro também não aproveitou as contribuições da formulação doutrinária, perdendo consistência técnica.¹⁷

No ano de 1998 surge à terceira menção a respeito da superação da personalidade jurídica na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ou seja, a Lei de Crimes Ambientais, que trata as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e outras providências.

Em seu artigo 4º, dispõe sobre a responsabilidade a lesões causadas a qualidade do meio ambiente, que declara: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Todavia, tendo acontecido novamente a confusão da desconsideração da personalidade jurídica com outras situações do direito empresarial, como ocorrido no CDC e na Lei Antitruste, analisando o artigo 4º da Lei nº 9.605/98, com base na Teoria Maior pode-se chegar a conclusão que em casos de manipulação da pessoa jurídica de forma fraudulenta com o fim de burlar o fisco em razão das penalidades cometidas por esta que, posteriormente, será desprezada para ser constituída uma nova sociedade, que passará a exercer as atividades daquela dentro das mesmas características (sede, recursos e pessoal). É justo a desconsideração da personalidade jurídica como discorre Coelho:

Se determinada sociedade empresária provocar sério dano ambiental, mas, para tentar escapar à responsabilidade, os seus controladores constituírem nova sociedade, com sede, recursos e pessoal diversos, na qual passem a concentrar seus esforços o investimentos, deixando a primeira minguar paulatinamente, será possível, por meio da desconsideração das

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 54.

autonomias patrimoniais, a execução do crédito ressarcitório no patrimônio das duas sociedades.¹⁸

Prossegue Coelho com seus ensinamentos:

Apesar dos equívocos na redação dos dispositivos legais, a melhor interpretação destes é a que prestigia a formulação doutrinária da teoria da desconsideração, ou seja, eles somente admitem a superação do princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária como forma de coibição de fraudes ou abusos de direito.¹⁹

Com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, declarou-se em seu artigo 50 uma norma para nortear a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que diz:

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.

A inclusão do dispositivo no novo Código Civil era incorporar ao direito brasileiro a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Durante todo o tempo que o Projeto de Código Civil tramitou pela Câmara, passou por várias alterações até chegar ao texto final, como ensina Fábio Ulhoa Coelho:

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 56.

¹⁹ COELHO. Op. cit.

A pesquisa da origem desse dispositivo revela que a intenção dos elaboradores do Projeto de Código Civil era a de incorporar, no direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Enquanto tramitou pela Câmara, o dispositivo teve mais de uma redação, todas elas alvo de críticas variadas. Na tramitação do Projeto pelo Senado, aprimorou-se o texto, que passou a ostentar, graças à contribuição de Fábio Konder Comparato, a visão particular desse jurista sobre a matéria.²⁰

Para Coelho:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal. Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se reportam ao tema (Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste ou Código de Defesa do Consumidor), está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor.²¹

Continua Coelho:

A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (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.²²

3.1 Teoria maior e teoria menor

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 56.

²¹ COELHO. Op. cit.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 57.

Com relação à desconsideração da personalidade jurídica das sociedades no direito brasileiro, existem duas teorias da desconsideração, a maior e a menor.

A teoria maior somente reconhece o afastamento da desconsideração da personalidade quando ocorrer à manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto, diferenciando assim, dos demais institutos que atingem o patrimônio particular dos sócios por obrigações da sociedade.

E de outro lado à teoria menos elaborada, ou seja, a teoria menor, que trata da desconsideração em qualquer hipótese de execução de patrimônio de sócio por obrigação social, afastando o princípio da autonomia patrimonial sempre que ocorrer a insatisfação do crédito. Sobre o assunto esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

Há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.²³

Para aplicação da teoria menor não se necessita de qualquer requisito para o afastamento da personalidade jurídica; basta apenas o não cumprimento da obrigação perante os credores, seja por estado de insolvência ou falência da sociedade. Como leciona Fábio Ulhoa Coelho:

A teoria menor da desconsideração é, por evidente, bem menos elaborada que a maior. Ela 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 teoria menos da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio,

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2 : direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. – 10. ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2007. p. 36.

mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela.²⁴

Doutro modo a essência na teoria maior é não vulgarizar o instituto do afastamento da personalidade jurídica, assegurando que ela deva ocorrer em casos específicos (excesso de poder, infração de lei, abuso de direito, violação do contrato ou estatuto social ou fato ou ato ilícito).

Sobre as duas teorias (maior e menor) discorre Coelho: “Se a formulação maior pode ser considerada um aprimoramento da pessoa jurídica, a menor deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico”.²⁵

Todavia, cada vez mais no Brasil alguns magistrados têm aplicado a teoria menor para afastar a personalidade jurídica sem fundamentação legal, banalizando desta forma o instituto. Sobre o assunto discorre Coelho:

Ao se debruçar sobre os julgados relativos ao assunto proferidos pela Justiça nacional, deve concluir que alguns juízes brasileiros se entendem autorizados a desconsiderar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica tendo por pressuposto unicamente a frustração do credor da sociedade.²⁶

Aguarda-se que nossos tribunais superiores demonstrem o caminho a ser seguido, através de pacificação de entendimentos, de forma a fazer de importante instituto uma ferramenta justa, de aplicação equânime.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2 : direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. – 10. ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2007. p. 47.

²⁵ COELHO. Ibidem p. 49.

²⁶ COELHO. Ibidem p. 49.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou um instituto de grande utilização no direito pátrio, por ser atual e não estar devidamente regulamentado em nosso ordenamento jurídico. Deixam a desejar com algumas omissões que podem ser reparadas com a aprovação do Projeto de Lei nº 2.426/2003, de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiúza, e do Projeto de Lei nº 5.140/2005, de autoria do até então Deputado Federal, e hoje atual Prefeito do Município de Araraquara-SP Marcelo Barbieri, ambos com tramitação no Congresso Nacional.

O estudo desenvolvido sobre a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária tratou do assunto desde o surgimento na Inglaterra, no século XIX no caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado pela *House of Lords* inglesa, em última instância, no ano de 1897, até aplicação nos dias atuais do instituto.

Com relação à autonomia patrimonial e personificação das sociedades, são regras no ordenamento pátrio, e seu afastamento temporário uma exceção que está sendo banalizada por alguns juízes. Porém, os Tribunais têm adotado maior cautela na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, são mais conservadores, procuram enquadrar os requerimentos de desconsideração da personalidade jurídica de acordo com as regras atualmente existentes na legislação brasileira.

Durante todo o estudo o que chamou muita atenção foi o fato de não haver uniformidade na aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pois existem duas teorias, a maior e a menor. A primeira (maior) somente reconhece o afastamento da desconsideração da personalidade quando ocorrer à manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Já a segunda (menor), trata da desconsideração em qualquer hipótese de execução de patrimônio de sócio por

obrigação social, afastando o princípio da autonomia patrimonial sempre que ocorrer a insatisfação do crédito.

A harmonização da teoria da desconsideração personalidade jurídica depende da aprovação dos projetos de lei que visam acabar com as lacunas existentes sobre a aplicação do instituto.

A autonomia patrimonial e a personalidade jurídica são institutos de grande importância para o direito empresarial, pois estimulam o crescimento da economia nacional, e cresce a atividade econômica, os investimentos, a produção e circulação de bens e serviços.

A normatização de forma ampla na legislação sobre a desconsideração da personalidade jurídica é de suma importância para solidificar o princípio da segurança jurídica que deve atender as relações sociais, diminuindo assim, as formas de interpretação para o tema, aperfeiçoando o estudo e desenvolvimento do direito dos credores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios : obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas** : da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência) / Amador Paes de Almeida. - 6ª ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva 2003.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**: direito de empresa/Amador Paes de Almeida. - 14ª ed. – São Paulo: Saraiva 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: RT, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. De acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 8: direito de empresa/Maria Helena Diniz. - 2ª ed. Reformulada. – São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial.** 2ª ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

GEORGES, Ripert, **Traité de droît commercial**, Paris, LGDJ, 1947, v.1, p. 695; Rubens Requião, Curso, cit., v. 1, p. 302 e 373-5; M. Helena Diniz, Código, cit., p. 824; Tratado, cit., v. 4, p. 113; Ricardo Fiúza, Novo Código Civil, cit., p. 941-6; Fabrício Z. Matiello, Código Civil, cit., p. 651-5; Fábio Ulhoa Coelho, Curso, cit., v. 2, p. 474 e 475; Adriana de A. Setubal Santos, Comentários, cit., p. 809; Arnaldo Rizzardo, Direito de empresa, cit., p. 177, 178 e 183; Láudio C. Fabretti, Direito de empresa, cit., p. 132; Paulo Checoli, Direito de empresa, cit., p. 143.

GUIMARÃES, Marcio Souza. **Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.** Disponível em [http:// www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). Acesso em 24.05.2011.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial**, 2ª ed., Campinas, Bookseller, 2001.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine).** Revista dos Tribunais n. 410, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 12-24, 1969.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.