

Teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Rodrigo Rabelo Tavares Borba

<http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>

Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Rodrigo Rabelo Tavares Borba*

Resumo

O objeto deste artigo é a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Sua função primordial seria reprimir o uso abusivo do fenômeno personalizante das pessoas jurídicas, de tal forma que o patrimônio pessoal dos sócios ficasse sujeito, nesses casos, à reparação do prejuízo causado.

Tendo em vista as peculiaridades dessa teoria e sua natureza excepcional, percebe-se desde logo que não seria possível analisá-la de forma consistente, sem antes proceder ao estudo do conceito de pessoa jurídica. O entendimento pleno do alcance e da envergadura desse instituto facilitaria em muito a compreensão da teoria da desconsideração.

Nessa perspectiva, após uma sucinta análise do instituto da pessoa jurídica, passa-se ao estudo da teoria em si, demonstrando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais travadas pelos estudiosos do assunto.

* Advogado do BNDES. Este artigo é de exclusiva responsabilidade do autor, não refletindo, necessariamente, a opinião do BNDES.

Abstract

This article addresses the manifest disregard doctrine, whose main role is to limit the abusive use of personalizing legal entities. Said abuse exposes the partners' personal assets, in such cases, to reparation of losses caused.

Considering the particularities of the theory and its exceptional nature, we soon perceived that it could not be consistently analyzed without first studying the concept of what a legal entity is. The full understanding of the scope and scale of this institution would greatly facilitate the comprehension of the disregard doctrine.

Within this perspective, after a brief analysis of legal entities, we embark on the study of the theory itself, presenting the discrepancies in doctrine and jurisprudence among experts on the matter.

Introdução: o tema e suas distorções – objetivo do artigo

Desde os remotos tempos babilônicos, quando já se ouvia falar em sociedades mercantis, tem o instituto suscitado infindáveis polêmicas e apaixonados debates entre juristas de todo o mundo [Miranda (1985, p. 5)].

As acirradas discussões travadas entre os mais diversos estudiosos do direito acabaram por desenvolver o enigmático instituto da pessoa jurídica, conferindo-lhe, inclusive, personalidade jurídica.

Longa foi a trajetória, porém, até se alcançar o atual conceito de pessoa jurídica personalizada, assim sintetizado por Rubens Requião:

A sociedade transforma-se em um novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação, que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objeto de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural [Requião (1971, p. 170-171)].

Contudo, tal conceito, resultante da evolução da pessoa jurídica, encontra-se em crise, como muito bem demonstrou J. Lamartine Corrêa de Oliveira. Percebe-se, já há algum tempo, a tendência de utilizar o instituto da pessoa jurídica como instrumento acobertador de situações antijurídicas. Como precisamente define Borba (2003, p. 23), “aos sócios ou acionistas não será dado utilizar a pessoa jurídica para fins a que não a destinara a ordem jurídica”. Tais fins, segundo o mestre Lamartime Corrêa de Oliveira, consistem principalmente em:

[...] quanto à esfera de Direito Privado, no oferecimento, às pessoas naturais, da possibilidade de participação na vida jurídica e comercial

sem que seu patrimônio pessoal possa responder frente a terceiros e, por outro lado, na possibilidade de reunião de meios materiais e forças humanas em medida normalmente não alcançável pelo indivíduo isolado e, finalmente, em sua continuidade, de tal modo que persiste a mesma apesar de mudanças eventuais em sua composição, com entrada e saída de sócios, o que permite à pessoa jurídica existência por tempo que pode exceder de muito ao da vida de um homem (resumiríamos dizendo que as funções da pessoa jurídica de Direito Privado seriam as de limitação da responsabilidade, concentração de meios materiais e forças humanas, continuidade temporal) [Oliveira (1979, p. 302)].

O que se tem constatado no mundo do direito societário contemporâneo é a configuração de dois abusos. O primeiro perpetrado por empresários inescrupulosos, que, na busca de lucros rápidos e irregulares, utilizam-se da personalidade jurídica autônoma de suas sociedades como uma couraça acobertadora de situações antijurídicas, em que a manifestação volitiva tem por suporte o interesse pessoal de determinados sócios e não o da sociedade. O segundo abuso, contrarreação exacerbada ao primeiro, consiste na utilização abusiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que, por vir sendo aplicada de forma demasiadamente aberta e atécnica, põe em risco o próprio conceito de pessoa jurídica.

De fato, observa-se que os tribunais brasileiros vêm aplicando a teoria da desconsideração como se fora uma verdadeira panaceia, capaz de solucionar todos os problemas relacionados à pessoa jurídica, com o “simples” afastamento episódico da personalidade. Essa abominável prática pretoriana poderá resultar na desnaturação do conceito de personalidade jurídica, o que, certamente, acarretará inmensuráveis prejuízos tanto na ordem econômica quanto na ordem financeira e social.

O direito tem duas colunas: a da segurança jurídica e a da justiça. A aplicação indiscriminada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quebra a coluna da segurança jurídica, acarretando

uma avassaladora incerteza patrimonial e jurídica. Investir em um projeto empresarial, o que já era um investimento de risco, tornou-se de altíssimo risco, pois, segundo alguns, mesmo que a conduta dos empresários tivesse sido irretorquível do ponto de vista ético e jurídico, se o patrimônio social fosse insuficiente para pagar aos credores, levantar-se-ia o véu da personalidade, atingindo-se o patrimônio pessoal dos sócios. Por outro lado, a aplicação aberta e variante, que se tem feito, da teoria da desconsideração em absolutamente nada reforça a coluna da justiça; pelo contrário, enfraquece-a ainda mais. Onde está a justiça em comprometer todo o patrimônio pessoal do sócio que, além de constituir uma sociedade de responsabilidade limitada legalmente prevista no ordenamento, sempre se conduziu dentro dos mais rigorosos parâmetros éticos e jurídicos exigidos pelo sistema? Para se aplicar a excepcionalíssima teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve-se, segundo o mais importante doutrinador sobre o assunto, Rolf Serick, perquirir a efetividade do uso abusivo da pessoa jurídica.

Como se sabe, o desvio de finalidade da pessoa jurídica é problema comum a todo e qualquer sistema jurídico em que vigore o princípio básico da separação entre a pessoa jurídica e a pessoa membro. Em qualquer sistema, pode surgir, como de fato tem surgido, o fenômeno da utilização da pessoa jurídica – e de sua subjetividade autônoma, separada – no contexto da busca de finalidades distintas daquelas que inspiraram o conjunto do sistema jurídico. Da mesma forma, pode surgir, como de fato tem surgido, a reação jurisprudencial e doutrinária “tendente a impedir que a pessoa jurídica seja utilizada, com sucesso, para fins imorais ou antijurídicos” [Oliveira (1979, p. 262)]. Posto que, pormenores à parte, em todos os sistemas que preveem a separação, a razão de ser do instituto da “sociedade anônima” ou, com as devidas modificações, do instituto da “sociedade de responsabilidade limitada” encontra-se fundada na preocupação de limitação do risco empresarial.

Não obstante a oposição de renomados juristas, é inegável a existência de uma correlação entre a personalização e a limitação da responsabilidade. Em alguns ordenamentos jurídicos, como o do Reino Unido, a responsabilidade limitada chega mesmo a ser decorrência natural da personalização das sociedades, isto é, toda sociedade personalizada tem responsabilidade limitada, e toda sociedade não personalizada tem responsabilidade ilimitada.

Em sistemas minimalistas, como o brasileiro, em que todas as sociedades desfrutam de personalidade jurídica, a regra acima esculpida não goza de plenitude, sofrendo, pelo contrário, algumas exceções. Como exemplo, pode-se citar o caso da sociedade em nome coletivo, que, embora de responsabilidade ilimitada, tem personalidade. Todavia, tendo em vista que a grande maioria das sociedades constituídas no Brasil ou são anônimas ou limitadas, sendo a utilização dos demais tipos quase acadêmica, resta evidente que a intenção primordial daqueles que estão a constituir uma sociedade consiste em limitar a responsabilidade. Vale consignar que nada há de censurável nessa intenção de limitar a responsabilidade, pois é natural que os investidores não queiram arriscar seu patrimônio em um projeto que poderá, eventualmente, não lograr êxito. O que se afiguraria, pelo contrário, condenável seria acarretar prejuízo a terceiros em razão do uso desviado e abusivo da sociedade.

Uma vez traçados esses contornos gerais sobre o tema a ser versado, faz-se uma rápida sinopse da presente obra.

O objetivo colimado por este artigo consiste na elaboração de um critério de aplicação da teoria da desconsideração, cujo traço marcante seja a elevação dessa teoria ao plano da excepcionalidade máxima. Para alcançar tal desiderato, dever-se-á recorrer à aplicação direta ou analógica de outros instrumentos de responsabilização dos sócios que não geram o “levantamento do véu da personalidade”.

Para tanto, analisa-se a trajetória de formação da pessoa jurídica, desde quando as sociedades não passavam de um contrato de parceria, até o atual conceito de pessoa jurídica personalizada. A seguir, estuda-se detidamente sua repercussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Observe-se que o mais importante aspecto do estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica consiste na percepção de ser esta teoria, ao mesmo tempo, a porta de salvação e de destruição do instituto da pessoa jurídica. Se a doutrina e a jurisprudência não chegarem a um consenso acerca da aplicação da teoria da desconsideração, insistindo em aplicá-la como uma panaceia, que desconstrói por completo o princípio da autonomia patrimonial, o conceito de pessoa jurídica estará invariavelmente maculado, sendo possível vislumbrar para breve a sua completa reformulação, tendente a declarar o fim da limitação de responsabilidade societária, como parecem desejar alguns setores da jurisprudência nacional.

Por outro lado, se a doutrina e a jurisprudência conseguirem chegar a um consenso acerca da teoria da desconsideração, fixando-lhe pressupostos definitivos e claros, essa teoria se transformará na porta de salvação do instituto da pessoa jurídica personalizada, pois, a um só golpe, coibirá seu uso abusivo e fornecerá aos de boa-fé a segurança desejável de que não serão arbitrariamente atingidos por tão perigosa e polêmica teoria.

A pessoa jurídica e o princípio da autonomia patrimonial

Antes de analisar a questão da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e das demais formas de responsabilização dos sócios e administradores, faz-se necessário retroceder no tempo e buscar os fundamentos ontológicos das pessoas jurídicas.

No processo histórico que determinou a formação do direito comercial, especialmente no que concerne ao direito societário, percorreu-se um longo caminho até chegar à ideia de pessoa jurídica.

A princípio, as sociedades não eram dotadas de personalidade jurídica. Em verdade, o que se tinha eram contratos de parceria. Visconde de Cairu esclarece bem a noção vigorante naquele remoto período: “sociedade mercantil é propriamente a parceria que se faz entre comerciantes para alguma especulação de comércio ou exercício do tráfico, em grosso ou em miúdo” [Cairu (1819)].

A personalidade confere a seu titular a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Uma vez que as sociedades, nas suas origens, não tinham tal atributo, o que se tinha, com efeito, era uma copropriedade, com uma administração comum. A sociedade daquele período nada mais era do que um patrimônio destinado pelos sócios ao desenvolvimento de uma atividade mercantil comum. Não eram as sociedades que adquiriam direitos e contraíam obrigações, mas sim os sócios, pessoal e solidariamente. Assim, qualquer dívida da sociedade poderia ser cobrada de qualquer sócio, pois a sociedade, para o direito, não existia.

Em um segundo momento da evolução histórica das sociedades, os sócios passaram a ter uma responsabilidade subsidiária perante as dívidas da sociedade [Beviláqua (1966, p. 137)]. Isto é, as dívidas deveriam primeiro ser exigidas da sociedade e, somente no caso de esta mostrar-se incapaz de honrar as suas obrigações, é que estariam habilitados os credores a exigi-las dos sócios.

Depois de muito se digladiarem os doutrinadores acerca da presença ou da ausência de personalidade nas sociedades, o Código Civil de Clóvis Beviláqua pôs um ponto final na questão, ao determinar que as sociedades são pessoas jurídicas, possuidoras, portanto, de personalidade jurídica.

Com a personificação das sociedades, operou-se uma verdadeira revolução no modo de ver a entidade. Da concessão desse atributo, decorreu uma inexorável cisão de identidade entre os sócios e sua sociedade. A partir de então, a sociedade tornou-se uma entidade com vida própria, independente e, em alguns casos, com interesses até diversos dos de seus sócios.

Nesse contexto, cabe agora estudar em que consiste o conceito de pessoa jurídica. Segundo os autores italianos U. Navarrini e G. Fagella:

[...] existe pessoa jurídica quando existe um ente, reconhecido explicitamente ou implicitamente pela lei, o qual possa, como tal, entrar em relações patrimoniais com terceiros, isto é, ter direitos e obrigações próprias, que se concentrem nele, encontrem a base e o meio de satisfação num patrimônio exclusivamente próprio da mesma entidade. (Se outros patrimônios, além de tal patrimônio, podem porventura permanecer obrigados, não importa). A estrutura, a tessitura desta entidade poderá ser formada por uma coletividade de pessoas e de bens, ou decorrerem da simples existência de um patrimônio, que não se pode ligar à esfera jurídica de nenhuma outra pessoa física [Navarrini e Fagella (1950, p. 198)].

As sociedades constituem, portanto, organismos econômico-jurídicos autônomos, geridos por um interesse independente, proprietárias de um patrimônio próprio e distinto da economia dos sócios, e cuja finalidade é o desenvolvimento de uma empresa.

Nesse contexto, deve-se destacar o princípio da autonomia patrimonial, pilar de superior importância para o conceito de pessoa jurídica. A respeito desse ponto, cite-se o renomado comercialista português José Tavares:

O patrimônio coletivo da sociedade e os patrimônios particulares dos sócios têm respectivamente o seu regime autônomo, separado e independente. O patrimônio particular do sócio, estranho à sociedade,

é por ele livremente administrado. Pelo contrário, a administração do patrimônio social só pertence à pessoa jurídica da sociedade, nas condições fixadas no estatuto ou contrato da sua formação, ou determinadas pela lei, que simultânea e subsidiariamente regula a sua constituição e vida [Tavares (1924, p. 148)].

Na mesma esteira, encontra-se J. X. Carvalho de Mendonça:

As sociedades têm patrimônio seu, distinto do patrimônio de cada sócio [...] Nenhum deles pode utilizar em proveito próprio os bens sociais nem são obrigados a concorrer com as despesas necessárias para a sua conservação, nem lhes é permitido pedir arbitrariamente a divisão [...]. Os credores particulares dos sócios nenhum direito têm sobre esse patrimônio, ainda no caso de falência; não podem perturbar a marcha da sociedade [Mendonça (1963, p. 104-105)].

Assim, tendo em vista o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades a par da dos seres humanos, no momento em que os administradores desempenham suas funções, contratando com terceiros, não são eles que individualmente adquirem direitos ou se sujeitam a obrigações, mas a própria pessoa jurídica da sociedade que eles representam (ou, no dizer de Pontes de Miranda, apresentam).

Segundo o entendimento clássico, o patrimônio pessoal dos sócios e o patrimônio da sociedade são realidades completamente distintas e incomunicáveis. Tecnicamente, a sociedade é uma pessoa autônoma, possuidora de vontade e interesses próprios e, eventualmente, até mesmo diferentes dos de seus sócios.

Como se sabe, o princípio da autonomia patrimonial estava claramente contido no art. 20 do Código Civil de 1916. Muito embora o CC/02 não mais traga esse princípio de forma expressa, isso não significa, como se poderia pensar em um primeiro momento, que ele não mais esteja vigendo.

O princípio da autonomia patrimonial permanece com sua força inalterada basicamente por duas razões. Primeiro porque, como se

pode depreender das citações acima transcritas, tal princípio constitui um dos mais importantes pilares do direito societário. Segundo porque, com base em uma interpretação a *contrário senso* do art. 50 do CC/02, observa-se que o princípio da autonomia patrimonial permanece intocado, pois, se somente é possível atingir o patrimônio dos sócios ou administradores se for aplicada a teoria da desconsideração, é porque o patrimônio da sociedade tem autonomia e independência.

Defensores da teoria organicista entendem que a única diferença entre uma pessoa jurídica e uma pessoa natural seria o fato de a última decorrer de um fenômeno natural, e a primeira de um fenômeno legal. Como se sabe, a teoria da pessoa jurídica foi construída à imagem e semelhança da pessoa humana. A título de ilustração, pode-se lembrar que as pessoas jurídicas têm nome (firma ou denominação), nacionalidade, endereço (domicílio), envolvem-se em relações de família (sociedade-mãe – *holding*), nascem e morrem [...]. Portanto, observa-se que a intenção do legislador, ao instituir o conceito de pessoa jurídica personalizada, era transformá-la em um verdadeiro foco autônomo de interesses.

Esse objetivo, contudo, restou parcialmente frustrado. Começou-se a utilizar o instituto para atingir fins diversos daqueles para os quais ele foi concebido. Em verdade, empresários de honestidade duvidosa passaram a valer-se das pessoas jurídicas por eles criadas como uma couraça acobertadora de situações antijurídicas [Borba (2004, p. 33)].

Essa abusiva utilização da pessoa jurídica não poderia ficar muito tempo sem solução. Nesse contexto, com o intuito de coibir tão abominável prática, desenvolveu-se a teoria da desconsideração, ou penetração, como também é conhecida.

Note-se que essa teoria não tem por objetivo, como *a priori* poderia parecer, a destruição do instituto da pessoa jurídica. Pelo contrário, seu maior objetivo é exatamente a preservação desse instituto em seus contornos fundamentais, afastando a possibilidade de seu des-

virtuamento comprometer a sua essência. Ou seja, a inexistência de um critério de orientação, com base no qual os julgadores pudessem reprimir fraudes e abusos perpetrados por meio da autonomia patrimonial, poderia eventualmente redundar no questionamento do próprio instituto, e não no seu uso indevido. “Esse critério é fornecido pela teoria da desconsideração, que, assim, contribui para o aprimoramento da disciplina da pessoa jurídica” [Coelho (2002, p. 37)].

Uma das maiores valias, senão a maior delas, do princípio da autonomia patrimonial consiste em estimular aqueles que desejam se lançar em um novo empreendimento comercial. Com a limitação da responsabilidade ao valor da ação – no caso das anônimas –, ou ao valor da integralização do capital social – no caso das limitadas –, os investidores podem calcular com mais precisão os riscos empresariais do projeto que desejam implantar. Ademais, perfeitamente compreensível, nada tendo, pelo contrário, de censurável, seria o desejo dos investidores de limitar suas responsabilidades a um patamar máximo predefinido. Todo negócio está sujeito a imprevistos. Se o princípio da autonomia não existisse, todo o patrimônio pessoal dos sócios estaria em jogo na eventualidade de o projeto não lograr êxito. A toda evidência, a relativização que se tem feito do princípio da autonomia patrimonial acabará por desestimular novos investimentos, o que provavelmente redundará em uma paralisia econômica generalizada. Como observa Fábio Ulhoa Coelho:

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e os credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos [Coelho (2002, p. 38)].

Tendo em vista tão preocupante perspectiva, faz-se necessário estudar detidamente em que consiste a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, determinando-se em que situações, e por que

motivos, dever-se-á utilizá-la. Sendo assim, percebe-se que o mercado investidor, para sentir-se à vontade ao arriscar seu patrimônio, depende do definitivo estabelecimento dos pressupostos de aplicação da teoria.

Teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Origem

O homem tem uma tal paixão pelos sistemas e pelas conclusões abstratas que não hesita em deformar deliberadamente a verdade, em deixar de ver o que está vendo e de ouvir o que está ouvindo, só para justificar a lógica [Dostoievski (2003, p. 33)].

Foi na busca dessa pureza lógico-acadêmica que durante anos se considerou o princípio da autonomia patrimonial como algo insuperável.

Como não podia deixar de ser, foi nessa sombra intangível do ordenamento jurídico que algumas mentes de evidente torpeza e brilhantismo duvidoso alojaram-se para cometer, por meio de suas pessoas jurídicas, todo tipo de desmandos.

Não tardou muito, felizmente, para que a doutrina e a jurisprudência detectassem o problema e buscassem a solução. Foi então que, em 1897, no famoso caso *Salomon v. Salomon & Co.*,¹ se aplicou pela primeira vez a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Nesse *leading case*, Aaron Salomon, empresário que atuava como comerciante individual na área de calçados há mais de 30 anos, resolveu constituir, juntamente com mais seis membros de sua família,

¹ É muito acirrada a divergência doutrinária acerca de qual teria sido o primeiro caso de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Alguns acham que foi o caso *Salomon*, datado de 1897, outros acham que foi o caso do *Bank of United States v. Deveaux*, ocorrido em 1809.

uma *company* (equivalente a uma S.A. brasileira). Nessa nova empresa, cada membro da família recebeu uma ação, reservando-se para Aaron as 20 mil ações restantes, as quais foram integralizadas com parte de seu fundo de comércio. Como o valor do fundo de comércio era bem superior ao valor das 20 mil ações, o restante do fundo de comércio foi utilizado na subscrição de debêntures garantidas pelo ativo da companhia. Em pouco tempo, o negócio se mostrou inviável, entrando, enfim, em liquidação. Foi nesse momento que ficou evidenciado o estratagema armado por Salomon. Tendo em vista que as debêntures recebidas eram garantidas, Salomon estaria em condição privilegiada na classificação dos credores da sociedade. Salomon era na verdade um dos principais credores de sua própria sociedade. Com esse quadro evidente de má-fé, o juízo a *quo* declarou a fraude com o alcance dos bens do sócio Aaron Salomon, pois, como alegado pelos demais credores, Salomon e a companhia eram na verdade a mesma pessoa. Apesar de a corte de apelação ter confirmado a decisão, a House of Lords a modificou, reconhecendo a diferenciação patrimonial entre a companhia e os sócios, sem identificar qualquer vício na sua constituição.

Apesar da derrota dos credores quirografários nesse processo, a teoria ganhou o mundo, difundindo-se de forma extraordinária tanto na Europa quanto nas Américas.

Essa teoria criada na Inglaterra ganhou força nos Estados Unidos e foi sistematizada na Alemanha. Uma das pioneiras contribuições, e talvez a mais importante sobre o tema, foi dada pelo alemão Rolf Serick, em apresentação de tese de doutorado na Universidade de Tübingen. Nesta, Serick buscou encontrar, com base na jurisprudência norte-americana, critérios gerais que autorizassem o afastamento da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

Já no Brasil, o pioneiro no estudo da teoria foi Rubens Requião, o qual baseou seu raciocínio, assim como Rolf Serick, na fraude e no abuso de direito. Note-se, portanto, que esses autores, os quais fazem

parte da doutrina clássica sobre o assunto, indicam como pressupostos da aplicação da teoria elementos subjetivos – fraude e abuso de direito –, e por essa razão suas teorias são conhecidas como teorias subjetivas. Como será visto mais adiante, existem hoje os defensores das teorias objetivas. Para estes, não é necessário que se perquiria a respeito do elemento volitivo dos agentes: basta que haja confusão patrimonial, ou mesmo simples insuficiência patrimonial, para que a teoria seja aplicável.

Por fim, vale mencionar que é possível encontrar hoje no ordenamento jurídico brasileiro quatro hipóteses de menção à *disregard doctrine*, quais sejam: o art. 28 da Lei 8.078/90, o art. 18 da Lei 8.884/94, o art. 4º da Lei 9.605/98 e o art. 50 do CC/02. Cabe mencionar, contudo, que nas três primeiras hipóteses mencionadas, a teoria encontra-se, de alguma forma, distorcida. Apenas o quarto dispositivo mencionado guarda fidelidade à concepção clássica da teoria, colocando o abuso de direito como o elemento autorizador de sua aplicação.

Conceito

O instituto da sociedade funda-se basicamente em dois princípios: o da personalidade jurídica distinta da personalidade de seus sócios e o da limitação da responsabilidade dos sócios (que, todavia, varia em função do tipo societário). Todavia, o princípio da separação patrimonial e o da limitação da responsabilidade dos sócios não são, como bem observou Serick, absolutos [Oliveira (1979, p. 302 e 329)].

O estudo da teoria da desconsideração deve ser feito, portanto, levando-se em conta essa relatividade. Tal teoria prega a desconsideração da personalidade jurídica em determinados casos muito específicos, nos quais a sociedade é usada como mero instrumento nas mãos de seus controladores. Nesses casos, levantar-se-ia o véu

personificador, pois o elemento volitivo determinante do ato não teve como espeque os interesses da própria sociedade. Destarte, no caso de a personalidade jurídica da sociedade ser fraudulentamente manipulada, esta deverá ser desconsiderada.

Antes de se adentrar no estudo dos pressupostos autorizativos da aplicação da teoria, é mister consignar que desconsideração não se confunde com despersonalização, na medida em que não induz a invalidade do fenômeno personificante, mas sim a sua desconsideração episódica.

Pressupostos

Não se afigura pacífica a doutrina no que tange aos pressupostos autorizativos da aplicação da teoria. Tendo em vista a controvérsia, procede-se a uma explanação acerca da opinião dos mais autorizados mestres a respeito do assunto.

Rolf Serick

Muito embora a teoria da desconsideração tenha sido criada com base na jurisprudência norte-americana, foi sem dúvida na Alemanha que ela foi sistematizada. Nesse país, o mais importante nome a respeito do tema foi o de Rolf Serick. Vale ressaltar que, à época do seu trabalho, pouca coisa, ou quase nada, havia sido escrita sobre a teoria que representasse um tratamento específico da questão. É bem verdade que, antes dele, alguns outros doutrinadores já haviam se dedicado ao tema, como Martin Wolff e Heinz Rhode, mas não se encontra nesses estudos o objetivo central almejado por Serick, qual seja, o de definir critérios que autorizassem o uso da teoria [Coelho (2002, p. 36)].

Para Serick, a teoria da desconsideração deveria ser vista como uma *regra-exceção*. Ou seja, em princípio, a pessoa jurídica da

sociedade e a pessoa física dos sócios seriam realidades distintas. A regra seria, portanto, o respeito ao princípio da autonomia, tanto patrimonial quanto “psicológica”. Ao exarar tal entendimento, Serick erige uma das mais importantes colunas sobre o tema, a de que a teoria da desconsideração não deveria ser banalizada, devendo os tribunais valer-se dela apenas em situações limites, isto é, quando nenhuma outra regra do ordenamento fosse hábil a elidir a fraude perpetrada.

A verificação do *abuso de direito no caso concreto* poderia ser vista como o segundo pilar da formulação de Serick. Para o mestre, não há como aplicar a solução desconsiderante sem que esteja configurada a prática de algum ato abusivo. Em razão dessa sua visão calcada no elemento volitivo – abuso da personalidade –, a teoria de Serick é classificada como subjetiva. Essa classificação – teoria subjetiva – foi criada em antagonismo às teorias objetivas, que veremos adiante, as quais não exigem o pressuposto do abuso de direito para a sua aplicação. Observe-se ainda que, para Serick, o ônus da prova desse pressuposto é daquele que invoca a fraude e requer a desconsideração [Oliveira (1979, p. 329)].

Vale frisar que Serick era terminantemente contrário ao entendimento esposado por alguns autores, segundo os quais a unipessoalidade seria um requisito autônomo e suficiente para a aplicação da teoria. Para o mestre, nada impede que o patrimônio de uma sociedade unipessoal se mantenha distinto em relação ao do sócio único e que seus créditos e débitos não se confundam com os do sócio único. Em casos como esses, não existiria qualquer diferença estrutural entre as sociedades unipessoais e as pluripessoais que autorizasse um tratamento distinto. Por essa razão, Serick entendia que, qualquer que fosse o caso, seria necessária a demonstração do uso abusivo da personalidade jurídica. Essa posição, que seria chamada mais tarde de unitarista, foi, segundo Lamartine, a grande ambição da obra de Serick [Oliveira (1979, p. 302)].

Na parte final de sua obra, Serick tenta sistematizar os resultados de sua pesquisa, estabelecendo quatro princípios, os quais foram brilhantemente sumarizados por Fábio Ulhoa Coelho:

O primeiro afirma que “o juiz, diante de abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica”. Entende Serick por abuso da forma qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento de obrigação contratual, ou ainda, prejudicar terceiros de modo fraudulento. Ressalta, também, que não se admite a desconsideração sem a presença desse abuso, mesmo que para a proteção da boa-fé. O segundo princípio da teoria da desconsideração circunscreve, com mais precisão, as hipóteses em que a autonomia deve ser preservada. Afirma que “não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas por que o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos”. Em outros termos, não basta a simples prova da insatisfação de direito de credor da sociedade para justificar a desconsideração. De acordo com o terceiro princípio, “aplica-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica”. É este o critério recomendado para resolver questões como a nacionalidade ou raça de sociedades empresárias. O derradeiro princípio sustenta que, “se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes”. Quer dizer, se a lei prevê determinada disciplina para os negócios entre dois sujeitos distintos, cabe desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica que o realiza com um de seus membros para afastar essa disciplina [Coelho (2002, p. 36)].

Para finalizar o estudo da contribuição dada por Serick ao tema, vale mencionar que o autor, demonstrando mais uma vez toda a sua

acuidade, percebera, já naquela época, algo que começa a mostrar-se evidente hoje, qual seja, que a falta de estabelecimento de limites e critérios precisos para a aplicação da teoria da desconsideração pode levar ao esvaziamento do instituto da pessoa jurídica, o que, a toda evidência, poderá trazer resultados desastrosos à economia nacional.

Rubens Requião

No Brasil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi trazida por Rubens Requião. Este, em razão da forte influência da tese de Serick, não se afasta muito dos pressupostos acima mencionados, colocando também a fraude e o abuso de direito como pressupostos para a desconsideração. Em razão disso, pode-se incluir Rubens Requião entre os filiados às teorias subjetivas.

Tavares Borba

Tavares Borba também coloca o aspecto subjetivo como a pedra de toque da teoria da desconsideração. Ressaltando a importância do art. 50 do CC/02, o autor espera que irão refluir os desvios perpetrados em nossos tribunais, tendentes a estender a desconsideração a situações inteiramente estranhas aos seus parâmetros normais – atribuindo-lhes até mesmo conotações objetivas. Com base no estudo da gênese do instituto e na forma como foi exposto no mencionado art. 50, conclui que o pressuposto suficiente para a aplicação da solução desconsiderante é o abuso da personalidade. Tal abuso pode se manifestar tanto pelo desvio de finalidade como pela confusão patrimonial, como também por outras formas em que se possa detectar o uso abusivo da personalidade jurídica. Uma vez verificado o abuso, atinge-se o administrador, controlador, sócio ou quem quer que tenha agido de forma abusiva.

Por fim, vale consignar que Tavares Borba entende que: (i) a teoria deverá ser aplicada de forma excepcional; e (ii) o simples fato de uma sociedade ser unipessoal não autoriza a aplicação da desconsideração, sendo necessário, em todos os casos, a demonstração do uso abusivo da personalidade. Situação diversa ocorre, todavia, no caso das sociedades de propósito específico (SPE). Nesse caso, embora sejam criadas sob a forma de sociedades comerciais, não passam de projetos de outra empresa que, normalmente, é a sua controladora.

A rigor, essas sociedades nascem para prestar um serviço a sua controladora, para cumprir uma simples etapa de um projeto, ou até mesmo para desenvolver um projeto da controladora. Normalmente, cumprindo esse projeto, o seu destino é a liquidação. Nascem, normalmente, já marcadas para morrer. São nada mais nada menos do que uma sociedade-escrava, sem vida própria, e sem qualquer interesse particular capaz de justificá-la como empresa [Borba (2003, p. 519)].

Sua utilização não é ilegal, sendo indicada em muitos casos. Entretanto, verificada a insolvência ou a inadimplência da SPE, a desconsideração da personalidade impor-se-ia de forma imediata e direta em razão das mencionadas peculiaridades.

J. Lamartine Corrêa de Oliveira

J. Lamartine Corrêa de Oliveira é, por sua vez, o doutrinador brasileiro que mais profundamente estudou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Para ele, o problema da desconsideração envolve uma questão de imputação. Para aplicar a teoria, deve-se fazer a seguinte pergunta: “No caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas?” Se a resposta a essa pergunta levar à conclusão de que na verdade é outra pessoa que está a agir, utilizando-se da pessoa jurídica como se fora um escudo protetor,

se é exatamente esse uso da pessoa jurídica fora de sua função que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato ou às “coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência” [Oliveira (1979, p. 613)]. Lamartine, divergindo da doutrina majoritária, entende ser impossível tratar todas as pessoas jurídicas de forma unitária. Segundo esse autor, no caso das sociedades unipessoais e grupos de sociedade, verifica-se inequívoca alteração histórica da função do instituto da pessoa jurídica, não sendo mais possível, na sua opinião, encontrar nesses tipos a desejada autonomia de desígnios.

Fábio Ulhoa Coelho

Finalmente, o último doutrinador a que se reporta nesta etapa deste estudo é Fábio Ulhoa Coelho. Esse autor desenvolve uma abordagem peculiar sobre o tema, dividindo a teoria da desconsideração em duas, a teoria maior e a teoria menor. A teoria maior seria a que se coaduna com a concepção clássica da teoria, erigindo como pressupostos de sua aplicação a fraude ou o abuso do direito. Já a teoria menor seria aquela que toma como pressuposto da aplicação da teoria da desconsideração a simples insuficiência patrimonial perante as dívidas sociais. Na verdade, o que se tem aqui é o uso correto e o uso incorreto da teoria da desconsideração. Como sabiamente ressalta Fábio Ulhoa, a teoria menor representa um questionamento da própria “pertinência” do instituto da pessoa jurídica, ou, como já previra o genial Lamartine, da crise do princípio da separação patrimonial. Apesar de válida a tentativa didática de dividir a teoria da desconsideração em maior e menor, melhor seria não se valer de eufemismos, reportando-se secamente à utilização certa e errada da teoria da desconsideração. Se o objetivo colimado pelos juízes e tribunais que utilizam a teoria “menor” é a criação de uma nova teoria (teoria do fim da personalidade

jurídica), que ela não seja chamada de teoria da desconsideração, pois, ao assim agirem, tudo o que alcançam é confundir institutos consagrados pelo direito.

Aspecto perspicaz da visão de Fábio Ulhoa situa-se em ter a licitude como pressuposto da desconsideração. Isto é, só seria possível aplicar a teoria da desconsideração quando o fato se mostrasse aparentemente lícito, exurgindo-se a ilicitude apenas em seguida à desconsideração da personalidade. Enquanto é imputável à sociedade, o ato é lícito; a ilicitude só advém quando o ato passa a ser imputado ao sócio, administrador ou controlador, ou a qualquer outra pessoa que não a sociedade. Se o ato é visivelmente ilícito desde o início, não é necessário o uso da solução desconsiderante. Basta, em vez disso, o uso direto de outros institutos menos drásticos, como responsabilidade pessoal por infração à lei, estatuto ou contrato.

Outro aspecto da contribuição de Fábio Ulhoa ao tema é o de admitir a confusão patrimonial como pressuposto para a implementação da desconsideração. Essa solução objetiva foi primeiramente proposta por Fábio Konder Comparato, que, invocando as dificuldades encontradas no campo das provas para demonstrar as intenções subjetivas do demandado, propõe uma formulação objetiva da teoria, na qual bastaria a comprovação, com base na análise da escrituração contábil ou movimentação das contas, de que o patrimônio da sociedade e o dos sócios se misturaram. Apesar de se concordar que a formulação objetiva facilitaria no campo das provas, não se entende que ela deva ser utilizada autonomamente. Ou seja, o elemento subjetivo, a intenção de valer-se da personalidade jurídica da sociedade para fins desviados – abuso da personalidade – deverá estar sempre presente. É bem verdade que a confusão patrimonial é um indício fortíssimo da utilização da sociedade de forma antijurídica. Mas nada impede, porém, que a confusão detectada tenha se dado por erro ou falha técnica. Se tudo o mais indicar a boa-fé dos sócios e administradores,

não há por que puni-los com a solução desconsiderante [Oliveira (1979, p. 335-336)]. Nesse mesmo sentido, está Drobnig:

A mistura de patrimônios sozinha não pode justificar a penetração: esta só se justifica quando conduzir ao esvaziamento do patrimônio da sociedade. Se o caso é de empréstimos, doações ou oneração de bens próprios, feitos pelos sócios de modo a incidir sobre o seu patrimônio, em favor da sociedade, não se justificará a responsabilidade pessoal do sócio. Por outro lado, a mistura patrimonial sozinha não justificará a penetração. Só poderá servir de fundamento à penetração quando acompanhada de mistura de patrimônios ou quando, na fronteira da manobra conscientemente dolosa, destinada a induzir terceiros em erro se demonstre a verdadeira confusão de identidades entre sócio e sociedade.

Deve-se ver, como já dito acima, a confusão patrimonial como um indício fortíssimo de abuso de personalidade, mas não como um pressuposto para a aplicação da teoria da desconsideração. É exatamente esse, inclusive, o entendimento adotado pelo art. 50 do CC/02, quando afirma que, “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”, seja aplicada a solução desconsiderante. Observe-se que o pressuposto elencado é só um, o abuso da personalidade, que pode se manifestar pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, ou por qualquer outra forma em que se demonstre o abuso da personalidade.

Análise crítica da legislação – Distinção entre desconsideração e outras formas de responsabilização pessoal direta

No ordenamento jurídico pátrio, é possível identificar quatro referências básicas à desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam, a do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a do art. 18 da Lei Antitruste, a do art. 4º da Lei 9.605/98 e, mais recentemente, a do art. 50 do CC/02.

Neste tópico, limita-se ao estudo do art. 28 do CDC e do art. 18 da Lei Antitruste, dispositivos em que foram perpetradas grosseiras confusões entre o instituto da responsabilização pessoal dos sócios e administradores e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Vige no direito o princípio de que a pessoa jurídica tem personalidade independente da de seus sócios, isto é, a pessoa jurídica, ao ser constituída, transforma-se em um polo autônomo de interesses, possuindo direitos e obrigações inconfundíveis com as de seus integrantes. Nos dois mais difundidos tipos societários adotados no Brasil – limitada e anônima –, é inegável o fato de ser a limitação da responsabilidade um dos interesses fundamentais daqueles que vêm a constituir uma sociedade. Esse interesse, ressalte-se, não padece de qualquer ilegalidade ou imoralidade que mereça ser repreendida. Pelo contrário, é absolutamente natural que aquele que venha a constituir uma sociedade não queira submeter todo o seu patrimônio ao risco inerente a um empreendimento empresarial. O que pode e deve ser repreendido é o uso indevido e abusivo do fenômeno personalizante.

A teoria da desconsideração não é a única forma de combater o uso abusivo da personalidade jurídica. Não raro, aqueles que se utilizam, de forma abusiva, da personalidade acabam, para alcançar seus objetivos impróprios, cometendo infrações, como abuso do poder de controle, atos contrários à lei ou ao estatuto etc.

Em tais casos, não haveria por que aplicar a teoria da desconsideração, pois, mesmo que se constatasse que a personalidade jurídica fora abusivamente manipulada, poder-se-iam utilizar outras formas de responsabilização, as quais atingiriam o mesmo objetivo, qual seja, a reparação do prejuízo sofrido. Nessa perspectiva, nos casos em que a personalidade não representa um obstáculo à responsabilização direta de quem incorreu na irregularidade, não há por que cogitar do

superamento da autonomia societária. A desconsideração, como já se viu com Serick, representa uma regra-exceção, que deve ser utilizada de forma *excepcionalíssima* – seria o último dos recursos.

Feitas essas considerações, fica evidente a impropriedade cometida pelo art. 28 do CDC, que abaixo é transcrito:

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 (grifos nossos).

(...)

Nas mesmas impropriedades incorreu o art. 18 da Lei Antitruste:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste *abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (grifos nossos).

De todos os pressupostos acima mencionados, o único que guarda consonância com a concepção clássica da teoria da desconsideração é o abuso de direito. Todos os demais pressupostos – excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social e má administração – são, na verdade, formas autônomas de responsabilização direta, que tornam despiendo o uso da teoria da desconsideração.

A legislação que mais detidamente regula essas formas de responsabilização pessoal é a Lei das Sociedades Anônimas. Frise-se

que, embora essa lei se destine a regular as sociedades por ações, seus preceitos, sempre que atendidos os pressupostos da analogia, poderão ser aplicados aos demais tipos societários. No caso de uma limitada, v.g., o contrato social poderá prever a regência supletiva pela legislação das S.A. (art. 1.053, § único, do CC/02), e, mesmo que não haja essa previsão, poder-se-á utilizar a mencionada lei, quando for o caso, por analogia.² Jorge Lobo, analisando a questão pelo ângulo das sociedades limitadas, chega à mesma conclusão ao asseverar que, na “omissão do código civil e mesmo não prevendo o contrato social a aplicação supletiva da LSA, a sociedade limitada será regulada pela LSA, porque o Direito não tolera lacunas” [Lobo (2004, p. 59)].

Assim, para que o controlador responda pelos atos praticados com excesso de poder, não se mostra necessário, na maior parte dos casos, a drástica solução desconsiderante. Qualquer desvio do controlador que venha a significar a utilização desse poder para atender a fins pessoais em prejuízo da sociedade ou dos demais interesses que tem o dever de preservar importará na prática de abuso de poder, acarretando a obrigação de indenizar perdas e danos (art. 117 da LSA) [Borba (2004, p. 338)]. Tendo em vista que a teoria da desconsideração é *medida excepcional*, deve-se, sempre que possível, enquadrar a conduta abusiva nos dispositivos que, embora prevejam a responsabilização do infrator, não elidam a personalidade.

O mesmo ocorre quando as mencionadas leis – CDC e Antitruste – se referem à “infração da Lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social e má administração”. Em tais casos, não se mostra

² A respeito dessa fonte do direito – analogia –, vale transcrever Caio Mário: “Realizando uma operação mais singela, faz o juiz a aplicação da norma a casos não previstos, mas que com ela guardem identidade de razão, sob a invocação do princípio, segundo o qual se presume que o legislador lhe daria o mesmo regime, se dele tivesse cogitado: ‘ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio’” [Silva (1982, p. 66)].

necessário o uso da solução desconsiderante para a responsabilização dos envolvidos. A personalidade, também nesses casos, não representa um obstáculo à imputação da responsabilidade, pois o ato ilícito, por si mesmo, já envolve uma responsabilidade pessoal. Assim, basta que se utilize, analogicamente, o art. 158 da Lei das S.A., que prevê as hipóteses em que o administrador responde pelas obrigações sociais.

Art. 158 – O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II – com violação da lei ou do estatuto.

Um exemplo elucidará melhor a tese. Imagine-se que Carlos e Cláudia constituem uma sociedade anônima dedicada ao ramo de transporte de cavalos de hipismo. Os negócios iam bem e a empresa prosperava. A sociedade recebe então um convite para transportar 15 cavalos para os jogos olímpicos. No correr desse transporte, ocorre, por culpa da empresa, um acidente que resulta na inutilização de todos os 15 cavalos. Os proprietários dos animais, indignados com o desastre, propõem ação de indenização em face da empresa de transporte, que, se julgada procedente, indubitavelmente acarretaria a sua falência. Arditosamente, Carlos e Cláudia decidem constituir uma nova sociedade, completamente independente da primeira, com sede, empregados e instrumentos de trabalho novos, mas com o mesmo objeto social, qual seja, o de transporte de cavalos. Não fecham a antiga sociedade, mas param de se interessar por ela, deixando-a minguar paulatinamente. Na nova sociedade, ao contrário, empregam todas as suas forças para o sucesso do empreendimento. Quando, finalmente, depois de cinco anos de infundáveis recursos protelatórios, o processo

chega ao seu deslinde, a antiga sociedade, embora em funcionamento, já não possui ativo para suportar a indenização cominada.

Nesse caso, é evidente que os sócios se valeram do instituto da personalidade jurídica como um meio de tentar fraudar a lei. Apesar do inequívoco abuso da personalidade, não é caso, como muitos precipitadamente poderiam pensar, de desconsideração. Nesse exemplo, tendo em vista que os sócios, que no caso eram administradores, não mais investiram na sociedade, deixando-a desgovernada, interessando-se mais pelo sucesso da nova do que pelo da antiga, incorreram eles no ato previsto no art. 158, I, da LSA, pois agiram de forma negligente, permitindo, com isso, prejuízos para terceiros. Assim, Carlos e Cláudia deverão ser pessoalmente responsáveis, não em razão da desconsideração, que no caso não deve ser aplicada, mas sim por responsabilidade pessoal por ato culposo (negligência), ou até mesmo doloso (caso ficasse caracterizado que eles passaram a antiga clientela para a nova sociedade a fim de esvaziar a antiga).

Conclui-se, portanto, que a teoria da desconsideração somente deve ser aplicada quando a personalidade jurídica constituir um obstáculo à responsabilização do fraudador. Se a responsabilidade pode ser imputada diretamente, não há por que cogitar do superamento da autonomia; deve-se, sempre que possível, respeitar o princípio basilar da independência entre a pessoa jurídica e a pessoa dos sócios. Praticado o ato ilícito, que, segundo o art. 186 do CC/02, pode se caracterizar por ato culposo ou doloso, nenhuma dificuldade há em se estabelecer essa responsabilização direta dos envolvidos. Ressaltem-se inclusive os efeitos moralizantes que resultariam da aplicação com maior frequência, pela jurisprudência, dos institutos de responsabilização pessoal direta. Ao agir dessa forma, os tribunais tranquilizarão os sócios e administradores honestos e reprimirão apenas aqueles que costumam agir de má-fé ou de forma temerária.

§ 5º do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor

Por fim, faz-se necessário traçar algumas considerações a respeito do § 5º do art. 28 do CDC: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Esse dispositivo tem sido objeto de grandes controvérsias, pois a um só tempo é alvo de rasgados elogios e severas críticas. Sua importância mostra-se, contudo, evidente, uma vez que permite ao consumidor, polo hipossuficiente da relação, o exercício de seus direitos em face de grandes grupos econômicos. Imagine-se, por exemplo, a seguinte hipótese:

João, após morar por dois anos na cidade de São Luís do Maranhão, é transferido para a cidade de Vitória, no Espírito Santo. Antes de sair de São Luís do Maranhão, João solicitou o encerramento de todas as suas contas, de telefone, gás, luz etc., recebendo o comprovante de quitação de todas elas. Depois de um ano morando em Vitória, João, ao tentar comprar um determinado produto a prazo, é surpreendido com a constrangedora notícia de que sua compra não fora autorizada, posto estar seu nome inscrito no cadastro do SPC. Ao averiguar a procedência de tal dívida, descobre que a mesma se referia a uma conta de telefone da época em que morou em São Luís do Maranhão. Tendo em vista que a Companhia de Telefonia de Vitória é controladora da de São Luís do Maranhão, João, com base na hipótese de desconsideração prevista no art. 28, § 5º, do CDC, poderá propor ação judicial de indenização por danos morais em face da controladora, para que esta seja responsabilizada pela indenização devida pela controlada.

Note-se, portanto, que, se não fosse o § 5º suprarreferido, restaria por demais dificultada a pretensão de João, de pleitear a reparação pelo dano moral sofrido, pois, sendo parte hipossuficiente, não teria condições de se deslocar para São Luís tão somente para acionar a empresa, ou, mesmo que optasse por acioná-la a distância, a solução não seria justa, pois o processo poderia prolongar-se indefinidamente

em razão da distância. Observe-se ainda que também não atenderia aos apelos de justiça aplicar o § 2, do art. 28, do CDC. Tal dispositivo preceitua a responsabilidade subsidiária nos casos de grupos de sociedades. Ocorre que a parte hipossuficiente não teria fôlego para enfrentar toda essa batalha judicial, que envolveria tanto o real devedor quanto os demais integrantes do grupo.

Conclui-se, portanto, que, pelo ângulo da justiça, a norma do aludido § 5º é irretorquível. Percebe-se, contudo, que o dispositivo, para alcançar tal objetivo, comete grosseiros equívocos técnicos. Para desconsiderar a personalidade jurídica, é essencial a constatação de algum abuso no uso da personalidade. No caso em exame, não se cogita de abuso da forma societária. Sendo assim, não há por que falar em desconsideração. Melhor seria, então, uma reforma legislativa para a elaboração de um dispositivo que, em vez de prever a desconsideração para esses casos, determinasse o seguinte:

No caso de grupo de sociedade, se a estrutura formal do conjunto de sociedades for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, todas serão solidariamente responsáveis pelos prejuízos.

Ao optar por essa dicção legal, o dispositivo alcançaria os mesmos objetivos de justiça e proteção à parte hipossuficiente, sem deturpar a concepção clássica do instituto da desconsideração. A teoria da desconsideração, repita-se, é medida extrema, que, pela insegurança que traz ao mundo jurídico e aos investidores, deve ser utilizada da forma mais excepcional possível.

Desconsideração inversa

Tem-se a desconsideração inversa quando a sociedade é chamada a responder por dívidas particulares do sócio. Essa modalidade de desconsideração, adverte-se, é alvo de acirrada divergência doutrinária.

Os mestres que a endossam, como Fábio Ulhoa Coelho, citam o seguinte exemplo. Na desconstituição do vínculo de casamento ou de

união estável, a partilha de bens comuns pode resultar fraudada. Se um dos cônjuges ou companheiros, ao adquirir bens de maior valor, registra-os em nome de pessoa jurídica sob o seu controle, eles não integram, do ponto de vista formal, a massa a partilhar. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio.

Em situações como a supramencionada, entende-se que não seria caso de desconsideração, mas sim de: (i) na hipótese de anônima ou limitada, bastaria partilhar as ações ou cotas; ii) na hipótese de uma limitada cujas cotas fossem intransferíveis, a solução seria promover uma apuração de haveres.

Drobnig, estudioso alemão que se dedicou à questão da responsabilização invertida, alinha-se a esse entendimento ao asseverar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica somente “será admissível quando a obtenção normal do valor das cotas sociais pertencentes ao sócio, e que garantem primariamente o credor pessoal, seja difícil e ponha em perigo a satisfação da pretensão” [Drobnig *apud* Oliveira (1979, p. 342)].

Imagine-se um caso em que a pessoa física, sócia de uma pessoa jurídica, aluga em nome próprio um imóvel que será utilizado pela pessoa jurídica. Se, em razão de ele haver deixado de pagar os aluguéis, entra-se com uma ação de cobrança e descobre-se que ele não possui bens, poderá o locador pedir a desconsideração da pessoa jurídica, pois, apesar de no contrato constar o nome da pessoa física do sócio, quem está usando o imóvel é a sociedade.

Nesse caso, mostra-se indubitável a aplicação da desconsideração invertida, pois o verdadeiro devedor não é o sócio, mas sim a pessoa jurídica de que ele faz parte.³

³ A teoria invertida da desconsideração também poderia ser vista como uma forma de desconsideração da personalidade da pessoa física do sócio para atingir a sociedade. Nesse caso, haveria uma inversão de posições, pois o obstáculo a ser superado não é o da personalidade jurídica da sociedade, mas sim o do próprio sócio.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Análise e crítica

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que o tema “desconsideração” está longe de contar com um entendimento pacífico. Apesar da celeuma, podem-se citar algumas posições que, embora não unânimes, indicam a tendência a ser seguida por essa corte, que, lembre-se, é a instância máxima no que concerne ao tema.

O uso abusivo da personalidade

O abuso da personalidade, como já foi analisado, é o pressuposto determinante para a desconsideração. Sem a configuração do uso abusivo da personalidade, não há por que falar em desconsideração. Esse abuso pode se manifestar por meio do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, ou ainda por qualquer outro indício de que a personalidade jurídica esteja sendo fraudulentamente manipulada, servindo de meio a causar prejuízos a terceiros. Em todos os casos, deve-se buscar a realidade, não permitindo que artifícios jurídicos ludibriem a verdade. Vide a ementa abaixo transcrita:

EMENTA: Sociedade comercial. Desconsideração da personalidade jurídica. *Disregard doctrine*. Fraude e abuso de direito. Existência de apenas indícios ou presunções.

“Inaplicabilidade do instituto por exigir prova inconteste. Com a teoria da *disregard doctrine* visa-se a coibir o uso irregular da forma societária, geradora da personalidade jurídica, para fins contrários ao direito. Contudo, a fraude e o abuso de direito, que autorizam a adoção desta teoria, no caso concreto, não são cabalmente demonstrados, não sendo suficiente a existência de indícios ou presunções, porque se cuida de

uma excepcionalidade, demanda prova inconteste. A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser levada ao exagero, acabando por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento de eméritos juristas dos povos civilizados. Assim, a simples fatura em nome da empresa de produtos das associadas não basta para a adoção da *disregard of legal entity*, de molde a justificar a penhora de bens daquela execução movida contra associada. O que é devido pelos sócios não o é pela sociedade, e o que a sociedade deve não é devido pelos sócios.⁴ [Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, RT, 736/315].

Regra-exceção

Como já se aprendeu com Serick, a teoria da desconsideração é uma regra-exceção. Isto é, sua utilização só tem cabimento em casos excepcionalíssimos, nos quais nenhuma outra ferramenta legal seja capaz de elidir a fraude perpetrada.

Assim, sempre que for possível, deve-se dar preferência à utilização de outros recursos responsabilizadores – responsabilidade pessoal por

⁴ A jurisprudência maciça do STJ caminha alinhada a esses pressupostos, como se pode ver nas ementas elencadas a seguir: Ementa – 01: “Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Possibilidade. Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos. 1 – a constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição à outra declarada inidônea para licitar com a administração pública estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à lei de licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. 2 – a administração pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. Nega provimento.” (ROMS15166). Ementa – 02: “Falência. Quebra decretada de ambas. Inexistência de afronta ao art. 460 do CPC. – O juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. Consideradas as duas sociedades como sendo uma só pessoa jurídica, não verificada a alegada contrariedade ao art. 460 do CPC. Recurso especial não conhecido.” (STJ, RESP 63652, relator ministro Barros Monteiro, 13.6.2000).

ato contrário à lei ou ao estatuto, abuso de direito, fraude contra credores, fraude à execução etc. –, reservando a teoria da desconsideração a casos excepcionalíssimos, em que tais recursos não sejam aplicáveis. A respeito desse caráter excepcional da teoria da desconsideração, pode-se citar a seguinte jurisprudência:

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ATINGIR EMPRESA QUE NÃO FOI PARTE NA AÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE Nula, a teor do artigo 472, CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. Recurso especial conhecido e provido.

[Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial 347524. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 28 de fevereiro de 2003].

COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. SOCIEDADE. MORTE DE UM DOS SÓCIOS. ENCERRAMENTO IRREGULAR DA EMPRESA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE.

2. A desconsideração da personalidade jurídica é medida de caráter excepcional que somente pode ser decretada após a análise, no caso concreto, da existência de vícios que configurem abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o que não se verifica na espécie.

[Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 846331/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 23.3.2010].

Desconsideração da personalidade de sociedades que são solventes

Tendo em vista as intensas polêmicas que marcam a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a insegurança jurídica que isso gera, nunca é demais explicar o óbvio. Com esse objetivo, ressalta-se que jamais será admissível a aplicação da solução desconsiderante a empresas que possuam bens disponíveis para honrar suas dívidas. Segundo Drobniç, estudioso alemão de grande importância nessa seara, a solvência da sociedade seria uma circunstância limitadora da possibilidade de extensão da responsabilidade [Drobniç *apud* Oliveira (1979, p. 338)]. Se a sociedade possui bens, não há por que utilizar um recurso tão extremo, que, como já afirmado, deve ser aplicado da forma excepcionalíssima. Nesses casos, dever-se-á utilizar o art. 596 do CPC, que é transcrito a seguir:

Art. 596 – Os bens particulares do sócio não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem o direito de exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

Com base nesse dispositivo, percebe-se que a responsabilidade do sócio pelas dívidas da sociedade será sempre subsidiária. Mesmo que se comprove que a personalidade foi abusivamente manipulada, caso a sociedade seja solvente, não se poderá responsabilizar os sócios pelas dívidas sociais. Alinhados a essa posição, temos, além do supramencionado Drobniç, Fábio Ulhoa Coelho, o qual afirma que a responsabilidade do sócio será sempre subsidiária e que, “enquanto não exaurido o patrimônio social, não se pode cogitar de comprometimento do patrimônio do sócio para a satisfação de dívida da sociedade” [Coelho (2002, p. 27)]. A respeito do tema, vale citar a seguinte jurisprudência:

Execução. Desconsideração da personalidade jurídica. Descabimento.

1. Considerando o Acórdão recorrido que *não estão presentes os pressupostos para a aplicação da doutrina da desconsideração da*

personalidade jurídica, dispondo a empresa executada de bens para garantir a execução, não tem passagem o especial que pretende manter a penhora de bens com aquela sustentação.

2. Recurso especial não conhecido.

[Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial 437086 Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 5 de dezembro de 2002].

Hipóteses de confusão entre a teoria da desconsideração e o instituto da fraude à execução

A confusão entre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o instituto da fraude à execução é outro ponto que merece ser mencionado neste artigo.

Nunca é demais insistir em que a tutela desconsiderante, segundo Serick, a maior autoridade de todos os tempos no assunto, é medida excepcional, que somente deve ser utilizada quando nenhum outro meio seja apto a elidir a fraude perpetrada. Banalizar o uso dessa teoria certamente terá consequências desastrosas, gerando uma insegurança jurídica que invariavelmente intimidará os investidores não especulativos, o que indubitavelmente paralisará a expansão da economia nacional.

Logo, não se deve confundir a fraude contra credores com teoria da desconsideração. Preliminarmente, cumpre distinguir a fraude contra credores da fraude à execução.

Haverá fraude contra credores quando a alienação ou oneração ocorrer antes de os credores terem ingressado em juízo. A consequência será a ineficácia relativa do ato jurídico, o que se dará por meio de ação própria, conhecida na prática como “ação pauliana”.

Haverá fraude à execução quando a alienação ou oneração ocorrer após os credores terem ingressado em juízo. Nesse caso, tendo em vista ser mais robusto e evidente o intuito de fraudar, o ordenamento

determina a ineficácia absoluta do ato, que será declarada de ofício ou a pedido do credor nos próprios autos da execução, sem necessidade de ação judicial. A fraude, nessa hipótese, é tida como um atentado contra o eficaz desenvolvimento do processo, sendo, por essa razão, repelida de forma mais enérgica.

Em princípio, somente no caso de fraude contra credores teria o exequente de provar o conluio entre os contraentes, sendo tal conluio presumido na fraude à execução. Todavia, como afirma Theodoro Junior (2003, p. 107), a legislação ulterior ao código e a exegese jurisprudencial acabaram por exigir a comprovação do aspecto psicológico em ambos os casos.

Resumidamente, pode-se enunciar que: (i) “se a citação estiver inscrita no RGI, ‘a fraude independe de prova, porque se presume do fato do registro, pelo qual se tem registrado como do conhecimento de todos e, portanto, do adquirente’ [esse entendimento está hoje cristalizado na súmula 375, do STJ];⁵ e (ii) não havendo inscrição,

⁵ “FRAUDE À EXECUÇÃO. BOA-FÉ. REGISTRO. PENHORA.

A questão posta no REsp cinge-se em saber se constitui fraude à execução a simples existência, ao tempo da alienação de imóvel de propriedade do devedor, de demanda em curso em desfavor dele, capaz de reduzi-lo à insolvência, bastando sua citação válida no feito, sendo, assim, despcienda a existência de registro da penhora sobre o imóvel alienado.

A Turma entendeu que, nos termos do art. 659, § 4º, do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.953/1994, era exigível a inscrição, hoje averbação (Lei n. 11.382/2006), da penhora no cartório de registro imobiliário para que passasse a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, fosse eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução.

Dessa forma, inexistindo registro da penhora sobre bem alienado a terceiro, incumbia à exequente e embargada fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição judicial, agindo, assim, de má-fé.

Ressaltou-se que, *in casu*, a alienação do bem objeto da constrição judicial operou-se antes do registro dela, razão pela qual descabido presumir a má-fé ou o prévio conhecimento do terceiro adquirente quanto ao gravame.

Em verdade, o ônus da prova de que o terceiro tinha conhecimento da demanda ou do gravame transferiu-se para a credora, que dela não se desincumbiu.

Desse modo, presume-se a boa-fé (ausência de registro) que merece ser prestigiada, não havendo, portanto, falar em fraude à execução na espécie (Súm. n. 375-STJ). Diante desses fundamentos, deu-se provimento ao recurso.

Precedentes citados: REsp 113.666-DF, DJ 30/6/1997; REsp 494.545-RS, DJ 27/9/2004; REsp 742.097-RS, DJe 28/4/2008; REsp 493.914-SP, DJe 5/5/2008, e REsp 1.046.004-MT, DJe 23/6/2008. REsp 753.384-DF, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), julgado em 1/6/2010.”

incumbirá ao credor o ônus de provar ‘as condições legais da fraude à execução’, isto é, deverá demonstrar que o terceiro adquirente conhecia a existência da ação pendente contra o alienante” [Theodoro Junior (2003, p. 108)].

Uma vez traçados esses contornos, observa-se que a fraude contra credores e a fraude à execução são institutos que têm contornos muito bem delineados, inconfundíveis com os da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aqueles visam a estender a execução a determinados e específicos bens alienados pela sociedade em favor de terceiros. Neste, o que se obtém é a responsabilidade pessoal ilimitada do sócio, sem especificação de bens. Nessa perspectiva, não obstante o parentesco dogmático e teleológico, os institutos são distintos.

Surpreendentemente, o que se tem observado na prática pretoriana é o uso da teoria da desconsideração em casos em que seria mais técnico utilizar o instituto da fraude à execução ou da fraude contra credores. A respeito desse uso substitutivo que se considera não ser o melhor, podem-se citar os seguintes julgados.

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Ação de cobrança. Indisponibilidade de bens. Desconsideração da personalidade jurídica. Produção de provas.

1. O Acórdão recorrido bem afastou a pretensão manifestada no mandado de segurança ao entendimento de que correta a decisão impugnada face à *conclusão de que há, consoante os elementos probatórios produzidos, possibilidade de ocorrência de fraude contra credores*. Esclareceu o Acórdão, ainda, estar comprovado que a impetrante é sócia da ré na ação de cobrança. *Nesses casos, a jurisprudência desta Corte admite a desconsideração da personalidade jurídica para evitar a fraude.*

2. O acolhimento da pretensão contida no mandamus demandaria dilação probatória, prática que não se mostra compatível com a via eleita.

3. Recurso ordinário desprovido.

[Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15312. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 20 de maio de 2003].⁶

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS INEPTOS EM PROVOCAR PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FALÊNCIA. DAÇÕES EM PAGAMENTO FRAUDULENTAS AOS INTERESSES DA MASSA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BOJO DO PROCESSO FALENCIAL. DESNECESSIDADE DE

⁶ Nessa mesma tendência, pode-se citar ainda: “Ementa – Embargos e divergência. Circunstâncias fáticas diversas. Doutrina do ‘Disregard of Legal Entity’. Divergência Inexistente. 1. Estando os arestos confrontados assentados, sobretudo, nas circunstâncias fáticas próprias de cada caso, não há falar em dissídio jurisprudencial, sendo incabíveis os Embargos de divergência. 2. Hipótese em que o acórdão embargado *admitiu a aplicação da doutrina do “Disregard of Legal Entity”, para impedir a fraude contra credores, considerando válida penhora sobre bem pertencente a embargante*, nos autos de execução proposta contra outra sociedade do mesmo grupo econômico. No paradigma, entretanto, afastou-se a doutrina referida para que o sócio avalista não seja responsabilizado por litigância de má-fé, relacionada ao comportamento processual da sociedade avalizada. 3. Agravo Regimental Improvido. (STJ, AERESP 86502, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 14/05/1997)

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE (...) 4. “Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” [STJ. 1ª Turma. REsp 767021/RJ. Relator: Ministro José Delgado. Julgado em: 16.8.2005].

AÇÃO REVOCATÓRIA. DECRETO-LEI N. 7.661/1945, ARTS. 52 E SEGUINTE (...)

III. Detectada a fraude na dação de bens em pagamento, esvaziando o patrimônio empresarial em prejuízo da massa falida, pode o julgador decretar a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do próprio processo, facultado aos prejudicados oferecerem defesa perante o mesmo juízo.

[Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 418385/SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Julgado em: 19.6.2007].

Conclusão

Depois de séculos de evolução, o instituto da pessoa jurídica vive hoje um período de retrocesso. Longa foi a trajetória até chegar-se à ideia que se tem hoje de sociedade.

Como exposto no início deste artigo, as sociedades, no passado, não eram senão contratos de parceria. Não eram elas próprias que adquiriam direitos e contraíam obrigações, mas sim os sócios, pessoal e solidariamente. Assim, qualquer dívida poderia ser cobrada de qualquer dos sócios, pois a sociedade, para o direito, não existia.

Em um segundo momento da evolução, já consagrado o princípio da autonomia patrimonial, os sócios passaram a ter uma responsabilidade subsidiária, isto é, caso a sociedade não fosse capaz de honrar as suas dívidas, os credores poderiam exigí-las subsidiariamente dos sócios.

Finalmente, chegou-se ao período atual, em que a sociedade ganhou personalidade jurídica, transformando-se em um ser independente, de tal forma que as suas dívidas só podem ser, em regra, exigidas dela mesma.

Entretanto, vive-se hoje no Brasil um processo de regressão em matéria societária. A teoria da desconsideração da personalidade jurí-

dica, concebida com o intuito de salvar o instituto da pessoa jurídica, vem ocasionando a sua aniquilação. A aplicação equivocada dessa teoria acarreta uma espécie de retorno às origens do direito societário, quando as dívidas da sociedade podiam ser exigidas dos sócios.

Tal processo acentuou-se com o advento do CC/02, que trouxe norma expressa autorizando o superamento da autonomia patrimonial, prevista no art. 50. Ocorre que os tribunais passaram a utilizar a referida teoria como se fora uma panaceia, ignorando a essência do instituto e os parâmetros para sua utilização.

O objetivo colimado por este artigo não foi o de estabelecer uma nova e inédita forma de aplicação da desconsideração, mas sim o de explicitar a confusão que se tem verificado nessa seara, de modo a distinguir, de um lado, os casos em que seria recomendada a aplicação da teoria e, de outro, aqueles nos quais deveriam ser aplicados outros institutos de responsabilização direta. Assim, entende-se que:

- a) o pressuposto *sine qua non* para a aplicação da teoria da desconsideração e imediata responsabilização dos sócios é a configuração do abuso da personalidade – teoria subjetiva –, o qual pode se manifestar por meio do desvio de finalidade, ou da confusão patrimonial, ou ainda por qualquer outro meio que demonstre que a personalidade jurídica está sendo objeto de manipulação;
- b) a teoria da desconsideração tem natureza excepcional, de tal forma que somente deverá ser utilizada na eventualidade de a conduta inquinada não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de responsabilização pessoal direta dos sócios ou administradores, quais sejam, abuso de poder, solidariedade, responsabilidade pessoal dos administradores por atos contrários à lei ou ao estatuto; assim sendo, os equívocos perpetrados pelo legislador nos art. 28 do CDC e art. 18 da Lei Antitruste não devem ser repetidos pelo intérprete no momento da aplicação da lei; e

c) tendo em vista que a Lei das S.A. (Lei 6.404/76) é a legislação que mais detidamente regula a matéria societária, deve-se, sempre que possível, inclusive em matéria de desconsideração da personalidade jurídica, aplicar os seus preceitos, analogicamente, a todos os demais tipos societários.

Referências

BEVILÁQUIA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1966.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CAIRU, Visconde de. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. Tomo V, capítulo XXII. Lisboa, 1819.

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*. Vol II. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Notas de subterrâneo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

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

LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Vol. III. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial, tomo XLIX*. 3ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

- NAVARRINI, U.; FAGELLA, G. *Das sociedades e associações comerciais*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.
- OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1971.
- SILVA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TAVARES, José. *Sociedades e empresas comerciais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1924.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.