
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: TEORIA E LEGISLAÇÃO NO BRASIL

*Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pessoa Jurídica: algumas noções. 3. Desconsideração da personalidade jurídica. 4. Histórico. 5. A teoria da Desconsideração na legislação brasileira. 6. Conclusão. Referências

RESUMO: As primeiras noções de desconsideração da personalidade jurídica existentes no Direito Brasileiro parecem não ter compreendido a verdadeira diretriz histórica do instituto, o que se comprova pela existência de previsões normativas prolixas e inadequadas. Neste trabalho, serão apresentados principalmente os parâmetros tradicionais formadores do conceito de desconsideração como forma de propiciar uma análise conjugada e crítica entre a teoria e as leis brasileiras.

Palavras-chave: Personalidade Jurídica; Desconsideração

ABSTRACT: The first notions of disregard of legal personality of corporate veil existent in Brazilian Law, in doctrine seem not to have understood the real historic direction of the institute, as shown by the inadequate provisions. In this research there will be mainly presented the traditional parameters forming the concept of disregard as a form of yielding a complete and critical analysis between Brazilian theory and legislation.

Key-words: Corporate Veil; Disregard

* Mestre em Direito pela FDC. Professora da FDC. Advogada.

1. Introdução

A ordem jurídica contribui para o fomento das relações comerciais e também para o desenvolvimento do mercado na medida em que regula a criação da pessoa jurídica, e especificamente no direito societário, as sociedades comerciais.

A finalidade principal destas sociedades está consubstanciada em conferir uma oportunidade àqueles que querem exercer atos ligados ao comércio, mas que muitas vezes não possuem o capital necessário para a sua constituição. Além disso, teme-se pelo insucesso do negócio, já que entre nós o comerciante individual, em regra, submete todo o seu patrimônio à sorte do negócio a ser efetivado. Dessa forma, a possibilidade da criação de uma pessoa jurídica atrai principalmente pela oportunidade que se tem de determinar certo capital com finalidade específica para a realização do empreendimento, visualizando-se, assim, a chamada separação de responsabilidades entre o sócio e a sociedade.

A ordem jurídica, como já foi dito, protege esta situação conferindo aos entes devidamente criados a titularidade de direitos e também de deveres, tal como o faz, *mutatis mutandis*, com as pessoas físicas.

Ocorre que muitas vezes a deturpação do caráter e a cupidez fazem com que a sociedade seja vista como um instrumento através do qual torna-se possível a realização de fraudes. Nesses casos, obviamente, impõe-se a atuação do Estado, na medida em que a finalidade precípua para a qual a sociedade foi criada não foi obedecida, devendo receber, por consequência, a devida reprimenda legal. É desta forma que surge a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, que objetiva, através da atuação do Estado-juiz, levantar, no caso concreto, o chamado “véu” da pessoa jurídica, afastando a regra da separação patrimonial entre sócios e empresa, de modo que se possa alcançar o patrimônio do sócio ou acionista que se utilizava da personalidade jurídica para fins de locupletamento, causando prejuízo para os credores.

O trabalho tem como objetivo apresentar uma notícia histórica acerca do instituto da desconsideração, sobretudo na jurisprudência americana e doutrina alemã, para que a partir daí possa ser analisada a adequação de alguns dispositivos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque costuma-se verificar que em nosso país o legislador tem por hábito apropriar-se, indiscriminadamente, de institutos criados e desenvolvidos em outros ordenamentos – não se devendo, contudo, considerar tal atitude como condenável desde que haja uma adequação à realidade social e jurídica na qual pretende-se inserir o novo instituto. A análise feita neste trabalho visa confirmar que a intenção de instituir a técnica da desconsideração da pessoa jurídica em nosso país foi louvável, mas, como se perceberá, nosso legislador não a regulou de maneira criteriosa, distorcendo o instituto e até banalizando sua utilização. Antes de proceder a esse estudo, torna-se necessário apresentar uma sucinta noção acerca da personalidade jurídica e também o entendimento doutrinário sobre a técnica que objetiva desconsiderar, em certos casos, a referida personalidade.

2. Pessoa jurídica: algumas noções

Toda evolução social e econômica da humanidade sempre esteve principalmente relacionada à atividade do homem, seja promovendo e efetivando relações entre si, seja buscando a sua sobrevivência através de atos comerciais. A atividade mercantil, seja através de técnicas rudimentares da indústria doméstica ou até da utilização das grandes e surpreendentes tecnologias, sempre esteve presente na vida dos indivíduos.¹

O homem, por si mesmo, sempre foi protagonista do desenvolvimento dos atos mercantis, sendo de se ressaltar que em determinado instante foi percebido que a união de pessoas e

¹ CARPENA, Manoel. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, n. 8, v. 2, 54-68, 1999.

de forças financeiras seria fator de extremo interesse para um maior desenvolvimento das atividades comerciais. A concessão da personalidade jurídica a estes entes não ocorreu de forma instantânea e pacífica, fato que pode ser demonstrado exemplificativamente no Direito Italiano e Alemão, que não concediam personalidade às sociedades civis e quanto às comerciais, somente a concediam às sociedades de capital, sendo as demais consideradas como mera comunhão².

Entre nós, durante as discussões acerca da personificação das sociedades mercantis, houve quem defendesse, similarmente ao direito alienígena, a instituição de comunhões. Teixeira de Freitas não aceitou essa idéia, dispondo em seu Esboço de Código Civil acerca da personificação das referidas sociedades. As discussões se acirraram, até que o Código Civil de 1916 pôs fim à controvérsia concedendo a personificação às sociedades comerciais em seu art. 16, II.

A partir daí as discussões assumiram outro rumo, vez que passa a doutrina a tentar desvendar a natureza da pessoa jurídica. As análises são bem antigas e certamente nada práticas, porquanto em nada influenciam a atuação e produção de efeitos no mundo jurídico. Dentro desse assunto, de forma brevíssima – eis que os limites deste pequeno trabalho não comportariam tal extensão – ter-se-ia a qualificação das pessoas jurídicas como verdadeira ficção legal, sendo a personalidade, nesse caso, verdadeira concessão da lei a um ente criado pela vontade humana; como instituição, onde os entes adquirem a personificação pela finalidade social que perseguem; ou como verdadeira realidade técnica, hipótese em que se teria a pessoa jurídica como ente dotado de “vida própria” e de completa autonomia em relação aos seres que a constituem.³

A atribuição da personalidade jurídica, não importando a natureza que se lhe empreste, concede aos indivíduos a possibilidade de alcançar resultados mais substanciais, eis que a reunião de forças físicas e financeiras, aliada, primordialmente,

² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995.

³ BORBA, José Edivaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ao fator da possibilidade de separação de responsabilidades, é atrativo incontestável à implementação e fomento da atividade mercantil. Dessa forma, separando-se determinado patrimônio e afetando-o principalmente à realização de determinado fim, podem os sócios afastar de si e de seus bens pessoais, a responsabilidade por um eventual fracasso no negócio idealizado. Essa a noção advinda do art. 20 do antigo Código Civil de 1916 que, conforme a doutrina, enunciava a regra de separação entre patrimônios e responsabilidades, representando a seguinte expressão: *societas distat a singuli*.

A independência oferecida pela atribuição de personalidade jurídica ao novo ente criado também pode ser manifestada pela concessão de uma nacionalidade, um domicílio e um nome próprios, bem como a titularidade autônoma de direitos e obrigações.

Assim, deve-se afirmar que a personalidade é instituto jurídico e como tal foi idealizado para que pudesse atender a fins lícitos, o que especificamente na área comercial, está materializado em efetivar a circulação de bens e serviços na sociedade.

Não tardaria, porém, a que o homem imaginasse utilizar a personalidade jurídica de uma sociedade para fraudar credores. Assim, a personificação, nesse caso, seria tão somente um instrumento para acobertar a realização de atos lesivos pelo sócio ou acionista.

Diante desse fato, tornou-se necessário que fossem previstos meios através dos quais se pudesse relativizar a separação patrimonial entre sociedade e sócio, permitindo a retirada dos efeitos da personificação para que fossem atingidos os bens pessoais do causador da fraude.

Segundo os ensinamentos de J. Lamartine Corrêa de Oliveira, sempre que a pessoa jurídica esteja sendo utilizada para finalidades que não se coadunam com os princípios informadores do ordenamento jurídico, tem-se a sua crise, de forma que a reação legislativa e doutrinária para tal fato consiste na suspensão da vigência

da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro tendo em vista a solução do caso específico. É a técnica da descon sideração.⁶

3. Desconsideração da personalidade jurídica

A técnica da descon sideração da pessoa jurídica ou teoria da penetração é também conhecida como *disregard of legal entity*, *disregard doctrine*, *lifting the corporate veil* (Estados Unidos), *superamento della personalità giuridica* (Itália) e *durchgriff der juristischen person* (Alemanha).

Sua utilização dá-se como uma forma de punição para aqueles que não utilizam a personalidade dos entes societários para os fins que lhe são devidos.⁷ Se a ordem jurídica, verificados determinados pressupostos, incentiva a atividade comercial através da concessão da personalidade, pode também, verificada a finalidade de efetivação de objetivos espúrios, retirar, ainda que momentaneamente, a mesma personalidade para atingir aquele – sócio ou acionista – que age ilicitamente. Referindo-se à descon sideração, aponta Rubens Requião que “Pretende a doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou descon siderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio.”⁸

Ressalte-se que a abstração da personalidade deve ser entendida, conforme amplamente difundido pela doutrina e jurisprudência, como uma suspensão episódica de seus efeitos, tendo em vista a solução de determinado caso específico. Fora dessa hipótese, a personalidade continua para todos os fins lhe são de direito, tornando assim a descon sideração ato totalmente diferente da invalidade ou descon stituição da pessoa jurídica. Dessa forma, a descon sideração, por seus efeitos, torna-se técnica bastante interessante, na medida em que preserva a

⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁷ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da descon sideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.31-32.

⁸ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 76.

empresa, não afetando seus outros vários negócios e interesses, nem os verdadeiros objetivos da sociedade. Devendo-se sempre lembrar que a pessoa jurídica, notadamente a empresa, possui relevante valor social, de modo que a todo custo deve ser preservada.

4. Histórico

Muito embora já tenha sido afirmado que a tese da desconsideração já teria sido utilizada em 1809, nos Estados Unidos, pelo juiz Marshall, no caso *Bank of United States v. Deveaux*⁹, a ampla maioria da doutrina afirma que o verdadeiro nascedouro da teoria ocorreria em 1897, na Inglaterra, no famoso caso *Salomon v. Salomon & CO*. Aaron Salomon queria formar uma nova sociedade (*company*) e para tanto reuniu-se com outros seis membros de sua família, ficando bastante clara a intenção de criar um ente social puramente fictício, na medida em que a cada um dos familiares foi concedida uma única ação enquanto que para Aaron Salomon foram reservadas vinte mil ações, integralizadas com seu anterior estabelecimento comercial. Salomon, que já exercia atividades mercantis de forma individual, fez com que seus antigos credores ficassem preocupados porque a garantia patrimonial que aparentemente possuíam, havia sido desviada para a recém criada *company*. A tese dos credores, no sentido de alcançar os bens do sócio Salomon, foi aceita em primeira instância, mas reformada pela *House of Lords*, que entendeu perfeita a constituição da sociedade e a conseqüente separação patrimonial.

Além deste caso de vanguarda em sede de desconsideração, deve-se afirmar que o sistema da *common law* contribuiu fortemente para a organização da matéria, oferecendo, sobretudo através da atividade jurisprudencial, critérios,

⁹ 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 10 abr. 2003.

pressupostos e limites que seriam posteriormente analisados e sistematizados pela doutrina alemã.

4.1. A doutrina americana do *disregard*

Nos Estados Unidos somente as sociedades incorporadas – aquelas que anteriormente passaram pelo processo de *incorporation* – seriam dotadas de personalidade jurídica. Afirme-se que neste país a questão da natureza da personalidade jurídica nunca foi tão discutida, pelo menos em comparação com a Europa, de modo que grande parte da doutrina adota ainda a tese da ficção. Segundo afirma Klaus Unger,¹⁰ a pessoa jurídica seria uma ficção criada para atingir fins que a lei não desaprova, sendo de se considerar que o juiz não poderia tolerar a preservação dessa ficção quando com isso pudessem ser justificadas desonestidades.

Seguindo uma ordem que parece ter sido obedecida em vários países, inclusive no Brasil, o pensamento norte-americano inicialmente tratou de analisar o fato da desconsideração em si, para somente depois fixar os seus pressupostos. Sobre esse assunto foi anunciada a tese dos limites internos ou intrínsecos, segundo a qual são condenadas atitudes que destoam da própria finalidade da pessoa jurídica, considerando os grandes princípios do ordenamento, e ainda a doutrina do *alter ego* ou *instrumentality*.¹¹

As leis americanas sempre foram muito insuficientes acerca da disposição de regras para a organização societária, o que vem explicar a grande utilidade do Poder Judiciário para o oferecimento de uma proteção mais eficaz para os credores das sociedades. Os casos mais típicos de fraude eram encontrados nas seguintes

¹⁰ UNGER, *apud* OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *Op. cit.* p. 268.

¹¹ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *Op. cit.* p. 271: “Ainda em 1970, a Suprema Corte de Nevada assim resumiu os elementos dessa doutrina – que também poderíamos qualificar como os requisitos para, em nome da doutrina desconhecer no caso concreto a autonomia da pessoa jurídica: 1) as *corporations* devem ser influenciadas e governadas pela pessoa da qual se afirma ser seu *alter ego*; 2) deve haver uma tal unidade de interesse e propriedade que uma seja inseparável da outra; 3) os fatos devem ser tais que a adesão à ficção da entidade separada, nas circunstâncias do caso, significaria dar força à fraude ou promover a injustiça.”

situações: quando, por exemplo, numa obrigação de não fazer contratada e descumprida, se era o sócio que se obrigava a não fazer, mas era a sociedade por ele controlada que fazia o que não poderia ser feito descumprindo, portanto, a obrigação, poder-se-ia, nessa hipótese, desconsiderar a distinção entre sócio e sociedade; outro caso de fraude que ensejava a aplicação da técnica do *disregard* materializava-se por meio da transferência de bens do devedor para a sociedade, com vistas ao prejuízo dos credores; em outras circunstâncias, porém, tinha-se a regra de que numa vinculação entre sociedades (matriz e filial, principal e subsidiária, ou numa situação de controle), a desconsideração só seria cabível se houvesse um desvio dos lucros ou uma “sucção” de capital da subsidiária pela matriz, causando prejuízo aos credores.

4.2. A doutrina Alemã

Rolf Serick é considerado pela grande maioria daqueles que resolveram analisar o assunto como o verdadeiro fundador da atual teoria da desconsideração. Sua tese, elaborada entre 1952 e 1953, cujo título é a “Forma jurídica e realidade das pessoas jurídicas – contribuição de direito comparado à questão da penetração destinada a atingir pessoas ou objetos situados atrás da pessoa jurídica”¹², teve por escopo alcançar alguma sistematização para a matéria, principalmente através da definição dos pressupostos que ensejariam a “quebra” da separação entre pessoa jurídica e pessoa membro. Segundo Rolf Serick a pessoa jurídica é uma criação da ordem positiva para a efetivação de determinadas finalidades que o homem isoladamente não seria capaz de alcançar. É, dessa forma, instituto de elevada importância, cuja estrutura deve ser respeitada e utilizada em conformidade com os princípios norteadores do ordenamento. Assim, tornar-se-ia imprescindível a desconsideração da separação entre pessoa física e jurídica quando esta última viesse a ser utilizada de forma abusiva, com vistas ao locupletamento ilícito daqueles que dela se utilizavam. Considerando, porém, que

¹² OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *Op. cit.* p. 296.

a desconsideração deve sempre ser analisada como uma exceção, pressupondo-se sempre a autonomia entre sociedade e sócios, aventa Serick a necessidade de estabelecimento dos limites e critérios para a penetração, tendo em vista que uma assistematização sobre o assunto poderia conduzir a um verdadeiro esvaziamento do instituto da pessoa jurídica. É com esse intuito que Rolf Serick passa a analisar as decisões colhidas sobretudo da Jurisprudência americana e alemã.

No que respeita às decisões americanas sobre a *disregard*, afirmou o professor que um critério fixo para a decisão, no caso concreto, reside em saber se a pessoa jurídica está sendo utilizada de acordo com as funções a ela atribuídas pelo ordenamento jurídico.

Quanto à análise das decisões alemãs, fixa Serick conclusões menos genéricas, apontando que um fato que deve ser repellido é o abuso de direito, ou seja, o uso do instituto pessoa jurídica para a obtenção de fins ilícitos. E dessa forma, uma das maneiras pelas quais a pessoa jurídica poderia ser usada de forma abusiva ocorreria sempre que os sócios ou acionistas a utilizassem com a finalidade de fraudar a lei.

Segundo o autor a fraude à lei poderia ser definida da seguinte forma:

O fenômeno que ocorre quando finalidade vetada pela lei é atingida através de via diversa da que foi normativamente considerada, quando da *ratio* da norma derive que em realidade a norma deseja impedir em qualquer caso a obtenção de um determinado resultado e não apenas sua realização por meio de determinada forma negocial.¹³

Poder-se-ia também defender a desconsideração quando a pessoa jurídica fosse utilizada tão somente como um meio para o descumprimento de disposições contratuais, tal como apontado quando da análise da jurisprudência americana. Hipótese desta

¹³ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 299-300.

natureza estaria evidenciada sobretudo quando o indivíduo que contraiu determinado tipo de obrigação, principalmente um não-fazer, vem por meio da pessoa jurídica, da qual é sócio majoritário ou controlador, efetuar aquela atividade que anteriormente havia prometido abster-se.

Serick condenava qualquer desconsideração que estivesse amparada no simples fato de um controle entre sociedades, bem como incluía como pressuposto ensejador da penetração a deliberada constituição de uma sociedade com capital inferior às necessidades da empresa, fato este que poderia dar lugar a um empréstimo oferecido pelo próprio sócio, acarretando potencialmente um prejuízo aos credores. Isso porque também o sócio passaria a ser credor da sociedade, podendo vir a prejudicar os terceiros que com a mesma negociavam. Aponta-se ainda a confusão patrimonial, manifestada pela não possibilidade de distinção entre negócios e patrimônios do sócio e da sociedade, como hipótese geradora do superamento, desde que se vislumbrasse a intenção de causar dano a terceiros.

Em conclusão, para Rolf Serick, os pressupostos para o afastamento da distinção entre sócio e pessoa jurídica estavam baseados na existência de condutas que evidenciavam abuso de direito, materializado este sempre que através da pessoa jurídica pretendia-se fugir à incidência da lei, descumprir obrigações contratuais ou causar fraudulentamente danos a terceiros. Ressalte-se que para o professor, confirmando sua posição subjetivista sobre o assunto, tornava-se imprescindível que todos esses atos fossem intencionalmente dirigidos à efetivação de fraude ou dano a outrem.

Quase todas as construções teóricas que surgiram posteriormente às lições de Rolf Serick consideravam seus entendimentos, seja para confirmá-los ou criticá-los. Exemplificativamente, tem-se a doutrina de Ulrich Drobniq, que em 1959, confirmou a tese subjetivista, afirmando também, quanto à questão do controle, que este não deveria ser considerado como algo danoso, vez que às vezes é até incentivado pelo modelo econômico capitalista. Desse modo, a não ser em hipótese de

confusão lesiva de patrimônios, o controle, *de per se*, não seria hábil para justificar a desconsideração.

Pouco a pouco, porém, a postura subjetivista foi contestada¹⁴, assim como o unitarismo defendido por Serick, na medida em que outras posturas, em contraposição frontal à sua doutrina, passaram a considerar relevantes a inexistência de identidade entre as pessoas físicas e jurídicas e também entre as pessoas jurídicas entre si¹⁵.

Nota-se, contudo, que apesar de algumas divergências, a base que sustenta a teoria, qual seja, o abuso da pessoa jurídica para a consecução de objetivos contrários ao ordenamento, causando prejuízo a terceiros, foi mantida por aqueles que posteriormente a Rolf Serick trataram do tema da desconsideração.

4.3. A desconsideração no direito brasileiro

Foi Rubens Requião que, em conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, introduziu em nosso país a idéia de desconsideração da personalidade jurídica. Inspirou-se na doutrina de Rolf Serick para defender a aplicação da teoria sempre que a separação entre pessoa jurídica e o sócio fosse mera aparência, sendo a sociedade, *in casu*, utilizada como um meio para a efetivação de fraude ou abuso de direito.

Considerando a inspiração alemã e a concepção corrente de que a fraude e o abuso de direito são os critérios determinantes da desconsideração, afirma-se que, entre nós, adota-se, em regra, uma posição subjetivista. A análise dos pressupostos em termos objetivos é feita por Fábio Konder Comparato, quando vincula a desconsideração à confusão patrimonial, ao desrespeito à espécie societária ou ao desaparecimento do objeto social¹⁶.

Em termos ainda de estudo acerca dos requisitos para a aplicabilidade da desconsideração, deve-se ressaltar, entre nós,

¹⁴ Rudolf Reinhardt, objetivista, apud OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa, *Op. cit.* p. 377, entendia que o abuso do instituto da pessoa jurídica deveria configurar-se por meio de critérios objetivos, retirados a partir de princípios jurídicos superiores.

¹⁵ Nesse sentido Wolfram Müller-Freienfels e Ottmar Kunh, apud OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa, *Op. cit.* p. 357; 393.

¹⁶OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 554.

a configuração de uma Teoria maior e uma Teoria menor a respeito do assunto. Segundo informa Mônica Gusmão a teoria menor estaria baseada no fato de que o simples prejuízo do credor já seria suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica e direta responsabilização do sócio¹⁷. A teoria menor, por sua superficialidade, garantiria a responsabilização dos sócios sempre que a sociedade não possuísse bens em número suficiente para cumprir com as suas obrigações. Parece, porém, que essa concepção não deve ser aceita, na medida em que se desvincula de toda trajetória histórica e da própria essência da teoria da penetração, podendo até mesmo ser considerada perigosa e causadora de insegurança jurídica, haja vista a imposição de uma fragilidade ao instituto da pessoa jurídica, causando grandes males à sociedade e ao mercado¹⁸. A teoria maior, por sua vez, é aquela amplamente difundida por nossa doutrina e jurisprudência, segundo a qual deve-se considerar e proteger a personificação de determinados entes e os seus efeitos, desde que não se vislumbre que a personalidade jurídica esteja sendo utilizada como instrumento para a consecução de objetivos juridicamente condenáveis.¹⁹

Um último aspecto acerca do desenvolvimento da teoria da penetração em nosso país deve ser ressaltado. Trata-se do fato de que a par do tipo básico de desconsideração direta para responsabilidade dos sócios, tendo em vista os atos ilícitos por estes praticados, adota-se também, ainda que mais raramente, a chamada desconsideração invertida, cuja teoria remonta a Ulrich

¹⁷ GUSMÃO, Mônica. *Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 43.

¹⁸ Nesse sentido decisão monocrática em agravo de instrumento. Decisão que, em execução decorrente de sentença proferida em ação de cobrança do montante de R\$ 7.566,36, indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada-agravada, sob o fundamento de que a falta de patrimônio da empresa não é suficiente para caracterizar qualquer das hipóteses previstas no artigo 50 do CC/02. Não demonstração de fraude, abuso de direito ou dissolução irregular. Manutenção. Artigo 557, caput, do CPC. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento n. 2006.002.10219. 7ª Câmara Cível. Relatora: Des. Helda Lima Meirelles. Rio de Janeiro, 14 de setembro de 2006. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 20 out. 2006.

¹⁹ GUSMÃO, Mônica, *Op. cit.*, p. 42.

Drobnig.²⁰ Sua aplicação efetivar-se-á nas hipóteses em que os credores particulares do sócio sejam lesados pelo fato de ter havido um desvio intencional dos bens particulares do devedor para o patrimônio da sociedade, sendo situação facilmente encontrada em litígios familiares, quando o marido ou pai tenta, para se esquivar de uma futura partilha ou abster-se da prestação de alimentos, desviar seus bens para o patrimônio de uma sociedade.²¹

Quanto a alguns aspectos processuais pertinentes à aplicação da teoria da penetração, algumas considerações devem ser feitas. Segundo entendimento que vem sendo confirmado, pode a desconsideração ser decretada de maneira incidental, ou seja, independentemente de ação autônoma para tal finalidade. Ressalte-se, neste ponto, que a despeito da incidentalidade, o direito ao devido processo legal – art. 5º, LVI da CR/88 – não pode ser afastado, impondo-se, em todo caso, a ampla defesa.²² Em segundo lugar, afirma-se que a personificação deve ser

²⁰ OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de, *Op. cit.* p. 333.

²¹ DÉBITO ALIMENTAR. PENHORA DE AUTOMÓVEL PERTENCENTE À SOCIEDADE DA QUAL O ALIMENTANTE É SÓCIO QUOTISTA. Resta comprovado pela análise dos autos que o alimentante se utilizou da pessoa jurídica para omitir seu real patrimônio. Configurada a situação confortável do alimentante e diante da real necessidade das alimentandas, resta caracterizada a situação disposta no artigo 50, do NCC ensejando a desconsideração da personalidade jurídica de modo a possibilitar a realização da penhora do aludido automóvel em questão, em garantia do débito exequendo. PROVIMENTO DO RECURSO. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 2004.002.22224. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Acesso em: 20 outubro 2006..

²² Vide sobre o assunto a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça: CIVIL. LOCAÇÃO. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**. CONFUSÃO PATRIMONIAL. CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. FALTA. SIMILITUDE FÁTICA. FALTA.

I - A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma, podendo ser concedida incidentalmente no próprio processo de execução desde que verificados os pressupostos de sua incidência. Precedentes.

II - Todavia, se o c. Tribunal a quo entende suficientes as provas colacionadas aos autos para caracterizar a confusão patrimonial, infirmar essa conclusão demandaria ao reexame do conjunto fático probatório (Súmula 7/STJ).

sempre respeitada, não cabendo ao credor ignorar, por sua própria vontade, a separação patrimonial, dirigindo a demanda diretamente ao do sócio fraudador. A desconsideração é ato que deve partir de órgão estatal, no caso o juiz, sendo vedado ao credor suprimir etapas, acionando diretamente os sócios.²³

5. A teoria da desconsideração na legislação brasileira

Logo que se tornou teoricamente conhecida a doutrina da desconsideração, passou-se a pesquisar a legislação brasileira para que nela fossem encontrados dispositivos que autorizassem a quebra da separação entre a pessoa jurídica e a pessoa dos sócios. Essa incessante busca poderia ter como fundamento o fato de que num sistema positivista como o nosso àquela época tinha-se a impressão de que enquanto não se tivesse um dispositivo legal a legitimar a utilização da teoria, esta não poderia ser manejada.²⁴

Foi assim que se passou a afirmar que o art 134, VII e 135, II do Código Tributário Nacional e o art. 2º § 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, seriam contemplativos da doutrina desconsiderante. Esta assertiva não obteve total adesão, vez que muitos doutrinadores passaram a defender a tese de

III - Não se conhece do recurso pela divergência, se o recorrente descuida-se do necessário cotejo analítico, deixando de demonstrar as teses apontadas como contraditórias e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, e, se, além do mais, os vv. acórdãos paradigmas não guardam similitude fática como o aresto recorrido. Agravo regimental desprovido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 798095-SP. 5ª turma. Relator: Felix Fischer. Brasília, 06 de junho de 2006. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 22 out. 2006.

²³ Sobre o assunto mais uma decisão do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO CIVIL. PESSOA JURÍDICA. DESPERSONALIZAÇÃO. A despersonalização da pessoa jurídica é efeito da ação contra ela proposta; o credor não pode, previamente, despersonalizá-la, endereçando a ação contra os sócios. Recurso especial não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 282266-RJ. 3ª turma.. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 18 de abril de 2002. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 20 abr. 2003.

²⁴ MAGALHÃES, Jorge. *A teoria do disregard e o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, ano 12, n. 16, p. 119 – 130, 2000.

que as referidas normas não dispunham acerca da genuína *disregard*. No que pertine ao CTN afirmou Lamartine Corrêa que não há indícios acerca da enunciação da teoria na hipótese, porquanto a única consequência que poderia ser retirada daquele dispositivo diria respeito à possibilidade de em certas circunstâncias imputar-se ao sócio a responsabilidade por uma dívida da pessoa jurídica, o que por si só não acarreta a aplicação da referida teoria.²⁵

Quanto à previsão do art. 2º, §2º da CLT afirma Manoel Carpena tratar-se de mera enunciação de solidariedade no referente aos débitos trabalhistas, não havendo, *in casu*, qualquer desconsideração episódica de personalidade.²⁶

Também a previsão do art. 10 do decreto 3708/19, que regulava as Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, e dos arts. 116 e 117 da Lei das Sociedades Anônimas (lei 6404/76), foram consideradas como enunciadoras da desconsideração da personalidade jurídica. Deve-se esclarecer, contudo, que tais disposições nada tem a ver com a tese da *disregard*, eis que somente visavam responsabilizar diretamente aqueles que exorbitassem dos poderes que lhes foram confiados, tratando-se de verdadeira responsabilização por atos próprios. Neste sentido o magistério de Lamartine Corrêa:

Em tal caso, há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou o gerente agiu com desobediência a determinadas normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias, ser inimputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de aparência) – a responsabilidade será sua, por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito, doloso ou culposo: responderá por ilícito seu, por fato próprio.²⁷

²⁵No mesmo sentido CARPENA, Manoel. *Op. cit.*, p. 59.

²⁶ *Ibidem*, p. 58.

²⁷ OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de, *Op. cit.* p. 520.

Conclusivamente, deve-se afirmar que nenhum daqueles dispositivos que pretensamente diriam respeito à desconsideração assim devem ser considerados. Este fato é conseqüência de uma não compreensão ou de uma compreensão imperfeita acerca do instituto. Pelo simples fato de que a teoria do *disregard* tem por efeito ignorar, no caso em concreto, a personificação para buscar no patrimônio do sócio os bens que sejam suficientes para a responsabilização de seus próprios atos, fez com que qualquer imposição de responsabilidade direta dos sócios fosse, equivocadamente, considerada como ensejadora de desconsideração. Suprimiu-se a nota essencial da teoria, qual seja a fraude ou o abuso do instituto pessoa jurídica, desvirtuando e de certo modo retirando o prestígio e a verdadeira finalidade da técnica da desconsideração.

Até então tínhamos um esforço doutrinário e também jurisprudencial no sentido de enquadrar a doutrina da desconsideração nas normas já existentes. Em 1990 o legislador decide, com o intuito de promover uma proteção cada vez mais eficaz para o consumidor, normatizar expressamente a matéria. Infelizmente, perdeu-se a oportunidade de depurar o instituto e torná-lo verdadeiramente adequado às suas construções originárias.

As críticas ao *caput* do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor conduzem-se principalmente no sentido da ausência da estipulação da fraude como fato gerador da desconsideração, o que fortemente contraria o histórico da doutrina, e além disso, deve-se lembrar ainda que muitas das hipóteses elencadas no mesmo artigo, e infelizmente repetidas pelo legislador da lei 8884/94 já foram bem reguladas em outras disposições do direito societário, nada tendo a ver com a pura e genuína teoria da penetração. Nesse sentido aponta-se o ensinamento de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves ao referir-se aos elementos que foram dispostos por Rolf Serick como necessários para o levantamento do véu da pessoa jurídica:

A impossibilidade da realização da norma jurídica por outros modos: esta é a questão

mais importante na exata compreensão do âmbito da desconsideração, ou melhor, de seus limites. Não cabe a desconsideração quando a lei responsabiliza os gerentes, administradores ou controladores de sociedades, tampouco quando as empresas integrantes de grupos econômicos, de fato ou de direito, coordenação ou subordinação, são proclamadas solidárias pela reparação de danos causados por uma delas (cf. art. 28, §§ 2º a 4º da Lei 8078/90).²⁸

Até mesmo a insolvência ou falência, desde que decorrentes de má-administração, foram consideradas como fundamento para a desestimação da personalidade jurídica. Conseqüentemente, ter-se-ia que o simples fato do fracasso de determinada empresa, independentemente de qualquer fraude, daria ensejo à desconsideração, penalizando cruelmente aquele que por circunstâncias outras, por vezes até ausência de competência ou de dom para a direção de negócios, viesse a falir ou se tornasse insolvente. Má administração nada tem a ver com a utilização da empresa como couraça para o locupletamento dos sócios. No mesmo sentido de tais considerações, aponta-se o magistério do professor Fábio Ulhôa Coelho:

Pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial,

²⁸ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 262.

as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência.²⁹

Finalmente, a única hipótese prevista no Código de Defesa do Consumidor que verdadeiramente corresponde ao histórico do instituto diz respeito à enunciação do abuso de direito, como bem notado pela professora Carla Marshall:

Na verdade, o único elo de ligação entre o dispositivo legal do Código de Defesa do consumidor e a Teoria da Desconsideração consiste no abuso de direito, pois os demais casos são apenáveis por si sós, não carecendo de buscar-se o culpado, que se esconde atrás da personalidade jurídica da sociedade.³⁰

Em termos de Código Civil, o legislador resolveu extirpar o longínquo silêncio, dispondo em seu art. 50:

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

Pode ser afirmado que aparentemente a tese objetivista, sustentada precipuamente por Fábio Konder Comparato, parece ter sido a adotada,³¹ fato este que pode até ser confirmado pela

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126-127.

³⁰ MARSHALL, Carla. A sociedade por quotas e a unipessoalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 139.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. São Paulo: Saraiva,

ausência de indicação da fraude como fundamento para a desconsideração.³²

Todavia, segundo informam José Tadeu Neves Xavier e Márcio Guimarães, consegue-se resgatar os postulados tradicionais da doutrina na medida em que a fraude estaria implicitamente contida no abuso da personalidade jurídica e também pelo fato de que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial seriam meramente exemplificativos deste abuso.³³

Em termos práticos, os prejuízos sofridos pelos credores têm sido resgatados a partir da técnica da desconsideração quando configurada hipótese de prática abusiva e também, acompanhando o sentido objetivista que deflui do art. 50, Código Civil, quando prejuízos são causados em decorrência da não obediência aos fins da personalidade jurídica. Ou seja, o Código Civil, assim como outras leis brasileiras, cria uma nova estrutura para o instituto, cujas diretrizes básicas ainda se encontram em formação.

Para demonstrar o alegado, algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. Não localização da executada no endereço fornecido. Diligências realizadas por Oficial de Justiça dando

2002. p.128.

³² XAVIER, Jose Tadeu Neves. A teoria da consideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 10, p. 69-85, abr-jun. 2002.

³³ XAVIER, Jose Tadeu Neves, *Op. cit.* p. 75 e GUIMARÃES. Marcio Souza, *Op. cit.*

Sobre a interpretação do art. 50, interessante conhecer o enunciado de n. 146 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: 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). O enunciado 7, por sua vez, dispôs que: “Art. 50: 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.” Disponível em www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 29 out. 2006.

conta de que a executada não mais funcionava no endereço fornecido. Caracterização de prática abusiva, já que a mesma eximiu-se e postergou ao máximo o direito do credor, o que constitui um artifício malicioso, com a finalidade de prejudicar o andamento do processo de execução, agindo claramente de forma abusiva, com evidente má-fé. Necessária uma medida mais enérgica, a fim de se ver cumprida a decisão judicial, pelo que, correta está a decisão proferida pelo douto Juízo de primeiro grau. AGRAVO IMPROVIDO.³⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOCIEDADES. CONFUSÃO PATRIMONIAL. PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1- O ordenamento jurídico, em algumas circunstâncias, admite a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade para que o seu patrimônio responda pelas obrigações de outra que com ela se confunde. 2- O Código Civil autoriza a aplicação do instituto, dentre outros, em caso de abuso da personalidade jurídica caracterizado pela confusão patrimonial (art. 50).³⁵

No entanto, a simples falta de patrimônio não é admitida como hipótese de desconsideração, significando que a incursão sobre os

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento 2006.002.06597. 15ª Câmara Cível. Relator: Celso Ferreira Filho. Rio de Janeiro, 19 de julho de 2006. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 20 out. 2006.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento 2006.002.13643. 5ª Câmara Cível. Relator: Milton Fernandes de Souza. Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 20 out. 2006.

bens particulares dos sócios requer, conforme já afirmado, a prova do abuso ou o simples desvio de finalidade, numa clara adoção da *mens legis* do Código Civil de 2002, que exemplificativamente dispõe sobre a responsabilidade contratual pela quebra da boa-fé objetiva e também sobre a figura do abuso de direito, art. 187, intrinsecamente desvinculada da noção de culpa.³⁶

6. Conclusão

A utilização da pessoa jurídica para a efetivação de negócios que o homem sozinho dificilmente concretizaria, é fato muito importante, na medida em que contribui para o desenvolvimento do mercado, oportunizando também o incremento da distribuição de produtos e serviços.

A adoção da personalidade jurídica torna-se demasiadamente interessante, pois tem como um de seus principais efeitos a separação patrimonial, tornando a atividade negocial menos onerosa e arriscada.

No entanto, os abusos que foram verificados através da utilização desvirtuada do instituto mereceram correção, estando esta materializada na figura da desconsideração da personalidade jurídica, que objetiva a suspensão momentânea dos efeitos da separação patrimonial, fazendo com que os sócios ou acionistas que se utilizaram da pessoa jurídica para a consecução de finalidades escusas venham responder pessoalmente pelos seus atos.

³⁶ Agravo de instrumento. Decisão que, em execução decorrente de sentença proferida em ação de cobrança do montante de R\$ 7.566,36, indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada-agravada, sob o fundamento de que a falta de patrimônio da empresa não é suficiente para caracterizar qualquer das hipóteses previstas no artigo 50 do CC/02. Não demonstração de fraude, abuso de direito ou dissolução irregular. Manutenção. Artigo 557, caput, do CPC. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento 2006.002.10219. 7ª Câmara Cível. Relator: Helda Lima Meireles. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 20 out. 2006. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo: 70015081367. 9ª Câmara Cível. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Porto Alegre, 03 de maio de 2006. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 21 out. 2006.

Inicialmente a teoria da desconsideração, ou do *disregard*, como também é fortemente conhecida, tinha como principais elementos a fraude e o abuso de direito, já que nestes parâmetros foi construída sua doutrina tradicional, pertencente ao direito alemão, tendo desta mesma forma chegado aos ensinamentos doutrinários brasileiros.

Como foi visto, muitos esforços foram envidados para que a teoria pudesse ser encontrada em leis já existentes no nosso ordenamento, não se conseguindo, porém, grande êxito, haja vista a discrepância existente entre os enunciados legais e os requisitos inerentes à noção de desconsideração que havia sido construída.

As leis posteriores que expressamente passaram a dispor sobre a desconsideração, tais como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste, não o fizeram de forma correta, porquanto uma compreensão afastada da verdadeira essência do instituto, fez com que outros diversos problemas existentes em matéria de sociedades, cujas soluções já se encontravam previstas em outros enunciados legais, fossem listados como situações que ensejavam a aplicação da teoria, ocasionando verdadeira desordem na sistematização do instituto e porque não dizer a sua deturpação.

Como resultado tem-se que a doutrina e a jurisprudência se esforçam para depurar o instituto, livrando-o das imperfeições e adequando-o aos ditames tradicionais de sua origem.

O Código Civil de 2002, considerando os referidos ensinamentos, poderia ter sido mais claro quanto à enunciação de seus elementos, dissipando as imperfeições sofridas anteriormente pela teoria da desconsideração. Não o fez a contento. No entanto, pelo menos inicialmente, a aplicação do art. 50 vem satisfazendo os interesses dos credores, sem confundir a desconsideração com institutos similares.

Dessa forma, resta que, para todo e qualquer dispositivo que preveja o instituto, devem ser fixadas interpretações que objetivem coaduná-lo aos seus tradicionais termos, reorganizando o sistema para a aplicação de instrumento tão prático e necessário para o afastamento de condutas que somente fazem transformar

a atividade negocial numa cobertura para a efetivação de fraudes, abusos e lesões aos interesses dos credores.

Urge que a teoria seja readaptada aos seus elementos essenciais, ou ao menos, a uma enunciação que retire a qualidade de desconsideração daquelas formas de responsabilidade já previstas em outras legislações, finalidade que, poderá ser facilmente alcançada por meio do trabalho da jurisprudência, fazendo com que o método para coibir os atos ilícitos que são praticados por meio da pessoa jurídica, ganhe em sistematização e segurança.

Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BORBA, José Edivaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARPENA, Manoel. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, n. 8, v. 2, 54-68, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES, Marcio Souza. *Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 10 abr. 2003.

GUSMÃO, Mônica. *Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de*

defesa do consumidor e na lei antitruste. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MAGALHÃES, Jorge. A teoria do disregard e o código de defesa do consumidor. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, RJ, ano 12, n. 16.

MARSHALL, Carla. *A sociedade por quotas e a unipessoalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1995.

XAVIER, Jose Tadeu Neves. A teoria da consideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 10, p. 69-85, abr-jun. 2002.