



FACULDADE PROCESSUS

CURSO DE DIREITO – PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

CAROLINA DE OLIVEIRA BIZARRA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: APLICAÇÃO E
TEORIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**FACULDADE PROCESSUS/ESMA
BRASÍLIA, SETEMBRO DE 2015**

CAROLINA DE OLIVEIRA BIZARRA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: APLICAÇÃO E
TEORIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa de aproveitamento da disciplina *Metodologia da Pesquisa*, da pós-graduação em *Direito*, sob a orientação do professor Dr. Gustavo Castro

**FACULDADE PROCESSUS/ESMA
BRASÍLIA, SETEMBRO DE 2015**

RESUMO

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil na ESMA – Escola da Magistratura do DF, em parceria com a Faculdade Processus. Tem como tema a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, demonstrando sua origem e problemática. Busca demonstrar que, apesar da escassez de legislação acerca do assunto, é perfeitamente possível e necessário que o magistrado aplique a teoria nos casos em que o sócio utiliza a pessoa jurídica para agir de modo fraudulento ou com abuso de direito, visando obter uma vantagem para si, causando um prejuízo a um terceiro. Por ser um trabalho denso apresentado pela doutrina, que busca cada vez mais acabar com as brechas utilizadas por esses sócios, e ampliar a possibilidade de aplicação da desconsideração, os magistrados tem forte embasamento teórico, que os autoriza a afastar a proteção societária – e não a eliminar – apenas naquele caso concreto e em relação às consequências decorrentes do ato fraudulento.

Palavras-chave: Pessoa jurídica. Teoria da desconsideração. Possibilidade de aplicação. Desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT

Job Completion course sensu post-graduation in Civil Law at ESMA – Escola da Magistratura do DF, in partnership with the Faculdade Processus. Theme is the application of the theory of piercing the corporate veil, showing their origin and problematic. Seeks to show that, despite the lack of legislation on the subject, it is quite possible and necessary that the magistrate apply the theory in cases where the partner uses the legal person to act fraudulently or with abuse of rights in order to obtain an advantage for itself, causing damage to a third party. Because it is a dense work presented by the doctrine that seeks increasingly to end the loopholes used by these partners, and expand the applicability of disregard, the magistrates have strong theoretical foundation, which authorizes away the corporate protection - not to eliminate - only in that case and in relation to the consequences of the fraudulent act.

Keywords: Legal person. Theory of disregard. Application possibility. Piercing the corporate veil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1. A PESSOA JURÍDICA.....	09
1.1. A origem da personalidade	11
1.1.1. <i>A personalidade jurídica no ordenamento brasileiro.....</i>	14
1.1.2. <i>Conceito de pessoa jurídica.....</i>	16
1.1.3. <i>Pressupostos para personificação.....</i>	19
1.2. Problemas decorrentes da pessoa jurídica.....	22
2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	26
2.1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica.....	27
2.1.1. <i>Teoria da desconsideração: conceito.....</i>	30
2.1.2. <i>A disregard doctrine: origem, história e evolução.....</i>	32
2.1.3. <i>Desconsideração da pessoa jurídica.....</i>	36
2.1.4. <i>Aplicação prática da Teoria da desconsideração.....</i>	37
3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO NO BRASIL.....	40
3.1. Código de Defesa do Consumidor.....	40
3.1.1. <i>Abuso do direito.....</i>	43
3.1.2. <i>Excesso de poder.....</i>	43
3.1.3. <i>Infração da lei e fato ou prática de ato ilícito.....</i>	43
3.1.4. <i>Violação dos estatutos ou contrato social.....</i>	44
3.1.5. <i>Má administração.....</i>	44
3.1.6. <i>O § 5º.....</i>	44
3.2. Código Civil Brasileiro.....	44
3.2.1. <i>Uso abusivo da personalidade jurídica.....</i>	45
3.2.2. <i>Desvio de função da pessoa jurídica.....</i>	46
3.3. Aplicação jurisprudencial – TJDFT e STJ.....	46
3.3.1. <i>TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.....</i>	46
3.3.2. <i>STJ – Superior Tribunal de Justiça.....</i>	49
CONCLUSÃO.....	54
REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICOS.....	57

INTRODUÇÃO

A teoria de desconsideração da personalidade jurídica – que deixou de ser tratada como teoria passando a ganhar o caráter de instituto com o advento o art. 50 do Código Civil de 2002 – é um tema importante e muito amplo no direito contemporâneo.

Ao tratar do assunto, é inevitável tratarmos também da pessoa jurídica, seu ponto de partida, sua origem, suas complexidades. É pressuposto. Não há desconsideração sem pessoa jurídica. E o instituto é de inquestionável importância nas sociedades civilizadas, merecendo destaque e um estudo detalhado.

Isso porque a sociedade moderna não sobrevive sem a pessoa jurídica. Até mesmo porque o desenvolvimento da sociedade moderna foi muito influenciado – para não dizer que só foi possível – graças à pessoa jurídica, que possibilitou que grandes obras e contratos se tornassem possíveis.

O que era impossível ser feito por uma pessoa sozinha, talvez pela grande quantia de dinheiro envolvido, ou de técnica, ou até mesmo pelo risco, passou a ser praticado a partir da instituição da pessoa jurídica. Isso porque as pessoas se reuniam em grupos, reunido, assim, patrimônio e conhecimento, dividindo os riscos e as obrigações, e conseguindo tornar o que antes era sonho, em realidade.

Grandes cidades nasceram. Países puderam se desenvolver. A sociedade rapidamente se transformou, evoluindo e tirando proveito dos benefícios que a pessoa jurídica era capaz de realizar.

Porém, o ser humano é criativo e ganancioso, logo percebendo que aquilo que servia para fazer grandiosidades para o bem da sociedade, também podia servir aos seus interesses particulares, aumentando seu patrimônio, burlando a lei, driblando o fisco, enfim, desviando da finalidade inicial da pessoa jurídica para atender aos seus anseios egoístas.

A sociedade passou a ser constantemente utilizada como meio de obtenção de vantagem pessoal, sendo manipulada de forma a esconder todo tipo de fraude atrás do véu da autonomia.

O trabalho aqui desenvolvido foca justamente nesse aspecto, onde se desenvolveu uma teoria que possibilitasse ao Estado-Juiz atuar de forma idônea na repressão desse tipo de fraude, que muitas vezes era comprovada, mas nada se podia fazer em razão do princípio da autonomia patrimonial.

O Direito Empresarial trouxe o meio, o armamento utilizado para o cometimento das fraudes e ilicitudes. O que era para ser uma ferramenta de desenvolvimento social, ao ser desvirtuado, tornou-se um caminho para a irregularidade. Era preciso um método para coibir tais ilegalidades.

A apresentação dos conceitos, da origem, do desenvolvimento histórico, e da utilização da Teoria da Desconsideração são os aspectos abordados, no trabalho, que visa explicar como se desenvolveu e como foi inserida a teoria no Brasil.

O primeiro capítulo trará, de forma simples, os conceitos necessários ao entendimento da utilização da Desconsideração. É preciso entender, inicialmente, a pessoa jurídica. Os princípios, a autonomia, como surgiu e como chegou ao ponto de ser necessária a teoria da desconsideração. A pessoa jurídica é necessária ao desenvolvimento social, não se pode reprimir o instituto. É preciso entender o instituto e reprimir aqueles que o utilizam de forma equivocada. Para tanto, o primeiro capítulo tenta explicar da forma mais detalhada possível o instituto da pessoa jurídica.

O segundo capítulo contará com a explicação a respeito da própria teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como se deu sua origem e sistematização, porque foi tão bem aceita e disseminada, e como se dá sua aplicação.

Por fim, o terceiro capítulo traz a teoria para dentro no nosso ordenamento jurídico pátrio, como foi a introdução e o desenvolvimento normativo, e visa demonstrar através de exemplos a aplicação real da teoria da desconsideração nos Tribunais do país.

O estudo aqui proposto seguirá a metodologia dogmática, com foco doutrinário, relacionando situação social do Brasil com sua ordem jurídica, passando pela evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial, abordando tanto as decisões mais recentes, quanto aquelas que pioneiramente trouxeram a teoria para o pensamento jurídico do país, com foco nas teses doutrinárias dos autores brasileiros e dos autores estrangeiros que deram origem à teoria e ajudaram na sua disseminação e introdução no Brasil.

1. A PESSOA JURÍDICA

A Pessoa Jurídica é um ente moral criado pelo ser humano a partir da necessidade social de uma categoria jurídica que favorecesse o crescimento dos setores produtivos, culturais, sociais e religiosos, os quais encontravam dificuldades para se desenvolverem pelo esforço de um indivíduo isolado ou de pequenos núcleos familiares. (NADER, 2013)

De forma geral, é possível relatar que no período romanístico antigo não se conhecia o conceito de pessoa jurídica. Na primeira fase do Império Romano, entretanto, conheciam-se algumas associações de interesse público, como *universitates*, *societates*, *corpora* e *collegia*. Assim, o conceito de pessoa jurídica começou a desenvolver-se durante o Império, e quando da constituição dos *municipia*. (...) No Direito Justiniano, a pessoa jurídica ganhou mais destaque com as fundações. Já no último estágio do Direito Romano, duas classes de pessoas eram reconhecidas: de um lado, as agrupações de indivíduos ou *universitates personarum*, (...), e, de outro, as *universitates bonorum*, estabelecimentos ou fundações e, desde os imperadores cristãos, conventos, hospitais, estabelecimentos pios e benéficos. Era feita a distinção entre *universitas* e *societas*. Enquanto a *universitas* era compreendida como um sujeito jurídico, a *societas* era vista como uma relação jurídica. (FREITAS, 2004. p. 26)

A doutrina, então, concebeu a criação de um ente que reunisse algumas características fundamentais assim colocadas: reunião de pessoas ou bens com uma finalidade definida, com incentivo à soma de economias, e que tivesse a sua responsabilidade separada da dos seus integrantes. Assim, o conjunto de pessoas ou bens passaria a formar uma unidade do ponto de vista jurídico, com sua própria personalidade. (NADER, 2013)

Dessa forma, as pessoas jurídicas, também chamadas de pessoas morais (no direito francês) ou pessoas coletivas (no direito português), podem ser definidas como associações ou instituições formadas com uma finalidade pré-definida e são reconhecidas pelo ordenamento jurídico como sendo sujeito de direitos. (MONTEIRO; PINTO, 2012)

O professor e doutrinador Flávio Tartuce (2014, p. 133) deu uma definição sucinta e satisfatória da pessoa jurídica como sendo “conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal”. Ele acrescenta ainda que, embora o Código Civil de 2002 não tenha sido expresso a esse respeito da forma como o era o Código de 1916 em seu

art. 20, a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, são personalidades distintas, regra essa que é inerente à própria personalidade jurídica. É possível, então, que o Código Civil de 2002 não tenha sido expresso a esse respeito justamente porque seria inconcebível entendimento diverso.

As sociedades personificadas são uma das chaves do sucesso da atividade empresarial, havendo se proliferado justamente por serem o meio mais comum do exercício das atividades econômicas. A pessoa jurídica é, pois, um “privilégio” assegurado àqueles que se reúnem e desenvolvem conjuntamente determinada atividade econômica. (BLOK, 2013. p.93-94)

Mas, como veremos a seguir, a regra da existência distinta da pessoa jurídica e de seus membros pode ser afastada em determinadas situações. São os casos de desvio de finalidade ou abuso da personalidade jurídica, em que se aplicam os art. 50 do Código Civil/2002, o art. 20 do Código de Defesa do Consumidor, dentre outras normas reguladas em legislações específicas (TARTUCE, 2014). É justamente a aplicação a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estudaremos com afinco no capítulo seguinte.

Para afirmar e justificar a existência da pessoa jurídica, o Código Civil de 2002 adotou a teoria da realidade técnica. Essa teoria soma a teoria da ficção – defendida por Savigny, em que as pessoas jurídicas são criadas por ficção legal – com a teoria da realidade orgânica – de Gierke e Zitelman, defende que, ainda que criada por ficção legal, não se pode ignorar que a pessoa jurídica tem identidade organizacional própria que deve ser preservada. (TARTUCE, 2014)

Assim, podemos afirmar que a teoria hoje adotada em nosso ordenamento jurídico é a teoria da realidade técnica ou, como prefere a professora Maria Helena Diniz, teoria da realidade das instituições jurídicas – teoria essa consagrada por Hauriou e seguida por vários doutrinadores, entre eles a professora Maria Helena.

A teoria da realidade das instituições jurídicas também defende que a personalidade jurídica é uma ficção atribuída pelo direito vigente numa sociedade, pois da mesma forma como o direito já suprimiu a personalidade humana, como no caso de escravos, por exemplo, o direito também pode concedê-la a agrupamento de bens ou de pessoas que tenham por finalidade a realização de determinados

interesses. “A personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecem. Logo, essa teoria é a que melhor atente à essência da pessoa jurídica, por estabelecer, com propriedade, que a pessoa jurídica é uma realidade jurídica”. (DINIZ, 2013. p.269)

A personalidade que dá vida à pessoa jurídica é uma manifestação do direito de propriedade, devendo, portanto, respeitar a função social a ela atribuída, sob pena de sua desconsideração – daí o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que visa afastar os abusos e fraudes cometidos em seu nome. (PINTO, 2014)

Daniela Story Lins (2002, p. 13) confirma a teoria da realidade ao afirmar que “Com a evolução do direito, passou-se a adotar a Teoria da Realidade; consagração disto deu-se a Lei nº 6.404/76, mais precisamente em seu artigo 115”. A Lei mencionada é a lei das sociedades anônimas, que disciplina os aspectos mais relevantes e depende integralmente do conceito de separação patrimonial e autonomia da pessoa jurídica.

1.1.A origem da personalidade

A personalidade jurídica não é algo recente no mundo, muito pelo contrário, existem registros das corporações ou associações que datam do período clássico do Direito Romano, entre 127 a.C. e 305 d.C., que se referiam às cidades estrangeiras e comunidades que eram incorporadas ao Império Romano. (NADER, 2013)

Isso porque o ser humano é um ser gregário, animal social. Sempre procurou a vida em grupo, desde os primórdios, das épocas mais primitivas. Ainda nas cavernas aprendeu que certas atividades, as quais não poderia fazer sozinho, ou que se pudesse teria muita dificuldade, poderia realizar com mais facilidade com a ajuda de outros membros do grupo. Até mesmo para a defesa contra animais ou grupos hostis. (FLORES, 2013)

A união de esforços para alcançar objetivos comuns é o mote que levou o homem a associar-se para esse fim e representa o germe que, com a

evolução da sociedade e, principalmente da ciência jurídica, levou, muito tempo depois, ao surgimento da pessoa jurídica. (FLORES, 2013. p. 386)

No período pós-clássico romano as corporações se desenvolveram e certas condições para sua criação começaram a ser exigidas, como a participação de no mínimo três pessoas, a existência de um estatuto e a definição da finalidade a que se destinava. Desse grupo uma única pessoa era formada, chamada de *actor* ou *syndicus*. (NADER, 2013)

Apesar de todo esse desenvolvimento, o Direito Romano não criou realmente uma pessoa jurídica. Sua origem propriamente dita se deu no Direito Canônico. Paulo Nader explica que “a necessidade de se estabelecer a natureza da Igreja, distinguindo-a de seus fiéis, levou os canonistas a certas distinções básicas e ao conceito de pessoa jurídica”. (NADER, 2013, p. 202)

Complementando, Ferrara explica que

A própria Igreja não foi concebida como o conjunto de fiéis. Era o corpo místico de Cristo, organismo vivo, com forma abstrata, alegórica. Os cristãos estavam sob a proteção da Igreja; não compunham sua estrutura.¹

Ainda assim, somente no início do século XIX, com o alemão Heise, a expressão pessoa jurídica propriamente dita veio a ser utilizada, ganhando destaque com a obra de Savigny, sendo adotada pela maioria dos países – apesar de ainda existirem alguns, como Portugal e França, que preferem não utilizar o termo (FIUZA, 2010), os quais se utilizam da denominação *ente moral*.

Percebe-se, então, que a possibilidade de conferir personalidade jurídica à reunião de pessoas naturais foi acontecimento dos mais importantes para a sociedade. Explica bem Nelson Rosenvald (2011) quando afirma que “pela impossibilidade de exercer, realizar por si só, certas atividades e atingir determinadas finalidades que ultrapassam suas forças e limites, a pessoa natural precisa se unir a outras pessoas humanas, formando grupos com desiderato próprio”. A esses grupos a que se refere Rosenvald foi atribuída certa independência e autonomia, conferindo-lhes estrutura própria, de forma a distinguir o agrupamento

¹ FERRARA. *Teoria delle persone giuridiche*. 2.ed. p.22 et seq. In: FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 24.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 145.

em si, separando-o das pessoas que o formavam. Tinha origem, então, a personalidade jurídica, dando início a uma infinidade de entes personalizados, cada um deles formado por uma reunião de pessoas naturais que buscavam uma mesma finalidade, mas que encontravam limites na sua força individual. Entende-se, assim, que as pessoas jurídicas nasceram com a finalidade de satisfazer interesses humanos, sempre buscando alcançar metas que as pessoas não conseguiriam alcançar sozinhas.

Dessa forma, a própria necessidade social deu início à pessoa jurídica. A necessidade de convivência em grupo e da cooperação para que se alcance certa finalidade foi o alicerce da personalidade jurídica. A partir de então, o crescimento das relações econômicas, o desenvolvimento da sociedade e o incremento da tecnologia estimularam os agrupamentos pessoais ou de patrimônio, aumentando cada vez mais o campo de abrangência da pessoa jurídica.

E foi exatamente esse crescimento e desenvolvimento tanto da sociedade, quanto do ente personalizado, que acabou por desencadear uma série de controvérsias, para não dizer problemas, que necessitam de maior cautela, como o reconhecimento dos direitos da personalidade, a responsabilização penal e a desconsideração da personalidade jurídica – tema esse que será melhor debatido neste capítulo.

Assim a evolução das sociedades e da tecnologia, e a expansão das cidades, trouxe a necessidade de grandes investimentos para a construção das rodovias, dos prédios comerciais, das estradas, etc. Mas, por serem investimento de risco e de alto valor, os donos de grandes montes de dinheiro não estavam dispostos a se arriscar e colocar toda sua fortuna em um negócio que poderia dar errado, e que poderia levá-los, inclusive, à insolvência.

Surgiu, então, a ideia de se reunirem vários investidores numa espécie de associação, onde cada um colocaria um valor em dinheiro, até que se totalizasse o montante necessário. Dessa forma cada um dos componentes do grupo se arriscaria somente por uma parte do valor do investimento, e se ele desse errado não acarretaria enormes prejuízos a nenhum dos investidores.

O professor Marlon Tomazette explica que

A fim de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas produtivas e, conseqüentemente, aumentar a arrecadação de tributos, produzindo empregos e incrementando o desenvolvimento econômico e social das comunidades, era necessário solucionar os problemas mencionados, encontrando uma forma de limitação dos riscos nas atividades econômicas. Para tanto, encaixou-se perfeitamente o instituto da pessoa jurídica ou, mais exatamente, a criação das sociedades personificadas. (TOMAZETTE, 2014, p. 237)

Ainda citando o professor Tomazette

Cria-se um ente autônomo com direitos e obrigações próprias, não se confundindo com a pessoa de seus membros, os quais investem apenas uma parcela do seu patrimônio, assumindo riscos limitados de prejuízo. Essa limitação de prejuízo só pode ser reforçada com as sociedades de responsabilidade limitada (sociedade anônima e sociedade limitada), as mais usadas atualmente no país. (TOMAZETTE, 2014, p. 238)

1.1.1. A personalidade jurídica no ordenamento brasileiro

Atualmente no ordenamento brasileiro, sendo um Estado Democrático de Direito, a opção pelos fins sociais da sociedade é de livre escolha dos sócios no momento da constituição societária – com raras exceções que impõem limites a essa liberdade, como os setores considerados essenciais, que são as telecomunicações, as companhias de seguro, a exploração de petróleo e gás, e algumas outras estruturas, como as associações de caráter paramilitar, e etc., que são estruturas que estão diretamente ligadas à soberania nacional e, por isso, não podem ser objeto social de qualquer tipo societário. (NADER, 2013)

Porém nem sempre foi tão simples. Houve um momento na história do ordenamento jurídico brasileiro em que se discutia sobre o reconhecimento da personalidade jurídica: enquanto o Código Comercial falava em responsabilidade subsidiária dos sócios frente à sociedade, o Código Civil era omissivo neste ponto. Então o legislador do Código Civil de 1916 pôs um fim à discussão ao reconhecer expressamente a personalidade jurídica às sociedades civis e comerciais – o que foi mantido pela Lei civilista de 2002.

O art. 20 do Código Civil de 1916 possuía redação clara e deixou assentado que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros” e

a principal consequência dessa distinção é a autonomia patrimonial, a qual gera importantes consequências quanto à responsabilização patrimonial, já que o patrimônio dos membros não responde pela pessoa jurídica, sendo afetado apenas em alguns excepcionais e raros casos, e, mesmo assim, de forma subsidiária.²

Em verdade, com a personificação da sociedade, o resultado prático que se busca é justamente a separação do patrimônio dos sócios em relação ao patrimônio da sociedade, pois os sócios contribuem para os fundos sociais com parcela de seu patrimônio. Transferem-na para a sociedade, que passa a ser dela titular, restando aos sócios o direito à participação nos lucros sociais, se houver, e também sobre o acervo social líquido quando da extinção da sociedade. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2013. p. 160)

Explica Daniela Story Lins:

Anteriormente à promulgação do Código Civil, discutia-se quanto à personificação das sociedades, e, além disso, no Direito Brasileiro anterior ao Código Civil, não era pacífico o elenco das pessoas jurídicas, mesmo após a entrada em vigor do Código Comercial em 1850.

Com a prevalência do disposto no art. 16, inciso II, do Código Civil, foi encerrada a controvérsia, ao se estabelecer que são pessoas jurídicas de direito privado as sociedades mercantis, como igualmente o são as sociedades civis e as associações. (2002. p. 10)

O principal representante da teoria da personalidade jurídica no Brasil foi Teixeira de Freitas, que apresentou a regulamentação das pessoas jurídicas, incluindo as sociedades nas categorias de pessoas. Ele apresentou o conceito de pessoa jurídica por exclusão, ou seja, eram todos aqueles entes que poderiam adquirir direitos, mas que não existiam fisicamente, sendo pessoas de existência meramente ideal. (REQUIÃO, 2008)

Além do que, alguns autores defendem que a principal característica das pessoas jurídicas é a separação patrimonial, que permite que os grandes investimentos, que envolvem riscos altíssimos, sejam feitos, o que seria praticamente impossível de ser realizado por uma pessoa sozinha. “A razão de ser da separação do patrimônio particular do sócio em relação aos débitos da sociedade

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BRASIL, Deilton Ribeiro. *Aspectos relevantes (materiais e processuais) da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). *Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica: visão crítica da jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 03.

é a minimização dos riscos da atividade empresarial que, de outra forma, ficaria inviabilizada”. (SILVA, 2011. p. 179)

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro garante a todos a liberdade de contratar, além de constituir e manter uma pessoa jurídica em funcionamento: “a constituição e o regular funcionamento de uma pessoa jurídica é um exercício do direito ou da liberdade de contratar” (ANDRADE FILHO, 2005. p. 15)

1.1.2. Conceito de pessoa jurídica

Para o professor Paulo R. M. Thompson Flores, o conceito é simples, moderno e define satisfatoriamente a pessoa jurídica para que possamos destrinchar o seu conceito base: “a pessoa jurídica é o conjunto de pessoas que unidas, em caráter permanente, para alcançar objetivos comuns e preenchendo os requisitos necessários, é dotado de personalidade jurídica”. (2013. p. 388)

Atualmente, para que a sociedade seja regularmente constituída, ela precisa da inscrição no órgão regulador específico, quando adquirirá personalidade jurídica, se tornando capaz de contrair direitos e obrigações, e terá autonomia, se tornando entidade distinta dos seus membros. Porém, também existem sociedades que se constituem sem o devido registro, as quais recebem tratamento específico pelo Código Civil, nos arts. 986 a 990. (GONÇALVES NETO, 2010)

Conforme dito anteriormente, essa personalidade jurídica adquirida pela sociedade, que lhe dá autonomia em relação aos seus membros, trouxe consigo uma série de controvérsias e discussões, e sua conceituação não poderia ser menos conturbada. A pessoa jurídica somente foi oficialmente reconhecida pelo Estado no momento em que ele se viu forçado a admitir que as sociedades de fato existiam, e, como tal, já apresentavam certo relevo social.

É o resultado de uma ficção jurídica do ordenamento que atribui personalidade e regime jurídico próprio a esses entes formados pela reunião de pessoas ou de bens, tendo em vista a persecução de determinados fins (FAZZIO

JÚNIOR, 2014). Conforme Ricardo Negrão, “a personalidade jurídica é uma ficção jurídica, cuja existência decorre da lei” (NEGRÃO, 2014, p. 269). Percebe-se que não é a simples reunião de pessoas que irá caracterizar a personalidade jurídica; para tanto é necessário que a reunião de pessoas ou de patrimônio anseie conferir uma personalidade a esta reunião, e que apresente um objetivo bem definido.

Os elementos que caracterizam a reunião de pessoas ou bens como uma pessoa jurídica, não são matéria unânime na doutrina moderna, mas existem cinco elementos que são coincidentes a quase todos os doutrinadores mais experientes, quais sejam a vontade humana que dá origem, a organização de pessoas ou a destinação de um patrimônio afetado a um fim específico, um objeto lícito, a capacidade jurídica e o registro. (FARIAS; ROSENVALD, 2011)

Como característica principal podemos apontar a separação da pessoa dos sócios e dos demais integrantes, pois a pessoa jurídica possui personalidade própria, com seus direitos e deveres, e com patrimônio destacado. O seu patrimônio assegurará sua responsabilidade em relação a obrigações com terceiros, e os bens de sua propriedade constituirão a garantia dos credores, como já acontece normalmente com as pessoas físicas ou naturais.

A existência do “patrimônio separado” é uma criação do direito positivo, de modo que só a lei pode determinar ou autorizar tal separação. (...)

A criação de uma pessoa jurídica pressupõe a existência de um patrimônio que será a ela afetado ou designado; todavia, o ordenamento jurídico não regula as hipóteses de separação patrimonial exclusivamente para esse fim.

Quando o patrimônio separado é utilizado para constituir uma pessoa jurídica, ele é posto a serviço desta, debaixo de um complexo de relações que se formam entre a pessoa jurídica e os membros outorgantes do patrimônio, para cumprir uma função específica e determinada. (ANDRADE FILHO, 2005. p. 57)

Rubens Requião destaca que

a sociedade adquire personalidade jurídica por concessão da lei. O art. 44 do Código Civil declara que são pessoas jurídicas de direito privado, entre outras entidades, as sociedades. (...) Está perfeitamente claro, no próprio texto legal, que a existência das pessoas jurídicas, e entre elas a das sociedades, começa com a inscrição de seus atos constitutivos no registro que lhes é peculiar. (REQUIÃO, 2008, p. 397)

Complementando o pensamento de Requião, Fazzio Júnior explica como se formam as relações das pessoas jurídicas com seus sócios e com terceiros:

A sociedade empresária como pessoa jurídica é sujeito de direito e poderá, em virtude dessa atribuição legal, praticar atos jurídicos não vedados por lei. Seus sócios manterão relações jurídicas entre si e com a nova pessoa que produziram. Perante terceiros é a sociedade que, com capacidade própria, negociará. Responderá, com seu próprio patrimônio, pelos encargos que contrair, e poderá estar em juízo. (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 115)

Ao atentar para sua responsabilidade patrimonial, Fazzio Júnior deixou transparecer a irresponsabilidade dos sócios perante as dívidas contraídas pela sociedade, que responderá por elas com seu próprio patrimônio, sem afetar o patrimônio dos sócios, garantindo maior segurança aos seus membros. Complementa, ainda, o doutrinador, ao explicar que

os sócios, em regra, não respondem pelas obrigações da sociedade. Somente se o patrimônio social revelar-se insuficiente para fazer frente ao passivo da sociedade é que, ainda assim, em circunstâncias expressamente previstas em lei, o sócio será chamado a responder pelos encargos sociais. Sua responsabilidade, mesmo nessa eventualidade, será subsidiária, ou seja, os sócios responderão se a sociedade não tiver com que responder, ou responderão pelo que a sociedade não tiver forças para responder. (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 116)

Ou seja, novamente há a afirmação da separação da responsabilidade dos sócios da responsabilidade da empresa. Aqueles só serão chamados para responder quando esta se encontrar em dificuldades, e em casos previstos na legislação.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto explica que como a autonomia de atuação é um dos efeitos da personalização, será necessário que uma pessoa natural aja por ela na prática, nos atos que lhe são próprios, já que a sociedade não tem existência física; dessa forma, é imprescindível que se faça uma correta distinção da atuação da pessoa natural enquanto tal, da sua atuação como gestora da sociedade, pois no momento em que faz presente a sociedade, quem está vinculado a seus atos é a própria pessoa jurídica, e não a pessoa natural que a faz representar. (GONÇALVES NETO, 2010)

É preciso comentar, ainda dentro do conceito, a função da pessoa jurídica. Por ser um instituto jurídico, tem a pessoa jurídica uma função, que seria a

criação de um ser autônomo à aqueles que o compõem e deram origem, de modo que tenha independência nas suas condutas, direitos e deveres. Assim confirma Suzy Koury:

Todo e qualquer instituto jurídico desempenha uma função.

[...]

Ensina Comparato que a função do instituto pessoa jurídica consiste na criação de um centro de interesses autônomos em relação às pessoas que lhes deram origem, de modo que a estas não possam ser imputadas condutas, os direitos e deveres daquela.

Dessa forma, torna-se possível a reunião de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades que, de outro modo, não seriam alcançadas. Essa vinculação de pessoas e bens deve estar sempre a serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes. (KOURY, 2014. p. 182-183)

1.1.3. *Pressupostos para a personificação*

Existem três sistemas diversos para determinarmos o momento em que o ente passa a existir juridicamente, adquirindo personalidade: o sistema da livre formação, o da autorização ou concessão e o sistema misto.

O direito francês adotou o sistema da livre formação, em que, uma vez manifestado o *animus societatis*, que se dá com a elaboração do ato constitutivo, já está formada e com sua devida existência a pessoa jurídica, com personalidade e capacidade. Esse sistema recebe críticas a respeito da insegurança jurídica que geraria, posto que não estabelece condições mínimas de existência, funcionamento ou sequer a licitude da finalidade. (FLORES, 2013)

Já o direito italiano segue o sistema da autorização ou concessão, que é justamente o oposto daquele sistema aplicado no direito francês, e que determina que o nascimento da pessoa jurídica depende de autorização ou concessão estatal. A crítica aqui já se dá no sentido de burocratização excessiva, visto que pequenas pessoas jurídicas, como associações de moradores, estariam obrigadas a essa prévia autorização estatal. (FLORES, 2013)

Por fim, o sistema misto adotado no ordenamento jurídico brasileiro se coloca em uma posição intermediária, nos termos do art. 45 do Código Civil de 2002. Esse artigo estabelece que o início da personalidade se dá com o registro do ato constitutivo (assim como o sistema da livre formação, demanda o *animus societatis*) e, em alguns casos, determina a prévia autorização estatal (assim como ocorre no sistema da autorização ou concessão, porém diminuindo a burocratização ao definir quais os entes necessitariam de prévia autorização estatal). Dessa forma, como podemos perceber, não temos nem a excessiva liberdade a ponto de gerar insegurança jurídica como no direito francês, nem a exagerada burocracia do direito italiano. (FLORES, 2013)

A própria terminologia usada deixa claro que a desconsideração só tem cabimento se estivermos diante de uma pessoa jurídica, isto é, de uma sociedade personificada. Sem a existência de personalidade não há o que ser desconsiderado.

No sistema brasileiro, a personalidade jurídica das sociedades nasce com o registro dos atos constitutivos no órgão competente. Sem tal registro, não importa se existe ou não o ato constitutivo. Nessa trilha, se a sociedade é de fato ou irregular, esta não é uma pessoa jurídica e, portanto, não há que se cogitar de autonomia patrimonial, não havendo a possibilidade do uso desta autonomia para fins escusos e não havendo, conseqüentemente, a possibilidade de ocorrer uma desconsideração se não houve a constituição da pessoa jurídica.

Assim, nas sociedades de fato ou irregulares os sócios assumem responsabilidade direta, solidária e ilimitada pelos atos praticados pela sociedade, não havendo motivo para a aplicação da desconsideração. (BLOK, 2013. p. 107)

Como dito, no Brasil o art. 45 do Código Civil dispõe sobre os requisitos básicos para a constituição da pessoa jurídica, aquisição de personalidade e capacidade. Dessa forma, o estudo desse artigo é muito importante para o correto entendimento e para evitar uma futura extinção da pessoa jurídica por motivo de irregularidades.

O *caput* do art. 45 do Código Civil traz um requisito para a constituição da pessoa jurídica, que é a necessidade de inscrição do ato constitutivo da sociedade, o contrato social ou o estatuto, no respectivo registro, precedida, quando houver necessidade, de autorização ou aprovação do Poder Executivo:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

O registro mencionado pelo artigo, no caso das sociedades empresárias, é o Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas comerciais, e a existência das pessoas jurídicas começa com a inscrição de seus atos constitutivos. (REQUIÃO, 2008)

Além do ato constitutivo na forma da lei, também são essenciais à formação da personalidade jurídica um objetivo social determinado a ser alcançado e um conjunto de pessoas. O objeto da entidade é de livre escolha dos idealizadores, podendo ter finalidade filantrópica, cultural, pesquisa científica, etc.

Do registro do ato constitutivo da sociedade surge, então, a personalidade jurídica, que gera alguns efeitos, conforme explicação do professor Ricardo Negrão:

- a) Titularidade negocial e processual. A sociedade, desde a inscrição de seus atos constitutivos, assume capacidade legal para adquirir direitos e contrair obrigações, podendo figurar, nas ações processuais, tanto no polo ativo como no passivo, para a defesa de seus interesses. (...)
- b) Individualidade própria: os sócios não mais se confundem com a pessoa da sociedade, inclusive quanto à qualidade empresarial. (...)
- c) Responsabilidade patrimonial: a pessoa jurídica possui patrimônio próprio, distinto do de seus sócios. É este patrimônio que se sujeita primariamente a responder pelas dívidas assumidas pela pessoa jurídica. (...)
- d) Alteração em sua estrutura possibilitando modificar sua ordenação interna, sua realidade societária, seu objeto social, sua estrutura societária, com o ingresso de novos sócios ou a retirada de outros, seu endereço, capital, etc. (NEGRÃO, 2014, p. 270-271)

A falta do registro do ato constitutivo significa a falta da personalidade jurídica, mas a empresa, a atividade empresária em si, subsiste na realidade, pois continua a ser exercida. A sociedade que não foi registrada, conhecida como sociedade em comum, sociedade de fato ou sociedade irregular, sofre algumas restrições, como a falta de legitimação para requerer a falência de

outro empresário, a restrição ao pedido de recuperação, a incidência em crime falimentar no caso de falência, entre outras restrições decorrentes da irregularidade da atividade exercida e da falta da personalidade jurídica. (FAZZIO JÚNIOR, 2014)

A autonomia privada não é dada em porção igual para todas as pessoas. O ordenamento jurídico leva em conta aspectos como a idade, a maturidade emocional e intelectual e as escolhas feitas. Por vezes, certas prerrogativas e obrigações dependem da situação jurídica em que determinada pessoa se encontra; assim, por exemplo, nem todas as pessoas adquirem direitos e deveres de sócios de uma sociedade, somente aqueles que optam por estar nesta situação é que os adquirem. (ANDRADE FILHO, 2005. p. 20)

A característica mais importante, e, portanto, mais marcante, da pessoa jurídica é a distinção de seu patrimônio, direitos, deveres e responsabilidade de cada um dos seus membros ou sócios para com o ente personalizado, não havendo qualquer tipo de confusão entre os patrimônios.

Com a aquisição da personalidade, depois de obedecidos os pressupostos formais, como, por exemplo, o arquivamento dos atos no registro público, a sociedade se torna um novo ser, distinto de seus componentes e com um patrimônio próprio e autônomo. A consequência imediata da personificação, independentemente do tipo societário constituído, é a separação patrimonial da sociedade, limitando o risco e a responsabilidade dos sócios. (LINS, 2002. p. 14)

1.2. Problemas decorrentes da pessoa jurídica

Conforme destacado anteriormente sobre as questões decorrentes da personificação dos entes, Rubens Requião chama atenção para os problemas decorrentes da personalidade jurídica, ainda nos dias atuais, pois a distinção dos patrimônios e a limitação da responsabilidade deveriam ser instrumentos de colaboração com o desenvolvimento da sociedade, e não facilitadores de fraudes. Requião chega a falar em decadência da pessoa jurídica, e afirma:

Partindo das premissas rigidamente estabelecidas pela teoria da personalidade, de que a pessoa dos sócios é distinta da pessoa da sociedade, e de que os patrimônios são inconfundíveis – pois apenas ocorre a responsabilidade subsidiária, pessoal, do sócio solidário – não se poderia compreender, dentro dos ditames da lógica, pudessem fatos da sociedade envolver a pessoa física do sócio, ou, ao revés, vicissitudes dos sócios comprometer a vida social. (REQUIÃO, 2011, p. 446)

Ana Caroline Santos Ceolin tem uma explicação simples sobre os problemas que decorreram da pessoa jurídica, sobre aquilo que deu errado. Porque,

apesar de necessária à sociedade, a pessoa jurídica precisa de controle, para evitar abusos:

O mau uso do ente personificado ocorre quando os indivíduos que o integram, acobertados pela garantia de que seu patrimônio pessoal não é alcançado por dívidas da sociedade, utilizam-se abusivamente do princípio segundo o qual a pessoa jurídica não se confunde com os seus membros. Sob o véu de tal autonomia, os sócios procuram se isentar da responsabilidade pessoal por negócios que, na verdade, são de seu direto interesse não da entidade coletiva. (CEOLIN, 2002. p. 01-02)

Ratificando o entendimento, Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, em seu Curso Avançado de Direito Comercial:

Com a sedimentação da personalidade jurídica da sociedade em nossos meios empresariais e em decorrência da regra inflexível do art. 20 do CC de 1916, o qual estabelecia que as pessoas jurídicas tinham existência distinta da de seus membros, e, portanto, patrimônios distintos, despontam aqueles que se utilizam da pessoa jurídica, enriquecendo seu patrimônio pessoal em detrimento da própria sociedade e de seus credores. (2013. p. 160)

Também aponta pela crise da personalidade jurídica Ana Caroline Santos Ceolin, ao destacar que a ideia de decadência surgiu justamente do reiterado mau uso da sociedade personificada, tendo esta se distanciado de sua finalidade original, dando margem para sua utilização para fins imorais.

A despeito de ter sido concebida para satisfazer legítimas necessidades humanas, a pessoa jurídica foi, pouco a pouco, sendo desviada de sua finalidade, possibilitando que por detrás de sua estrutura, escondessem-se pessoas e patrimônios para fins abusivos e fraudulentos. Esse reiterado mau uso da pessoa jurídica fez surgir a ideia de que ela estaria passando por uma verdadeira crise. (...)

A despeito de ter sido concebida para satisfazer legítimas necessidades humanas, a pessoa jurídica foi, pouco a pouco, sendo desviada de sua finalidade, possibilitando que, por detrás de sua estrutura, escondessem-se pessoas e patrimônios para fins abusivos e fraudulentos. (CEOLIN, 2002, p. 02)

Em meio ao crescimento das sociedades, a separação da pessoa jurídica da pessoa física e a distinção patrimonial, apareceram sociedades mal intencionadas, que usaram a figura societária para incorrer em fraudes e simulações, auferindo vantagens desproporcionais ao objeto da pessoa jurídica e prejudicando terceiros.

O professor Gladston Mamede ratifica essa ideia ao explicar que

no plano do Direito Societário, muito cedo alguns perceberam que poderiam utilizar-se da personalidade jurídica (de associações, sociedades e, mesmo, fundações) para a prática de atos ilícitos (contra a lei) ou fraudulentários (em fraude à lei), lesando terceiros em benefício próprio. Essa percepção foi aguçada quando o Estado, para estimular o investimento em atividades produtivas – meio para o desenvolvimento público –, criou hipóteses de limite de responsabilidade entre as obrigações da sociedade e as obrigações dos sócios, preservando o patrimônio desses, que não mais seriam chamados para responder, subsidiária ou solidariamente, pelas obrigações sociais, mesmo que os ativos não fossem bastantes para resolver (adimplir) seu passivo. (MAMEDE, 2004, p. 243)

Dessa forma, observando a ocorrência frequente de fraude e desvio de finalidade das sociedades, foi desenvolvida uma corrente de pensamento disposta a enfrentar o abuso de direito, coibindo a má-fé dos sócios, e punindo os responsáveis. Assim começou a aparecer a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, ou *Disregard of Legal Entity*, como forma de regulamentar os abusos de direito. Nesse ponto, é importante ressaltar, mais uma vez, as ideias de Requião:

Recentemente, porém, tendo em vista fraudes promovidas através da personalização das sociedades anônimas, seja em problemas de âmbito privado, seja em relações de direito público, se foi elaborando por construção jurisprudencial uma doutrina para coibir os abusos verificados. Surgiu, assim, a doutrina do *Disregard of Legal Entity* no direito anglo-saxão, espalhando-se para o direito germânico e mais recentemente repercutindo na literatura jurídica da Itália. Esse palpitante assunto merece uma análise especial, pois será inevitável sua influência em nosso moderno direito societário. (REQUIÃO, 2011, p.447)

Reforça, ainda, Koury (2014):

A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com as pessoas dos sócios e um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude de juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito.

Um dos meios mais frequentemente utilizado pelo ordenamento jurídico para reagir contra o desvio de função desse instituto é exatamente a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, através da qual se supera a forma da pessoa jurídica, desvalorizando-se a distinção entre ela e seus componentes, no caso particular, ou seja, sem negar sua personalidade de maneira geral. (p. 184)

Por fim, as palavras de Marcella Blok, que conseguiu fazer o link entre os problemas decorrentes da personalidade jurídica e a teoria da desconsideração, de forma que não poderia deixar de citá-la:

A personificação das sociedades é dotada de um altíssimo valor para o ordenamento jurídico, e inúmeras vezes entra em conflito com outros valores, como a satisfação dos credores. A solução de tal conflito dá-se pela prevalência do valor mais importante. O progresso e o desenvolvimento econômico proporcionado pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação individual de um credor. Logo, deve normalmente prevalecer à personificação.

Apenas quando um valor maior for posto em jogo, como a finalidade social do Direito, em conflito com a personificação, é que esta cederá espaço. (2013. p. 105)

Assim, é importante entender que a doutrina da personalidade jurídica foi desenvolvida, e tem sido aplicada até os dias de hoje, para dar uma maior segurança aos sócios de uma sociedade empresária, conferindo maior desenvolvimento do mercado, e os casos onde os sócios agem com abuso de direito devem ser repudiados, surgindo, então, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Iniciemos os estudos acerca da desconsideração da personalidade jurídica – a *disregard doctrine of legal entity*, reforçando o entendimento de que “a personalidade jurídica refere-se à capacidade geral e abstrata de determinada entidade ser sujeito de direitos” (NUNES, BIANQUI, 2009. p. 300), além do que o direito societário, ou empresarial, tem como pedra fundamental o princípio de que a sociedade e seus sócios são pessoas distintas, cada qual com seu patrimônio, seus direitos e obrigações separados individualmente, de forma autônoma.

Desconsideração da personalidade jurídica (disregard of the legal entity) ou penetração é instituto que permite a responsabilidade do administrador, gerente ou representante legal da pessoa jurídica, que, ao agir em seu nome, pratica ato lesivo aos interesses de terceiro, em abuso de poder ou desvio de finalidade da sociedade. Reprime-se, desse modo, o uso indevido da personalidade jurídica da entidade moral. (LISBOA, 2013. p. 296)

A partir do século XIX, com a constatação do crescimento do número de fraudes e desvio de finalidade da pessoa jurídica, foi crescente a preocupação com o tema e a busca de meios para frear essa situação. A regra intangível da separação patrimonial e a autonomia da pessoa jurídica foram colocadas em xeque.

Como bem explica Monica Gusmão:

A partir do século XIX, acentuou-se a preocupação da doutrina e da jurisprudência com a utilização da pessoa jurídica para fins diversos daqueles tipicamente considerados pelos legisladores. Meios idôneos de obstar a sua má utilização passaram a ser buscados. (...) Há quem sustente que a teoria foi sistematizada de forma pioneira por Rolf Serick, professor de direito da Universidade de Heidelberg, na Alemanha, em sua monografia *Aparência e realidade nas sociedades comerciais: o abuso de direito por meio da pessoa jurídica*. Foi no âmbito da *commom law*, principalmente a norte-americana, que se desenvolveu, inicialmente na jurisprudência, a desconsideração da personalidade jurídica. No direito brasileiro, a teoria foi introduzida por Rubens Requião. (2012. p. 237-238)

Consideração importante trouxe Marcella Blok acerca do tema desconsideração da personalidade jurídica, quando destaca que a teoria veio com o intuito não de impedir a separação da pessoa jurídica de seus membros, mas sim de reforçar e proteger essa separação, com vistas que ela se perpetue:

Parece-nos ser de fundamental importância esclarecer que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica não é uma teoria *contra* a separação subjetiva entre a sociedade empresária e seus sócios. Muito ao contrário, ela visa preservar o instituto, em seus contornos fundamentais, diante da possibilidade do desvirtuamento vir a comprometê-lo. Surgiu da inexistência de um critério de orientação a partir do qual os julgadores pudessem reprimir fraudes e abusos perpetrados através da autonomia patrimonial, podendo eventualmente redundar no questionamento do próprio instituto, e não do seu uso indevido. (2013. p. 95)

2.1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Antes de iniciar o estudo da desconsideração da personalidade jurídica, Simone Lahorgue Nunes e Pedro Henrique Torres Bianqui fizeram uma colocação que merece destaque, resumindo tudo aquilo que já foi abordado e apresentando uma bela introdução a este novo capítulo:

Para que se possa adentrar na análise da *desconsideração* da personalidade jurídica, faz-se necessário lembrar que a *personalidade jurídica* refere-se à capacidade geral e abstrata de determinada entidade ser sujeito de direitos e que o direito societário baseia-se no princípio de que a sociedade e seus sócios são entidades distintas, à sociedade pertencendo o seu patrimônio, seus direitos e obrigações, separados dos direitos e obrigações de seus sócios.

[...]

Ocorre que, ao mesmo tempo em que tais princípios vinham se sedimentando nos ordenamentos jurídicos, incentivando o comércio e o desenvolvimento econômico das nações, tais importantes institutos passaram a ser utilizados, em determinadas situações, para encobrir casos de fraude, o que gerou a necessidade de que os mesmos fossem relativizados, surgindo, assim, o princípio da desconsideração da personalidade jurídica. (2009. p. 300)

A pessoa jurídica surgiu em meio ao crescimento e a evolução das sociedades, conferindo uma distinção da personalidade das pessoas do sócio e da sociedade e uma distinção patrimonial. A separação patrimonial daí resultante é uma das suas principais características, e acabou por ganhar destaque tanto pelos benefícios que vinha causando, posto que os sócios podiam arriscar-se em negócios grandiosos sem colocar seu patrimônio particular em risco, quanto pelas pessoas que acabaram desvirtuando sua real finalidade. (FLORES, 2013)

Como bem disse Rizzatto Nunes, “acontece que o indivíduo, que não é inocente, passou a usar a sua capacidade de criação para acobertar sob o

manto formal da pessoa jurídica toda sorte de práticas abusivas e ilícitas”. (2013. p.466)

As situações de fraude e mau uso da pessoa jurídica se intensificaram quando o legislador limitou a responsabilidade dos sócios frente às obrigações assumidas pela sociedade, não sendo mais responsável solidário, ou subsidiário, respondendo apenas em casos específicos ditados pelo próprio legislador. (MAMEDE, 2004)

A personalidade jurídica é conferida às empresas, permitindo que formem uma esfera jurídica e patrimonial autônoma, separada do patrimônio de seus sócios, como forma de facilitar o desenvolvimento de certas atividades que requerem força maior do que aquela que pode ser atribuída a uma pessoa sozinha. Dessa forma, para que as pessoas possam se reunir, adquirindo uma maior força e, conseqüentemente, assumindo um risco maior, é estabelecida uma proteção patrimonial, onde a pessoa jurídica responderá pelas suas dívidas e obrigações com o seu patrimônio próprio. (FARIAS; ROSENVALD, 2011)

Mas, a partir do momento em que começaram a aparecer crescentes abusos praticados por inescrupulosos sócios, que se utilizavam exatamente dessa estrutura autônoma da pessoa jurídica para praticar negócios fraudulentos ou desvinculados de sua finalidade, eximindo-se da responsabilidade, eis que protegidos pelo véu societário, a partir desse momento, a jurisprudência e a doutrina começaram a perceber a necessidade da utilização de meios para o alcance do patrimônio dos sócios, em favor dos prejudicados de boa-fé. (FARIAS; ROSENVALD, 2011)

Nas palavras de Alfredo de Assis Gonçalves Neto,

Se a pessoa jurídica é criação legal destinada a preencher certos fins que o ordenamento jurídico chancela (instrumento destinado a facilitar ou possibilitar a concretização de certas relações jurídicas da vida na coletividade), é intuitivo que, nessa outorga, está implícita sua imprestabilidade para protagonizar função diversa, que o mesmo ordenamento condena. (GONÇALVES NETO, 2010, p. 138)

O direito não poderia ficar à margem da situação, apenas observando a clara manipulação das pessoas jurídicas praticadas por aqueles sócios e administradores que detinham tal poder, e que estavam usando-a para finalidade diversa. (NUNES, 2013)

Essas situações de fraude não poderiam subsistir dentro do Estado organizado com todo um ordenamento jurídico. Surgiu então a *doctrine of disregard of legal entity*, ou *disregard theory*, na doutrina estrangeira, sendo, posteriormente, adotada no sistema nacional. Essa teoria visava excepcionar a regra da distinção patrimonial em favor de terceiros de boa-fé, trazendo consigo fortes traços de moralidade e ética nas relações privadas, sugerindo uma função social para a utilização da pessoa jurídica. Dessa forma, quando a sociedade fosse manipulada para o cometimento de atos ilícitos ou fraudulentos, haveria a possibilidade de o juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, atingindo a pessoa do sócio, para responsabilizá-lo pela ilegalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2011). Dessa forma, essa teoria também é conhecida como teoria da penetração, por adentrar para além da personalidade jurídica da sociedade, alcançando o sócio, o gerente, o administrador, quem quer que tenha praticado o ato eivado de fraude ou abuso de direito.

Portanto, nos casos em que a aplicação do regime da personificação societária desvie a sociedade da finalidade que o ordenamento jurídico vise alcançar, por seu intermédio, nos casos em que tal aplicação conduza a situações de injusto prejuízo ao Estado ou à coletividade nele organizada e, ainda, quando a sua aplicação produza efeitos contrários aos valores que inspiram o ordenamento jurídico, poder-se-á subestimar os efeitos da personalidade jurídica, utilizando-se, assim, a *Disregard*. (KOURY, 2014. p. 190)

Um último ponto de importante destaque é que a desconsideração da personalidade jurídica não é instrumento a ser utilizado de forma imprudente e desgovernada, sendo aplicada a todo caso de falência ou insolvência. Ao contrário do que se imagina, a teoria não busca a desconstituição da sociedade empresária, responsabilizando seus sócios por todos os atos praticados ao longo da existência empresária. O que se busca, na verdade, é afastar o véu da personalidade jurídica especificamente no que diz respeito ao ato fraudulento, imputando a responsabilidade a quem o cometeu. Explica Gladston Mamede:

No entanto, é preciso redobrado cuidado com a aplicação do instituto (...). Um grande equívoco tornou-se endêmico no Direito Brasileiro, encontrando-se diversas decisões que afirmam a desconsideração da personalidade jurídica como efeito decorrente da inadimplência pela sociedade de suas obrigações, no que se distanciam, e muito, da teoria que sustenta o instituto jurídico e, igualmente, das normas que hodiernamente lhe dão existência positiva. A desconsideração está diretamente ligada ao mau uso da personalidade jurídica pelo sócio ou pelo administrador, não prescindindo do aferimento do dolo, abuso de direito, fraude, dissolução irregular da empresa, confusão patrimonial ou desvio de finalidade. (MAMEDE, 2004, p. 243)

Ana Caroline Santos Ceolin complementa essa ideia ao explicar que

Desestimar não significa extinguir, mas tão-somente prescindir da estrutura formal da pessoa jurídica diante de um caso concreto (...). O ente jurídico não desaparece em decorrência da desconsideração, apenas sua personalidade é ignorada para efeitos de responsabilização de seus membros. Contudo, os juízes não podem lançar mão desta técnica a todo e qualquer instante, mas somente quando se depararem com um caso concreto em que se vislumbra o mau uso do ente jurídico. (CEOLIN, 2002, p. 03-04)

Rubens Requião enfatiza esse ponto ao afirmar que “não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torna-la ineficaz para determinados atos”, ou seja, desconsiderar a personalidade apenas no que diz respeito ao ato viciado.

No Brasil, a teoria já vem sendo aplicada há muito, porém sempre com embasamento doutrinário e jurisprudencial. Apenas no Código de Defesa do Consumidor, em 1990, seguido pela Lei de Crimes ambientais (L. 9.605/1998) e pelo Código Civil de 2002, é que houve a normatização legal da teoria que, portanto, deixou de ser teoria posto que positivada. Ou seja, apesar de discutido e aceito pacificamente pela doutrina e jurisprudência, o legislador só se atentou em dispor expressamente a respeito recentemente.

Assim, com a inclusão do art. 50, resta claro que o atual Código Civil Brasileiro acolheu expressamente a desconsideração, que deixa de ser trabalhada como teoria e passa a fazer parte da cadeia de normas positivadas do ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.1. Teoria da desconsideração: conceito

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica apresenta várias vertentes, várias ramificações, mas o conceito principal é um só: afastar temporária e excepcionalmente a autonomia da pessoa jurídica para atingir os seus membros pessoalmente.

A desconsideração da personalidade jurídica implica a suspensão a personalidade jurídica, operada pelo órgão judiciário, no curso do processo, permitindo que, excepcionalmente, sejam ampliados os limites subjetivos da relação processual para alcançar o patrimônio dos sócios, para coibir os efeitos da fraude comprovada, levada a efeito mediante a utilização da pessoa jurídica para finalidades outras que não seu objeto social. (GUSMÃO, 2012. p. 238)

Marlon Tomazette define a teoria como um meio de adequação da pessoa jurídica ao seu objeto social. Dessa forma, há uma limitação, podendo-se coibir o uso indevido da sociedade, que só receberiam o benefício de serem pessoas jurídicas se se portassem de forma compatível com tal privilégio:

A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, vale dizer, é uma forma de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial. (TOMAZETTE, 2014. p.239)

Ou seja, o que o professor Tomazette explica é que a partir do momento que houve a desvirtuação da pessoa jurídica, não cabe manter seus privilégios. Assim, retira-se a autonomia patrimonial no caso concreto, de forma a não mais se separar a sociedade e o sócio, estendendo a este os efeitos obrigacionais contraídos através de ato fraudulento. Essa seria uma adequada maneira não só de reparação, mas também de prevenção contra desvios na finalidade societária, pois os sócios poderiam se abster de cometer ilicitudes ao saber que não estariam mais protegidos pelo véu societário nessas situações. (TOMAZETTE, 2014)

Nas situações em que o sócio agir com desvio de finalidade, fraude ou abuso de direito, o juiz deverá desconsiderar tão somente o ato tido como fraudulento, mantendo intacta a personalidade jurídica da sociedade. O que se busca é apenas a responsabilização do sócio, e não o desfazimento da sociedade. E, ainda assim, é uma medida excepcional, pois a regra da autonomia societária

continua valendo, devendo ser aplicada a teoria apenas nos casos em que haja demonstração inequívoca de fraude ou desvio da finalidade societária.

O próprio Código Civil, no artigo que trata da desconsideração, deixa clara a ideia de que o afastamento da independência societária se dará de forma excepcional, estendendo-se apenas sobre os atos eivados de fraude, atingindo, dessa forma, os bens particulares do sócio que será responsabilizado pelos danos.

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.

Esse artigo 50 foi inserido no ordenamento em 2002, com a entrada em vigor do atual Código Civil vigente. Anteriormente, a teoria da desconsideração não era reconhecida pela lei, mas já era admitida no ordenamento jurídico brasileiro através da aplicação da teoria da desconsideração pelos tribunais em casos específicos. Apesar de estar concentrada em apenas um artigo do código civil, e em outros poucos artigos de leis específicas, a matéria é de grande extensão e aplicabilidade. (NADER, 2013)

Anteriormente ao Código Civil de 2002, a Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, trouxe a teoria da desconsideração como novidade à legislação brasileira – Capítulo IV, Seção V: da desconsideração da personalidade jurídica –, dando base legal a essa importante teoria que já vinha sendo aplicada nos tribunais, mas que ainda estava sendo pouco debatida no âmbito legal.

2.1.2. A disregard doctrine: origem, história e evolução

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica tem sido comentada desde muito antes do século XIX, mas foi nessa época que ganhou um maior cuidado pelos doutrinadores e pela jurisprudência. Seu objetivo é garantir que a pessoa jurídica não seja utilizada de forma estranha por seus sócios, tendo sua finalidade desvirtuada para a prática de atos fraudulentos.

Uma parte da doutrina defende que o primeiro autor a sistematizar verdadeiramente a teoria foi Rolf Serick, porém é possível encontrar referências sobre o assunto desde o ano de 1912, feitas por um jurista norte-americano chamado Maurice Wormser.

Origens mais remotas retomam à teoria da soberania, que foi elaborada por Hausmann, na Alemanha:

Como precedente da *Disregard Doctrine*, há notícia da teoria da soberania elaborada por Hausmann, na Alemanha. Essa teoria visava imputar ao controlador de uma sociedade de capitais as obrigações assumidas pela sociedade controlada e por ela não satisfeitas, e, dessa maneira, revelar-se a substância das relações em detrimento de sua estrutura formal. Não obstante o grande avanço que representava, ela não logrou alcançar êxito nem repercussão nos meios jurídicos. (FREITAS, 2004. p. 57)

A origem da teoria encontra alguma divergência entre os doutrinadores brasileiros, que apresentam, em suma, três possíveis momentos determinantes para o surgimento da teoria. A divergência se estende ao local do surgimento, se teria sido no estado de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América ou se teria sido em Londres, na Inglaterra.

Paulo Nader defende que “a origem remota da medida está na criação, em 1911, no Estado de New York, do *self-incorporations*, que visava a estimular algumas atividades produtivas, mas logo surgiu a necessidade de se estabelecerem medidas de combate aos abusos que se verificam em nome da personalidade jurídica” (NADER, 2013, p. 216)

Há divergência sobre o local de consolidação da *Disregard Doctrine*, se foi nos tribunais norte-americanos, ou se foi na *House of Lords* britânica, essa última tendo sido a adotada pelo autor do artigo aqui debatido, Gilberto Gomes Bruschi.

Rubens Requião encontra-se entre os quais defendem que o primeiro registro de julgado em que houve a aplicação da teoria da desconsideração que se pode encontrar na doutrina é o caso *Salomon VS. Salomon & Co. Ltda.*, ocorrido na Inglaterra no final do século XIX, cerca de 1.897 – que justificaria a origem britânica da *Disregard Doctrine*. (REQUIÃO, 2011)

Esse julgado envolvia o comerciante Aaron Salomon, que havia constituído uma *company* juntamente com outros seis membros da sua família – sua mulher e seus cinco filhos. Salomon teria cedido seu fundo de comércio para a *company*, recebendo cerca de vinte mil ações representativas de sua contribuição, enquanto para cada um dos outros seis sócios coube apenas uma ação. Salomon fez inúmeras obrigações com garantia em nome da sociedade, que logo se mostrou insolvente, sendo seu ativo insuficiente para cobrir sequer as obrigações garantidas, nada restando aos credores quirografários.

Na defesa dos credores quirografários o liquidante sustentou que a *company* era, na verdade, atividade pessoal de Salomon, que possui crédito com garantia privilegiada e, assim, usou do artifício da sociedade para limitar sua responsabilidade nos seus negócios. Conseqüentemente, Salomon deveria ser responsabilizado pelo pagamento dos débitos, devendo seu crédito privilegiado ser utilizado para a satisfação dos credores. O juízo de primeira instância e a corte acolheram a pretensão do liquidante, alegando que Salomon permanecera como efetivo proprietário do comércio, desconsiderando a personalidade jurídica da sociedade Salomon & Co., atingindo os bens do próprio Salomon.

Porém a Casa dos Lordes reformou, unanimemente, o entendimento, julgando que a *company* havia sido constituída de forma regular no momento de sua criação, atendendo aos requisitos legais, não existindo responsabilidade de Aaron Salomon para com os credores da Salomon & Co. Mas a tese defendida nas instâncias inferiores gerou grande repercussão, sobretudo nos Estados Unidos da América, desenvolvendo larga jurisprudência e possivelmente originando a teoria do *disregard of legal entity*.

Existe, também, o registro do caso *Bank of United States v. Deveaux*, que é defendido por uma parte da doutrina, uma parte minoritária, como sendo o primeiro caso de aplicação da teoria da desconsideração – e daí a divergência se a origem da teoria se deu na *Common Law* Inglesa, ou se teria de iniciado na jurisprudência norte-americana. O caso norte-americano é interessante porque naquele país há uma limitação do alcance da jurisdição federal quando se trata de problemas entre cidadãos de estados diferentes. O juiz Marshall, em 1.809,

julgou a causa que envolvia conflitos de interesse de uma empresa, onde houve a proclamação de que as partes na causa seriam os próprios acionistas, e não a empresa, e que seus direitos deveriam ser alcançados, de forma que a personalidade jurídica da empresa restou de certa forma desconsiderada.

Porém, a Teoria da Desconsideração, na forma como conhecemos hoje, foi primeiramente sistematizada por Rolf Serick, nos anos de 1953 a 1955, em sua tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tubigen. Anteriormente a Serick, autores como Maurice Wormser já haviam estudado sobre o tema, nos anos 1.910 e 1.920, mas não com o mesmo afinco que Serick. Já na doutrina brasileira, a teoria ingressou no final dos anos 60, numa conferência de Rubens Requião, que utilizou como argumento principal a ideia de que caso não adotada a teoria, as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos. A partir de então a desconsideração passou a ser debatida no país, sofrendo enormes críticas, principalmente pela escassez de regulamentação legal – hoje o entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência brasileiras de que a teoria deve ser adotada independente de alteração legislativa, justamente por se tratar de instrumento de repressão a atos fraudulentos. (COELHO, 2014)

É importante destacar que a Teoria da Desconsideração trabalha a favor do instituto da personalização da pessoa jurídica, e não tem a intenção de anular ou extinguir a personalidade, mas apenas afastá-la para uma possível responsabilização de seu sócio que porventura tenha manipulado a sociedade para a prática de atos ilícitos ou com abuso de direito.

Tartuce destaca que:

Deve ficar claro que a desconsideração da personalidade jurídica não significa sua extinção, mas apenas uma ampliação de suas responsabilidades, quebrando-se com a sua autonomia. Ademais, a medida é tida como excepcional, dependendo de autorização judicial. Em suma, não se pode confundir a desconsideração com a despersonalização da pessoa jurídica. No primeiro instituto, apenas desconsidera-se a regra pela qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros. Na despersonalização, a pessoa jurídica é dissolvida ou extinta. (TARTUCE; NEVES, 2014. p. 465)

No Brasil, foi o Código Civil de 2002 que tratou da matéria de forma mais cuidadosa, mas antes já havia o Código de Defesa do Consumidor que fazia menção à Teoria, que tratava da teoria de maneira confusa e até indevida em alguns pontos, além da legislação estrangeira, que era utilizada pelos tribunais, e algumas leis esparsas.

As hipóteses trazidas pelo instituto civilista são aqueles em que se caracteriza o desvio de finalidade da pessoa jurídica, que ocorrerá quando a sociedade for manipulada para prejuízo de terceiros, utilizando-se da chamada teoria maior ou subjetiva. Enquanto o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de crimes ambientais (L. 9.605/1998) utilizam-se da teoria menor ou objetiva, que exige um único elemento: prejuízo ao credo (TARTUCE, 2014). Ambas as teorias serão melhor destrinchadas no capítulo que segue.

2.1.3. Desconsideração da pessoa jurídica

Como explicado, a desconsideração da pessoa jurídica está relacionada ao abuso de direito, que, no Código Civil de 2002, vem especificado no artigo 187:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ocorre que é entendimento já pacificado na doutrina, que o abuso de direito não é o mesmo que ato ilícito, como fez parecer o artigo supramencionado. A diferença é que o ato ilícito é aquele onde o agente viola o texto legal ou normativo, de forma direta, enquanto que no ato cometido com abuso há, em verdade, a extrapolação no exercício de um direito que deve ser protegido pelo ordenamento, ou seja, no ato abusivo existe uma conduta antissocial, antieconômica ou contrária á boa-fé objetiva e aos bons costumes, que seja capaz de violar o sentido concreto da norma. (GAMA, 2009)

Como é sabido, a personalidade do sócio e o seu patrimônio pessoal, em princípio, não se confundem com os da sociedade. Mas, repudia ao direito a ideia de que a personalidade jurídica da sociedade sirva de couraça para acobertar situações antijurídicas. O objetivo da teoria é desconsiderar, momentaneamente, a personalidade jurídica da sociedade para atingir os bens particulares dos sócios

na hipótese de comprovação da prática de atos fraudulentos (sentido lato), preservando-se, desse modo, os interesses e direitos dos credores prejudicados pelo mau uso da sociedade. A teoria não visa anular, desconstituir ou dissolver a sociedade, mas desconsiderar, momentaneamente, a sua personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal do sócio, tendo por objetivo principal evitar o injusto e realizar a justiça. (GUSMÃO, 2012. p. 241-242)

A teoria da desconsideração é orientada justamente no sentido de prevenir o abuso de direito ou a fraude no uso indevido da pessoa jurídica, deixando de lado, o juiz, o véu societário que encobre os atos indevidos.

Para alguns, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica excepciona o princípio da separação patrimonial. Divirjo. A nosso ver, a teoria não é a exceção a esse princípio, mas uma reafirmação dele, na medida em que não permite a utilização fraudulenta da sociedade pelos sócios, ou o desvio de finalidade. (GUSMÃO, 2012. p. 240)

É preciso ressaltar, mais uma vez, que não se deve abolir completamente a personalidade jurídica da sociedade a fim de se evitar manipulações, sob pena de se desprezar o princípio da pessoa jurídica, mas somente afastar a autonomia societária na situação, de forma pontual, pois a intenção da teoria da desconsideração é possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o instituto da pessoa jurídica – que é decorrência do mau uso da teoria, e que deve ser evitado. (COELHO, 2014)

Não se pode confundir a despersonalização com a desconsideração. Na primeira, a sociedade perde por completo a sua personalidade jurídica, enquanto, na desconsideração, a personalidade jurídica é afastada, temporariamente, para atingir o patrimônio dos sócios que se tenham utilizado da sociedade de forma fraudulenta. (GUSMÃO, 2012. p. 240)

Nas palavras de Edmar Oliveira Andrade Filho,

A desconsideração da pessoa jurídica autorizada pelo art. 50 do Código Civil de 2002 é sempre excepcional e episódica. [...]

A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional que rompe a separação patrimonial antes referida nos casos de inadimplemento de obrigação contraída pela pessoa coletiva, em certas circunstâncias e debaixo de certos critérios. A desconsideração age, ou produz efeitos, sobre uma relação de obrigação, rompendo o liame débito-crédito e lançando mão do liame de responsabilidade-garantia que, no caso, está subjacente à relação de obrigação firmada entre credor e devedor e que tem caráter subsidiário. (2005. p. 79)

2.1.4. Aplicação prática da teoria da desconsideração

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em momentos pontuais pode se dar frente a diversas situações, conforme ficou claro nas explicações anteriores. Uma situação comum é a alienação das quotas ou ações antes do divórcio, de forma a excluir tais valores da meação do consorte. Por serem direitos pessoais, as quotas e ações não demandam a outorga ou autorização do consorte.

Gladstone Eduarda Cotta Mamede explicam que é fraude que ocorre constantemente, pela facilidade com que o sócio pode utilizar-se da sociedade para realizar a manobra fraudulenta:

Como o pagamento é normalmente feito em dinheiro, a cessão das quotas ou ações dá àquele que deseja fraudar a partilha a oportunidade de, com mais facilidade, esconder os valores apurados com a alienação [...]. O fator que torna tal manobra extremamente fácil é a natureza jurídica das quotas e das ações, títulos que caracterizam direitos pessoais cuja alienação não demanda outorga ou alienação pelo cônjuge. (MAMEDE; MAMEDE, 2010, p.142)

Assim, por exigir somente a manifestação de vontade do titular, a transferência ou alienação das quotas ou ações se torna alvo fácil, constante em casos de fraude à meação. Nas sociedades por quotas a alteração da titularidade das quotas deve ser registrada no contrato social. Já nas sociedades por ações essa alteração sequer é necessária, sendo preciso apenas o registro no livro de transferência das ações nominativas, ou seja, outro fator facilitador, que contribui nos casos de fraude.

O negócio é perfeitamente válido, a não ser que se prove a má-fé do alienante ou do adquirente. Destaca Fábio Ulhoa:

[...] a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade. [...] não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável tenha havido indevida utilização, deturpação do instituto. (COELHO, 2014, p. 62)

O que a teoria da desconsideração deve atacar é a alienação em si, o ato de transferir as quotas ou ações; não é a pessoa jurídica quem vai sofrer os efeitos da desconsideração da personalidade, pois não foi a sociedade quem

praticou o ato imoral, mas sim o ato fraudulento, que possibilitou ao sócio a o meio necessário para sua ação com intuito de prejudicar direito de terceiro. (CEOLIN, 2002)

Os efeitos da personificação jurídica são desconsiderados, assim como a sua autonomia. Busca-se impedir a prática ilícita dos que se utilizam da entidade moral para acobertamento indevido de responsabilidades.

Não se confunde a desconsideração da personalidade jurídica com a sua responsabilidade direta, pois aquela decorre de decisão judicial e esta advém de lei, hipótese em que a norma jurídica preceitua, expressamente, a distinção de responsabilidades entre a pessoa jurídica e aquela que a representa interna ou externamente. (LISBOA, 2013. p. 296-297)

Por fim, resta claro que os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser temporários, transitórios e específicos. Deve ser aplicada ao caso concreto, somente nos casos em que haja estrita correlação entre a situação apresentada e os requisitos legais. E assim que solucionada, volta à normalidade, a empresa volta a ser autônoma e com patrimônio separado de seus sócios.

3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO NO BRASIL

O doutrinador que veio a introduzir o instituto no Brasil foi Rubens Requião, no final dos anos 1960, em uma conferência.

De acordo com tal teoria, a desconsideração da personalidade jurídica seria 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.

Nessa ocasião Requião sustentou a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. Seu argumento básico é o de que as fraudes e abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não fosse adotada a *disregard doctrine* pelo Direito Brasileiro.

(...)

O mestre Rubens Requião defende que a *disregard doctrine* não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas que atrás dela se escondem. (BLOK, 2013. p. 101-102)

No campo legislativo, temos que o instituto foi colocado de forma bastante expressiva em dois grandes Códigos: o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Há também regulamentação mais restritiva nas legislações específicas, as quais obedecem às regras gerais apresentadas por esses dois códigos.

A doutrina e a jurisprudência pátrias têm referido à “teoria maior” para tratar do que chamamos de *disregard* própria e à “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, que denominei de *disregard* imprópria, correspondendo a primeira aos casos em que haja efetivo e real desvio de finalidade ou abuso da forma da pessoa jurídica, e a segunda, ocorrendo sempre que a sociedade não tiver bens suficientes para o pagamento de seus credores, referida acima como uma das hipóteses em que a teoria vem sendo aplicada no Direito Brasileiro, com base, principalmente, no § 5º, do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). (KOURY, 2014. p. 181)

3.1. Código de Defesa do Consumidor – teoria menor ou objetiva

O Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990, foi vanguardista no que se refere à positivação da teoria da desconsideração da

personalidade jurídica no Brasil – que, conseqüentemente, deixa de ser tratada como teoria e passa a ser norma posta. Como bem disse Marcella Blok (2013. p. 123), “o pioneirismo coube ao Código de Defesa do Consumidor, cujas regras foram copiadas e estendidas a outras relações, que não somente as relações de consumo”.

No campo legislativo, foi com o Código de Proteção e defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.078/1990, que chega ao nosso ordenamento jurídico de forma sistemática e estruturada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, permitindo ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para proteger os direitos do consumidor, permitindo a utilização de bens do sócio ou administrador para a satisfação de seus créditos. (FLORES, 2013. p. 441)

O art. 28 do CDC tem a seguinte redação:

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 desse Código.

§4º - As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Quando o caput do artigo dispõe que o “juiz poderá desconsiderar a personalidade (...)”, em bem verdade se trata não de uma discricionariedade do magistrado, mas sim de um poder-dever, em que o juiz deverá aplicar a desconsideração sempre que presentes os requisitos legais. Isso por causa da vulnerabilidade inata ao consumidor, que deve sempre ser levada em consideração pelo magistrado. (NUNES, 2015)

Também, apenas a título de reiteração do que já foi mencionado nos capítulos antecedentes, o vocábulo “desconsideração” deve ser analisado como sinônimo de desprezo, afastamento, afastamento temporário. Não haverá a

dissolução, despersonalização, extinção ou utilização de qualquer sentido que denote que a pessoa jurídica se encerrou. Até porque ela permanece intacta. Apenas naquele momento e para aqueles atos determinados pelo magistrado, a personalidade jurídica que leva à separação patrimonial entre a sociedade e seus membros será deixada de lado. É uma situação temporária e excepcional. (NUNES, 2015)

O CDC foi instituído com a intenção de proteger aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, visto que frente às empresas que estão acostumadas a lidar com aquele tipo de produto ou serviço, podem não entender muito bem de seu funcionamento e particularidades. Assim, de forma a proteger aqueles que se encontram em situação de hipossuficiência técnica ou jurídica, o CDC foi criado.

Isso fica claro quando o artigo dispõe que a desconsideração se fará quando “em detrimento do consumidor (...)”. Ou seja, quando o consumidor sofrer algum tipo de dano por vício ou defeito no produto ou do serviço, ou por quebra contratual, descumprimento ou nulidade de cláusula, por prática abusiva, etc. (NUNES, 2015)

O CDC trouxe um elenco meramente exemplificativo. Ou seja, quando dispõe que a personalidade será desconsiderada nos casos de abuso de direito ou excesso de poder; de infração da lei ou existência de fato ou prática de ato ilícito; violação aos estatutos ou contrato social; ou falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração, apesar de a princípio entender-se como sendo um rol exaustivo, o § 5º desse mesmo artigo deixa claro o contrário:

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

Ou seja, é uma disposição bastante ampla, que torna o rol apresentado no caput exemplificativo e deixa clara a finalidade da lei em garantir a proteção ao consumidor e que ele seja ressarcido dos eventuais danos e prejuízos

sofridos, podendo se proceder à desconsideração sempre que houver obstáculo a esse ressarcimento.

3.1.1. Abuso do direito

Sem maiores aprofundamentos no nascimento e consolidação da doutrina do abuso do direito, temos que essa doutrina se deu pela constatação de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar em seu exercício, teoria essa que foi se firmando pela constante repetição na prática. O Código Civil de 2002, então, reconheceu expressamente o abuso do direito como sendo ato ilícito. (NUNES, 2015)

Daí, portanto, ser motivo para desconsideração da personalidade jurídica.

3.1.2. Excesso de poder

A doutrina muitas vezes utiliza a expressão excesso de poder como sinônimo do tema abordado no tópico anterior, o abuso do direito, de forma acertada, visto que a própria lei elencou os dois como sendo um só tópico.

Marcella Blok (2013. p.126) conseguiu se aprofundar um pouco mais, diferenciando o excesso de poder:

Na sequência, o Código de Direito do Consumidor refere-se ao excesso de poder, que diz respeito aos administradores que praticam atos para os quais não têm poder. Ora, os poderes dos administradores são definidos pela lei, pelo contrato social ou pelo estatuto, cuja violação também é indicada como hipótese de consideração. Assim podemos reunir em um grupo o excesso de poder, a violação ao contrato social ou ao estatuto, a infração a lei e os fatos ou atos ilícitos. A redundância na redação deve ter resultado de uma preocupação extrema em não deixar lacunas, o que levou a uma redação um tanto quanto confusa.

3.1.3. Infração da lei e fato ou prática de ato ilícito

São aquelas hipóteses em que a pessoa jurídica praticou ato contrário à disposição legal de qualquer ordem e que, em consequência dessas

atitudes, esteja impedindo o consumidor de satisfazer-se de seus direitos. (NUNES, 2015)

3.1.4. Violação dos estatutos ou contrato social

Para desconsideração da personalidade jurídica sob essa ótica há que se analisar cada caso individualmente, visto que dependerá da disposição de cada estatuto ou contrato social e das consequências por ele determinadas. A partir dessa minuciosa análise é que poderá o magistrado dizer se houve ou não atitude ilícita.

3.1.5. Má administração

A falência ou estado de insolvência que for ocasionado por má administração também poderá culminar na desconsideração da personalidade jurídica. Também a inatividade ou encerramento do estabelecimento empresarial, ainda que regular, será analisado, caso tenha deixado para trás consumidores lesados, com prejuízos não ressarcidos ou danos não reparados. (NUNES, 2015).

3.1.6. O § 5º

Como dito, o § 5º amplia o rol apresentado no caput, tornando exemplificativo o que aparentemente era exaustivo. E percebe-se que era justamente esse o intuito: ampliar as incidências, de forma que o consumidor estivesse o mais protegido possível. (NUNES, 2015)

3.2. Código Civil Brasileiro

Apenas em 2002, com o advento do novo Código Civil, houve a positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – que deixa,

portanto, de ser tratada como teoria – no âmbito das relações cíveis. O art. 50 incorpora ao direito civil positivo brasileiro a desconsideração:

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.

Nas palavras de Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, em seu Curso Avançado de Direito Comercial:

[...] com a edição do Código Civil de 2002, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passa a ser recepcionada em nosso ordenamento jurídico não somente em situações específicas – como é o caso do abuso da utilização da pessoa jurídica nas relações de consumo, tutela do livre mercado ou do meio ambiente –, mas em todas as relações jurídicas indistintamente. (2013. p. 162)

O Código Civil trouxe para a legislação civilista brasileira a positivação da desconsideração da forma como deveria ser, “como uma forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades, fundamento primitivo da própria teoria da desconsideração”.

3.2.1. Uso abusivo da personalidade jurídica

O abuso da personalidade é o pilar para desconsideração no Código Civil, se caracterizando pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. O legislador almejou sanar qualquer dúvida quanto à aplicação da desconsideração no direito privado brasileiro, visto que o abuso do direito tratado genericamente no art. 187 não prevê esse efeito específico sobre as pessoas jurídicas. (MONTEIRO FILHO, et al. 2012)

O desvio de finalidade, caracterizado principalmente pela confusão patrimonial, é a modalidade típica de abuso de direito, com todos os elementos básicos, claramente descrito por Raphael de Barros Monteiro Filho, et al, em seus comentários ao novo Código Civil: “uma situação de aparente regularidade,

decorrente de sua conformação a uma estrutura jurídica formal, e a existência de uma realidade subjacente e escondida”.

Ou seja, no desvio de finalidade temos comportamentos contraditórios, em que um deles aparenta estar em perfeitas condições legais, visando mascarar o que realmente acontece, o comportamento real da sociedade, que casa dano a outrem.

O abuso de direito se verifica de várias maneiras, visando apenas causar mal a terceiro, buscando alguma vantagem material indevida, burla à lei, elisão de obrigações contratuais, etc. Pode também se dar pelo exercício do direito de forma negligente ou inábil, causando danos ou situações de desequilíbrio injusto, extremamente desgastantes para uma das partes. (MONTEIRO FILHO, et al. 2012)

3.2.2. Desvio de função da pessoa jurídica

Cada pessoa jurídica tem seu fim determinado no momento de sua criação e inscrição dos atos constitutivos no órgão de competência, seja a junta comercial, seja o registro civil. Dessa forma, se os membros ou administradores da pessoa jurídica a utilizam fora da finalidade para que fora criada, desviando-se dos seus fins, cometem abuso de direito, ou de poder, apto a justificar a desconsideração de sua personalidade. (MONTEIRO FILHO, et al. 2012)

A lei não demanda a intenção de prejudicar terceiros ou obter vantagem indevida. A responsabilidade aqui é objetivamente delineada. Não demanda análise de culpa ou intencionalidade, bastando que não seja cumprida a finalidade para qual fora criada. (MONTEIRO FILHO, et al. 2012)

3.3. Aplicação jurisprudencial – TJDFT e STJ

3.3.1. TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

As Turmas Cíveis do TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios seguem de forma tranquila os entendimentos delineados pela doutrina,

aplicando as teorias maior e menor a depender do caso, quando se trata de situação cível ou consumerista.

Sobre a Teoria Menor, apresentada no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, a primeira turma cível apresenta um acórdão bem recente que demonstra como os magistrados estão tranquilos na aplicação do instituto:

DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. HIPÓTESE AUTORIZADORA DEMONSTRADA. TEORIA MENOR. APLICABILIDADE.

1. Para a Teoria Menor, prevista no § 5º, do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, a desconstituição da personalidade jurídica pode ocorrer nas hipóteses em que "a personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores."

2. A simples prova do não ressarcimento dos prejuízos causados pelo consumidor pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor.

3. Demonstrado que a personalidade jurídica da agravante constitui um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à agravada, revela-se necessária a retirada momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, estendendo os efeitos das suas obrigações à pessoa dos sócios da ora agravante, nos termos do art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

4. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(Acórdão n.881482, 20150020119086AGI, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/07/2015, Publicado no DJE: 30/07/2015. Pág.: 86)

É possível perceber que o Tribunal acompanha o entendimento doutrinário de que o obstáculo ao ressarcimento ao consumidor é suficiente a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, de acordo com o estabelecido no art. 28, § 5º, do CDC.

A 2ª turma cível compartilha do mesmo entendimento há muito, como pode ser verificado neste acórdão de 2009, em que resta claro que se houve prejuízos aos consumidores, haverá a aplicação da teoria menor e a personalidade

será desconsiderada, isso porque não cabe ao consumidor suportar os riscos da atividade empresarial:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. NEGÓCIO NÃO CONCRETIZADO. FALTA DE FINANCIAMENTO. RETORNO AO "STATUS QUO ANTE". DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR. ART. 28, § 5º DO CDC.

1. Em caso de rescisão de contrato de promessa de compra e venda, ausente culpa de ambas as partes, estas devem retornar ao "status quo ante", com a restituição das parcelas recebidas até então pela promitente-vendedora, não cabendo a aplicação de cláusula penal em desfavor dos promitentes-compradores, ante a falta de previsão contratual.

2. Quando a personalidade da pessoa jurídica é obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a consumidores, deve ser aplicada a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, pois **não cabe ao consumidor suportar os riscos da atividade empresarial**, os quais devem ser suportados pelos administradores, independentemente da probidade com que agiram.

(Acórdão n.390523, 20020110408327APC, Relator: FERNANDO HABIBE, Revisor: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/11/2009, Publicado no DJE: 09/12/2009. Pág.: 74) (grifo nosso)

Sobre a teoria maior, aplicada nos casos regulados pela lei civil, a 3ª turma cível também tem entendimento tranquilo sobre a possibilidade de desconsideração quando presentes os requisitos do art. 50 do Código Civil: abuso de direito configurado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial:

AGRAVO. GRUPO OK. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS DO ART. 50 DO CC. PRESCINDÍVEL A SUA DESCRIÇÃO. ALEGADA INOBSERVÂNCIA AOS ARTIGOS 620 E 655/CPC.OFENSA AO ART. 93, IX DA C.F. NÃO CONFIGURADA. EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO.

1- É prescindível que o magistrado descreva, especificamente, a característica pela qual se configurou o abuso da personalidade jurídica, sobretudo na hipótese em apreço, quando todo o contexto fático, por si só, já indica a existência daqueles requisitos referidos no art. 50 do CC.

2- O abuso de personificação jurídica pode ser vislumbrado tanto pelo excesso de mandato como pela demonstração do desvio de finalidade, "que pode caracterizar-se por ato intencional dos sócios em fraudar credores ou terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica. Cabível, ainda, quando há demonstração clara de confusão patrimonial caracterizada pela existência, no mundo fenomenológico, do enlace inseparável e promíscuo entre o patrimônio da Sociedade e dos sócios, ou, ainda, entre os haveres de diversas pessoas jurídicas."

3- Não há que se falar em inobservância dos dispositivos do CPC, na medida em que a inclusão da empresa SAENCO no pólo passivo dos autos, somente ocorreu devido ao fato de que a credora não conseguiu promover a execução a contento, nos moldes estabelecidos no art. 620/CPC, sequer foi encontrado soma em dinheiro nas contas correntes dos sócios da executada, de modo que pudesse ter sido efetivada a penhora, obedecendo à preferência determinada no art. 655 do Código de Ritos, veja-se documentos de fls. 1082/10873.1- Sob tal perspectiva, não houve ofensa a dispositivo constitucional, pois, a decisão agravada foi perfeitamente fundamentada, além de ter sido lastreada no conjunto fático probatório encartado no caderno processual.

4- Os documentos encartados nos autos demonstram a configuração do grupo econômico, ante o extenso rol de empresas que fazem parte do conglomerado pertencente aos sócios do Grupo Ok, dentre elas a empresa que foi objeto da desconsideração da personalidade jurídica.

5- Agravo conhecido e negado provimento.

(Acórdão n.879956, 20150020139096AGI, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/07/2015, Publicado no DJE: 14/07/2015. Pág.: 117) (grifo nosso)

Da mesma forma, a 4ª turma cível do TJDFT:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO EMPRESARIAL. CUMPRIMENTO SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS PREENCHIDOS. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. O art. 50 do Código Civil autoriza a desconstituição da personalidade jurídica quando ocorrer desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

2. O desvio de finalidade consiste no direcionamento da sociedade para atividades diferentes daquelas que constam de seu contrato social; enquanto que a confusão patrimonial se caracteriza pela transferência do patrimônio social para o nome de administradores ou sócios.

3. O encerramento irregular da empresa, com a finalidade de fugir à responsabilidade de honrar com as obrigações por ela assumidas, permite a desconsideração da personalidade jurídica e, conseqüentemente, que a penhora recaia sobre os bens dos sócios.

4. No caso específico dos autos, restou demonstrado que além do encerramento irregular, a empresa agravada esvaziou seu patrimônio, impossibilitando o recebimento de crédito por seus credores.

5. Demonstrado que houve uso irregular da personalidade, resta caracterizando o desvio de finalidade, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica da agravada. Precedentes.

6. Recurso conhecido e não provido. Decisão mantida.

(Acórdão n.867120, 20140020258215AGI, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/05/2015, Publicado no DJE: 25/05/2015. Pág.: 265) (grifo nosso)

3.3.2. STJ – Superior Tribunal de Justiça:

Necessária se faz também a análise da repercussão do tema nos tribunais superiores, e o tribunal competente à análise da matéria é o STJ – Superior Tribunal de Justiça, que trata dos assuntos pertinentes à legislação federal.

A terceira turma entende que a desconsideração deve ser encarada como medida excepcional, aplicada somente quando presentes aqueles requisitos específicos do art. 50 do Código Civil:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50 DO CC/2002.

ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. REQUISITOS. INDÍCIOS DE ENCERRAMENTO IRREGULAR DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA.

1. O recurso especial tem origem em agravo de instrumento que manteve decisão que deferiu pedido de desconsideração de personalidade jurídica com base no artigo 50 do Código Civil.

2. Cinge-se a controvérsia a definir se estão presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no caso dos autos.

3. A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional e está subordinada à comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

4. A existência de indícios de encerramento irregular da sociedade aliada à ausência de bens capazes de satisfazer o crédito exequendo não constituem motivos suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1419256/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/02/2015)

A Ministra Nancy Andrighi, da 4ª Turma Cível do STJ, expõe bem o assunto:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. MEDIDA EXCEPCIONAL. DECISÃO QUE DEFERE O PEDIDO.

IMPUGNAÇÃO. LEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA. SUCUMBÊNCIA. PATRIMÔNIO MORAL ATINGIDO. DEFESA DA AUTONOMIA E DA REGULAR ADMINISTRAÇÃO.

PROVIMENTO.

1. Desconsiderar a personalidade jurídica consiste em ignorar a personalidade autônoma da entidade moral, excepcionalmente, tornando-a ineficaz para determinados atos, sempre que utilizada para fins fraudulentos ou diferentes daqueles para os quais fora constituída, tendo em vista o caráter não absoluto da personalidade jurídica, sujeita sempre à teoria da fraude contra credores e do abuso do direito.

2. No ordenamento jurídico nacional, o rol dos capacitados à interposição dos recursos está no artigo 499 do Código de Processo Civil, do qual emerge a noção de sucumbência fundada no binômio necessidade/utilidade. O sucumbente/vencido detém legitimidade para recorrer, tendo em vista a capacidade do recurso de propiciar ao recorrente situação mais favorável que a decorrente da decisão hostilizada.

3. À pessoa jurídica interessa a preservação de sua boa fama, assim como a punição de condutas ilícitas que venham a deslustrá-la. Dessa forma, quando o anúncio de medida excepcional e extrema que desconsidera a personalidade jurídica tiver potencial bastante para atingir o patrimônio moral da sociedade, à pessoa jurídica será conferida a legitimidade para recorrer daquela decisão.

4. A lesão injusta ao patrimônio moral, que é valor agregado à pessoa jurídica, é fundamento bastante a legitimá-la à interposição do recurso com vistas à recomposição do estado normal das coisas alterado pelo anúncio da desconsideração, sempre com vistas à defesa de sua autonomia e regular administração.

5. No mesmo sentido, precedente da Terceira Turma do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi: "O interesse na desconsideração ou, como na espécie, na manutenção do véu protetor, podem partir da própria pessoa jurídica, desde que, à luz dos requisitos autorizadores da medida excepcional, esta seja capaz de demonstrar a pertinência de seu intuito, o qual deve sempre estar relacionado à afirmação de sua autonomia, vale dizer, à proteção de sua personalidade" (REsp 1421464/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 12/05/2014).

6. Recurso especial provido.

(REsp 1208852/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 05/08/2015) (grifo nosso)

Sobre o Código de Defesa do Consumidor, art. 28, os Ministros do STJ também apontam na mesma direção da doutrina:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PROPOSTA CONTRA A CONSTRUTORA E SEUS SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, CAPUT E § 5º, DO CDC. PREJUÍZO A CONSUMIDORES. INATIVIDADE DA EMPRESA POR MÁ ADMINISTRAÇÃO.

1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios.

2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, **houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no art. 28, caput, do CDC.**

3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária.

4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004).

5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 737.000/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 12/09/2011) (grifo nosso)

Acompanha o entendimento a respeito da aplicação da disregard doctrine em relação ao Código de Defesa do Consumidor a quarta turma cível do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - INSCRIÇÃO INDEVIDA - DANO MORAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INSOLVÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - ART. 28, § 5º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. **É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária - acolhida em nosso ordenamento jurídico,**

excepcionalmente, no Direito do Consumidor - bastando, para tanto, 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, é o suficiente para se "levantar o véu" da personalidade jurídica da sociedade empresária.

Precedentes do STJ: REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12/9/2011; (Resp 279.273, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrichi, 29.3.2004; REsp 1111153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 04/02/2013; REsp 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/acórdão Min.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe de 20/11/2000.

2. "No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária" (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 12/9/2011).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1106072/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 18/09/2014) (grifo nosso)

Conclui-se, portanto, que os tribunais estão em consonância com a doutrina e tem colocado em prática a desconsideração da personalidade jurídica, afastando os princípios básicos – separação patrimonial e autonomia de seus sócios – para que a lei seja cumprida, diminuindo os casos de fraude, de abuso da personalidade, de confusão patrimonial, dentre outros.

CONCLUSÃO

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica surgiu em meio a um cenário de constantes fraudes e abusos praticados aparentemente por pessoas jurídicas, mas que, na realidade, eram fruto da atuação de um sócio, que tentava obter vantagem sobre o prejuízo alheio, desvirtuando o fim real da pessoa jurídica de que fazia parte.

A *disregard* doctrine tem, então, por objetivo abrir ao juiz a possibilidade de afastar a incidência da proteção societária, do véu que protege os atos da sociedade e separa-os dos atos dos sócios, e dirigir-se diretamente ao sócio responsável pelo prejuízo causado a terceiro, ao analisar o caso concreto e deparar-se com a manipulação societária, com o abuso de direito ou com a fraude.

Não obstante, todas as considerações até aqui desenvolvidas sugerem-nos, salvo melhor análise, a aceitação do ponto de vista de que 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 se 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. (KOURY, 2014. p. 181)

Na jurisprudência, já é pacífico o entendimento de que o juiz deve utilizar-se da desconsideração sempre que deparar-se com a utilização societária com abuso de direito, para prejudicar terceiro ou para fraudar a lei. E assim vem acontecendo. Os Tribunais têm aplicado, e aplicado de maneira correta, de forma a preservar tanto a pessoa jurídica quanto o terceiro, vítimas da atuação fraudulenta.

É uma questão de se proteger a própria ideia de pessoa jurídica, o contexto em que surgiu e a finalidade para qual foi criada. A pessoa jurídica é de extrema necessidade na nossa sociedade, seria impossível a um indivíduo, sozinho, se a ajuda em conjunto de outros, praticar determinados atos, estabelecer determinados contratos, defender uma série de direito. A pessoa jurídica veio para tornar isso tudo possível, e assim deve se manter.

Para alguns, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica excepciona o princípio da separação patrimonial. Divirjo. A nosso ver, a teoria não é exceção a esse princípio, mas uma reafirmação dele, na medida em que não permite a utilização fraudulenta da sociedade pelos sócios, ou o desvio de finalidade. (GUSMÃO, 2012. p. 240)

Ou seja, resta claro que a desconsideração da personalidade jurídica veio para proteger a continuidade da pessoa jurídica e a sociedade como um todo, que dela depende para seu desenvolvimento.

Lembrando que o magistrado deve ter cautela ao determinar a desconsideração, pois o credor pode se precipitar no pedido, começando já pela desconsideração, em vez de exaurir todos os meios normais de execução. Dessa forma, como depende de determinação judicial, cabe ao juiz observar o momento certo para deferir tal pedido.

É possível concluir, então, que a despeito de uma aparente escassez de legislação a respeito da *Disregard*, não há uma efetiva relação de dependência entre a aplicação da desconsideração e a existência de legislação, porquanto aquela pode ser empregada por meio de construções jurisprudenciais baseadas nos estudos doutrinários, os quais são completos e trazem as possibilidades de forma ampla e detalhada ao mesmo tempo, demonstrando os casos em que é possível a aplicação da teoria, e especificando seus requisitos.

Ainda assim, podemos observar que a legislação, apesar de pouca em quantidade, é bem expressiva, determinante no que trata do assunto. Com os poucos artigos que temos a respeito podemos ver que a matéria está bem delimitada, que o legislador foi sucinto, mas muito claro na sua redação.

Aos poucos, sua aplicação vem se fortalecendo, ganhando espaço entre magistrados, doutrinadores e acadêmicos modernos, que veem na aplicação da desconsideração uma solução para a diminuição do número de casos de fraude, diminuindo, principalmente, a quantidade de pessoas que sofrem com a lapidação do patrimônio, que se encontram obstáculo para o ressarcimento de seus prejuízos, ou até mesmo os demais sócios, que podem se ver numa situação delicada em razão da má-fé de outrem.

Nesse contexto a Desconsideração da Personalidade Jurídica vem ganhando força no ordenamento jurídico pátrio, mostrando-se presente no pensamento do magistrado, o que se reflete na jurisprudência dos Tribunais. Também a doutrina se mostra favorável à Teoria da Desconsideração, tenho instigado os novos autores e os acadêmicos da área a buscarem o conhecimento e o desenvolvimento da Teoria, reconhecendo a necessidade de sua aplicação e os benefícios por ela trazidos.

REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICOS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*. São Paulo: MP Editora, 2005.

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 7. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BLOK, Marcella. *Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea*. In RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (coord.). *Revista de direito bancário e do mercado de capitais – RDB*. Ano 16, vol. 59, jan-mar. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06/09/2015.

Brasil. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 06/09/2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 06/09/2015.

BRASIL. Lei n. 6.515 de 15 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 06/09/2015.

BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 06/09/2015.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06/09/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 06/09/2015.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2: direito de empresa: sociedades. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1. Teoria geral do Direito Civil. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*. 2.ed. p.22 et seq. In: FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 24.ed. Belo Horizonte: Del Rey Ltda, 2010.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 24.ed. Belo Horizonte: Del Rey Ltda, 2010.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil Parte Geral*. Das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil. 2.ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). *Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica: visão crítica da jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BRASIL, Deilton Ribeiro. *Aspectos relevantes (materiais e processuais) da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. In: _____ *Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica: visão crítica da jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 03.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 3.ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

KOURY, Suzy. *A invalidade dos negócios jurídicos e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. In LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 171-198.

LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

LISBOA, Roberto Senise *Manual de direito civil*, v. 1: teoria geral do direito civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias*, volume 2. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias*, volume 2. 5.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Separação, divórcio e fraude na partilha de bens: simulações empresariais e societárias*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio*. 33. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros et al. *Comentários ao Novo Código Civil: das pessoas (arts. 1º ao 78)*, volume I. Coordenador: Sávio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, parte geral – vol. 1. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, volume 1: teoria geral da empresa e direito societário. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Simone Lahorgue; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 299-328.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial: de acordo com a Lei n. 11.1.01, de 9-2-2005 (nova Lei de Falências)*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

SILVA, Rogério Pires da. *Notas sobre a responsabilidade tributária dos sócios e administradores de sociedades*. In MARQUES, Jader; FARIA, Maurício (org.).

Desconsideração da personalidade jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: lei de introdução e parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. Direito material e processual. Volume único. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*, volume 1. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: parte geral*, volume 1. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.