

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

MARCOS BROSSARD IOLOVITCH

DISREGARD DOCTRINE

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E
OS GRUPOS DE EMPRESAS

Porto Alegre
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

MARCOS BROSSARD IOLOVITCH

DISREGARD DOCTRINE

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS GRUPOS DE EMPRESAS

Monografia apresentada como requisito final para conclusão da Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a fim de se obter o título de Bacharel em Direito.

Porto Alegre
2010

MARCOS BROSSARD IOLOVITCH

DISREGARD DOCTRINE

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS GRUPOS DE EMPRESAS

Monografia apresentada como requisito final para conclusão da Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a fim de se obter o título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Klein Zanini

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Klein Zanini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Luiz Carlos Buchaim
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Me. Luís Felipe Spinelli

Porto Alegre, 30 de novembro de 2010

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, tenho de agradecer à minha família, por todo o carinho, a atenção e o amor. Agradecer pela educação que me deram, se refletindo na minha formação humanística e na construção do meu caráter.

Aos meus amigos, pelas lições, experiências e aprendizados que, somados, fizeram eu ser quem sou hoje, com defeitos e virtudes. Agradecê-los também pela paciência com que ouviram as minhas recusas para os mais variados programas, especialmente durante a época de elaboração deste trabalho. Citar nomes seria injusto, mas como a presente monografia é o Trabalho de Conclusão do Curso, seria mais injusto ainda se eu não fizesse menção à família Diretoria, com quem tive o prazer de estudar e conviver durante este período da graduação e que não é a toa que recebem a designação “família”.

Aos meus professores, que despertaram em mim a paixão pelo direito através de sua dedicação e seriedade, e também por não se preocuparem em simplesmente passar somente o conteúdo, mas por estimular a análise crítica, fundamental no meio jurídico. Neste ponto, faço especial referência ao Prof. Carlos Klein Zanini, por ter assumido a responsabilidade conjunta por este trabalho ao aceitar o meu pedido de orientação, mesmo com escasso tempo para sua execução; e também ao Prof. Norberto da Costa Caruso MacDonald, cuja colaboração prestada durante a pesquisa e também elaboração do presente estudo foi de grande valia.

Aos meus pais, Léo e Magda, pelo apoio incondicional,
concordando ou discordando, mas sempre respeitando.

Ao meu avô, Paulo, pelo exemplo de sabedoria,
cordialidade e simplicidade.

num último lampejo de lucidez, ainda lhe passou pela mente a ideia de que se, apesar de tudo, morresse mesmo, isso significaria que teria, paradoxalmente, vencido a morte.

José Saramago – Intermittências da Morte

RESUMO

O presente trabalho visa à análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Desde a sua criação jurisprudencial na Inglaterra e nos Estados Unidos, é mostrado o seu desenvolvimento até como a concebemos hoje através da análise de casos e também da doutrina brasileira e estrangeira sobre o tema. A ênfase dada no presente estudo diz respeito à temática dos grupos econômicos e a sua relação com a teoria da desconsideração, com uma abordagem através da comparação entre os sistemas norteamericano e brasileiro em definir quando e sob quais circunstâncias estariam os tribunais autorizados a levantar o véu corporativo. Complementado, é feita uma breve crítica na aplicação do instituto pelas cortes brasileiras, particularmente na Justiça do Trabalho, mostrando as consequências do uso desmesurado da desconsideração e indicando alternativas à sua aplicação através de regulação legislativa.

ABSTRACT

The current paper aims to analyze the institute of the disregard of the corporate veil. Since its jurisprudential creation in England and in the United States, is shown its development to its current conception through cases and both brazilian and foreign authors vision about the theme. The emphasis of the current work will be given in the matter of the economic groups and its relation with the disregard doctrine, with a special comparison on both brazilian and american systems on how and under which circumstances should the corporate veil be lifted. In addition, a short criticism is made on the appliance of the institute by the brazilian courts, particularly by the labor justice, being shown the consequences of the lack of moderation in the use of the disregard and indicating alternatives to the disregard doctrine that can be made through legal regulation.

Sumário

1. Introdução	10
2. O princípio da autonomia patrimonial	12
2.1 A autonomia patrimonial como divisão de riscos	15
2.2 Autonomia patrimonial como um privilégio	17
2.3 Exceções à regra da autonomia: empresário individual, sociedade simples e em nome coletivo	19
3. Surgimento da Disregard Doctrine	21
3.1 Casos paradigma	21
3.2 Designações	24
4. Teorias modernas da desconsideração	26
4.1 Teoria Maior	27
4.2 Teoria Menor	29
4.3 Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica	31
4.4 Sócio tirano	33
5. Posituação da disregard	35
5.1 No Brasil.....	36
5.1.1 Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º, § 2º).....	37
5.1.2 Código Tributário Nacional (art. 135).....	37
5.1.3 Código de Defesa do Consumidor (art. 28)	38
5.1.4 Lei Antitruste (art. 18)	39
5.1.5 Lei Ambiental (art. 4º)	39
5.1.6 Código Civil de 2002 (art. 50)	40
6. Os grupos de empresas e a desconsideração direta	42
6.1 Tipos de grupos societários	44
6.1.1 Grupos de subordinação	44
6.1.2 Grupos de coordenação	46
6.1.3 Definição legal da expressão “grupo de sociedades”: divisão entre grupos de direito e grupos de fato	47

6.2	Hipóteses de mau uso do grupo empresário.....	50
6.3	Desconsideração direta no Brasil e nos Estados Unidos	53
6.4	Incompatibilidade entre a desconsideração direta e a teoria institucionalista da pessoa jurídica nas sociedades anônimas.....	58
6.5	Inversão do ônus probatório.....	60
6.6	O caso Berger v. CBS	62
7.	Aplicação da desconsideração	64
7.1	Efeitos de sua incidência.....	65
7.2	Não incidência nos casos de falência ou insolvência da sociedade	66
7.3	Risco processual brasileiro: impossibilidade de revisão pelo STJ	67
7.4	Crítica à aplicação desenfreada e o risco da banalização	69
7.5	Alternativas à aplicação – formas de desonerar a sociedade sem desproteger o credor.....	72
8.	Conclusão	77
	Bibliografia.....	79

1. Introdução

No presente estudo, será apresentado um tema que vem ganhando destaque no cenário jurídico e econômico nacional: a desconsideração da personalidade jurídica. Apesar disto, a matéria ainda não goza de grande expressão acadêmica e doutrinária em nosso país, especialmente se comparada a outros ramos do direito, representando verdadeiro desafio a sua abordagem através de tantos aspectos quanto propostos.

Desta forma, faz-se necessária a análise da matéria no direito estrangeiro, especialmente em países como Estados Unidos, onde o instituto obteve desenvolvimento superior aos outros países, e Inglaterra, outro dos berços da matéria, sendo primordial a análise de casos paradigma, uma vez que a própria figura da desconsideração da personalidade jurídica foi uma criação jurisprudencial.

Todavia, a sua evolução e difusão dependiam da relativização de um conceito jurídico praticamente intangível até então sobre as sociedades comerciais, a distinção patrimonial em sócios e sociedade, enfrentando, naturalmente, forte resistência tanto no meio acadêmico como jurisprudencial. Com efeito, como será abordado, a autonomia patrimonial desde que foi criada com as Companhias das Índias sempre representou um importante instrumento de desenvolvimento econômico e incentivo à circulação de riquezas, havendo receio que a sua relativização pudesse acarretar consequências sombrias sob o ponto de vista econômico.

Em que pese esta ressalva posta, os abusos perpetrados e as fraudes cometidas utilizando-se a figura da personalidade jurídica e a sua distinção patrimonial acabaram tornando premente alguma medida para coibi-las, já que seria imprudente e inclusive temerário a impunidade àqueles que se beneficiavam de tal recurso fornecido pelo direito para fins espúrios.

Após a evolução natural do instituto através da jurisprudência e doutrina, especialmente nos Estados Unidos e Alemanha, se fez notar a sua inter-relação com uma modalidade societária que ganha importância no cenário econômico atual: os

grupos societários. De fato, a presença destes grupos tem se mostrado de suma importância nas relações mercantis e societárias, sendo premente o seu estudo. Sua evolução, é bom frisar, se deu concomitantemente com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, havendo tratamento especial da matéria no que tange à sua aplicação nos grupos societários, temática que ganha destaque no presente trabalho.

Dessa forma, serão abordados diversos aspectos da desconsideração da personalidade jurídica, iniciando o estudo com uma abordagem histórica sobre o princípio da autonomia patrimonial, passando pelo próprio surgimento da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e as teorias que dela decorrem.

Dando sequência ao trabalho, haverá exposição de algumas normas do direito brasileiro que acabaram adotando a teoria da desconsideração, mesmo que parte da doutrina entenda que a *disregard* seja de exclusiva aplicação jurisprudencial no caso concreto, ou seja, que nos casos em que a lei autoriza que se penetre na intimidade societária não seriam de aplicação própria da desconsideração, mas sim mero emprego da solução legal apresentada.

Em seguida, a temática eleita para intitular este trabalho será abordada, sendo feita uma análise da aplicação da desconsideração nos grupos de empresas, fazendo-se um cotejo entre a sua aplicação no Brasil e nos Estados Unidos, feita através da leitura crítica da doutrina de ambos os países.

Por fim, será trazida uma análise crítica da aplicação do tema no nosso país, fazendo-se as pertinentes críticas a interpretação extensiva por alguns tribunais, diferentemente da aplicação restrita defendida pela melhor doutrina, expondo-se igualmente as consequências que tal aplicação desmesurada pode gerar, desde os efeitos sentidos no campo econômico como aqueles pertinentes à área jurídica.

Dessa forma, se pretende fazer uma abordagem histórica e também prática da desconsideração, a fim de que sejam estudados seus aspectos principais, criticando as imprecisões de sua aplicação e expondo alguns problemas que decorrem da sua banalização, com o intuito de criar um sistema jurídico harmônico com o adequado uso das ferramentas que oferece à sociedade.

2. O princípio da autonomia patrimonial

A separação patrimonial é historicamente um dos pilares do conceito de pessoa jurídica com responsabilidade limitada. Ainda, é um importante instrumento de estímulo ao investimento e circulação de capitais, de onde se denota seu caráter não só jurídico, mas igualmente econômico. MAC-DONALD ainda vê na *limited liability* “uma extraordinária garantia de igualdade dos cidadãos nas oportunidades de acesso à riqueza”¹, fazendo referência a MATTEO TONELLO.

Em linhas gerais, a aplicação do princípio da separação patrimonial importa na limitação da responsabilidade do investidor-acionista somente até o limite da quota que deve integralizar; o seu patrimônio pessoal está dissociado daquele da empresa, protegido de eventuais insucessos que a sociedade investida venha a ter.

Na palestra que abordou pela primeira vez o tema em solo nacional, REQUIÃO configura a dissociação patrimonial como um axioma jurídico:

*Tornou-se, pois, axiomático, no estilo de um aforisma jurídico, a afirmativa, maquinal e constantemente repetida, de que a “pessoa natural do sócio é radicalmente estranha a pessoa jurídica da sociedade”, ou que “os bens dos sócios não se confundem com os bens da sociedade”.*²

Mesmo na Alemanha, em 1914³, a unipessoalidade superveniente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada – causa mais comum de confusão patrimonial e conseqüente desconsideração atualmente naquele país –

¹ MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Pessoa jurídica : questões clássicas e atuais (abuso - sociedade unipessoal - contratualismo). In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre vol. 22, (set. 2002), p. 315.

² REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 58, nº 410, p. 12-24, dez/69, p. 15.

³ Mesmo que a desconsideração tenha começado a ser aplicada em 1920 no país, não se deu de uma maneira uniforme, havendo decisão ainda de 1922 afirmando o valor ilimitado do princípio da separação patrimonial, como informa J. Lamartine Corrêa de Oliveira, A dupla crise da pessoa jurídica, p. 284.

não seria capaz de afastar a separação patrimonial, sendo “inadmissível a adoção de uma espécie de ponto de vista econômico que ignorasse tal separação”⁴.

De viés contrário, curioso o exemplo dos Estados Unidos, país de tradição liberal e grande desenvoltura econômica, onde a responsabilidade ilimitada era a regra, vista como uma forma de proteger os credores sociais, entendendo-se que a circulação de capitais seria estimulada dessa forma, conforme analisa TONELLO⁵. Posteriormente, inverteu-se a tendência através de decisão da Suprema Corte de Nova Iorque, a qual entendeu que a limitação da responsabilidade seria instrumento mais eficaz na democratização do mercado de capitais, podendo atrair assim os investidores de pequeno porte com médias e pequenas empresas, restando como ferramenta mais atraente na captação econômica.

Assim, a limitação da responsabilidade patrimonial foi durante muito tempo um dos pilares das sociedades comerciais, especialmente as por ações e as de responsabilidade limitada. Os defensores da *disregard* pretendiam enfrentar tal dogmática, por entenderem que a separação absoluta entre a pessoa jurídica e os membros que a compõe poderia acobertar fraudes e casos de abuso de direito⁶, aduzindo que a aplicação da desconsideração em tais circunstâncias contrárias ao direito evitaria as situações de injustiça que a limitação patrimonial poderia causar.

A doutrina especializada é uníssona ao reconhecer a responsabilidade limitada e consequente separação patrimonial como regra⁷, devendo ser a desconsideração aplicada excepcionalmente. Mesmo com alguns excessos cometidos em instâncias ordinárias do judiciário brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no mesmo sentido ao apreciar casos de desconsideração, como se pode ver no voto condutor do Recurso em Mandado de Segurança proferido pelo Min. Luis Felipe Salomão:

⁴ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 284

⁵ TONELLO, Matteo. L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali. Padova: CEDAM, 1999, p. 80-82 *apud* MAC-DONALD, *op cit*, p. 317-318.

⁶ Neste sentido é a lição de REQUIÃO, *op cit*, p. 14.

⁷ Importante lembrar que a chamada Teoria Menor (analisada no ponto 4.2 deste trabalho) não enxerga a desconsideração da *limited liability* como exceção, defendendo a aplicação da *disregard* em qualquer hipótese de insolvência por parte da sociedade; a corrente não tem, porém, aceitação doutrinária relevante.

A possibilidade de ignorar a autonomia patrimonial da empresa e responsabilizar diretamente o sócio por obrigação que cabia à sociedade, torna imprescindível, no caso concreto, a análise dos vícios no uso da pessoa jurídica por se tratar de medida que excepciona a regra de autonomia da personalidade jurídica.⁸

Mesmo a lei brasileira tem como regra a dissociação patrimonial. No Código Civil de 2002, quando trata da Sociedade Limitada, traz o art. 1.052, o qual consagra a distinção entre o patrimônio social e o pessoal do sócio. De acordo com o dispositivo, cada sócio será responsável somente até o valor da sua quota, havendo a ressalva de que todos os sócios respondem solidariamente pelo capital social não integralizado.

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

A Lei nº 6.404/76, conhecida como Lei das S/A, traz em seu art. 1º regra semelhante à do art. 1.052 do Código Civil, demonstrando ser uma norma quase definidora da sociedade anônima, já que é a primeira disposição trazida sobre este tipo societário.

Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

A tendência legal é justamente a manutenção do princípio da autonomia patrimonial. Todavia, a evolução jurídica tem demonstrado certa flexibilização na rigidez outrora existente nesta dissociação, sendo perceptível a inserção no ordenamento as ressalvas em que não deve ser aplicada. Um exemplo bastante elucidativo disto vem do texto do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, que praticamente transcreveu o art. 596 do diploma processual vigente no art. 719 do anteprojeto em tramitação, assim disposto:

Art. 719. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, RMS Nº 25.251/SP, DJe 03/05/2010.

§ 1º O sócio demandado, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade.

A redação do *caput supra* é demonstra que a dissociação entre patrimônio da sociedade e do sócio opera como regra no nosso ordenamento jurídico, havendo a ressalva, e daí a sua excepcionalidade, dos casos em que poderá ser afastada a autonomia patrimonial, operando-se assim a *disregard* somente quando houver expressa previsão na lei.

2.1 A autonomia patrimonial como divisão de riscos

Outro aspecto a ser destacado na justificação da autonomia patrimonial é justamente a sua existência como uma forma de *socializar os riscos* decorrentes da atividade empresária, também chamada de *divisão dos riscos e socialização dos custos*. É evidente que, caso não exista segurança para o investidor/empreendedor, estes não irão se arriscar a criar determinada sociedade. O risco de um negócio não dar certo sempre existe, especialmente no Brasil onde a carga tributária⁹ e os pesados encargos trabalhistas operam como verdadeiras âncoras ao desenvolvimento econômico.

Dessa forma, a separação patrimonial entre sócios e sociedade serve como mecanismo para estimular o investimento e fomentar a economia, incentivando não somente a indústria, como também diversificando o setor de serviços. Desde sua origem nas Companhias das Índias Orientais¹⁰ já era uma reivindicação dos comerciantes, não sendo diferente hoje.

⁹ Um exemplo desta ponderação – especialmente no tocante à tributação – foi a declaração atribuída a Steve Jobs, CEO da Apple, quando rechaçou a hipótese ao ser questionado sobre a possibilidade de abrir uma loja da marca no Rio de Janeiro, conforme amplamente noticiado pela mídia especializada: “*Não podemos nem exportar os nossos produtos com a política maluca de taxaço superalta do Brasil. Isso faz com que seja muito pouco atraente investir no país.*”.

¹⁰ Naquela época, as coroas necessitavam dos comerciantes para que a sociedade se mantivesse ativa, sendo a reivindicação destes a limitação das perdas ao capital investido, dados os riscos

Após fazer esta análise é normal o questionamento: mas se o sócio não irá pagar pelos débitos decorrentes de um eventual insucesso da sociedade empresária, quem vai? É justamente nesse ponto que se adota a tese de socialização dos custos.

Empresas novas surgem todos os dias e com ela negociam diversas outras empresas, sejam clientes, fornecedores, prestadores de serviço etc, podendo estas sociedades se beneficiarem do surgimento da nova empresa das mais diversas formas, especialmente por estabelecerem uma nova relação comercial de troca de informações, produtos e serviços, com conseqüente lucro e vantagens para ambos os lados da relação negocial. Contudo, nem sempre a sociedade recém criada terá sucesso no mundo dos negócios, tanto por fatores a ela imputáveis (má administração, por exemplo) como por fatores externos (conjuntura econômica, variação cambial acentuada, a citar dois casos). Nesta hipótese, a sociedade passará por dificuldade, não tendo capital suficiente para honrar todos os seus compromissos até ingressar em processo de falência. No caso em tela, existirão débitos em haver. Através da teoria da divisão dos riscos, estes credores terão de suportar o crédito não pago como uma forma de equilibrar os riscos entre os investidores e aqueles que negociam com a sociedade novel.

Atribuída a Richard Posner, integrante da Escola de Chicago, famosa por suas análises econômicas do Direito, esta teoria baseia-se exclusivamente na divisão dos riscos com credores voluntários, *i.e.*, aqueles que fundam as razões de seu crédito em uma obrigação contratual, como destaca TONELLO¹¹ ao analisar a doutrina do *piercing the veil* no *corporate law* americano. Em um cenário ideal, esta obrigação deve ter sido negociada em igualdade de condições entre as partes, para que haja a igualitária assunção de riscos; contudo, quando se utiliza a expressão “cenário ideal” é porque muito provavelmente isto não ocorre na prática.

Simplificando o raciocínio, ter-se-ia a autonomia patrimonial como um importante mecanismo de fomento à atividade empresarial, mas cujo risco seria

envolvidos na empreitada marítima. Dessa forma, o benefício da separação entre sócios e sociedade foi criado, operando-se como uma concessão especial conferida pelo Estado.

¹¹ TONELLO, Mateo. L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali. CEDAM: Padova, 1999, p. 152-154.

dividido entre os titulares da sociedade e outras empresas que com ela voluntariamente negociaram – credores contratuais ou voluntários – no caso de insucesso da empreitada, entendendo os seus defensores como um preço justo a ser pago em nome do estímulo ao investimento e ao empreendedorismo, notadamente métodos de crescimento econômico. FÁBIO ULHOA COELHO¹² também foi muito feliz ao sintetizar a socialização das perdas:

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação as sociedade empresárias, socializa as perdas decorrentes de insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos.

CALIXTO SALOMÃO FILHO¹³, em uma análise extremamente rica sob o ponto de vista econômico, leciona que a responsabilidade limitada dos sócios é capaz de gerar “externalidades negativas” em um eventual insucesso da sociedade, mas é plenamente compreensível e inclusive justificável sob o prisma macroeconômico, como uma forma de garantir aos sócios-investidores um atrativo, sem a possibilidade de ruína pessoal, o que seria um custo “insuportável”. Conclui o professor paulista sugerindo que a adoção da responsabilidade limitada é uma opção do legislador é efetivamente uma “distribuição de riscos, forçada, mas necessária”.

2.2 Autonomia patrimonial como um privilégio

Há uma parcela da doutrina que entende a dissociação patrimonial como um benefício concedido pelo Estado, seja através do ordenamento jurídico ou de uma concessão especial

Na Idade Moderna, inclusive, as pessoas jurídicas que se aventurassem em atividades comerciais de maior risco precisavam de um incentivo para atrair

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 2, 13ª edição. Saraiva: São Paulo, 1999. p. 40-41.

¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 243.

investidores. Dessa forma, através de atos estatais era concedido àquela sociedade o privilégio de limitar os riscos do investidor até o capital integralizado, não respondendo pessoalmente pelas dívidas que decorressem de eventual insucesso da empreitada comercial. O melhor exemplo disto é o já citado referente às Companhias das Índias Orientais¹⁴.

Na Alemanha e na Itália, as codificações comerciais não garantem a personificação jurídica das sociedades, como informa REQUIÃO¹⁵. Nestes países, destaca o comercialista paranaense, “o direito positivo nega às sociedades personalistas a qualidade de pessoa jurídica, que é atribuída por decreto às sociedades por ações”, aludindo ao texto do art. 2.329, nº 3, do *Codice Civile* italiano que condiciona à obtenção de *le autorizzazioni governative* o funcionamento legal das sociedades por ações. Todavia, é importante salientar que o dispositivo da lei italiana tem aplicação restrita a determinados tipos de sociedades de acordo com o seu objeto, como institutos financeiros, de seguros e resseguros, demonstrando a semelhança com o sistema brasileiro pela análise do art. 300 da Lei das S/A¹⁶.

LAMARTINE CORRÊA também traz o exemplo norteamericano de reconhecimento da personalidade jurídica através da *incorporation*, sendo ato estatal que claramente diferencia a pessoa jurídica daquela sociedade que não é assim reconhecida. Lembra o autor que tal ato, operado através de lei especial, era uma “reminiscência da origem britânica do instituto, os privilégios reais concedidos, para fins de comércio exterior, às grandes companhias inglesas dos séculos XVII e XVIII, por ato da Coroa ou do Parlamento”¹⁷. Ressalta o jurista paranaense que tal modelo concessionístico já estava superado à época da redação de sua obra, que data de 1979.

Os defensores desta visão sobre a limitação da responsabilidade dos sócios encontram mais facilmente uma justificativa para aplicar a desconsideração da

¹⁴ Galgano, na tradução de Roitman e la Colina, leciona que “estas prerrogativas habian sido excepcionalmente concedidas, como en el caso de la Compañía de las Indias de los siglos diecisiete y dieciocho, con benévolas disposiciones soberanas”. GALGANO, Francesco. *La Globalización en el Espejo Del Derecho*. Tradução de Horacio Roitman e María de la Colina. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 170.

¹⁵ REQUIÃO, *op cit*, p. 16.

¹⁶ O artigo de lei excepcionou a revogação dos art. 59 a 73 do Decreto-Lei nº 2.627/40, que trata das sociedades por ações que dependem de autorização governamental especial para funcionamento.

¹⁷ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa. *op cit*, p. 284

personalidade jurídica, posto que a separação patrimonial poderia ser suspensa ou até retirada caso o beneficiário não fizesse jus ao gozo deste *privilégio*. Nesta seara discorreu REQUIÃO¹⁸, ao explicar este posicionamento como uma das formas de aplicar a *disregard*, quando trata da concessão da personalidade jurídica, justificativa que pode ser aplicada analogicamente à *limited liability*, posto que se a personalidade jurídica é uma criação legal, operando quase como uma concessão, nada mais lógico do que a possibilidade de o próprio Estado que concedeu o benefício o retire caso entenda que seu uso está em desconformidade com a razão para qual foi criada, utilizando-se, para isso, do judiciário. Completa o professor paranaense dizendo que, então, passou-se a enxergar a personalidade jurídica como “um direito relativo”.

2.3 Exceções à regra da autonomia: empresário individual, sociedade simples e em nome coletivo

Cumprе salientar que a autonomia patrimonial não atinge todas as modalidades empresariais expressas no Código Civil. É o que sugere BRUSCATO¹⁹ em sua dissertação de doutorado sobre o empresário individual, expondo que neste tipo empresarial a regra é justamente a responsabilidade ilimitada, obrigando-se o empreendedor a saldar mesmo pessoalmente as dívidas contraídas no exercício da atividade profissional. Sugere a autora, contudo, que existem exceções a esta regra geral, as quais devem estar expressamente previstas na lei.

Na sociedade simples, cujas disposições legais estão no Código Civil, o sócio também responde pela insolvência da sociedade pelo teor do art. 1.023 do diploma civilista.

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

¹⁸ REQUIÃO, *op cit*, p. 15.

¹⁹ BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário Individual e Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 184-185.

LAMARTINE CORRÊA ainda lembra a sociedade em nome coletivo como um dos exemplos mais claros de responsabilidade do sócio por dívida da sociedade²⁰. A disposição é trazida pelo art. 1.039 do Código Civil de 2002, imitando a regra disposta no revogado art. 316 do Código Comercial de 1850.

Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Assim, pode-se ver que a responsabilidade limitada não é uma presunção inerente a qualquer sociedade comercial, devendo a sua incidência estar prevista legalmente no tipo societário adotado.

²⁰ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *op cit.* p. 261.

3. Surgimento da *Disregard Doctrine*

Para entrar no tema da desconsideração da personalidade jurídica, cumpre fazer uma análise sobre o seu surgimento e desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário.

Remete-se aos Estados Unidos e Inglaterra os primeiros sinais de aplicação da desconsideração, países de *common law*. Como é notório, é comum nestas nações que haja o tratamento jurisprudencial de determinada matéria jurídica antes mesmo de sua sistematização doutrinária e legal²¹.

Logo, não causa espanto que a *disregard doctrine* seja uma criação jurisprudencial, sendo o modo que juristas encontraram para coibir a utilização de pessoas jurídicas para fins diversos daqueles para os quais ela fora criada, conforme prudente apontamento de KOURY²², em sua fundamentação sobre o surgimento da *disregard*:

Assim, os sócios obtêm a distinção entre os seus patrimônios e aquele da pessoa jurídica, reunindo seus esforços para alcançarem resultados que o isolamento impediria, ao mesmo tempo em que visam a conseguir fins atípicos, egoísticos e que não foram levados em consideração pelo ordenamento jurídico ao criar as sociedades comerciais.

A Disregard Doctrine surgiria, então, como um recurso jurídico contra essa utilização indireta das sociedades comerciais, como afirmam JUSTEN FILHO e GARRIGUES.

3.1 Casos paradigma

A doutrina que trata do tema da *disregard* traz a discussão sobre o verdadeiro *leading case* que originou a desconsideração da personalidade jurídica. O primeiro

²¹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A Desconsideração da Personalidade Jurídica (*disregard doctrine*) e os Grupos de Empresas, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 63.

²² *Id*, *Ibid*, p. 69.

dos casos que será analisado é *Salomon vs. Salomon Co*, ocorrido em 1897 na Inglaterra.

Aaron Salomon era um produtor inglês de sapatos de couro que tinha um estabelecimento de porte razoável quando decidiu criar uma sociedade com responsabilidade limitada (*limited company*). Na divisão das ações, Salomon ficou com 20.001 papéis de um total de 20.007, sendo que o restante ficou dividido entre sua esposa e cada um dos seus cinco filhos, cada um sendo dono de uma unidade.

Após um período de dificuldades de produção e alteração de contratos por conta de greves que assolavam a Inglaterra, a companhia de Salomon entrou em liquidação. O liquidante, atendendo aos interesses dos credores sem privilégio, alegou que a atividade da company era, na verdade, a própria atividade de Aaron Salomon, o qual se utilizara da separação patrimonial conferida à sociedade de modo abusivo, devendo, pois, responder pessoalmente por aqueles débitos assumidos pela sociedade²³. Em primeira instância, o juiz Vaughan Williams sentenciou que o fundo de comércio permanecia de propriedade de Salomon, entendendo por desconsiderar a separação patrimonial entre sócio e sociedade. Contudo, foi provido o recurso de Salomon na *House of Lords*, reformando a decisão primária por entender que houve regular constituição da sociedade, atendendo o requisito legal da participação mínima de sete acionistas, conforme demonstra REQUIÃO²⁴.

Apesar de não ter sido efetivada a desconsideração da personalidade jurídica, já que houve reforma da decisão e manteve-se a dissociação sócio e sociedade, o caso é um paradigma, visto por muitos autores como o precursor da *disregard of legal entity*²⁵, em que pese a forte crítica feita por KOURY²⁶.

²³ Apesar de Márcio Tadeu Guimarães Nunes aduzir a um agir doloso por parte de Salomon (“Desta forma, Salomon possuía o controle absoluto da companhia e, assim, utilizou-se deste poder no âmbito de uma reorganização societária para supostamente desvirtuar a finalidade da companhia, prejudicando seus credores.” - Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 90), não há referência em qualquer outra obra sobre as intenções espúrias do sócio majoritário.

²⁴ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 58, nº 410, p. 18.

²⁵ Neste sentido, RAMALHETE, Clóvis, RT 586/11

²⁶ KOURY, *op cit*, p. 65 – A doutrinadora aponta que o precedente Salomon “teve, na verdade, uma influência bastante negativa sobre a possibilidade de desenvolvimento da *Disregard Doctrine* no

Há, porém, autores que julgam que a primeira ocorrência de desconsideração ocorreu nos Estados Unidos, em 1809, no caso *Bank of United States vs. Deveneaux*. Discutia-se na ação a incidência de dispositivo da Constituição estadunidense onde questões jurídicas envolvendo cidadãos de diferentes estados seriam apreciadas pelas Federal Courts. O caso foi levado à Suprema Corte americana, sendo designado como relator o Juiz Marshall.

Ao analisar a qual estado pertenceria o banco, entendeu o juiz que não seria aquele onde fora criado, “mas disse que, para efeitos de fixação de competência, o elemento de conexão seria a cidadania estadual dos indivíduos que compusessem a sociedade”²⁷. Dessa forma, entendeu-se a figura da pessoa jurídica como ficção, sendo “realidade” aquelas que a compunham, sob a alegação de que “substantially and essentially, the parties to the suit are the stockholders, and that of their several citizenships cognizance would be taken”²⁸.

Na distinção entre os dois casos paradigma apresentados, mais coerente assentar que o precursor em *levantar o véu da personalidade jurídica* foi, efetivamente, o americano, abordado pelo Juiz Marshall; é o primeiro caso que se tem notícia em que o judiciário viu através da figura da sociedade, analisando aqueles que a compõe como sujeitos capazes de alterar a sua situação jurídica. Pode-se dizer que aí começava a ruir o conceito intangível da pessoa jurídica como instituição completamente dissociada dos membros que a compõe. Ressalta-se, todavia, que os efeitos dessa decisão foram unicamente teóricos e processuais, não havendo no julgamento do caso qualquer implicação econômica ou de afastamento da *limited liability, i.e.*, do ainda presente dogma da separação patrimonial entre sócio e sociedade.

Diferentemente, no caso inglês do patriarca Salomon houve repercussão econômica na decisão proferida. Esta foi a “inovação” em relação ao precedente

Direito Inglês, a ponto de o princípio da separação de subjetividade jurídica e de responsabilidade patrimonial nele consagrado vier sendo rigorosamente aplicado desde então, salvo algumas exceções” calcando tal entendimento na obra de Piero Verrucoli, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common Law e nella civil Law*.

²⁷ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 528, p. 25.

²⁸ WORMSER, I. Maurice. Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems. Beard Books: Washington D.C., 2000, p. 45

americano e justamente por seus efeitos atingirem um dos dogmas do instituto da personalidade jurídica, qual seja a separação patrimonial (*limited liability*), muitos doutrinadores entendem que este caso foi o precursor da *disregard doctrine*. A partir daí se deu a sua evolução jurisprudencial e doutrinária para como é conhecida hoje: um instituto jurídico utilizado quando o sujeito passivo de uma execução é uma pessoa jurídica, mas onde a repercussão econômica se dará no patrimônio dos sócios que a compõe.

3.2 Designações

É importante destacar as diferentes designações adotadas para representar a descon sideração da personalidade jurídica. Para tanto, é necessário recorrer à doutrina e à jurisprudência não só do Brasil, mas também estrangeiras, a fim da correta compreensão dos termos utilizados, especialmente para facilitar a identificação de casos em que o instituto é mencionado, mesmo que com outra terminologia.

No Brasil, a teoria foi exposta pela primeira vez por RUBENS REQUIÃO, como será visto no capítulo a seguir. Na oportunidade, o comercialista paranaense utilizou-se do título “Abuso de Direito e fraude através da Personalidade Jurídica”, referindo entre parênteses à expressão americana *Disregard Doctrine*; no decorrer do trabalho, utiliza-se da expressão “desconsiderar a personalidade jurídica”²⁹, nomenclatura que restou consagrada no direito pátrio. Nos tribunais brasileiros, igualmente, utiliza-se quase que exclusivamente a expressão *desconsideração da personalidade jurídica*.

COMPARATO³⁰ faz sensato alerta sobre a eventual confusão gerada entre descon sideração e despersonalização da personalidade jurídica³¹, diferença que será vista em capítulo próprio que trata dos efeitos da aplicação da *disregard*.

²⁹ REQUIÃO, *op cit*, p. 24.

³⁰ Sobre a diferença entre os termos, ver capítulo 7.1 *infra*.

Nos países de língua inglesa, berços do instituto, temos diversos nomes para designar a desconsideração. O mais visto, quando referido em trabalhos brasileiros, e que será utilizado com frequência neste estudo é *disregard doctrine*, que seria traduzido como “doutrina da desconsideração”. Há ainda suas outras vertentes, como *disregard of legal entity* e *disregard of limited liability*. Todavia, a doutrina moderna tem utilizado com maior frequência a expressão *to pierce the corporate veil* (furar o véu societário) e *to lift the corporate veil* (levantar o véu societário).

Na Alemanha, a expressão utilizada é *durchgriff*, que significa “penetração”, no caso, penetração além da sociedade no patrimônio do sócio. A expressão viria a ser utilizada por Rolf Serick em sentido amplo, abrangendo todos os casos em que se abandona a separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro, como informa LAMARTINE CORRÊA³². No Brasil também são encontradas referências a esta tradução, adotando-se o termo “teoria da penetração” para aludir à desconsideração da personalidade jurídica como concebida no Brasil.

Já na Itália, o termo empregado é *il superamento della personalità giurídica*, expressão que se traduz, com vênica dos mais versados no idioma, para “superação da personalidade jurídica”, termo também encontrado eventualmente em obras e artigos tupiniquins sobre o assunto.

Para o presente trabalho, utilizar-se-á com maior frequência a palavra *disregard*, além do termo vernáculo *desconsideração*, tanto para não fatigar a leitura com expressões compridas facilmente abreviáveis como também para prestar homenagem aos termos utilizados por LAMARTINE CORRÊA em seu estudo sobre a matéria.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 353.

³² OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *op cit*, p. 282.

4. Teorias modernas da desconsideração

Com o surgimento da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, houve sensível evolução nos conceitos aplicados, tanto em sua forma direta como também de outros com incidência reflexa na *disregard*. Dessa forma, a desconsideração deixou de ser una, desdobrando-se em diferentes teorias e vertentes.

Antes de entrar na análise de tais teorias, inclusive por um imperativo de justiça, é importante salientar quem foram os doutrinadores que mais contribuíram para desenvolver a teoria da *disregard doctrine*, seja em aspectos que podem ser entendidos como evolutivos, seja em outros que seriam vistos como retrocessos, mas que, direta ou indiretamente, trouxeram a discussão a lume e colaboraram para a sua apreciação acadêmica.

Apesar de as primeiras aparições da desconsideração terem ocorrido nos tribunais ingleses e estadunidenses, foi na Alemanha que a doutrina mais tratou do tema. Não é à toa que a maior parte da análise de direito comparado feito por LAMARTINE CORRÊA se dedica aos estudos germânicos³³. No país, um dos precursores e grande sistematizador da desconsideração da personalidade jurídica foi ROLF SERICK, sempre citado e louvado em qualquer trabalho elaborado sobre o tema. Há ainda destaque nas obras de DROBNIG e MÜLLER-FREIENFELS, entre outros.

Na Itália, o trabalho de PIERO VERRUCOLI ainda é um dos mais comentados sobre a aplicação da *disregard* na *civil law* e *commom law*, além de analisar a dificuldade de uniformização do instituto nos dois modelos jurídicos.

No Brasil, a primeira aparição da *disregard* se deu pela voz de RUBENS REQUIÃO. O professor paranaense abordou o tema em palestra na Universidade Federal do Paraná em 1969, sendo tal exposição convertida posteriormente em artigo publicado na Revista dos Tribunais, vol. 410, utilizada até hoje como referência doutrinária no tema. Ainda em solo pátrio, importante salientar a contribuição de LAMARTINE CORRÊA, que realizou grande estudo de direito

³³ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *op cit*, p.294-428.

comparado no tema³⁴. Outros autores que contribuíram para a propagação do tema no país foram MARÇAL JUSTEN FILHO³⁵, FÁBIO ULHOA COELHO³⁶ e, mais recentemente, fazendo uma análise em que aborda o caráter econômico da *disregard*, CALIXTO SALOMÃO FILHO³⁷.

Uma análise crítica será feita sobre as principais correntes que surgiram a partir do desenvolvimento do conceito da desconsideração da personalidade jurídica, cuja evolução se deve em grande parte às contribuições dos autores supra citados.

4.1 Teoria Maior

A Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica é a mais aceita pela doutrina e também a mais aplicada atualmente. Apesar da confusão que seu nome pode gerar, a Teoria Maior diminui sensivelmente os casos de incidência da *disregard*.

Para que seja aplicada, através dos adeptos desta vertente, não basta a simples impontualidade ou insolvência da sociedade devedora para com seus credores. O levantamento do véu societário para penetração no patrimônio dos sócios é muito mais contido, devendo a situação atender a rígidos requisitos.

Existe uma subdivisão no que tange a tais requisitos, onde se dá destaque para a obra da doutrina alemã. A discussão se deu principalmente por ROLF SERICK e MÜLLER-FREIENFELS. O primeiro entende que cada caso deveria ser analisado baseando-se em aspectos subjetivos, deixando a decisão inteiramente ao alvitre do julgador; já o segundo critica a posição de Serick, dizendo que a desconsideração só

³⁴ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo : Saraiva, 1979.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987

³⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 2.

³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

poderia ser aplicada se fossem observados aspectos objetivos previamente elaborados.³⁸

O ponto orientador desta doutrina está justamente na excepcionalidade da aplicação da *disregard*. Seu emprego só deve ocorrer em último caso, caracterizando medida extrema. No julgamento do RMS nº 25.251/SP, o Min. Luis Felipe Salomão assevera que é necessária a análise dos vícios no uso da pessoa jurídica para ignorar a autonomia patrimonial, “por se tratar de medida que excepciona a regra da autonomia da personalidade jurídica”³⁹. No mesmo sentido a prudente conclusão de REQUIÃO em sua conferência que lançou o tema em solo nacional, onde enaltece a cautela adotada pelos juízes estadunidenses na aplicação da *disregard*, posto que “tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais”⁴⁰.

Uma consequência desta excepcionalidade de aplicação seria a subsidiariedade da satisfação do crédito. Isto importa dizer que, mesmo havendo elementos fáticos suficientes para se desconsiderar a personalidade jurídica a fim de satisfazer o crédito de determinado credor, tal medida só poderá ser adotada na eventualidade de a sociedade não ter condições de pagar o débito. Tal orientação possui claro intuito de proteger o instituto de pessoa jurídica e confirmar a própria excepcionalidade da medida.

De fato, a aplicação subsidiária da *disregard* está consagrada no ordenamento legal brasileiro, consoante o caput do art. 596 do Código de Processo Civil⁴¹:

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

Idêntica é subsidiariedade da execução fiscal contra sócio de empresa inadimplente em matéria tributária, que no caput do art. 134, primeira parte, do CTN

³⁸ Para uma análise mais profunda sobre as doutrinas de cada autor, cf. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica, *cit*, p. 296-329 e 357-368..

³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, RMS Nº 25.251/SP, DJe 03/05/2010.

⁴⁰ REQUIÃO, *op cit*, p. 24

⁴¹ Conforme analisado no Capítulo 2 supra, o texto do art. 596 foi mantido no anteprojeto do novo CPC, conforme disposição do seu art. 719.

dispõe que “nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte” é que se poderá cobrar solidariamente dos sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas, como dispõe o inciso VII do referido artigo.

O Superior Tribunal de Justiça, através de reiteradas decisões, especialmente da 3ª Turma, já manifestou a adoção desta teoria no ordenamento legal brasileiro, como votou a Min. Nancy Andrighi no REsp nº 970.635/SP: “A regra geral adotada em nosso ordenamento é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que recepciona e consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente objetiva quanto na subjetiva.”⁴²

4.2 Teoria Menor

Na Teoria Menor, a simples insolvência da sociedade seria causa bastante para levantar o véu societário e penetrar no patrimônio dos sócios. O interesse da satisfação do saldo devido aos credores seria o valor supremo, sendo esta garantia superior inclusive à dos acionistas, como se vê em uma simples análise. Esta teoria não foi adotada no Brasil⁴³, tendo ULHOA COELHO caracterizado a sua incidência como “equivocada”⁴⁴.

De plano, cumpre salientar que a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica não goza de relevante adesão doutrinária. Os propagadores desta vertente defendem uma aplicação muito mais ampla da *disregard*, fugindo completamente da idéia de excepcionalidade defendida por REQUIÃO⁴⁵.

⁴² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 970635/SP, DJe 01/12/2009, RB 554/29, REVJUR 386/163.

⁴³ “*Isso porque não encontra suporte jurídico no direito brasileiro a chamada "teoria menor" da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual bastaria a insuficiência de bens da sociedade para que os sócios fossem chamados a responder pessoalmente pelo passivo da pessoa jurídica.*” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp 693.235/MT, DJe 30/11/2009)

⁴⁴ COELHO, *op cit*, p. 48.

⁴⁵ REQUIÃO, *op cit*, p. 24.

Esta era a convicção nos Estados Unidos, que a impossibilidade de adoção da autonomia patrimonial constituiria uma garantia fundamental aos credores, transformando-se em um mecanismo essencial para movimentar a economia, como já informou MACDONALD⁴⁶ citando TONELLO. Todavia, o que ocorria em solo americano não era a aplicação da Teoria Menor, tampouco da *disregard*, mas apenas referências sobre a ausência da limitação da responsabilidade. A analogia se faz unicamente pelo entendimento de que a proteção aos credores seria hierarquicamente superior àquela conferida aos acionistas, o que já se comprovou equivocadamente.

Sábria abordagem doutrinária foi feita pela Min. Nancy Andrighi no voto do REsp 970.635/SP. A Ministra do STJ, antes de decidir a questão, faz uma rica introdução, explicando os conceitos atinentes ao tema cuja frequência no Tribunal Superior ainda não é tão intensa. Sua definição da Teoria Menor é válida pela clareza e pelo seu aspecto didático:

A Teoria Menor da Desconsideração, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior, pois para ela a incidência da desconsideração se justificaria pela simples comprovação da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.⁴⁷

Prossegue a Ministra demonstrando que o onerado economicamente nesta relação é justamente o investidor, face à demasiada proteção conferida ao credor:

Para esta teoria, portanto, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas sim pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

Ainda, apesar da impropriedade de algumas opiniões, é prudente o alerta feito por RENAN LOTUFO sobre os perigos da adoção desta teoria, especialmente na sua repercussão econômica, posto que uma vez desprotegido, o investidor

⁴⁶ Cf. Capítulo 2 deste trabalho. MACDONALD, *op cit*, p. 317.

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 970635/SP, DJe 01/12/2009, RB 554/29, REVJUR 386/163.

simplesmente opta por não investir⁴⁸. Logo, ocorreria significativa diminuição dos investimentos financeiros, sendo afetados diretamente setores importantes da economia, como a indústria de um modo geral, acarretando um efeito cascata para a diminuição de empregos, menor circulação de riquezas entre outras sérias consequências à economia nacional.

4.3 Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica

Na desconsideração inversa, como o próprio nome sugere, opera-se o afastamento da separação patrimonial para penetrar no âmago da sociedade e dela cobrar dívida contraída pessoalmente pelo sócio.

A possibilidade ocorre quando o sócio esvazia seu patrimônio pessoal, colocando-o todo em nome de uma sociedade que detenha o controle. Dessa forma, os credores pessoais não poderiam penhorar tais bens, a menos que a distinção entre sócio e sociedade fosse afastada.

O caso mais antigo que se tem notícia a aplicar tal solução foi *First National Bank of Chicago vs. F.C. Trebein*, julgado pelo *Supreme Court of Ohio* em 1989. Nele, Trebein, pessoa física insolvente, transferiu todo o seu patrimônio para a *corporation* criada por ele juntamente com sua esposa, filha, genro e cunhado, sendo titular de 4.996 ações, cabendo apenas uma unidade a cada um dos seus parentes. Os seus credores pessoais insistiram e provaram que o propósito da *corporation* era unicamente esconder o patrimônio e fraudá-los, tendo o caso sido assim julgado pela Corte:

'The corporation was in substance another F. C. Trebein,' and that 'his identity as owner of the property was no more changed by his

⁴⁸ LOTUFO, Renan. Descaracterização da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil Brasileiro. *Inovações no Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 122 *apud* BRUSCATO, Wilges Ariana. *op cit*, p. 204.

*conveyance to the company than it would have been by taking off one coat and putting on another.*⁴⁹

É de se ressaltar que o art. 50 do Código Civil de 2002, através de uma interpretação restritiva, não abre espaço para a sua aplicação analógica no caso inverso, *i.e.*, de afastar a autonomia patrimonial para penetrar nos bens da sociedade. Diferentemente, contudo, tem se verificado a atuação do Superior Tribunal de Justiça, tendo interpretado de forma extensiva o dispositivo mencionado. Nesta esteira, é clara a ementa do REsp 948.117/MS:

*IV – Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.*⁵⁰

Todavia, diferentemente da desconsideração propriamente dita, a execução da sua modalidade inversa observa alguns limites. Neste sentido, cumpre lembrar a prudente ressalva trazida por CALIXTO SALOMÃO FILHO⁵¹, sugerindo que a sua aplicação não pode ser irrestrita, devendo haver proteção ao capital social. De fato, como a desconsideração é medida pontual que não extingue a personalidade jurídica mas simplesmente a afasta temporariamente em um caso específico para depois manter os seus efeitos, não pode a sua aplicação inversa alijar determinada sociedade a ponto de impedi-la de exercer suas atividades. Dessa forma, a sua execução deverá obedecer um limite, respeitando a manutenção do capital social mínimo para a continuidade das operações da sociedade.

A aplicação desta modalidade de *disregard* é muito comum no Direito de Família. Aponta ULHOA COELHO que a partilha de bens – consequência de dissolução matrimonial – poderá restar fraudada, trabalhando em cima do exemplo de cônjuge que adquiriu bens de valor considerável, transferindo-os para pessoa jurídica da qual

⁴⁹ WORMSER, *op cit*, p. 53.

⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 948117/MS, DJe 03/08/2010.

⁵¹ SALOMÃO FILHO, *op cit*, p. 223.

seja controlador⁵², não sendo formalmente proprietário de nenhum dos bens ali registrados. Nestes casos, caso seja comprovado o fim espúrio do cônjuge que escondeu o patrimônio, poderá incidir a desconsideração inversa da personalidade jurídica, a fim de responsabilizar a sociedade pela meação dos bens lá registrados de modo fraudulento.

4.4 Sócio tirano

Existe ainda a teoria do sócio tirano defendida por WALTER BIGIAMI e de grande difusão nos anos 1950, posteriormente chamada de “teoria da falência por extensão”⁵³. A caracterização trazida pelo professor italiano diz que sócio tirano é aquele que usa a sociedade como se sua fosse, chegando à responsabilização ilimitada em analogia à figura do *sócio occulto*⁵⁴ do direito italiano. BIGIAMI coloca nos seguintes termos:

*Il tirano che ha messo in non cale tutte le regole del diritto societario, tale che egli può essere considerato l'imprenditore indiretto dell'impresa societaria. Come tale, egli deve rispondere con tutto il suo patrimonio personale e, nel caso, fallire.*⁵⁵

Todavia, apesar dos efeitos práticos serem os mesmos, o ensinamento do professor italiano não é classificado expressamente como uma forma de desconsideração da personalidade jurídica. A doutrina brasileira, através da pena de MAC-DONALD⁵⁶ e CALIXTO SALOMÃO FILHO⁵⁷, aponta se tratar de técnica de repressão ao abuso da personalidade jurídica que visava à obtenção das mesmas consequências econômicas da *disregard* propriamente dita sem, no entanto, importar a revisão do conceito de pessoa jurídica, tendo este sido o pioneirismo de

⁵² COELHO, *op cit*, p. 47-48.

⁵³ MAC-DONALD, *op cit*, p. 332.

⁵⁴ Sobre a responsabilização do sócio occulto no direito italiano, cf. SALOMÃO FILHO, *op cit*, p. 209, nota 2.

⁵⁵ BIGIAMI, W. Società controllata e società adoperata come cosa propria. *Giurisprudenza Italiana*, 1959, v. I, 1, p. 624 *apud* SALOMÃO FILHO, Calixto, *op cit*, p. 209-210.

⁵⁶ MAC-DONALD, *op cit*, p. 332.

⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto, *op cit*, p. 209.

BIGIAMI. O comercialista paulista ainda comenta que o reconhecimento jurisprudencial desta teoria é pequeno face à interpretação restritiva que vem sendo dada ao art. 2.362 do *Codice Civile* italiano, o qual trata da responsabilidade ilimitada do sócio único⁵⁸.

⁵⁸ *Id, Ibid*, p. 210.

5. Positivação da *disregard*

Não causa espanto que o primeiro país a inserir a hipótese de desconsiderar a personalidade jurídica através de uma norma legal tenha sido a Inglaterra, um dos berços da doutrina, como observa ULHOA COELHO, referindo-se ao *Companies Act* de 1929, seção 279⁵⁹. De fato, é válida a reprodução do texto, assim traduzido pelo professor paulista, dado o seu caráter histórico:

*Se no curso da liquidação de sociedade constata-se que um seu negócio foi concluído com o objetivo de perpetrar uma fraude contra credores, dela ou de terceiros, ou mesmo uma fraude de outra natureza, a Corte, a pedido do liquidante, credor ou interessado, pode declarar, se considerar cabível, que toda pessoa que participou, de forma consciente, da referida operação fraudulenta será direta e ilimitadamente responsável pela obrigação, ou mesmo pela totalidade do passivo da sociedade.*⁶⁰

Não há até hoje norma semelhante no direito norteamericano. Contudo, existem as disposições contra atos fraudulentos desde o *Statute of 13 Elizabeth*, que data de 1570, que se modernizaram com novos *Acts* e até hoje embasam – nos limites da *common law* – as decisões de desconsideração. Nesse sentido aponta ROBERT CLARK⁶¹, ao criticar a falta de clareza para definir os elementos que ensejam a aplicação ou não da *disregard*, fazendo referência aos institutos supramencionados.

Cumprido expor o posicionamento adotado por LUCIANO AMARO⁶², asseverando que a desconsideração só será aplicada como forma de garantir a equidade no caso concreto, e não de mera aplicação de dispositivo de lei. Assim, nas hipóteses já previstos em lei, mesmo que se afaste a autonomia patrimonial para penetrar no patrimônio do sócio não se estaria aplicando a *disregard*, mas sim a solução legal

⁵⁹ COELHO, *op cit*, p. 51.

⁶⁰ *Id, Ibid*, p. 51.

⁶¹ CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Aspen Law & Business: Boston, 1986., p. 37-39 e nota de rodapé nº 2/38.

⁶² AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor *in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 88 (out./dez.), 1992, p. 75.

que já se apresenta pronta⁶³. Com efeito, nestes termos dispõe o autor: “Em suma, quando o direito já fornece o remédio legal, não é preciso ‘superar’ ou ‘penetrar’ nenhuma forma jurídica. Basta aplicar a solução legal, que já se apresenta axiologicamente correta.”.

Interpretando-se este posicionamento, seria contraditório falar em *leis de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica*, já que, uma vez recepcionadas no ordenamento legal, não seria mais o caso de emprego da *disregard*, formulação jurisprudencial para afastar a autonomia patrimonial societária, mas sim a simples interpretação de dispositivo de lei.

Apesar deste entendimento, é de ser feita a devida exposição dos artigos de lei que previram a possibilidade de levantar o véu societário para penetrar no patrimônio do sócio, a fim de se conhecer o tratamento legal dado para a matéria.

5.1 No Brasil

No Brasil, mesmo sendo a desconsideração da personalidade jurídica um instituto ainda recente, hipóteses de sua incidência já são visíveis no ordenamento jurídico pátrio. Na verdade, a lei já previa situações com efeitos análogos mesmo antes de REQUIÃO abordar o tema pela primeira vez em território nacional, como o dispositivo trazido na Consolidação das Leis do Trabalho.

Com efeito, a primeira manifestação legal no sentido de superar a separação patrimonial entre sócio e sociedade foi inserida no art. 10 do Decreto nº 3.708/1919, o qual dispunha sobre as sociedades mercantis por quotas de responsabilidade limitada, como informa RAMALHETE⁶⁴. No dispositivo, era inserida a responsabilidade limitada do sócio à quota integralizada, sendo seguida da hipótese onde

⁶³ MAC-DONALD, ao expor o entendimento de Luciano Amaro aponta autores estrangeiros que fazem questionamento semelhante, a saber Carmen Boldó Roda, na Espanha, e Nadia Zordi, na Alemanha. *op cit*, p. 324-327.

⁶⁴ RAMALHETE, Clóvis. Sistema de Legalidade na "Desconsideração da Personalidade Jurídica". São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 586, 1984, p. 12.

responderiam para com as obrigações contraídas pela sociedade e para com terceiros “solidaria e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei”.

Para os fins do presente estudo, serão demonstradas as leis de maior aplicação que trazem hipóteses onde é afastada a autonomia patrimonial de sociedade.

5.1.1 *Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º, § 2º)*

Um exemplo é o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que vige no Brasil desde 1943. Apesar de a norma falar em “solidariedade”, é classificada pela doutrina como um caso de aplicação da *disregard*. Com efeito, o dispositivo traz a possibilidade de desconsideração direta em favor do trabalhador no caso da empresa reclamada pertencer a um grupo empresarial, sendo premissa trazida pelo texto da lei que a empresa esteja sob *direção, controle ou administração* de outra. Dessa forma, estariam excluídos desta desconsideração direta os grupos econômicos em que as empresas se encontram em situação de igualdade, as chamadas *affiliated companies* do direito americano ou os grupos de coordenação do direito brasileiro, aplicando-se somente aos casos em que há hierarquia entre as sociedades. Adiante será feita análise mais aprofundada sobre a regra trabalhista, cotejando-a com o entendimento correspondente nos Estados Unidos.

5.1.2 *Código Tributário Nacional (art. 135)*

No Direito Tributário, a desconsideração para penetrar no patrimônio dos sócios é chamada de *redirecionamento*, disposta no art. 134 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66). Já o art. 135, apesar de não se tratar de

desconsideração, mas sim de responsabilização pessoal, ainda alude à possibilidade de execução do patrimônio dos administradores pelos atos praticados com excesso de poderes ou em infração à lei, estatutos ou contrato social.

Cumprir expor a advertência feita por AMARO⁶⁵ quanto à técnica empregada no art. 134, por entender que, a despeito de ser uma hipótese de responsabilidade subsidiária, o legislador fala equivocadamente em responsabilidade solidária, situação capaz de gerar divergências na interpretação e execução do dispositivo em eventual execução fiscal.

5.1.3 Código de Defesa do Consumidor (art. 28)

A Lei nº. 8.078/90 também insere possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica no direito consumerista. A disposição está no art. 28, que traz as hipóteses clássicas de aplicação da *disregard*, como *abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*. Importante notar que estas possibilidades não seriam classificadas como casos de *desconsideração*, mas sim de responsabilização pessoal daqueles que praticaram tais atos, à exceção da hipótese de *abuso de direito*, que é um dos casos clássicos de aplicação da doutrina.

O referido artigo, na segunda parte do caput, ainda traz uma perigosa inovação. É aberta a possibilidade de aplicar-se a desconsideração *quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*. Pergunta-se: o que seria “má administração”? Teria o judiciário competência para determinar o que seria uma boa administração, ou quais as decisões deveriam ter sido tomadas pelos administradores frente a uma situação específica? Desta forma, o legislador acabou trazendo à baila o problema

⁶⁵ AMARO, *op cit*, p. 72.

dos conceitos jurídicos indeterminados⁶⁶ e a própria competência do judiciário para julgar como deveria a empresa ter sido administrada. Apesar de ser esta uma rica discussão, não abarca o tema central do presente estudo, ficando somente a crítica para reflexão futura.

O dispositivo ainda traz a previsão de desconsideração – mascarada pela expressão “responsabilidade solidária” – no caso dos grupos de empresas, a qual, a exemplo da norma contida na CLT, será analisada com maior profundidade adiante em capítulo específico.

5.1.4 *Lei Antitruste (art. 18)*

A Lei nº 8.884/94 praticamente transcreve a norma contida no Código de Defesa do Consumidor supra mencionada, com a ressalva no texto do art. 18 de sua aplicação ao direito concorrencial e da ordem econômica. Todavia, a cópia limitou-se ao *caput* do dispositivo consumerista, excluindo os parágrafos contidos naquele diploma.

Permanecem, contudo, as ponderações feitas acerca da abrangente discricionariedade conferida ao juiz e à adoção de conceitos jurídicos indeterminados.

5.1.5 *Lei Ambiental (art. 4º)*

O art. 4º da Lei nº 9.605/98 também faz expressa referência à possibilidade de aplicar-se a *disregard* sempre que a personalidade jurídica (ou “pessoa jurídica”,

⁶⁶ Sobre os conceitos jurídicos indeterminados, cf. NUNES, Márcio Tadeu Guimarães, *op cit*, p. 207-211, em capítulo intitulado *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Conceitos Indeterminados*.

como utilizado no texto da lei) for um obstáculo à reparação dos prejuízos ambientais causados, mormente aqueles dispostos no decorrer da lei. A disposição é singela: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

É evidente o caráter fortemente protecionista deste dispositivo, especialmente aos chamados direitos de titularidade difusa ou de 3ª dimensão, a fim de evitar que o véu societário impeça a devida responsabilização daqueles que incorreram contra o meio ambiente, nos termos da lei. Contudo, é de se salientar que a redação da norma é vaga, abrindo demasiadamente o leque de sua aplicação à arbitrariedade do juiz.

Com efeito, tal cenário favorece uma situação de insegurança jurídica, já que a interpretação de um juiz pode ser diferente da visão de outro magistrado, dificultando a compreensão do exato alcance atingido pela lei. Em igual sentido sustenta AMARO⁶⁷ ao salientar que nos países de *civil law* em que não há adequada sistematização legal do conceito de desconsideração – que se aplica ao caso – existe “pouca margem para uma definição apriorística de casos nos quais será aplicado”, o que faz com que sua incidência cause perplexidade.

5.1.6 Código Civil de 2002 (art. 50)

O Novo Código Civil também adotou a tendência legislativa brasileira e inseriu previsão para a ocorrência da *disregard*. A norma está no art. 50 da carta civilista e consiste, na verdade, em uma regra geral para desconsiderar a personalidade jurídica. Com efeito, as hipóteses trazidas pelo dispositivo já eram aplicadas a fim de levantar o véu societário, mas a justificativa adotada pelos tribunais anteriormente à sua edição era própria do instituto do abuso do direito. Dada sua importância, cumpre transcrever a norma em comentário:

⁶⁷ AMARO, *op cit*, p. 74.

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.

Com a devida vênia do legislador, a utilização da terminologia *abuso da personalidade jurídica* possui exatamente o mesmo significado que *abuso de direito*, já utilizado pelos tribunais para sanar casos em que a autonomia patrimonial gerava situações de injustiça, falando-se também em *abuso da forma*. Igualmente, o desvio de finalidade é um termo que traduz a *fraude* outrora aplicada, *i.e.*, a utilização para fim diverso daquele para qual a lei criou a pessoa jurídica⁶⁸. COMPARATO, a despeito de não concordar inteiramente com a explicação para a sua incidência, aludia às noções de abuso do direito e fraude à lei como justificativas para o afastamento da personalidade por “larga corrente teórica e jurisprudencial”⁶⁹. Logo, o dispositivo só trouxe uma nova roupa ao que já vinha sendo aplicado nos tribunais.

Sem entrar no mérito das críticas sobre a desconsideração da personalidade jurídica em si ou do texto da lei, deve-se enaltecer, por fim, a inserção literal no ordenamento jurídico das hipóteses ali elencadas para a incidência da *disregard*, já que a previsão legal é requisito de sua aplicação em sistemas de *civil law*, prestando assim homenagem ao princípio constitucional da segurança jurídica.

⁶⁸ O apanhado jurisprudencial trazido por Lamartine Corrêa é rica fonte da aplicação destes conceitos pelos tribunais brasileiros cf. OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *op cit*, p. 517-558.

⁶⁹ COMPARATO, *op cit*, p. 355-356.

6. Os grupos de empresas e a desconsideração direta

É uma realidade cada vez mais presente no meio empresarial a constituição de grupos de empresas, servindo o artifício como uma forma da sociedade controladora se desmembrar em várias sociedades menores que desempenham uma função específica dentro do grupo, garantindo assim uma melhor alocação de recursos. O seu crescente destaque no cenário societário levou GALGANO⁷⁰ a definir o grupo de sociedades como a forma jurídica própria da média ou grande empresa no nosso tempo.

De fato, se trata de matéria complexa, vez que existem diversas formas de associação e agrupamento entre estas sociedades, recebendo cada uma delas tratamento específico do direito de acordo com as suas peculiaridades. Realmente, a matéria tem ganho destaque na sua inter-relação com a temática da desconsideração da personalidade, conforme aponta COMPARATO⁷¹ ao relacionar a evolução da *disregard* com a multiplicação dos grupos econômicos.

Para se aprofundar no tema, é premente o estudo da bibliografia e jurisprudência norteamericanas, uma vez que o país anglossaxão possui vasta experiência na abordagem do tema, muito maior que a brasileira. Sem embargo, não é porque o tema ainda é incipiente em nosso território na comparação com os Estados Unidos que se deixa de analisar as obras tupiniquins que trataram da matéria, sendo de grande valia ao estudo o cotejo entre as obras locais e estrangeiras, como será feito adiante.

A fim de fazer correta apreciação do tema posto, necessário ainda ter presente alguns conceitos referentes aos grupos de empresas, já que sutis diferenças existentes entre os diversos tipos de grupos societários podem alterar a situação fática no momento de se aplicar a *disregard*.

⁷⁰ GALGANO, *op cit*, p. 169.

⁷¹ COMPARATO, *op cit*, p. 357.

Analisando a matéria sob um enfoque legal, conforme demonstrado no Capítulo 5 supra, existem previsões de desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro que versam especialmente sobre os casos de grupos de empresas, a saber, o art. 2º, § 2º, da CLT e o art. 28, § 2º, do CDC⁷². É de se atentar que tais dispositivos visam a proteger partes teoricamente hipossuficientes na relação jurídica – trabalhadores e consumidores – expandindo, assim, a incidência da *disregard* a situações muito menos restritas do que aquelas vistas quando estudada a Teoria Maior adotada no Brasil⁷³. Esta aplicação abrangente opera como verdadeira âncora ao desenvolvimento econômico, vez que dificulta a prosperidade das empresas através dos pesados encargos que deve suportar como a responsabilização por débitos que não foram por si assumidos *in casu*.

Não se pense que este silogismo é apresentado como uma forma de favorecer unicamente o interesse de empresas e grupos econômicos em detrimento dos direitos dos trabalhadores e consumidores, os quais devem ser devidamente tutelados; a proteção não pode, porém, manifestar-se de forma desmesurada e sim atendendo, conjuntamente, os demais interesses da sociedade civil, criando um sistema harmônico e balanceado, amparando os hipossuficientes sem onerar em demasia as sociedades comerciais, preservando assim a necessária segurança jurídica.

Desta forma, serão apresentados os tipos de grupos de empresas, cotejando-se a incidência da desconsideração de forma direta no Brasil e também nos Estados Unidos, país com renomada doutrina e experiência sobre o tema. Será demonstrada ainda a incompatibilidade da desconsideração direta nos grupos de fato e também as razões pela qual o ônus probatório conferido às sociedades nos grupos de empresas é demasiadamente oneroso, cabendo a sua inversão. Por fim, será apresentado um famoso caso de tentativa de desconsideração através de grupo de

⁷² Como o art. 18 da Lei Antitruste, citado no ponto 5.1.4, é transcrição praticamente idêntica ao dispositivo do CDC, será analisado somente a norma consumerista; todavia, as conclusões e impressões do dispositivo se aplicam por óbvio a ambas as leis.

⁷³ Cabe o alerta feito por Luciano Amaro a estas situações de que é defeso ao juiz nos países que adotam o regime de lei escrita abandonar o preceito legal para aplicar conceito que lhe pareça melhor para fazer justiça; *op cit*, p. 74.

empresas nos Estados Unidos, que ilustra a maior restrição daquele país em romper o véu societário.

6.1 *Tipos de grupos societários*

Cumprir realizar uma breve digressão a fim de retomar os conceitos atinentes ao tema de grupos de sociedades, com o especial intuito de evitar compreensíveis confusões – dada a proximidade das definições – e facilitar a compreensão das situações que serão posteriormente expostas.

Inicialmente, salienta-se a divisão dual proposta por KOURY⁷⁴ e MUNHOZ⁷⁵ entre *grupos de subordinação* e *grupos de coordenação*, que será adotada para sistematizar os conceitos. Como se verá adiante, tal critério é de extrema importância, já que a subordinação e a unidade diretiva serão capazes de determinar o alcance dos dispositivos legais que tratam da desconsideração a determinados tipos de grupos.

6.1.1 *Grupos de subordinação*

Grupos de subordinação são aqueles marcados essencialmente, como o nome diz, pela submissão das sociedades que o compõe a uma sociedade hierarquicamente superior. Para tanto, é necessário que esta “sociedade chefe”

⁷⁴ KOURY, *op cit*, p. 59

⁷⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 113. O autor, na verdade, propõe uma tríade para o gênero “formas de associação de empresas”, dentre as quais duas espécies são referentes aos grupos propriamente ditos (subordinação e coordenação), razão pela qual é referido que a classificação dos grupos societários divide-se em duas espécies. A outra forma de associação de empresas sugerida pelo autor é a de cartel e demais formas associativas *sui generis*, que não constituem *grupos* para os efeitos de lei por manterem a independência econômica de seus integrantes.

detenha o poder de controle perante as demais, servindo de “elemento unificador dos grupos de subordinação”⁷⁶.

Dentro dos grupos de subordinação, ganha destaque a *holding*, figura societária de marcante presença no cenário econômico atual. Seu conceito é subdividido em duas vertentes⁷⁷: a holding pura e a holding mista⁷⁸. Holding pura é empresa criada unicamente para gerir demais sociedades que compõe o grupo, sendo a natural controladora destas empresas, não possuindo assim uma atividade econômica própria além da participação em outras sociedades; já a holding mista possui todas as características da holding pura, mas, diferentemente desta, desenvolve outra atividade empresarial que não a mera participação. É evidente, pois, a subordinação neste tipo de grupo societário, como ilustra GALGANO⁷⁹ ao definir a *holding* como a “sociedade cabeça” do grupo de empresas, cuja função na divisão operacional de tarefas é a direção técnico-financeira. Pode ainda a *holding* ser acionista minoritária de outras empresas, sem deter o poder de controle, apesar desta hipótese não ser tão comum.

Outra figura essencial no conceito de grupos de subordinação é das sociedades controladora e da controlada. A controladora, como o próprio nome diz, é a sociedade em posição hierarquicamente superior, que possui a maioria das ações votantes e exercendo, pois, o poder de controle sobre a sociedade controlada, que, naturalmente, é a sociedade submissa na escala de poder do grupo econômico. Na hipótese ainda de a controlada pertencer integralmente à controladora, aquela é chamada de subsidiária integral. É possível haver grupos de sociedades em que uma empresa assume posição ambivalente, sendo controlada em relação a uma sociedade e controladora em relação à outra, tendo tais grupos de empresas uma estrutura de poder piramidal.

⁷⁶ *Id, ibid*, p. 116.

⁷⁷ Koury destaca a existência cinco espécies diferentes de holding, utilizando-se somente das principais para ilustrar o presente trabalho; *op cit*, p. 61.

⁷⁸ A previsão legal de ambos os tipos está disposta no art. 2º, §3º, da Lei 6.404/76 (Lei das SA).

⁷⁹ De fato, Galgano não distingue entre pura e mista, definindo que a holding se separa das funções de produção e intercâmbio, as quais são desenvolvidas por sociedades “operacionais”; *op cit*, p. 193.

6.1.2 Grupos de coordenação

Já os grupos de coordenação são aqueles em que não há hierarquia entre as sociedades componentes, marcando assim a independência entre estas, possuindo, no entanto, “um grau mínimo de orientação comum [...] em prol da consecução de um determinado objetivo”⁸⁰. Tal orientação comum não pressupõe o poder de comando de uma sobre a outra, sendo este o fator principal que difere os grupos coordenados dos subordinados.

Interessante notar a polêmica levantada por MUNHOZ acerca da *dependência econômica* entre as sociedades nos grupos de coordenação para classificá-los efetivamente como *grupos*, defendendo o autor esta dependência como requisito⁸¹. Realmente, se alça do argumento de que parte da doutrina que não reconhece neste tipo de grupo a dependência econômica, na verdade, não o classifica como *grupo*, mas sim como simples “associação de empresas”.

A maior manifestação deste tipo de grupo ocorre no consórcio de empresas, regulado no art. 278 e 279 da Lei das S/A. Tal modalidade é uma organização constituída entre diferentes empresas a fim de cooperarem mutuamente sem haver hierarquia entre elas. MUNHOZ citando WALDÍRIO BULGARELLI alude a uma “unidade administrativa comum” como peça chave nos consórcios⁸². Um exemplo ilustrativo pode ser a união entre uma empresa de aluguel de equipamentos de som, outra de iluminação e mais uma que presta serviços de *disc jockey* através de um consórcio: as três sociedades vão se unir para prestar serviços em festas e eventos sem haver subordinação entre elas, beneficiando-se conjuntamente da parceria estabelecida. Outro exemplo verificado com frequência é a constituição de consórcios temporários, ou consórcio por empreitada, muito comum na construção civil: diferentes empresas, cada especializada em determinada atividade necessária para a consecução do empreendimento, formam um consórcio a fim de concorrer em uma licitação pública para construção de determinada obra.

⁸⁰ MUNHOZ, *op cit*, p. 116.

⁸¹ *Id, ibid*, p. 117.

⁸² BULGARELLI, W. O Direito dos Grupos e a Concentração das Empresas. São Paulo: Livraria e Editora Universitário de Direito, 1975, p. 80 *apud* MUNHOZ, *op cit*, p. 116, nota de rodapé nº 278.

Já empresas afiliadas (*affiliated*) são aquelas que se associam em grau de igualdade uma perante a outra. Apesar da independência gerencial e negocial entre elas, suas ações representarem os mesmos interesses financeiros, como sugerem COX e HAZEN⁸³. Os autores ainda aduzem que os tribunais norteamericanos normalmente respeitam a personalidade autônoma de cada sociedade irmã e outras relacionadas, mesmo que sejam pertencentes aos mesmos acionistas e compartilhem diretores e escritórios.

Apesar da proximidade conceitual entre sociedades afiliadas e coligadas, MUNHOZ⁸⁴ auxilia na sua distinção ao definir as últimas. Lançando mão do disposto no art. 243, § 1º, da Lei das S/A, indica que serão coligadas as sociedades que participarem com pelo menos 10% do capital da outra sem, no entanto, deter poder de controle, não constituindo assim um grupo de subordinação. Ademais, não há unidade diretiva nas coligadas, diferentemente do que pode ocorrer com as afiliadas. Poder-se-ia questionar se há dependência econômica nestes casos, excluindo as coligadas dos grupos de coordenação pelo entendimento de Munhoz exposto supra; no entanto, como não é o objeto deste trabalho analisar as minúcias deste tipo de grupo e para facilitar a sistematização proposta, as coligadas estão incluídas nos grupos de coordenação.

6.1.3 *Definição legal da expressão “grupo de sociedades”: divisão entre grupos de direito e grupos de fato*

Apesar de ser genericamente utilizada para definir qualquer tipo de agrupamento de sociedades, a expressão “grupo societário” passa a ser termo técnico que determinará situação específica do alcance ou não da medida de desconsideração conforme o conceito oferecido pelo art. 265 da Lei das S/A; o qual será igualmente importante para enquadrar determinado grupo de empresas dentro do conceito legal de grupo societário, cujos efeitos serão vistos adiante. Cumpre,

⁸³ COX, James D. & HAZEN, Thomas Lee. On corporations, 2nd ed. New York: Aspen Publishers, 2003. vol. I, p. 308.

⁸⁴ MUNHOZ, *op cit*, p. 114.

então, transcrever o texto da lei a fim de ilustrar o próprio conceito que será explicado a seguir.

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Como se pode observar, a lei garantiu a possibilidade de constituição dos “grupos de sociedades” entre controladoras e controladas, excluindo, pois, os grupos de coordenação, já que a subordinação seria uma das condições à constituição do grupo⁸⁵. Outro fator relevante à sua criação é a necessidade de convenção ou acordo escrito entre as sociedades como requisito, seguindo o legislador brasileiro o modelo regulatório contratual existente em países como Portugal e Alemanha⁸⁶.

A convenção de constituição do grupo é a principal das formalidades exigidas pela lei para que sua criação seja válida e eficaz. Com efeito, as disposições contidas no art. 269 da lei societária apontam o conteúdo que tal convenção deverá abarcar, além da designação do grupo, indicação clara das sociedades que a compõe diferenciando a controladora das demais filiadas, condições de participação de cada sociedade, nacionalidade do controle do grupo e demais cláusulas que, na forma do contrato entre elas, operam como disposições estatutárias⁸⁷. Ainda, o art. 271 dispõe que a constituição do grupo só terá eficácia com o registro comercial do contrato de convenção entre as sociedades e demais documentos pertinentes, denotando a solenidade do ato.

A adoção do regime contratual para constituição dos grupos de sociedades acaba criando nova divisão entre as agremiações societárias: os grupos de direito e os grupos de fato. A natural conclusão é de que os *grupos de direito* são aqueles

⁸⁵ Koury entende que o estudo da *disregard doctrine* nos grupos empresários se limita àqueles em que há subordinação pois “é neles que ocorre o choque entre as noções de controle e de personalidade jurídica”; *op cit*, p. 89. Já Munhoz defende que a expressão “grupo de sociedades é utilizada pela lei exclusivamente para designar grupos de subordinação”; *op cit*, p. 115.

⁸⁶ Munhoz faz referência ao “contrato de subordinação” português e ao “Beherrschungvertrag” alemão; *op cit*, p. 118-119.

⁸⁷ Os incisos IV, V, VI e VIII tratam verdadeiramente da organização interna do grupo, como prazo de duração, condições para admissão de sociedades ou de retirada, órgãos de administração interna e condições para alteração da convenção.

que se inserem integralmente nas condições estabelecidas pelo art. 265 da lei societária, sendo considerados *grupos de sociedades* para os efeitos legais. Por outro lado, *grupos de fato* serão todas as associações societárias que não se enquadram nas condições do dispositivo supra, abarcando, pois, grupos de coordenação e também os grupos de subordinação que não possuem a convenção referida no texto da lei.

COMPARATO⁸⁸, em perceptível tom crítico, utilizou-se do exemplo alemão para demonstrar que os grupos de fato continuam sendo incomparavelmente mais numerosos que os grupos de direito. Com efeito, a adoção do modelo contratual para a constituição legal de grupos permite que haja subordinação entre sociedades sem que isso constitua um *grupo* na acepção legal do termo, pois não raro o que existe são meros acordos verbais ou “contratos de gaveta” por não ser conveniente a legalização e registro dos grupos econômicos criados. Em sentido contrário, MUNHOZ⁸⁹ enxerga na adoção deste modelo uma solução do problema da clareza jurídica ao estabelecer um critério objetivo para distinguir os grupos sobre os quais incide o regime específico e aqueles que se submetem ao regime jurídico geral das sociedades comerciais. KOURY⁹⁰, por sua vez, entende que é possível uma sociedade deter o poder de controle da outra, mas que não havendo o acordo ou contrato que a lei prega, não haverá “subordinação de interesses, devendo cada sociedade atuar de forma independente”.

Há, entretanto, outra inteligência do dispositivo legal supra, a qual entende que a “grupos de sociedades” podem ser formados por controladora e controladas, mediante acordo, mas que esta hipótese não esgotaria a constituição de grupos de empresas através de outros meios de associação, mesmo que sem subordinação. Assim, o conceito de “grupos de empresas” não seria restrito como na interpretação anteriormente referida, admitindo-se incluir dentro desta categoria outras formas de agrupamento entre sociedades, como os grupos de coordenação, por exemplo. Precisamente, esta é a interpretação comumente verificada nas decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, justamente por expandir a proteção ao trabalhador.

⁸⁸ COMPARATO, *op cit*, p. 407.

⁸⁹ MUNHOZ, *op cit*, p. 119-120.

⁹⁰ KOURY, *op cit*, p. 89

O conceito legal de grupos de sociedades é de extrema importância para verificar a incidência das normas que tratam da desconsideração da personalidade jurídica dentro dos grupos de empresas, mesmo que a aplicação de tais dispositivos pelos tribunais nem sempre respeite a distinção trazida pela lei, conforme será abordado adiante neste estudo.

6.2 Hipóteses de mau uso do grupo empresário

No direito brasileiro, seguidamente as hipóteses vistas que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica são três: confusão patrimonial, abuso de direito e fraude. ULHOA COELHO⁹¹ chega a classificá-las de acordo com a objetividade ou a subjetividade da sua efetiva demonstração em um processo judicial, sendo a confusão patrimonial de caráter objetivo e a fraude e abuso de direito subjetivas.

A confusão patrimonial é um dos casos clássicos para autorizar a aplicação da *disregard*, sendo tratado como um critério de caráter objetivo na distinção mencionada no parágrafo anterior. RAMALHETE⁹² a expôs ao demonstrar que a confusão do patrimônio da falida com o de seus diretores estenderia a responsabilidade a estes, enquanto SALOMÃO FILHO⁹³ mistura os aspectos objetivo e subjetivo ao dispor que a confusão patrimonial é frequentemente utilizada como “critério para identificação do abuso”, destoando assim da separação proposta por ULHOA COELHO. A doutrina americana também trata do tema ao assentar: “The equitable owners of a corporation, for example, are personally liable when they treat the assets of the corporation as their own and add or withdraw capital from the corporation at will”⁹⁴, justificativa que se estende ao caso dos grupos societários uma vez que “the owners of a corporation” podem ser também outras sociedades.

⁹¹ COELHO, *op cit*, p. 46.

⁹² RAMALHETE, *op cit*, p. 12.

⁹³ SALOMÃO FILHO, *op cit*, p. 227.

⁹⁴ VAGTS, *op cit*, p. 96.

Já no que tange ao abuso de poder e à fraude, a matéria foi exaustivamente trabalhada pela doutrina tanto nacional quanto estrangeira. Em território pátrio, ULHOA COELHO⁹⁵ aponta que a subjetividade dos dois elementos é “mais ajustada à teoria da desconsideração”, especialmente se comparada à formulação histórica da *disregard* americana, fundada em critérios também subjetivos. No entender de COMPARATO⁹⁶, o abuso ou fraude na maioria das vezes opera uma disfunção no direito, razão pela qual se opera a desconsideração sem invalidar o ato constitutivo da pessoa jurídica, já que não é ilícito, mas conferindo-lhe “ineficácia relativa”; no entender de SALOMÃO FILHO⁹⁷, a visão de COMPARATO negaria a “fraude à lei” como elemento central da desconsideração, já que poderia haver desconsideração também em favor do sócio. Já CASILLO⁹⁸, analisando a obra do doutrinador italiano Piero Verrucoli, aponta que na posição subjetiva (como as hipóteses de fraude à lei e fraude ao contrato) é necessária a verificação do “elemento intencional”, que pode ser entendida como dolo ou má-fé. A justificativa também encontra respaldo na doutrina americana, como expõe CLARK⁹⁹: “controlling stockholders and other controlling parties of a corporation may be liable for the corporation’s debts when they have caused it to commit a ‘fraud or wrong’”.

A doutrina estadunidense discorre ainda sobre as demais teorias de mau uso da figura societária comumente utilizadas pelos tribunais do país, indicando quatro “doutrinas” que se aplicam à desconsideração nos grupos de empresas¹⁰⁰. Primeiramente, há a *instrumentality rule*, hipótese identificada por COX e HAZEN¹⁰¹ quando a subsidiária funciona não como uma unidade autônoma de um grupo de empresas, mas sim como mero instrumento de manobra da controladora. Por ser a definição – e, conseqüentemente, a aplicação – muito ampla, prudente é a crítica de

⁹⁵ COELHO, *op cit*, p. 46.

⁹⁶ COMPARATO, *op cit*, p. 356.

⁹⁷ SALOMÃO FILHO, *op cit*, p. 227.

⁹⁸ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 528, out. 1979, p. 32.

⁹⁹ CLARK, *op cit*, p. 37.

¹⁰⁰ CLARK refere que estas doutrinas são na verdade metáforas para se excepcionar a regra da responsabilidade limitada, citando as doutrinas “alter ego” e “instrumentality”; *op cit*, p. 71-72.

¹⁰¹ COX & HAZEN, *op cit*, p. 302.

CLARK¹⁰², que alega ser demasiada vaga esta formulação. De fato, a Suprema Corte americana se posicionou sobre o tema:

*The U.S. Supreme Court has Said that the so-called instrumentality rule is not, properly speaking, a rule. Instead, it is a way of designating a broad equitable principle under which the separate corporate entity will not be recognized when doing so would work fraud or injustice.*¹⁰³

Já a teoria do *alter ego* é muito semelhante à *instrumentality*. A sua hipótese ocorreria quando os negócios são feitos pela controladora em seu benefício através da subsidiária, servindo esta como verdadeiro alter ego daquela. COX e HAZEN¹⁰⁴ identificam a prova de duas situações para a sua aplicação: (1) a demonstração de que houve unidade de interesses e propriedade entre as sociedades e que (2) fraude ou injustiça seriam as consequências se as sociedades fossem tratadas como entidades distintas.

Há ainda a *agency doctrine*, que se verifica quando a subsidiária se comporta como verdadeiro agente dos interesses da controladora, podendo esta possibilidade se verificar em somente um negócio realizado, não necessariamente ter sido criada para esta finalidade. Semelhante é a hipótese da *identity doctrine*, mas onde seria necessária a “apropriação” pela controladora da identidade da controlada, operando assim reiteradamente como agente de outra sociedade, não sendo necessariamente importante a dominação de uma sociedade por outra¹⁰⁵.

Como se pode ver, todas estas hipóteses do direito americano são muito semelhantes, havendo somente sutis diferenças entre elas. Através de sua análise é possível identificar que o objetivo delas, bem como das normas do direito brasileiro, é coibir o uso fraudulento dos grupos societários, ou que sua constituição tenha servido para fins diversos daqueles para o qual o instituto foi criado, identificando-se aí o “abuso de poder” ou “abuso de direito” referidos na doutrina pátria.

¹⁰² CLARK, *op cit*, p. 37-38.

¹⁰³ COX & HAZEN, *op cit*, p. 303.

¹⁰⁴ *Id, ibid*, p. 302.

¹⁰⁵ *Id, ibid*, p. 302-303.

6.3 Desconsideração direta no Brasil e nos Estados Unidos

É de se ter presente que, por conta da diferença entre sistemas jurídicos adotados, haverá naturalmente uma aplicação distinta da *disregard* em cada um dos países. Com efeito, um país que adota o modelo de *common law*, cujos julgamentos são fundados na *equity*, permite uma maior liberdade ao magistrado para decidir pela aplicação ou não da desconsideração baseado em critérios subjetivos, ao passo que nos países edificados no sistema de *civil law* os tribunais não podem abandonar preceito legalmente disposto sob argumento de que seria melhor para se fazer justiça no caso concreto¹⁰⁶.

Também cumpre lembrar a tradição norteamericana na matéria da desconsideração, sendo tema abordado com maior profundidade pela doutrina e enfrentado com maior frequência pelos tribunais. Diferentemente, pode-se dizer que o instituto ainda é “incipiente” no Brasil, prestando homenagem à expressão utilizada por LAMARTINE CORRÊA¹⁰⁷.

Na hipótese de desconsideração trazida pela consolidação trabalhista, RAMALHETE¹⁰⁸ aduz à criação da figura do “empregador único” aos casos de grupo empresarial. Se cuida, na verdade, de despersonalização das sociedades mercantis agrupadas, encontrando-se elas em “solidariedade direta para os efeitos da relação de emprego”, entendendo-se tal “solidariedade direta” como desconsideração direta da personalidade jurídica. Ademais, muito embora o art. 2º, § 2º, da CLT estabeleça que a desconsideração só ocorra nos casos em que uma sociedade estiver sob a direção, controle ou administração de outra, *i.e.*, com caráter subordinatório, a aplicação conferida ao dispositivo pela Justiça do Trabalho tem se mostrado muito mais abrangente, sem obedecer à condição de hierarquia societária definida em lei, não havendo, pois, distinção prática entre os grupos de coordenação e os de subordinação¹⁰⁹. Não chega a causar espanto tal posicionamento da justiça

¹⁰⁶ AMARO, *op cit*, p. 74.

¹⁰⁷ OLIVEIRA. J. Lamartine Corrêa de, *op cit*, p. 540.

¹⁰⁸ RAMALHETE, *op cit*, p. 12.

¹⁰⁹ MUNHOZ, em nota, destaca a defesa de Octávio Bruno Magno (*Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979) por uma interpretação restritiva do

trabalhista, posto que é notória a cognição amplamente pró-trabalhador dada aos dispositivos aplicáveis nas relações laborais, conforme crítica de BRUSCATO¹¹⁰.

Apesar das críticas quanto à interpretação extensiva dada pela Justiça do Trabalho brasileira ao instituto em comento, é perceptível uma aproximação com o direito americano no que tange à desconsideração nos grupos de empresas em favor dos trabalhadores. COX e HAZEN aludem à *integrated enterprise doctrine* em *affiliated companies*, análise para averiguar se há inter-relação nas operações entre as empresas integrantes do grupo, verificando-se a presença de critérios determinantes para o favorecimento do pleito do reclamante, como gerência comum, centralização nas relações trabalhistas e unidade financeira (ou se pertencem ao mesmo controlador). Como a doutrina é baseada em cenários econômicos de fato¹¹¹ em detrimento de formalidades societárias, é facilitado o caminho dos reclamantes em demonstrar algum dos requisitos autorizadores da *veil-piercing*¹¹².

Fenômeno semelhante ocorre na Itália, como informa GALGANO¹¹³; é possível ocorrer a qualificação do grupo societário como um ente uno, sendo visto juridicamente como o empregador de todos os trabalhadores que operam dentro das sociedades do grupo. Para este efeito, o grupo de sociedades só constituirá um sujeito autônomo de direito quando presentes elementos que indiquem a simulação através do grupo com objetivos de elidir a proteção conferida aos trabalhadores.

Já no que tange ao Direito do Consumidor brasileiro, o caput do art. 28 do CDC traz a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica nos casos clássicos já abordados pela doutrina¹¹⁴. Apesar do caput não tratar especificamente dos grupos mercantis, cumpre trazer o questionamento sobre a inclusão no rol de

dispositivo. Em sentido contrário, defendendo a cognição extensiva à norma trabalhista para que o juiz, na análise do caso concreto, aplique a lei “consoante o espírito que a ditou”, menciona Arnaldo Sussekind (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar, v. I, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1960), *op cit*, p. 325-326.

¹¹⁰ A autora afirma que a “Justiça do Trabalho é pródiga em decisões”, já que o entendimento assentado é de desconsiderar a personalidade jurídica sempre para a satisfação do crédito trabalhista, mesmo nos casos em que não se verifica fraude ou abuso. BRUSCATO, *op cit*, p. 200.

¹¹¹ Tal visão se assemelha ao *princípio da realidade*, um dos regentes do direito trabalhista brasileiro.

¹¹² COX & HAZEN, *op cit*, p. 304.

¹¹³ GALGANO, *op cit*, p. 190, 205-207.

¹¹⁴ O texto da lei elenca as seguintes hipóteses para se operar a desconsideração: “abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social [...] falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. No mesmo sentido aponta MUNHOZ, p. 322.

hipóteses autorizadoras da *disregard* a má administração, já analisada no ponto 5.1.3 supra, e a falência. Ora, a simples falência da sociedade não dá causa à desconsideração em outras hipóteses civis¹¹⁵, a menos que tenha se operado de modo fraudulento ou irregular. De fato, se a sociedade age corretamente, tendo a falência a atingido por fatores alheios à sua administração, não é razoável a imputação de maiores responsabilidades aos sócios que já carregam o pesado fardo do insucesso comercial.

Já o § 2º do art. 28 faz a previsão expressa aos “grupos societários e [às] sociedades controladas”. A doutrina brasileira entende que não trata o dispositivo propriamente de uma hipótese de aplicação da *disregard*, mas sim de um regime de responsabilização especial de sociedades integrantes do grupo de empresas¹¹⁶. Com efeito, o texto legal inclui não somente os grupos de direito – através da expressão “grupos societários” – mas também os grupos de fato ao incidir também sobre as “sociedades controladas”. Logo, o dispositivo tratou de eliminar a distinção entre grupo de fato e de direito que a lei societária traz para os fins de defesa do consumidor, como ensina MUNHOZ¹¹⁷.

O artigo em comento ainda traz a possibilidade de responsabilização solidária das empresas consorciadas, que doutrinariamente estão inseridas nos grupos de coordenação. Ressalte-se que, conforme já salientado, a lei as excluiu do conceito de *grupo societário*, não se lhe aplicando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim o da responsabilidade solidária, conforme dispõe o art. 28, §3º, do CDC¹¹⁸. Ademais, o §4º da mesma norma estabelece que as sociedades coligadas (sem unidade diretiva, logo, sem subordinação) só respondem por aquilo em que incorreram culposamente, como informa MUNHOZ¹¹⁹.

Importante lição é extraída do estudo de JAMES D. COX e THOMAS LEE HAZEN acerca da *liability* das subsidiárias ou afiliadas. Sugerem os autores que a

¹¹⁵ O tema é abordado no ponto 7.2 infra.

¹¹⁶ Neste sentido KOURY, *op cit*, p. 192; MUNHOZ, *op cit*, p. 322; AMARO, *op cit*, p. 78.

¹¹⁷ MUNHOZ, *op cit*, p. 322.

¹¹⁸ Tal hipótese obviamente se aplica somente a dívidas decorrentes de transações comerciais operadas pela sociedade insolvente em favor do consórcio, sendo desproporcional a solidariedade por negócio paralelo realizado pela sociedade consorciada, completamente alheio aos interesses ou objetivo do consórcio, já que as demais consorciadas não participaram ou não obtiveram qualquer benefício com a negociação em questão.

¹¹⁹ MUNHOZ, *op cit*, p. 322.

personalidade distinta de cada sociedade será respeitada pelas controladoras e demais acionistas e que, assim, a autonomia patrimonial de cada empresa será preservada, conquanto a distinção entre as companhias não tenha sido operada para fins ilegítimos. Concluem o raciocínio alertando que os tribunais devem realizar vasto controle deste tipo de sociedades a fim de prevenir abusos através desta faculdade societária e “regulating the privilege of separate capacity when dealing with one-person companies and others in entity cases”¹²⁰. A lição é extremamente válida, apesar de este último ponto ser de influência exclusiva em países de *common law*, já que no Brasil não existe a previsão para que o judiciário “regule”, sendo competência exclusiva da lei exercer este tipo de função.

Há entendimento nos EUA de que o mero controle de uma sociedade sobre a outra ou o fato de terem unidade administrativa não seriam causas suficientes para se penetrar no patrimônio da sociedade controladora. Neste sentido é a lição de COX e HAZEN¹²¹, concluindo que a criação de “subsidiary or affiliate for the purpose of limiting liability does not itself constitute fraud”. Com efeito, os autores enumeram seis fatores que devem ser considerados a fim de se determinar a responsabilidade da sociedade acionista, não sendo, contudo, condições que autorizam de plano a desconsideração, mas sim um “guia” para orientar a decisão do magistrado. A lista inclui (1) subcapitalização da subsidiária, (2) intervenção direta da controladora na administração e gerência da controlada, (3) confusão patrimonial, (4) abuso de poder pela controladora, (5) abuso de controle em evidente prejuízo a credores e sócios minoritários da controlada e (6) políticas de gestão aplicadas pela controladora e também pelas controladas. Os autores ainda referem a existência de um “10-factor test” articulado por outros tribunais para saber quando penetrar no patrimônio dos sócios ou não¹²².

Conclusão semelhante adveio da análise de LAMARTINE CORRÊA ao estudar a jurisprudência norteamericana sobre a desconsideração nos grupos de empresas, cuja clareza de exposição torna necessária a sua transcrição:

¹²⁰ COX & HAZEN, *op cit*, p. 298.

¹²¹ *Id, ibid*, p. 306.

¹²² *Id, ibid*, p. 305, Nota de rodapé nº 32.

Segundo a jurisprudência norte-americana, o controle só assegura a “penetração” quando, ao entrelaçamento de capitais e de membros da administração, se somem outras circunstâncias como, de modo especial, transferência total da direção e dos lucros da subsidiária à matriz ou deficiência de capital da subsidiária devida a “sucção” do capital por parte da matriz.¹²³

Importante salientar a tendência americana identificada por VAGTS¹²⁴ de que os grupos societários passem a ser vistos como um ente unitário em decorrência das obrigações geradas com a criação destas famílias corporativas, utilizando-se do exemplo dos demonstrativos financeiros unificados, *literis*:

Note that consolidated financial statements (and consolidated tax returns) tend to reinforce the tendencies of the investing and business communities to see the corporate family as one – tendencies that may influence the results of cases on liability.

Como visto, a temática dos grupos de sociedades apresenta semelhança nas interpretações judiciais de ambos os países ao facilitar a desconsideração nas relações trabalhistas em favor dos empregados, havendo discrepância, contudo, nas demais hipóteses de aplicação da *disregard*; nos Estados Unidos há um maior respeito ao conceito histórico de pessoa jurídica¹²⁵, sendo mais restritas as hipóteses de desconsideração dentro do grupo societário. Inobstante, a análise judicial do caso concreto é mais subjetiva, sendo a decisão pautada pela *equity*, como teve oportunidade de dizer COMPARATO¹²⁶ manifestando que há “preocupação com a justiça no caso singular, tornando o juiz autêntico criador do direito (*Judge-made law*)”.

Diferentemente, a aplicação do instituto tem se mostrado mais abrangente no Brasil. Ademais, o alcance da desconsideração parece inclusive transcender às hipóteses legalmente previstas atinentes aos grupos societários. De fato, a lei não deve deixar “espaços vazios”, obedecendo o juízo a critérios teoricamente mais objetivos e que, dada a vagueza da disposição legal, acaba ampliando a incidência

¹²³ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *op cit*, p. 277.

¹²⁴ VAGTS, *op cit*, p. 97.

¹²⁵ O conceito histórico seria a elevação da distinção entre pessoa jurídica e seus sócios ao status de axioma jurídico, tornando a separação patrimonial intangível, conforme abordado no Capítulo 2.

¹²⁶ COMPARATO, *op cit*, p. 354.

da penetração. AMARO¹²⁷ reclama que esta ausência de um tratamento sistemático efetivo da matéria dá pouca margem para definição prévia dos casos em que deva ser aplicada, na mesma esteira do que já dispunha LAMARTINE CORRÊA¹²⁸ em 1979 ao dizer que a jurisprudência “desconsiderante” ainda não era capaz de fornecer elementos suficientes para sabermos de forma segura quais os pressupostos que autorizariam a medida excepcional. Prudente, ainda, é a observação feita por SALOMÃO FILHO ao criticar a dificuldade na definição de regras de responsabilidade sobre os grupos de fato, maldizendo a necessidade de convenção para configurar grupo de direito, o que tornaria os grupos de direito “letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira”¹²⁹.

6.4 *Incompatibilidade entre a desconsideração direta e a teoria institucionalista da pessoa jurídica nas sociedades anônimas*

É conceito básico de direito societário a dicotomia entre as teorias contratualista e institucionalista – e suas vertentes – no que tange ao interesse e ao objeto a ser perseguido pela sociedade. Como existem autores que trataram do assunto com maior profundidade e correção¹³⁰, cumpre apenas fazer uma breve digressão a fim de avivar conceitos, lançando mão da clareza e concisão com que ZANINI as apresentou:

*Nas teorias contratualistas, o interesse social é definido como correspondente ao interesse coletivo dos sócios; ao passo que, nas institucionalistas, corresponderia a um interesse apontado como transcendente ao dos sócios.*¹³¹

¹²⁷ AMARO, *op cit*, p. 74.

¹²⁸ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *op cit*, p. 540-541.

¹²⁹ SALOMÃO FILHO, nota de texto 77 *in* COMPARATO, *op cit*, p. 414.

¹³⁰ SALOMÃO FILHO, *op cit*, p. 25-50. & ZANINI, Carlos Klein. A dissolução judicial da Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 90-100.

¹³¹ ZANINI, *op cit*, p. 93.

Não é novidade que a Lei das S/A adotou a teoria institucionalista¹³² ao dispor no seu art. 154, caput e § 1º, que o administrador deverá agir com o intuito de atingir os fins e interesse da companhia e não do grupo de acionistas que o tiver eleito. Dessa forma, o objetivo institucional da companhia é hierarquicamente superior, a não dizer supremo, em relação à vontade dos sócios.

Logo, se a sociedade é desvinculada do interesse dos seus sócios, já que o seu próprio interesse que serve de bússola a guiar as atividades da empresa, perde-se a ideia da vinculação gerencial entre empresa controladora e controlada nos grupos de fato. Sendo a existência de ambas independente uma da outra, há de se questionar mais uma vez a aplicação extensiva dada ao art. 2º, § 2º, da CLT pela Justiça do Trabalho que confere unidade a empresas independentes. Com efeito, por disposições expressas da lei a desconsideração direta perante os *grupos de fato* é vedada, incidindo somente nos *grupos de direito* legalmente constituídos – aqueles onde há instrumento contratual que manifesta a vontade das sociedades a fim de engendrarem esforços sob um objetivo comum.

Tal raciocínio pode ser igualmente invocado quando medida judicial utiliza disposição legal que se refere expressamente a grupos societários (grupos de direito) e, ainda assim, estende a sua aplicação aos grupos de fato (excluídos do conceito de grupo societário pelo legislador). Se a lei não inclui os grupos de fato no conceito de grupo societário, exigindo um acordo entre as sociedades para que o direito as reconheça como um grupo para os fins legais, não deve a medida desconsideratória própria dos grupos de direito alcançá-los.

Ante o exposto até o momento, chega-se à conclusão de que o simples controle acionário não é capaz de guiar as atividades da sociedade ao seu livre entendimento, mas somente o acordo entre sociedades. Deve-se ter como orientação o interesse institucional da sociedade conforme disposição expressa analisada. Dessa forma, não existem benefícios adicionais na constituição de grupo econômico de fato através de empresas controladoras e controladas àqueles conferidos a qualquer controlador, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, razão suficiente para justificar a impossibilidade de aplicação direta da desconsideração da

¹³² Não cumpre, para os fins deste trabalho, fazer a análise completa entre as vertentes internas da teoria institucionalista, mormente *empresa em si e orgânica*. Para tanto, ver ZANINI, *op cit*, p. 93-97.

personalidade jurídica em grupos de empresas de fato, já que seria o mesmo que se aplicar a *disregard* direta a qualquer sócio majoritário.

6.5 Inversão do ônus probatório

Um ponto a ser criticado na escolha feita pelo legislador é justamente a possibilidade de se desconsiderar diretamente a personalidade jurídica. Com efeito, qualquer hipótese de aplicação direta do instituto geraria um grande ônus ao transferir à sociedade os custos de provar que não teve culpa, não agiu com má-fé ou não incorreu em nenhuma das hipóteses clássicas para incidir a *disregard*.

Em tais hipóteses, haveria uma figura semelhante à responsabilidade objetiva da responsabilidade civil, onde a culpa do agente é presumida até que se prove o contrário, ou seja, que o sujeito não teve qualquer agir culposos que tenha dado causa ao suposto dano. Esta figura do instituto civilista opera quase como uma inversão da *presunção de inocência*, já que a transportando à aplicação da *disregard* seria presumida a confusão patrimonial, fraude ou abuso de direito, cabendo ao executado provar a sua inocência. Consequentemente, tal situação pode trazer prejuízos às sociedades posto que se encontrariam em uma situação de clara desvantagem.

De fato, a situação se agrava nos casos dos grupos de empresas. Isso porque os dispositivos citados no capítulo 5, sobretudo o da lei trabalhista, consumerista e antitruste, trazem hipóteses em que a desconsideração se opera de forma direta, bastando às empresas fazerem parte do mesmo grupo societário. Tal situação acaba transferindo um pesado e injusto ônus à sociedade, pois lhe cabe então a incumbência de fazer prova que não houve situação que autorizasse a desconsideração.

Imprudentemente, os dispositivos não referem quiçá à necessidade de um dos elementos clássicos autorizados do afastamento da personalidade subjetiva da pessoa jurídica, ampliando a sua aplicação em demasia. De outro modo, parece

mais sensato o exemplo americano ilustrado no ponto 6.3 supra, onde a constituição de grupo ou até o controle de uma sociedade sobre a outra (como nos casos de subsidiárias) não são causas suficientes para a penetração dentro do grupo societário de uma sociedade sobre outra¹³³, devendo ser provado o prejuízo decorrente de fraude ou abuso de forma através da adoção de grupo societário sofrido por aquele que requer em juízo a desconsideração.

Em verdade, houve tentativa de regulamentação da desconsideração da personalidade jurídica, mormente do art. 50 do Código Civil por ser extremamente abrangente; neste sentido era a proposta do Dep. Ricardo Fiuza (PP/PE) através do Projeto de Lei nº 2.426/2003¹³⁴. A despeito de o projeto ter excluído expressamente a sua própria incidência sobre o art. 28 do CDC e do art. 18 da Lei Antitruste¹³⁵, deflagrou que eventual regulamentação sobre o tema teria de corrigir esta anomalia que ocorre atualmente, onde a desconsideração pode ser direta, transferindo àquele que entende ter sido prejudicado a incumbência de provar as razões para aplicação da *disregard*, conforme dispunha o art. 2º do projeto:

Art. 2º. A parte que se julgar prejudicada pela ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial praticados com abuso da personalidade jurídica indicará, necessária e objetivamente, em requerimento específico, quais os atos abusivos praticados e os administradores ou sócios deles beneficiados, o mesmo devendo fazer o Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir na lide.

Desta forma, seria mais sensato haver uma ressalva nos dispositivos de aplicam a desconsideração em grupos de sociedades de forma direta, constando que as empresas agrupadas seriam efetivamente responsáveis solidárias pelos débitos da natureza de cada uma das leis, contanto que provado pelo postulante que

¹³³ COX & HAZEN, *op cit*, p. 306 e OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *op cit*, p. 277.

¹³⁴ O projeto foi aprovado de forma unânime pela Comissão de Economia, Indústria e Comércio do Congresso em junho de 2004, mas não chegou a ser levado ao Plenário para votação, tendo sido arquivado em janeiro de 2007 nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o qual dispõe que, ao final da legislatura, serão arquivadas todas as proposições que tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontram em tramitação. Informações disponíveis em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=141005>.

¹³⁵ Os arts. 5º e 6º do projeto dispunham que a regulamentação daquela lei não incidiria sobre o art. 28 do CDC e art. 18 da Lei Antitruste, sendo estes dispositivos aplicados tão somente às relações de consumo, no primeiro caso, e hipóteses de infração de ordem econômica, no segundo, vedadas as suas aplicações a quaisquer outras relações jurídicas.

as empresas se beneficiaram indevidamente da forma societária adotada para se esquivar do adimplemento da obrigação devida.

6.6 O caso *Berger v. CBS*

Interessante agregar ao estudo famoso caso trazido pela doutrina norteamericana¹³⁶ ocorrido em Nova Iorque no ano de 1972, indexado nos *table of cases* como *Berger v. Columbia Broadcasting System*. Esta ação é um claro exemplo do entendimento dos tribunais daquele país no sentido de que o mero controle, mesmo de uma subsidiária integral, não é causa bastante para se operar a desconsideração.

O caso trata de uma obrigação contratual de exclusividade para a produção do programa chamado *International Fashion Festival* entre o demandante, Jerome Berger, e a CBS Films Inc., subsidiária integral da CBS Inc., uma das maiores redes de TV americana. No caso, apesar da obrigação assumida pela subsidiária, que produzia alguns programas de televisão para a controladora, esta decidiu realizar um programa similar com outro produtor, tendo, pois, Berger ingressado com ação contra a CBS Inc. por violar contrato assumido por sua subsidiária. Apesar de COX e HAZEN informarem que não era claro no julgamento se a transmissão do show dependeria ou não da vontade da CBS Inc.¹³⁷, o autor teve o seu pleito reconhecido em primeira instância, tendo a controladora sido condenada a indenizá-lo na quantia de duzentos mil dólares.

Contudo, o julgamento foi revertido na *Court of Appeals* uma vez que os magistrados não se comoveram com os argumentos de que os diretores da subsidiária eram todos funcionários da controladora, de que a subsidiária fazia parte do organograma da principal e de que a Films era referida como uma divisão da CBS Inc. para manter a decisão recorrida. De fato, mesmo considerando todos estes

¹³⁶ VAGTS, Detlev F.. *Basic corporation law : materials, cases, text*. 3rd ed. Westbury: Foundation Press, 1989, p. 96 e COX & HAZEN, *op cit*, p. 306.

¹³⁷ COX & HAZEN, *op cit*, p. 306.

fatores, entendeu a Corte que tais evidências são práticas empresariais comuns na relação controladora-controlada e, então, insuficientes por si só para justificar a penetração na intimidade societária. Chega a ser marcante uma das passagens do julgamento colacionada por VAGTS: “Just as siamesing is a biological fact, so must corporate umbilication be anatomically demonstrated under New York law”¹³⁸.

O caso exposto pode inicialmente parecer discrepante do que foi até agora visto, mas através de sua análise é possível perceber que a distinção entre sócio e sociedade é um valor mais forte no direito norteamericano e, logo, mais difícil de ser corrompido, dificultando a incidência da *disregard* naquele país e atendendo à excepcionalidade da medida de que falava REQUIÃO¹³⁹. Se tal posicionamento é correto ou se a desconsideração deve ser aplicada em hipóteses menos restritas é uma indagação de difícil resposta; de qualquer sorte, serão fornecidos alguns elementos para ajudar no deslinde desta questão.

¹³⁸ VAGTS, *op cit*, p. 96.

¹³⁹ REQUIÃO, *op cit*, p. 24.

7. Aplicação da desconsideração

Conforme já visto no ponto 4.1 deste trabalho, a aplicação da *disregard* é a excepcionalidade, não devendo ser instrumento de uso banal, inclusive, pelos riscos que acarreta¹⁴⁰. Com efeito, REQUIÃO enaltece a cautela dos juízes norteamericanos em levantar o véu societário, “tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais”¹⁴¹.

A desconsideração opera como importante instrumento de manifestação da justiça, tanto nas hipóteses objetivamente previstas na lei (confusão patrimonial) como em situações subjetivas¹⁴² (fraude ou abuso de direito¹⁴³), casos estes normalmente contaminados pelo vírus da má-fé. A aplicação do instituto, no entanto, não pode ser indiscriminada sob o pretexto de se fazer justiça no caso concreto, pois diferentemente do sistema da *common law* onde as decisões são fundadas na *equity*, o sistema romano-germânico adotado no Brasil impede a criação de remédios pelo juiz que julgue adequados para o caso concreto, devendo existir previsão e fundamento legal para o ato decisório; logo, deve haver, por óbvio, o respeito à legislação e ao próprio instituto da pessoa jurídica, como forma de garantir a própria segurança jurídica.

Dessa forma, sua aplicação deve ser ponderada, avaliando-se os efeitos práticos da decisão que desconsiderar a personalidade jurídica. Tais efeitos serão adiante tratados, bem como o risco processual brasileiro para análise e uniformização do entendimento judicial pelo STJ e as nefastas consequências de ordem econômica nos casos de uso irrestrito deste poderoso porém perigoso artifício que é a *disregard*.

¹⁴⁰ Requião alude que o uso inadequado da doutrina pode levar à destruição do instituto da pessoa jurídica. *op cit*, p. 24.

¹⁴¹ REQUIÃO, *op cit*, p. 24.

¹⁴² A diferenciação entre os aspectos objetivos (confusão patrimonial) e subjetivos (fraude e abuso de direito) diz respeito especialmente à forma como será provada em juízo, como, fazendo referência à Comparato, demonstra Fábio Ulhoa Coelho, *op cit*, p. 46.

¹⁴³ Tais hipóteses, conforme já analisado, não são *numerus clausus*, valendo a referência à aplicação da *disregard* como forma de coibir os *free-riders*, agentes que se valem das vantagens da responsabilidade limitada sem, no entanto, assumir os riscos da atividade empreitada, questão posta por Calixto Salomão Filho, *op cit*, p. 243.

7.1 Efeitos de sua incidência

Diferentemente do que se pode pensar, a desconsideração da personalidade jurídica não anula os efeitos da sua constituição tampouco elimina os direitos da pessoa jurídica. A aplicação da teoria se dá de forma incidental e diz respeito somente àquele ato a que deu causa. REQUIÃO¹⁴⁴, valendo-se dos argumentos trazidos por Serick, foi claro em endossar este entendimento:

Com efeito, o que se pretende com a doutrina do 'disregard' não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude).

No mesmo sentido é o magistério de ULHOA COELHO ao defender que a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica não possui o condão de desconstituir a sociedade, não a invalida tampouco importa em sua dissolução, tratando-se de “suspensão episódica da eficácia desse ato [a que deu causa]”¹⁴⁵. Assim, os efeitos da constituição da pessoa jurídica são afastados somente no caso em julgamento, restando válida e plenamente eficaz em todas as demais situações.

Ademais, os efeitos da desconsideração ocorrerão em desfavor do detentor do poder de controle societário, sendo elemento fundamental na aferição de responsabilidades¹⁴⁶. A menos que haja prova de que o ato que deu razão à desconsideração foi operado por agente que não detinha o controle, esta é a presunção para a sua aplicação, operando-se igualmente nos casos de grupos societários ou da desconsideração que atinge o patrimônio de sócio pessoa física.

Ademais, cumpre anotar o importante esclarecimento sobre os efeitos da desconsideração e a terminologia adotada. COMPARATO alerta para a confusão gerada entre despersonalização e desconsideração, devendo o aplicador atentar para a terminologia utilizada. Enquanto a desconsideração, conforme já dito supra,

¹⁴⁴ REQUIÃO, *op cit*, p. 17

¹⁴⁵ COELHO, *op cit*, p. 42.

¹⁴⁶ COMPARATO, *op cit*, p. 355.

opera para ato específico, até satisfação de determinado crédito, sem operar na desconstituição da pessoa jurídica, na despersonalização “a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência”¹⁴⁷. Logo, a despersonalização está muito mais ligada a uma invalidade formal do que à figura de fraude ou abuso de direito da desconsideração; todavia, em nota de atualização na mesma obra, SALOMÃO FILHO¹⁴⁸ sugere que tal distinção é cada vez mais discutida, não se lhe aplicando a disciplina da invalidade em matéria societária, havendo duas saídas possíveis para os casos que tais: desconsideração da personalidade jurídica ou dissolução da sociedade.

7.2 Não incidência nos casos de falência ou insolvência da sociedade

Cumprir trazer a lume dois exemplos que, a despeito de sua orientação doutrinária e jurisprudencial ser pacífica no sentido de não se afastar o princípio da autonomia patrimonial entre sócio e sociedade, são importantes marcos para os iniciantes no trato da *disregard*.

Muito comum é a tentativa dos credores de satisfação do seu crédito através da execução do patrimônio dos sócios na hipótese de simples insolvência da empresa. Corroborando o que já fora exposto no ponto 4.1¹⁴⁹ supra, a doutrina afasta esta situação como causa à aplicação da *disregard*, como expõe BRUSCATO ao afirmar que a sociedade insolvente, cujos atos administrativos foram realizados dentro da normalidade e legalidade, não deve ter a sua personalidade desconsiderada¹⁵⁰. Igualmente se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a simples insolvência não autoriza a desconsideração. Cumprir, nesta

¹⁴⁷ COMPARATO, *op cit*, p. 353.

¹⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Nota de texto 64, p. 353-354 *in* COMPARATO, *op cit*.

¹⁴⁹ No ponto 4.1 é exposta a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual admite a aplicação da doutrina em caso de simples insolvência. Tal corrente, contudo, não foi recepcionada pelo direito brasileiro.

¹⁵⁰ BRUSCATO, *op cit*, p. 201.

esteira, transcrever trecho do voto condutor da Min. Nancy Andrighi no REsp 970.635/SP:

Na presente hipótese, os motivos que deram ensejo à desconsideração da personalidade jurídica determinada pelo TJ/SP foram a aparente insolvência da recorrente e o fato de ela não mais exercer suas atividades no endereço em que estava sediada. Contudo, não demonstrada a confusão patrimonial nem o desvio de finalidade, não merece prosperar o entendimento adotado no acórdão, sendo de rigor, portanto, o afastamento da desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.¹⁵¹

Outro caso em que se verifica com frequência a tentativa dos credores de expandir a abrangência da penetração no patrimônio dos sócios é no caso da falência da sociedade com responsabilidade limitada¹⁵². Se a dissolução ocorrer de forma irregular, sendo a fraude presunção lógica de tais irregularidades, é de se aplicar a *disregard*. Contudo, a sua incidência se dará pela fraude operada, e não pela simples falência, já que esta não é causa suficiente para afastar a separação patrimonial. Com efeito, SALOMÃO FILHO¹⁵³ sintetiza o equilíbrio existente entre doutrina e jurisprudência ao afirmar, na hipótese, “a impossibilidade de arrecadação dos bens do sócio (ou, na eufemística expressão do legislador, ‘extensão dos efeitos da falência ao sócio’)”.

7.3 Risco processual brasileiro: impossibilidade de revisão pelo STJ

Um tema que deve ser posto diz respeito à possibilidade de revisão pelo Superior Tribunal de Justiça de decisões em que se operou ou foi negada a desconsideração da personalidade jurídica. O principal óbice para tanto seria a Súmula nº 7 do Tribunal, a qual dispõe ser impossível a revisão pela Corte de matéria que importe a reanálise probatória. Recente acórdão nos Embargos de

¹⁵¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 970.635/SP, DJe 01/12/2009

¹⁵² Na falência de sociedade com responsabilidade ilimitada dos sócios, dispõe o art. 81 da Lei 11.101/2005 pela falência destes também e a sua sujeição aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à falida.

¹⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op cit*, p. 215.

Declaração no Agravo Regimental nº 748.938/SP expõe de modo claro esta situação:

1. Tendo o Tribunal a quo, com base no conjunto probatório dos autos, firmado a compreensão no sentido de que não estariam presentes os pressupostos para aplicação da disregard doctrine inversa, rever tal entendimento demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes.¹⁵⁴

Ocorre na verdade é que as questões apreciando a presença dos requisitos de incidência da desconsideração da personalidade jurídica são matérias de fato, impossíveis de serem revistas em sede de Recurso Especial, salvo raras exceções onde a matéria recorrida é de direito. Dessa forma, as partes acabam ficando escravas do acórdão no Tribunal de Justiça de origem para que estejam ali dispostos e analisados todos os elementos necessários para o deslinde da matéria mesmo em sede superior.

Com efeito, melhor sorte não assiste aos litigantes nos Tribunais de Justiça pelo que se depreende da análise dos acórdãos recorridos em Recurso Especial perante o STJ. É possível perceber que as decisões em segunda instância não obedecem nenhum padrão ou orientação, estando as partes sujeitas ao arbítrio da sorte no momento da distribuição do seu relator. Mesmo em São Paulo, estado que ostenta a tradição de formar bons juristas, existem decisões que discrepam completamente dos conceitos modernos da desconsideração.

Questiona-se, pois, o que poderia ser feito para solucionar tal anomalia, já que o STJ estaria impedido de analisar tais casos por conta da sua própria orientação (Súmula nº 7). Evidente que a resposta imediata passaria pela maior qualificação, atualização e instrução dos magistrados de primeiro e segundo grau, mas assim como na Economia não existe o almejado “cenário de concorrência perfeita”, no Direito não existe um judiciário sem falhas. Diante deste cenário, é de se suspeitar que os integrantes do STJ, cientes de sua responsabilidade como tribunal superior e da sua função de uniformização da jurisprudência, passaram a flexibilizar a barreira estabelecida pelo verbete a fim de corrigir os casos onde houve

¹⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, EDcl no Ag 748.938/SP, DJe 15/09/2010.

flagrante equívoco na aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Se tal permissividade ocorreu como uma crise de consciência sobre um imperativo de justiça ou como forma de publicizar a visão do STJ sobre a matéria, ainda é uma incógnita que provavelmente não será desvendada.

Felizmente as decisões proferidas pelo STJ sobre a matéria tem sido acertadas, servindo de confiável guia para juízes e desembargadores que se deparam com casos análogos. Mesmo para aqueles que discordam do posicionamento do STJ no mérito não de concordar que a sua unificação tem pelo menos um lado positivo, qual seja, de conferir maior segurança jurídica sobre o deslinde de ações que versam sobre o tema, evitando a multiplicação de recursos repetitivos até que um tribunal estabeleça o seu entendimento sobre a matéria.

7.4 Crítica à aplicação desenfreada e o risco da banalização

No estudo pioneiro sobre a desconsideração, REQUIÃO, em suas considerações finais, faz sensata advertência quanto ao uso desmesurado da desconsideração da personalidade jurídica, indicando se tratar de instrumento muito poderoso que, se mal aplicado, pode “destruir o instituto da pessoa jurídica” caso “se torne instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero”, se utilizassem de forma abusiva da *disregard*¹⁵⁵.

Justamente por incidir somente em casos especiais, é prudente manter vigília da forma como os tribunais aplicam a *disregard doctrine*. Como qualquer medida de caráter excepcional, é de suma importância que a sua ocorrência não se dê de forma indiscriminada, através da relativização de seus critérios e requisitos sob pena de aplicação equivocada. Outro argumento para análise tão cautelosa de sua aplicação é a questão da influência do precedente judicial, mesmo tendo mais força nos sistemas de *common law*, sua referência também é significativa em países de

¹⁵⁵ REQUIÃO, *op cit*, p. 24.

civil law como o Brasil, servindo não raras vezes de fonte para o julgamento de casos análogos.

Existe um apelo cada vez maior para se penetrar no patrimônio do sócio nos casos em que um credor que não teve o seu crédito satisfeito; ele tentará executá-lo através de todos os meios possíveis, fazendo parte do trabalho do advogado sugerir ao seu cliente a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica, fazendo o alerta para a improbabilidade de sucesso quando não presentes os requisitos autorizativos. Tais tentativas infundadas ocorrem especialmente devido à forma abrangente e desenfreada com que a *disregard* tem sido aplicada em alguns tribunais, especialmente na Justiça do Trabalho. Não podem, contudo, os demais magistrados contaminarem-se com estas anomalias, restringindo a incidência do instituto somente às hipóteses excepcionais autorizadas pela lei, sob pena de banalizar o próprio instituto da desconsideração.

ULHOA COELHO¹⁵⁶ é incisivo ao partilhar desta crítica à forma como a *disregard* tem sido aplicada pelos tribunais brasileiros:

A teoria da desconsideração nem sempre tem sido corretamente aplicada pelos juízes (e mesmo alguns tribunais) brasileiros. Essa aplicação incorreta reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. Nela, adota-se o pressuposto de que o simples desatendimento de crédito titularizado perante uma sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta, seria suficiente para a imputação de responsabilidade aos sócios ou acionistas. De acordo com esta distorção, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para a responsabilizá-lo por obrigações daquela. A aplicação apressada da teoria não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma.

Cumprе alertar que os operadores do direito devem manter um olhar crítico e atento sobre a atuação dos tribunais na aplicação da desconsideração a fim de que sua aplicação não seja desmesurada, vez que é o judiciário que irá exercer o filtro entre os casos em que estão preenchidos os requisitos para a concessão da medida excepcional e aqueles que são só uma vã tentativa de ingressar contra o patrimônio dos sócios. Tratando-se a *disregard* de medida de caráter excepcional, a sua

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

aplicação indevida pode acabar banalizando o instituto, sob pena de abalar a própria segurança jurídica e com direta repercussão econômica¹⁵⁷.

Este caráter econômico está intimamente conectado com o estímulo ao desenvolvimento através do instituto da responsabilidade limitada¹⁵⁸. Não à toa, MATTEO TONELLO¹⁵⁹ entende que o crescimento industrial norteamericano coincide com a concessão deste benefício aos investidores, *literis*:

Così, ad esempio, Dodd mostra di non dubitare del fatto che il processo di sviluppo dell'industria americana - per quanto sostanzialmente indipendente dall'operatività della limited liability - sarebbe comunque stato più lento e faticoso in un regime societario fondato sulla responsabilità patrimoniale diretta degli imprenditori e dei risparmiatori.

De mais a mais, a confiabilidade tanto interna quanto estrangeira nas instituições de um país é um dos fatores determinantes na hora de um investidor aportar o seu capital. Com efeito, um dos pontos principais é a seriedade do poder judiciário, pois será através dele que o investidor irá tentar cobrar algum valor que não lhe foi passado corretamente. Inversamente, países onde o sistema judicial não funciona, seja pela morosidade excessiva, falta de seriedade ou até corrupção, são vistos como de alto risco, já que sua inoperância alerta à impunidade, operando como verdadeiro estímulo a práticas espúrias de toda sorte, aumentando o risco do investimento e, não raro, afugentando-o do país.

Dessa forma, a seriedade com que o judiciário encara a desconsideração deve ser levada a efeito, uma vez que influi diretamente na economia do país e lida com a responsabilidade – e, porque não, o risco – assumida pelo investidor. Um sistema que onera em demasia o investidor o repele; deve haver, dessa forma, o adequado equilíbrio na distribuição de riscos entre investidores e credores, sejam voluntários ou involuntários, a fim de criar um sistema forte e seguro que beneficie a todas as partes, sem criar hipossuficiências artificiais e injustiças.

¹⁵⁷ Sobre os custos e a repercussão econômica da aplicação da *disregard*, conferir SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário, 3ª edição. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 238 e ss.

¹⁵⁸ EASTERBROOK & FISCHER. Limited Liability and the Corporation. *in* ROMANO, Roberta. Foundations of Corporate Law. New York: Foundation Press, 1993, p. 65-66.

¹⁵⁹ TONELLO, Mateo. L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali. CEDAM: Padova, 1999, p. 148-149.

O entendimento de ULHOA COELHO¹⁶⁰, todavia, é de que há esperança na adequada aplicação do instituto jurídico em comento, ao dispor que os juízes e tribunais brasileiros tem se conscientizado de que a penetração na intimidade societária é medida excepcional. Ademais, pode-se perceber que as decisões do STJ sobre a matéria, a despeito do problema processual já tratado, tem se mostrado acertadas, o que enseja boas perspectivas para a uniformização adequada da interpretação do instituto.

7.5 Alternativas à aplicação – formas de desonerar a sociedade sem desproteger o credor

As constantes críticas sofridas pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica levaram a doutrina a buscar alternativas para que não se aplique a doutrina sem, no entanto, deixar ilesos os que se utilizam dos benefícios de operar através de uma pessoa jurídica com o objetivo de prejudicar outrem.

Da mesma forma em que existe visão radical de aplicação da *disregard*, tal qual defendem os adeptos da Teoria Menor, a polaridade acaba criando advogados da opinião diametralmente oposta. No território nacional ela se manifesta através da pena de MÁRCIO TADEU GUIMARÃES NUNES, autor que repudia por completo a doutrina objeto do presente estudo. Não é à toa que sua obra é intitulada “Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica”, na qual chega-se a sugerir a morte (sic) do instituto na *common law*¹⁶¹. Apesar de certa impropriedade com que vem sendo aplicada a *disregard*, especialmente em território nacional, tamanho radicalismo parece um pouco excessivo.

Ponderadas são algumas propostas apresentadas em obras alienígenas, especialmente nas análises interdisciplinares entre direito e economia comumente encontradas no direito norteamericano, como o ensinamento de EASTERBROOK e

¹⁶⁰ COELHO, *op cit*, p. 48-49.

¹⁶¹ NUNES, *op cit*, p.107-122.

FISCHEL na obra *The Economic Structure of Corporate Law*¹⁶². Os autores alegam que a desconsideração da personalidade jurídica é uma das várias formas existentes de atenuar os benefícios surgidos com a limitação da responsabilidade para que investidores entrem em negócios mais arriscados¹⁶³ – porém, essenciais do ponto de vista macroeconômico. Dessa forma, apresentam quatro sugestões para diminuir a necessidade de aplicar-se a *disregard*, analisando sempre o risco da sociedade se deparar com *torts suits*, as ações de responsabilidade civil que normalmente envolvem elevadas quantias e são marcadas pelo seu caráter de imprevisibilidade. É de se salientar que as proposições sugeridas envolvem maior intervenção estatal nas atividades empresariais, em contraposição ao caráter marcadamente liberal das doutrinas americanas.

A primeira das propostas apresentadas refere-se ao estabelecimento legal de um capital social mínimo para as empresas, necessário à manutenção das suas atividades e ao pagamento de seus débitos, incluindo os de difícil previsão, como nos casos de responsabilidade civil extrapatrimonial¹⁶⁴. Atentam os autores para as dificuldades decorrentes desta proposição, tal qual o cálculo do que seria o capital mínimo adequado para determinada atividade além de o seu estabelecimento poder operar como uma *cláusula de barreira* para ingresso de novas sociedades naquele ramo. É importante notar que no Brasil existe esse tipo de regulação, especialmente com sociedades que operam no setor financeiro e que lidam com a confiança popular – previdência privada, seguros, bancos etc.

A segunda proposição seria a obrigatoriedade da contratação de seguro pelas empresas, a fim de manter inalterado o capital social – e conseqüentemente as atividades da sociedade – mesmo ocorrendo despesa de grande vulto imprevista (*torts*)¹⁶⁵. Emerge aqui problema semelhante ao levantado na proposição anterior, já que a imposição de uma obrigação também pode operar como *cláusula de barreira* ao ingresso de novas empresas em determinado ramo, posto que sociedades novas

¹⁶² EASTERBROOK, Frank H. & FISCHEL, Daniel R.. *The economic structure of corporate law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. Trechos da obra foram ainda reproduzidos na compilação escrita e coordenada por Roberta Romano, *Foundations of corporate law*. New York: Foundation Press, 1993.

¹⁶³ EASTERBROOK & FISCHEL, *op cit*, p. 60.

¹⁶⁴ Proposição semelhante é feita por CLARK, *op cit*, p. 78.

¹⁶⁵ Igualmente, CLARK também se manifesta neste sentido, *Id, ibid*, p. 78.

oferecem maior risco de insucesso, do ponto de vista das seguradoras, razão pela qual o valor dos prêmios será maior¹⁶⁶. Logo, tal medida poderia acabar impedindo a salutar e necessária concorrência, estimulando monopólios. Ainda no que tange aos seguros, válida a manifestação de VAGTS ao defender que se trata de atribuição do legislativo, e não do juiz no caso concreto, o dever de fixar um patamar adequado de cobertura em seguro obrigatório, ao expor que “if the insurance coverage required by statute ‘is inadequate for the protection of the public, the remedy lies not with the courts but with the Legislature’”¹⁶⁷.

Outra saída levantada pelos autores americanos seria a responsabilidade direta dos *managers*, os administradores da sociedade, sob a justificativa de que eles teriam maior incentivo em monitorar as atividades da empresa, bem como a manutenção do seu capital social adequado e a contratação de seguro, já que responderiam também pelas dívidas da sociedade¹⁶⁸. Já existente no Brasil é a responsabilidade solidária dos administradores, especialmente no campo tributário, através do redirecionamento do art. 135 do CTN. O risco de extensão dessa responsabilidade dos administradores é o desestímulo destes em assumir cargos em que pudessem responder pessoalmente por eventuais danos causados pela empresa em que trabalham. A nosso ver, seria simplesmente repassar a responsabilidade dos sócios (em caso de impossibilidade de pagamento pela sociedade) aos seus administradores, sem haver análise de quem foi o efetivo responsável pelo dano a que se deve indenizar.

A última sugestão diz respeito à regulamentação dos subsídios como uma das formas de reduzir o incentivo a atividades de risco elevado. A questão dos subsídios não é nova nos Estados Unidos, como já se viu quando o Brasil atacava na OMC os subsídios à agricultura no país norteamericano, especialmente aqueles relativos ao algodão, por criarem um cenário de competição desleal. O exemplo dado diz respeito à regulação de incentivos para a instalação de uma usina nuclear, entendendo o autor que “[i]ndeed the economic theory of regulation suggests that many regulatory schemes arise in order to create, rather than eliminate, ‘defects’ in

¹⁶⁶ EASTERBROOK & FISCHER, *op cit*, p. 61.

¹⁶⁷ VAGTS, *op cit*, p. 89. O autor cita e concorda no comentário com trecho de voto da “court at Special Term” no caso *Elenkrieg v. Siebrecht*, que versa justamente sobre os seguros obrigatórios das corporações de táxi.

¹⁶⁸ EASTERBROOK & FISCHER, *op cit*, p. 62.

markets.”¹⁶⁹. Conclui, todavia, falando que somente a experiência empírica será capaz de determinar se este tipo de regulação é benéfico ou não: “Whether the social costs of regulation exceed the social costs of excessively risky activities is an empirical question”¹⁷⁰.

Outra ação apresentada como alternativa à aplicação da *disregard* é a responsabilização direta daqueles que deram causa ao prejuízo. A regra é que a desconsideração se opere sobre o sócio detentor do poder de controle; no entanto, quando o poder de controle não é facilmente identificável, como nas situações em que há pulverização de ações, haveria maior dificuldade em saber qual dos sócios teria o seu patrimônio pessoal atacado. Ante a possibilidade de injustiça que tal hipótese poderia gerar é que houve tentativa de regulamentação do art. 50 do Código Civil, através do já citado Projeto de Lei nº 2.426/2003¹⁷¹. Com efeito, este era o escopo do projeto, assim justificado pelo seu autor:

*Todavia, convém lembrar a inconveniência de se atribuir a todo e qualquer sócio ou administrador, mesmo os que não se utilizaram abusivamente da personalidade jurídica ou até mesmo daqueles que participam minoritariamente do capital de sociedade sem praticar qualquer ato de gestão ou se beneficiar de atos fraudulentos, a responsabilidade por débitos da empresa, pois isto viria a desestimular a atividade empresarial de um modo geral e a participação no capital social das empresas brasileiras, devendo essa responsabilidade de sócio ser regulada pela legislação societária aplicável ao tipo de sociedade escolhido.*¹⁷²

No caso dos grupos de empresas, LAMARTINE CORRÊA já dispunha sobre as formas de as empresas provarem que, apesar de associadas, ou de constituírem *grupo de empresas* para os efeitos legais, não tiraram qualquer proveito ou não promoveram qualquer abuso que justificasse a desconsideração da personalidade jurídica, especialmente atendendo às formalidades societárias impostas pela lei; com a habitual maestria, assim anota o professor paranaense:

“Elemento importante para a negação do disregard é, na jurisprudência, o respeito às formalidades societárias, mantidos os

¹⁶⁹ *Id, Ibid*, p. 62.

¹⁷⁰ *Id, Ibid*, p. 62

¹⁷¹ Conforme salientado no ponto 6.4.1 deste trabalho e nota de rodapé nº 71, infelizmente o projeto não foi levado a Plenário para votação, tendo sido arquivado em janeiro de 2007.

¹⁷² BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 2.426/2003. Dep. Ricardo Fiuza. Justificação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=178011>>.

ritos de administração separada, contabilidade separada, reuniões e atas devidamente formalizadas em separado, pois tais cuidados contribuirão para que a limitação de responsabilidade seja judicialmente respeitada [...]. Saliente-se, porém, que mesmo essa desobediência de formalidades não pode ser considerada como justificação autônoma da “penetração”, mas sim como sintoma importante da mistura entre assuntos e patrimônios do sócio e da sociedade.”¹⁷³

Como se vê, existe a preocupação por parte da doutrina para a aplicação excessiva do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sendo frequentes e variadas as sugestões para diminuir a sua incidência, seja através de alterações legislativas de cunho intervencionista, seja através de responsabilização pessoal daqueles que deram origem ao ato em que se funda o pedido de desconsideração.

¹⁷³ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *op cit*, p. 276.

8. Conclusão

Após longa pesquisa, foi possível realizar o presente trabalho, através do qual foram vistos diversos aspectos desde o surgimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, passando por sua evolução até a forma como tem sido aplicado hoje. Ademais, a sua inter-relação específica com a temática dos grupos de empresas demonstra a preocupação doutrinária em conter os “abusos de forma” perpetrados através deste proeminente instrumento empresarial societário.

Realmente, houve uma evolução muito grande no direito societário com o surgimento e evolução dos grupos de empresas. Diferente não poderia ser o avanço das ferramentas que o ordenamento jurídico fornece para o controle dessas novas formas societárias. Nesse aspecto é que se insere a desconsideração da personalidade jurídica, cuja própria evolução se confunde com a propagação dos grupos econômicos, conforme analisado.

Diante deste cenário, existem alguns aspectos da incidência da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários que merecem uma maior reflexão pelos tribunais, cabendo igualmente uma posição mais crítica da doutrina. Com efeito, o risco de aplicação desmesurada levaria a uma conseqüente banalização do instituto, o que poderia gerar sombrias conseqüências tanto do ponto de vista econômico como jurídico, chegando-se a cogitar o abalo irreparável do conceito de pessoa jurídica.

Inobstante, é possível identificar a dificuldade de sistematização da matéria, tendo como conseqüência a sua não uniformização interpretativa pelos tribunais brasileiros, o que pode gerar prejuízos inclusive na necessária segurança jurídica, vez que a própria análise da jurisprudência ainda não parece ser capaz de fornecer elementos seguros para que se identifiquem as situações em que se autorizaria a desconsideração ou não, reclamação esta que tem sido acolhida por pesquisadores não só brasileiros como também estrangeiros.

Apesar da complexidade teórica da matéria, ainda deve-se lutar para que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ganhe o adequado tratamento, não servindo como um instrumento banalizado capaz de trazer consequências perversas ao país, dadas as suas diretas consequências econômicas. Com efeito, as recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria trazem uma perspectiva animadora, uma vez que estão em consonância com o ponto de vista adotado neste trabalho. É necessária, contudo, a propagação desta visão do instituto da *disregard* para os demais níveis do judiciário, o que acaba tornando imprescindível, igualmente, uma correta e simplificada sistematização da matéria, sendo este o caminho a ser trilhado conjuntamente por doutrinadores, legisladores e juízes, em prol da adequada aplicação do instituto.

Bibliografia

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor *in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 88 (out./dez.), 1992, p. 70-80.

BRUSCATO, Wilges Ariana. Empresário Individual e Responsabilidade Limitada. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 184-185.

CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 528, out. 1979.

CLARK, Robert Charles. Corporate Law. Boston: Aspen Law & Business, 1986.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. v. 2. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 5ª edição atualizada por Calixto Salomão Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COX, James D. & HAZEN, Thomas Lee. On corporations, 2nd ed. New York: Aspen Publishers, 2003. vol. I.

EASTERBROOK, Frank H. & FISCHER, Daniel R.. The economic structure of corporate law. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

GAINO, Itamar. Responsabilidade dos Sócios na Sociedade Limitada. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALGANO, Francesco. La Globalización en el Espejo Del Derecho. Tradução de Horacio Roitman e María de La Colina. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso - sociedade unipessoal - contratualismo). In: Revista da Faculdade de

Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, vol. 22, (set. 2002), p. 300-376

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo : Saraiva, 1979. 694 p.

RAMALHETE, Clóvis. Sistema de Legalidade na "Desconsideração da Personalidade Jurídica". São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 586, 1984, p. 9-14.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 58, nº 410, p. 12-24, dez/69.

ROMANO, Roberta. Foundations of corporate law. New York: Foundation Press, 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

TONELLO, Mateo. L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali. Padova: CEDAM, 1999

VAGTS, Detlev F.. Basic corporation law : materials, cases, text. 3rd ed. Westbury: Foundation Press, 1989.

WORMSER, I. Maurice. Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems. Washington D.C.: Beard Books, 2000.

ZANINI, Carlos Klein. A dissolução judicial da Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005.