# UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

$\mathbf{W}$	A	GN	IFR	SII	VEIR	A	FEL.	$\mathbf{O}$	III	ΠK

OS DOIS FINS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

PORTO ALEGRE 2010

# WAGNER SILVEIRA FELONIUK

# OS DOIS FINS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Privado, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

### WAGNER SILVEIRA FELONIUK

# OS DOIS FINS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Privado, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre,	03	de	dezem	bro	de	20	10	•
---------------	----	----	-------	-----	----	----	----	---

Conceito atribuído:	
---------------------	--

# BANCA EXAMINADORA

Prof<sup>a</sup>. Me. Lisiane Feitein Wilgert Ody Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof. Norberto Caruso da Costa Mac-Donald Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof<sup>a</sup>. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera Orientadora Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

#### **RESUMO**

O uso original da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica surgiu há mais de dois séculos e se mantém semelhante até hoje. A desconsideração ocorre para defender a pessoa jurídica e quem com ela se relaciona. Os pressupostos fundamentais são o abuso do direito e da fraude perpetrados através das características da pessoa jurídica. No Brasil, no entanto, essa clássica teoria, consolidada ao longo da experiência jurisprudencial, adquiriu um novo aspecto. A teoria desenvolvida originalmente continua existindo, mas ao seu lado, a desconsideração passou a ocorrer por outros pressupostos. A teoria da desconsideração tem sido utilizada pelo ordenamento brasileiro como forma de alcançar objetivos de promoção social alheios ao funcionamento da pessoa jurídica. Não é necessário nenhum uso irregular, basta que a pessoa jurídica esteja se relacionando com algum sujeito hipossuficiente expressamente protegido. Esse estudo se volta à caracterização desses dois fenômenos desde o seu surgimento, seus pressupostos e funcionamento. Tenta-se estabelecer uma separação nos fundamentos de uso da desconsideração da pessoa jurídica e, a partir disso, estabelecer as ponderações adequadas sobre eles.

**Palavras-chave:** desconsideração; pessoa jurídica; fraude; abuso de direito; fins sociais; hipossuficiente; intervenção.

#### **ABSTRACT**

The original use of disregard of legal entity emerged more than two centuries ago, and remains similar until now. The disregard is used to defend the legal entity and those who relates with it. The fundamental requirements to use it are the abuse and fraud perpetred through the legal entity's characteristics. In Brazil, however, the classical theory, consolidated during jusprudencial experience has acquired a new aspect. The original theory remains, but beside it, the disregard now occur with other requirements. The theory of disregard has been used by the brazilian legal system as a way to achieve social goals, unrelated to the correct use of the legal entity. There no need of irregular use, the personal entity just have maintain relation with some specific protected individuals. This study look forward to characterize these phenomena since its appearance, including its requirements and operation. It attempts to establish a separation in the theory of disregard of legal entity, and then, establish the appropriate principles of them.

Keywords: disregard; legal entity; fraud; abuse; social goal; intervention; piercing.

# SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	O DESENVOLVIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA	
	PESSOA JURÍDICA	11
1.1	História da Pessoa Jurídica voltada à Desconsideração	11
1.1.1	Direito Romano	11
1.1.2	Idade Média	12
1.1.3	Idade Moderna	14
1.1.4	Idade Contemporânea	16
1.2	Desconsideração da Pessoa Jurídica no Plano Internacional	20
1.2.1	Surgimento Jurisprudencial da Desconsideração da Pessoa Jurídica	20
1.2.1.1	Bank of United States vs Deveaux de 1809	21
1.2.1.2	Salomon vs. Salomon & Co de 1892	23
1.2.2	Isaac Maurice Wormser	24
1.2.3	Rolf Serick	27
1.2.3.1	Primeira Proposição	28
1.2.3.1.1	A Caracterização da Teoria Subjetiva	28
1.2.3.1.2	Doutrina da Disregard of Law Entity	31
1.2.3.1.3	Requisitos e Efeitos da Desconsideração da Pessoa Jurídica	32
1.2.3.2	Segunda Proposição	33
1.2.3.3	Terceira Proposição	35
1.2.3.4	Quarta Proposição	38
1.2.4	Outras Fontes de Doutrina Internacional	40
1.3	Desconsideração da Pessoa Jurídica no Plano Nacional	41
1.3.1	Introdução da Doutrina por Requião em 1969	41
1.3.2	A Breve Passagem de Pontes de Miranda	45
1.3.3	Noções Objetivistas de Comparato	46
1.3.4	O Estudo Sistemático de Lamartine Correia de Oliveira	49
135	Transição ao Momento Atual da Doutrina	52

2	OS DOIS FINS DA DESCONSIDERAÇÃO	53
2.1	Teoria da Desconsideração para o Desenvolvimento da Pessoa	53
	Jurídica	
2.1.1	Conceito de Desconsideração da Pessoa Jurídica	53
2.1.2	Características da Desconsideração da Pessoa Jurídica	55
2.1.2.1	Direito Privado	56
2.1.2.2	Entes Detentores de Personalidade	56
2.1.2.3	Ineficácia Episódica da Personalidade como Efeito	57
2.1.2.4	Indiscutibilidade da Inexistência ou Invalidade da Pessoa Jurídica	59
2.1.2.5	Alcance Subjetivo	59
2.1.2.6	Alcance Objetivo	60
2.1.2.7	Desconsideração em Benefício da Pessoa Jurídica	61
2.1.2.8	Subsidiariedade	62
2.1.2.9	Dano Real ou Iminente	62
2.1.2.10	Distinção de Ato Próprio da Pessoa Natural	63
2.1.3	Legislação Específica	65
2.1.4	Justificativa à Teoria da Desconsideração para o Desenvolvimento da	
	Pessoa Jurídica	68
2.2	Teoria da Desconsideração para Realização de Fins Sociais	70
2.2.1	A Emergência de Novos Direitos	70
2.2.2	Direito do Trabalho	74
2.2.2.1	Caracterização da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito do	
	Trabalho	74
2.2.2.2	Aplicação do Art. 2°, §2° da CLT	76
2.2.3	Direito do Consumidor	78
2.2.3.1	Direito do Consumidor e Direito do Trabalho	78
2.2.3.2	Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e suas Críticas	79
2.2.3.3	Artigo 28§5° e a Proteção do Consumo pela Legislação	82
2.3	A Divisão dos Pressupostos de Aplicação	86
2.3.1	Teoria Maior e Teoria Menor da Desconsideração	86
2.3.2	A Desconsideração para o Desenvolvimento da Pessoa Jurídica	90
2.3.2.1	Originária	90
2.3.2.2	Corretiva do Uso da Pessoa Jurídica	91

	REFERÊNCIAS	101
	CONCLUSÕES	99
2.3.4	Resultados da Classificação	98
2.3.3.8	De Direito Público	98
2.3.3.7	De Igualdade Material	97
2.3.3.6	De Aplicada por Legalidade Estrita	97
2.3.3.5	Objetiva	96
2.3.3.4	Extrínseca	96
2.3.3.3	Restritiva da Pessoa Jurídica	95
2.3.3.2	Protetiva do Hipossuficiente	95
2.3.3.1	Derivada	94
2.3.3	A Desconsideração para Promoção de Fins Sociais	94
2.3.2.8	De Direito Privado	93
2.3.2.7	De Igualdade Formal	93
2.3.2.6	De Aplicação Jurisprudencial ou Legal	93
2.3.2.5	Subjetiva	92
2.3.2.4	Intrínseca	92
2.3.2.3	Protetiva da Pessoa Jurídica	91

# INTRODUÇÃO

Graças ao Direito Romano, o desenvolvimento das relações entre particulares se desenvolveu muito cedo e estabeleceu alicerces que se mantém até os dias atuais. O Direito Privado, como um todo, é uma região de calma e estabilidade quando comparado a outros ramos do direito. A maior parte do Direito Público, por exemplo, existe a menos de três séculos e sofreu, nesse curto espaço de tempo, adaptações que modificaram as bases mais profundas do seu entendimento. Sob esse aspecto, é interessante imaginar que o homem possa ter precisado de quase quatro milênios para conseguir desenvolver uma idéia complexa.

Por ser um ramo tão desenvolvido e estável, sempre foi com estranheza que se ouviu o relato da desconsideração da pessoa jurídica ao mesmo tempo como uma solução benéfica e necessária por um lado e, como o instituto onde ocorriam instabilidades e problemas, por outro.

O que motivou essa pesquisa é a pergunta surgida com os primeiros comentários sobre o tema. Afinal, como é possível ainda haver tal insegurança dentro do Direito Privado? Muitos são os relatos de aplicações equivocadas no uso desse instituto.

Era dito que a desconsideração da pessoa jurídica poderia ocorrer quando algum dos integrantes da pessoa jurídica agisse em fraude ou abuso de direito. Fraude é realizar um ato formalmente permitido em lei, mas alcançando resultados proibidos no ordenamento. Abuso de direito, apesar das muitas concepções, poderia ser conceituado como o uso de um direito efetivamente possuído para uma finalidade diferente da estabelecida e em prejuízo de terceiro.

As duas hipóteses acima justificariam o uso da desconsideração e seriam uma forma de proteger os integrantes da pessoa jurídica, aqueles que com ela se relacionam e o próprio instituto dentro do ordenamento. Dentro dessas hipóteses, a desconsideração seria uma criação fundamental para garantir o bom uso da pessoa jurídica.

Apesar disso, em certos ramos do direito, especialmente no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor, a desconsideração não estava sendo utilizada dessa forma. Haveria um arbítrio no uso do instituto, que era aplicado mesmo quando a pessoa jurídica era usada da maneira adequada e dentro de suas finalidades e limitações. As responsabilizações decorrentes disso, além de temerárias sob o ponto de vista técnico, criavam resultados práticos

nefastos, gerando dívidas enormes ao patrimônio de pessoas que pouco estavam envolvidas no funcionamento da pessoa jurídica alvo da desconsideração.

A posição, desde o primeiro momento, foi de olhar com ressalvas essa realidade. Não parece factível que um grande número de aplicadores do direito fossem utilizá-lo com a consciência de estar causando danos. Erros ocorrem, mas erros cometidos por pessoas demais, normalmente, são opiniões. Eis o raciocínio que esta obra tenta desenvolver. Tenta-se encontrar uma explicação racional e fundamentada na técnica jurídica para explicar esse fenômeno da vida.

A proposta desenvolvida aqui é que a desconsideração criticada funda-se na defesa de alguns sujeitos hipossuficientes. A desconsideração passou a ser usada como uma ferramenta de intervenção estatal na busca de uma igualdade material entre sujeitos de uma relação normalmente desigual. Tornou-se desnecessário, nesses casos, qualquer mau uso da pessoa jurídica. Essa possibilidade de desconsideração é uma forma de restrição à pessoa jurídica que entra nesse tipo de relação com desiguais, um ônus pesado a ser suportado por aqueles que decidirem fazer uso do instituto.

Não se tenta defender que essa finalidade social da desconsideração é uma boa opção. A cada vez que for utilizada, ela deverá ser estudada e analisada. Os efeitos da desconsideração precisam ser medidos, é preciso fundamentar que esse uso gerou mais benefícios do que prejuízos em um quadro amplo. Transferir riscos e ônus entre sujeitos sempre causa benefícios e prejuízos, e essa forma de desconsideração também é assim. Ela só deverá ser aceita se for considerada benéfica para a sociedade como um todo.

Ao se enfocar esse problema, tenta-se demonstrar que grande parte da doutrina que critica o uso da desconsideração fora dos pressupostos normais (fraude e abuso de direito), está adotando uma postura inadequada. Se a desconsideração nessas áreas tiver mesmo finalidade social, pode-se criticar os efeitos do uso, mas não se pode afirmar que a teoria esteja sendo corrompida ou usada sem os devidos cuidados. Defende-se aqui que houve uma opção do legislador, não sendo correto, portanto, tratar essas situações como erros na aplicação da teoria da desconsideração.

Com o intuito de fundamentar essa idéia, a pesquisa é voltada a estudar toda a história da desconsideração da pessoa jurídica. Com a teoria originária, parte-se dos seus primórdios jurisprudenciais norte-americanos, passando pela sistematização de Serick, a repercussão da teoria no Brasil e a sua eventual adoção. Como conclusão dessa parte, haverá organização de um estudo amplo sobre as características dessa forma de desconsideração, que não

compartilha seus pressupostos de aplicação a forma social de aplicação, mas se mantém igual nos efeitos.

Na teoria voltada à promoção de fins sociais, irá se estudar as normas trabalhistas e consumeristas que fundam a argumentação defendida. Ver-se-á o entendimento doutrinário contra e a favor das regras de desconsideração nesses ramos e, far-se-á a tentativa de caracterizar essa aplicação como sendo uma finalidade social do Estado.

Ao final dessa pesquisa, tentar-se-á delinear as características de cada uma dessas formas de aplicação, definindo melhor o instituto.

Fica excluído, portanto, o estudo dos detalhes específicos de aplicação da desconsideração em cada ramo do direito. Especialistas em Direito Comercial, Civil, Tributário, escreveram excelentes monografias sobre o funcionamento prático da desconsideração, elas dificilmente seriam igualadas. A finalidade aqui é estudar a parte geral da teoria da desconsideração e não os aspectos específicos da vida prática. O ineditismo da idéia está na busca dos pressupostos da aplicação da desconsideração, não na maneira como ela se dará dentro do caso concreto.

Apesar da grande quantidade de obras sobre o assunto, encontrou-se apenas uma outra tentativa de explicar o uso atual da desconsideração surgido recentemente. Haverá um estudo específico sobre essa outra tentativa, encontrada sob o título de Teoria Maior e Teoria Menor da Desconsideração da Pessoa Jurídica. No entanto, tentar-se-á demonstrar que apesar de possível, essa é uma resposta menos condizente com a intenção do legislador ao acatar essa forma de desconsideração.

A finalidade dessa pesquisa é clarear a natureza jurídica de um instituto relevante, defendendo-se que ele tem encontrado um uso inédito no Brasil. Toda a teoria, especialmente em uma ciência como o Direito, precisa se fundar em aspectos da vida para ter valor. O que é defendido a seguir visa adequar uma teoria científica à vida e, se for bem sucedido, pode ser relevante para tentar compreender um fenômeno que está ocorrendo na prática, mas o Direito tem dificuldade de enquadrá-lo na sua linguagem.

# 1 O DESENVOLVIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

# 1.1 História da Pessoa Jurídica Voltada à Desconsideração

#### 1.1.1 Direito Romano

A desconsideração da pessoa jurídica é o instituto que torna provisoriamente ineficaz algum elemento da personalidade da pessoa jurídica.

É fundamental apresentar a evolução da pessoa jurídica e os momentos em que aparecem os problemas que fariam surgir a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, bem como aqueles que propiciaram a sua posterior modificação dentro do ambiente nacional. Esses dados são o cenário que dão sentido às propostas defendidas ao longo dessa obra.

No Direito Romano, não havia uso da expressão pessoa jurídica<sup>1</sup> e nem houve desenvolvimento de doutrina unificada sobre o tema. Diversos institutos diferentes, com objetivos distintos cumpriam a finalidade e tinham características que hoje se concentram sob esse nome. Concebia-se a união de diversas pessoas ou bens para a formação de um ente novo, diferente da singularidade dos seus formadores: a *universita* era diferente dos *singuli* que a formavam. O jurisconsulto Ulpiano, no Digesto 3, 4, 7, 2, inclusive disse que, "se se deve algo à *universitas*, não se deve a cada um de seus membros, e nem o que a *universitas* deve, seus membros devem"<sup>2</sup>, em frase que remonta até mesmo à separação patrimonial

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> A origem mais antiga da palavra pessoa parece ser etrusca, vem de *Phersu*, adotada na linguagem latina. Uma de suas derivações, *personare*, era o verbo que significava ressoar, ecoar. Graças esse significado, a palavra *persona* foi o nome dado às máscaras do teatro romano, que eram utilizadas para esconder o ator e criar as personagens de acordo com sua vontade, escondendo o interior, mas permitindo que dali pudessem emanar os papéis nas peças. Posteriormente, *persona* passou a significar o próprio papel de atuação. No entanto, a *persona* no Direito Romano, não pode ser confundida com a idéia de pessoa atual. A expressão era utilizada para se referir a qualquer homem, mesmo ao escravo, desprovido de qualquer capacidade de ter direito ou contrair obrigação, e por outro lado, não incluía as noções de pessoas jurídicas. CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Romano. 29ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 61; CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano e Textos em Correspondência com os Artigos do Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 40.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> CRETELLA JÚNIOR, 2004, p. 61-62.

moderna. Existiam dois grupos principais dessas entidades. Nos conjuntos de pessoas, *universitas personarum*, havia os entes de direito público, como o fisco, cidades, colônias, municípios e os de natureza privada, como as *collegia*, com finalidades filantrópicas, religiosas e econômicas. No conjunto de coisas, *universitas rerum*<sup>3</sup>, estão as fundações, sempre voltadas à caridade (*piae causae*), normalmente religiosas, como igrejas, conventos, orfanatos, hospitais e, por fim, a herança jacente<sup>4</sup>. Cada um desses entes tinha tratamento específico dado pela lei, nunca se utilizou a palavra pessoa (*persona*) para unificá-los, nunca se entendeu eles como entes capazes completamente separados de seus integrantes<sup>5</sup>.

#### 1.1.2 Idade Média

A Idade Média iniciou com a queda do Império Romano. A partir de 400 d.C., houve sucessivas invasões de povos de origem germânica dentro do império romano<sup>6</sup>. Isso levou a uma sensível diminuição populacional e dispersão dessa população dentro dos feudos, extensões de terras dadas pelos reis para que fossem defendidas e cultivadas pelos senhores feudais<sup>7</sup>. Dentro desse contexto surge a noção originária da pessoa jurídica. Durante esse longo período ocorreu a adoção da idéia *persona ficta*. Esse conceito remonta a idéia de uma união que transcende os seus membros em razão do seu objetivo, duração e finalidade. Era uma pessoa sem existência completa, que não tinha corpo, nem vontade autônoma, era uma criação da mente humana e servia à sociedade pela utilidade e facilidade que a ideia poderia trazer. O exemplo clássico desse instituto é a Igreja. Diferente do que ocorre atualmente, não era qualquer ente que se inseria dentro dessa teoria<sup>8</sup>. Só poderiam se enquadrar nela aquelas instituições com especial relevância e transcendência. Era um instituto utilizado apenas no Direito Público. A teoria dessa época não se prestava a abrigar as sociedades comerciais, que variam de tamanho e, muitas vezes, têm prazo de duração estabelecido desde seu surgimento<sup>9</sup>.

-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Tal classe surgiu apenas no período pós-clássico, quando o desenvolvimento do Direito Romano estava no seu ápice. CORREIA; SCIACIA, 1957, p. 52.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> CRETELLA JÚNIOR, 2004, p. 64.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> CORREIA; SCIACIA, 1957, p.52.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> GILISSEN, John. Introdução História ao Direito Romano. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calousete Gulbenkian, 2003, p. 127.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 38.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> CASTRO y Bravo, Frederico de. La Persona Jurídica. 2ª Edição. Madri: Civitas, 1991, p. 263.

Marçal Justen Filho crê que é nesse momento que se pode divisar o surgimento da personalidade jurídica<sup>10</sup>.

O Direito Comercial se desenvolve na metade final dessa época, predominantemente, como uma criação social dos mercadores. Era livre de intervenção estatal, com poucas abstrações lógicas complexas. Ele era uma criação baseadas nos costumes, aplicado e modificado por aqueles que dele necessitavam<sup>11</sup>. Era a solução para continuar o comércio dentro de uma região sem unificação política e sem leis adequadas a necessidade de comércio que começavam a ressurgir após a queda de Roma.

No século XII, as cidades começam a retomar uma importância perdida. Desde a época do Império Romano, há uma crescente organização das profissões, nascem as corporações e passam a aplicar as regras por elas criadas. Não havia governo central. Essa é a situação evoluiria até o século XVI. Nesse período florescem e crescem em importância as corporações de ofícios, formadas por trabalhadores livres, tão poderosas que suas histórias envolviam o próprio desenvolvimento das cidades onde estavam. O Direito Comercial passa a ser um direito de classes, feito e aplicado pelas corporações que dominavam os diversos ramos do comércio. Suas leis eram aplicadas aos seus membros ou aqueles que se envolvessem com eles, o Direito Comercial era subjetivo, conforme a doutrina de Ascarelli<sup>12</sup>.

Em meados e no final do século XVI, inicia-se a decadência das corporações, principalmente por questões políticas internas. O Direito Comercial começa a se encaminhar para um cenário de grandes conglomerados de associações com enorme relevo comercial, especialmente para o comércio marítimo<sup>13</sup>. Doutrinariamente, o avanço também é significativo e, no século XVI, se vêem as primeiras sistematizações de Direito Comercial, que ganhara grande complexidade para se adaptar ao novo momento<sup>14</sup>. A pessoa jurídica também está perto de deixar o papel de entidade do direito público para assumir um papel de enorme relevância no Direito Comercial.

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, 1987, p. 19.

ASCARELLI, Tullio. Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil. Sorocaba: Editora Minalli, 2007, p. 46-47.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> ASCARELLI, 2007, p. 61.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> ASCARELLI, 2007, p. 60.

#### 1.1.3 Idade Moderna

O surgimento de um Estado moderno forte, capaz de aplicar a lei uniformemente em vastas áreas, controlar territórios e se defender é um fenômeno que ocorre ao longo de muito tempo. Como exemplo, ele está encerrado na Inglaterra ainda no século XV, na França no século XVI e, apenas no século XIX, na Alemanha<sup>15</sup>. O Direito Comercial se dobra a essa nova realidade. Com o tempo, deixa de ser um direito das classes que o exercem, passa a ser um direito do Estado, utilizando de suas fontes e o fazendo de acordo com as suas necessidades<sup>16</sup>.

Nesse novo momento que a personalidade jurídica novamente passa por uma modificação importante. As colônias, sejam em terras do Novo Continente, sejam as da África e Ásia, passam a ter um papel cada vez mais importante na vida dos Estados, das metrópoles. Não apenas pelas grandes riquezas, mas porque diferentes crises assolaram os países ao longo dos séculos e essas colônias sempre foram vistas como um meio de superação dos problemas. Sua exploração era essencial à vida dos Estados, mas elas requeriam um investimento e um risco não antes verificados<sup>17</sup>.

Para se possibilitar a exploração desses recursos, usou-se de instituto já conhecido, criado na Itália. Eram formadas reuniões de grandes capitais em torno de uma administração, responsável por cuidar dos interesses dos investidores individuais. Nesses capitais, participava quem desejasse, com a possibilidade de transmissão de sua parte para outra pessoa, assim retornando o investimento a qualquer momento. Esse era o sistema inaugurado no famoso banco São Jorge, de Gênova, fundado em 1407 e tido por primeira sociedade com fins de lucro com esse modelo<sup>18</sup>.

Para a exploração, foram utilizados os grandes conglomerados comerciais. A diferença entre essas novas companhias de comércio marítimo e o exemplo do banco São Jorge é a dotação da personalidade jurídica, que antes vinha se desenvolvendo desde a época medieval apenas no Direito Público<sup>19</sup>. A origem de grande parte dessas companhias marítimas parece ser as antigas corporações de ofício ligadas ao ramo, que se desenvolvem e se unem nas

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> ASCARELLI, 2007, p. 68.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. A Unificação do Direito das Obrigações no Novo Código Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, vol. 4, n. 20, nov./de. 2002, p. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> ASCARELLI, 2007, p.72.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> ASCARELLI, 2007, p. 72.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> ASCARELLI, 2007, p.73.

grandes companhias marítimas. Assim foi com a Companhia das Índias Orientais, de origem holandesa<sup>20</sup>.

A personalidade jurídica é, então, utilizada de maneira diferente da medieval. Agora é usada para sociedades mercantis, entes de Direito Privado, que visavam primordialmente o lucro. Nesse momento, não mais apenas entes transcendentes e de grande importância política ou religiosa detiveram o *status*. Essa modificação é importante porque representada a utilização da personalidade para fins comerciais, o que desenvolverá toda uma série de modificações nos séculos que viriam<sup>21</sup>.

Essas companhias foram as antecessoras diretas das sociedades anônimas que surgem a partir do século XV. Seu nascimento se dá por um ato do Estado, que autoriza sua existência, constitui e organiza sua estrutura e lhes confere a personalidade jurídica. Essas companhias tiveram participação direta e ativa dos Estados, que em troca, lhes outorgavam enormes privilégios dentro de seus territórios coloniais - por vezes o completo monopólio dos negócios. Os vultosos investimentos privados vinham na forma da aquisição de ações. Tais ações eram de livre circulação, davam garantia de participação na vida da companhia <sup>22</sup>. A livre negociação dessas ações, por sua vez, é o que faz surgir a primeira Bolsa de Valores, em Bruxas na Holanda<sup>23</sup>.

A principal característica dessas sociedades, no entanto, é a responsabilidade do acionista frente aos terceiros. Ela é limitada, como antes fora apenas nas sociedades em comandita, em um sistema muito diferente. Os prejuízos não poderiam fazer mais do que levar à perda do investimento. Assim se dá o surgimento de uma forma de organização de pessoas e patrimônios que faz a previsão da imunidade do investidor. Esse é um fato de importância tremenda e guarda implicações no modo de ser da sociedade moderna como um todo. A limitação de responsabilidade é vista por alguns - talvez por entusiasmo - como uma das descobertas mais importantes da história moderna<sup>24</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> ASCARELLI, 2007, p.74.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> ASCARELLI, 2007, p.75.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> ASCARELLI, 2007, p.75.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> ASCARELLI, 2007, p.76.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Ao mencionar a importância do tema Silva cita Wormser, que diz que "a limitação da responsabilidade das sociedades é a mais importante descoberta dos temos modernos, e que o vapor e a eletricidade são menos importantes que a limitação da responsabilidade, pois esses seriam reduzidos à relativa impotência sem aquela." SILVA, Alexandre Couto. A Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. <sup>2a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 96.

# 1.1.4 Idade Contemporânea

Um último passo, no entanto, é dado até se chegar à desconsideração da pessoa jurídica. Na França do século XVIII, ocorre o grande fator político que impulsionou um novo avanço na personalidade jurídica. A Revolução Francesa, um dos eventos com efeitos mais profundos sobre a política moderna, explode e desfaz o entendimento político que existia até aquele momento. Antes dela havia Estado francês dominado por poucas pessoas, que o utilizavam como se fosse parte do seu patrimônio, em inapropriado resumo. Após o conflito, emerge um Estado diferente, voltado à igualdade de todos os cidadãos. Resumindo, todo o rumo da ideologia e política desse momento, cabe o épico lema: *liberté*, *egalité* e *fraternité*<sup>25</sup>. No campo do Direito, a aplicação dessa idéia veio através do *Code Napoleon*, de 1804.

A ideologia política implantada após essa revolução era a de um Estado liberal, surgido apenas para garantir a máxima liberdade aos indivíduos e com a menor atuação possível<sup>26</sup>. Sobre esse novo momento histórico, valem as palavras do professor Cezar Saldanha Souza Júnior:

O liberalismo concebia a presença do Estado no domínio econômico e social negativamente, segundo a máxima do "laissez faire, laissez passer..." O papel do Estado na ordem econômica restringir-se-ia a assegurar a livre competição das forças econômicas, baseadas na apropriação privada dos bens de produção, mediante a garantia da ordem interna e da segurança externa, e uma adequada administração da justiça para proteger os direitos de cada indivíduo<sup>27</sup>.

Essa nova fase é caracterizada pelo surgimento de constituições que pregam a igualdade econômica e social, mas não impõe nenhuma medida prática para fazê-las existir. O tamanho do Estado era o mínimo possível, sua intervenção, a menor. Ele servia para garantir a segurança e a ordem, e qualquer atuação maior que essa era vista com cautela. Na economia, a

\_

<sup>27</sup> SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> ASCARELLI, 2007, p. 85.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Cabe a lição de que o surgimento do Estado liberal não se deu de maneira uniforme, como simplificado acima: "Quando da formação do Estado moderno, os ingleses não acabaram com as velhas instituições medievais, como o parlamento. Ao contrário, a administração centralizada é montada nos quadro tradicionais, com as devidas adaptações...". SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Tipos de Estado no Ocidente. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002, p. 24.

"mão invisível" fazia uma regulação automática, um equilíbrio criado pela livre concorrência e pelo esforço egoístico de todos se somando<sup>28</sup>.

O *Code Napoleon* (1804) fez valer essa liberdade na prática. Não foi encontrada nenhuma ligação direta dessa liberdade ideológica com a criação de entes dotados de personalidade, mas é precisamente com o Código Francês que se inicia o processo de liberdade de criação dessas entidades personalizadas sem intervenção do Estado<sup>29</sup>. Apesar disso, em alguns países, essa liberdade só viria no século XX<sup>30</sup>. O Estado ainda exigia requisitos, mas eram principalmente de caráter formal – a política era de incentivo do uso das pessoas jurídicas. Essa liberdade representou uma mudança substancial. Desde o início do uso da personalidade jurídica em sociedades comerciais, apenas o Estado, cuidando de interesses próprios faziam essa outorga. O ambiente onde qualquer um tinha liberdade de receber os benefícios de criar um ente com personalidade jurídica fez com que houvesse a massificação do uso.

É precisamente nesse período, logo que houve a liberdade geral para a dotação de personalidade, que surgem os primeiros casos envolvendo a desconsideração. Aqui começam a ocorrer todos os casos que levarão ao desenvolvimento da jurisprudência e, posteriormente, das formulações doutrinárias da desconsideração da personalidade jurídica. A desconsideração não foi uma resposta lenta dada pela doutrina, ela ocorreu rapidamente, logo após a liberação do uso da personalidade jurídica para o público em geral.

Desse ponto em diante, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica evoluiu e tomou um caminho próprio, que pode ser contado sem depender da própria história da pessoa jurídica. Primeiro nos Estados Unidos e depois com sua sistematização na Alemanha. Essa teoria correspondia perfeitamente à sua época. Era um instituto garantido o bom uso da pessoa jurídica, um instrumento privado para garantir a boa-fé entre os contratantes. Um instrumento para garantir o funcionamento da sociedade e do Direito. A pessoa jurídica seria desconsiderada pelo seu uso irregular, pela fraude e pelo abuso de direitos, ela era o Estado liberal garantindo a liberdade e segurança dos membros que atuassem. Grande parte do trabalho se voltará a detalhar esse caminho.

Para o entendimento da personalidade jurídica e do modo como ela se desenvolveu no Brasil, é preciso continuar a narração histórica. Entender o cenário mundial envolvendo a problemática da desconsideração vai além desse início. Defende-se aqui eu teoria foi além de

2

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> ASCARELLI, 2007, p. 90.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> ASCARELLI, Tullio. Panorama do Direito Comercial. São Paulo: Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica, 1947, p. 149.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> ASCARELLI, 2007, p. 93.

coibir o mau uso da pessoa jurídica e passou a buscar o patrimônio dos sócios e administradores para proteger partes da sociedade.

Três grandes fatores despontam no início de século XX para explicar esse movimento nos pressupostos da desconsideração.

Primeiro fator é o próprio avanço da sociedade. A ciência e a tecnologia passaram a avançar, novas possibilidades, novos meios de comunicação, novas facilidades, são incorporadas à vida da maior parte população em geral. Principalmente, no entanto, houve um grande avanço social, de consciência, com o surgimento de novas ideologias. As pessoas notaram sua desigualdade, a sociedade começou a exigir saúde, educação e diversos serviços que o Estado nunca antes pretendeu fornecer - e sequer fora demandado a fazer isso até aquele momento<sup>31</sup>.

O segundo grande fator é a Crise de 1929 e a incapacidade do Estado liberal de responder a ela. O governo americano da época, liberal, defendia com orgulho o maior afastamento possível no comércio se viu obrigado a investir grandes somas de dinheiro em grandes obras e programas de incentivo. Foi mais uma quebra na doutrina da liberdade e da não intervenção<sup>32</sup>. Mais do que mero ato, essa intervenção foi adotada e bem vista na doutrina especializada. Essa intervenção fez cair o dogma.

Por último, vieram as duas grandes guerras. Em si, as guerras levaram todos os governos envolvidos a intervirem fortemente na economia de seus países. Mas essa intervenção não se inverteu após o seu término, especialmente na Europa. Pelo contrário, os regimes autoritários que dali emergiram eram interventores do Estado por convição nesse sistema.

Esses fatores estão aqui sendo apresentados em linhas gerais, em grande simplicidade, porque os fatos narrados e os efeitos são de amplo conhecimento, não cabendo a uma obra com o tema da desconsideração da pessoa jurídica fazer digressões mais profundas. Em resumo, fatores da realidade social, interligados ao longo século passado, criaram uma sociedade nova, com novas expectativas, que passou a se mobilizar por seus objetivos e exigilos do Estado. Pode-se citar também o enorme poder que os partidos trabalhadores ganharam na Europa em momento logo anterior a esse período e que também auxiliaram nesse processo. Cezar Saldanha Souza Júnior ainda faz um acréscimo eloquente:

SOUZA JÚNIOR, 2002, Consenso e Tipos de Estado no Ocidente, p.70.
 SOUZA JÚNIOR, 2002, Consenso e Tipos de Estado no Ocidente, p. 70.

O advento do Estado social também teve suas causas políticas, especialmente duas, interligadas: a universalização do sufrágio e a organização dos partidos ideológicos modernos. Esses dois fatores viabilizaram a participação política das massas no processo eleitoral, o que acabou propiciando a ascensão ao poder - mesmo no caso das maiorias conservadoras - de grupos comprometidos com programas intervencionistas, tanto para a tutela do operariado, como para a promoção do bem-estar social da comunidade em geral<sup>33</sup>.

Esse cenário pós-guerra, de um Estado que intervém ativamente em assuntos de especial interesse sempre que a sociedade não é capaz de resolvê-los é o que se mantém hoje. Há variações, até hoje os Estados Unidos são reconhecidos pelo incentivo à iniciativa privada e pelo apego à intervenção mínima por parte do Estado. Mas o normal, em especial na Europa e na América Latina, foi de desenvolvimento desse modelo de intervenção. Em alguns países, como o nosso, há planos nacionais para garantir a saúde e a educação de maneira universal<sup>34</sup>.

O reflexo dessa história sobre a desconsideração da pessoa jurídica é de grande importância no enfoque dado aqui. A desconsideração se tornou mais um objeto dessa intervenção. A Teoria da Desconsideração foi usada para um novo fim, mais abrangente e voltado à defesa ativa do Estado de setores sociais que ele considera mais importantes. A teoria, ao menos no Brasil, foi utilizada com essa finalidade.

A escolha do legislador ao alargar o campo da desconsideração da personalidade no Direito do Consumidor e do Trabalho deve ser observada como uma decisão compatível com as decisões da época em que vivemos. Ela pode ser criticada nos seus efeitos, mas estão conectadas com a realidade. A nova forma de aplicação da desconsideração reflete um passo ideológico. Em paralelo com o atual entendimento dado à função social da propriedade, a ampliação do uso da desconsideração da personalidade jurídica é um meio jurídico de restringir sobre o patrimônio daquele que possui mais bens. Ao se criar a desconsideração tomando por base apenas a defesa de alguns sujeitos da sociedade, sem abuso da forma da pessoa jurídica, o Estado modifica a teoria clássica que surgira pelo abuso da pessoa jurídica – a primeira não deixa de existir, mas fica ao lado da mais recente.

Na desconsideração para realização de fins sociais, a pessoa jurídica sofre uma limitação grande, ela é usada diminuindo as proteções de quem dela participa em prol de certos setores da sociedade que o legislador entendeu merecerem tutela especial por parte do Estado. É uma decisão que normalmente causaria resistência. Até hoje, os livros se referem a

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 71.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> SOUZA JÚNIOR, 2002, Consenso e Tipos de Estado no Ocidente, p. 81.

esse movimento como um erro na aplicação da teoria e não como uma opção de intervenção positiva do Estado na busca de objetivos. Aqui se tentará demonstrar clara separação entre duas faces de uma mesma teoria, delineando cada uma delas.

## 1.2 Desconsideração da Pessoa Jurídica no Plano Internacional

# 1.2.1 Surgimento Jurisprudencial da Desconsideração da Pessoa Jurídica

Apresentada a história da personalidade jurídica é possível passar à apresentação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Essa história começa com casos práticos, em que não se vislumbra o uso dos critérios modernos para a aferição da desconsideração, são decisões judiciais que apenas posteriormente se pôde associar a um movimento de desconsideração. Ele começou no *common law* e teve seu desenvolvimento doutrinário no Direito Continental<sup>35</sup>.

Não se pode falar no surgimento da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica antes de falar nos casos que a antecederam e deram origem à sua formulação. O papel pioneiro na criação e disseminação da teoria foi da jurisprudência dos tribunais norteamericanos. Esses casos, ocorridos meio século antes do grande livro que formulou realmente a teoria, de Rolf Serick, já demonstram caracteres claros do que ela iria enfrentar. Dessa época é que datam expressões como disregard of legal entity, disregard of corporate veil, lifting the corporate veil, piercing the corporate veil e cracking open the corporate shell<sup>36</sup>.

Alguns casos parecem ser especialmente importantes para a doutrina e de grande pertinência ao assunto. Dois deles serão apresentados.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Existe a afirmação de que o real surgimento da desconsideração da pessoa se deu na antiguidade, quando, em função de dívidas, as pessoas deixavam de ter personalidade e passavam à condição de escravo, uma coisa. Essa afirmação foge do estudo da pessoa jurídica, e à própria noção de desconsideração moderna, que surgiria milênios mais tarde. DELGADO, José Augusto. A Desconsideração da Pessoa Jurídica e os seus Reflexos na Ordem Tributária. In Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 181.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> SILVA, 2009, p. 67.

### 1.2.1.1 Bank of United States vs Deveaux de 1809

O primeiro caso noticiado de desconsideração<sup>37</sup> é o Bank of United States vs. Deveaux. Em 15 de março de 1809, o juiz Marshall e outros cinco juízes votaram por unanimidade a competência das cortes estaduais da Geórgia para julgar o caso entre as duas partes - efeito somente possível mediante a desconsideração da personalidade do Bank of United States. A regra estabelecida na Constituição dos Estados Unidos era de que às cortes federais caberia julgar apenas os casos em que houvesse cidadãos de diferentes estados, a chamada diversity jurisdiction. O Bank of United States, com sede em outro Estado, ajuizou ação em corte federal contra Peter Deveaux, um coletor de taxas da Geórgia que teria se apropriado de duas caixas com prata no valor de 2.000 (dois mil) dólares. Em sua defesa, Deveaux argumentou que as cortes federais não teriam competência para o julgamento, pois a maior parte dos proprietários do banco eram moradores da Geórgia e isso bastaria para afastar a competência das cortes federais, a despeito da pessoa jurídica do banco da Pensilvânia. A corte acolheu esse argumento e considerou que a personalidade jurídica era relevante na determinação da competência, mas que nesse caso não deveria ser considerada, bastaria a predominância de proprietários do banco na Geórgia para que a competência fosse de cortes estaduais e não federais. O argumento principal<sup>38</sup> era de que as *corporations* não eram mais do que uma união de cidadãos unidos frente uma série de circunstâncias e a atribuição de personalidade não poderia fazer esse caráter se perder<sup>39</sup>.

Esse caso ilustra o que foi a desconsideração da personalidade jurídica nesses seus primeiros passos. Nesse momento, é impossível falar em uma teoria da desconsideração, o que ocorre é uma aplicação mediante a busca pela justiça no caso concreto.

O primeiro caractere relevante desse caso é a personalidade jurídica e os seus alcances dentro do direito norte-americano. Entre sociedades sem personalidade jurídica, ou "não

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 64.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> "That corporations composed of citizens are considered by the legislature as citizens under certain circumstances is to be strongly inferred from the registering act. It never could be intended that an American registered vessel, abandoned to an insurance company composed of citizens should lose her character as an American vessel, and yet this would be the consequence of declaring that the members of the corporation were, to every intent and purpose, out of view and merged in the corporation." UNITED STATES SUPREME COURT. Bank of the United States v. Deveaux, 9 U.S. 5 Cranch 61 61 (1809). Disponível em http://supreme.justia.com/us/9/61/case.html. Acessado em 15/01/2010 às 16 horas.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Ao longo de todo o texto original da decisão não há a menção a qualquer das expressões hoje associadas à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Estados Unidos. *Piercing of the corporate veil* ou *disregard of legal entity* não existiam nesse momento.

incorporadas", estão: as *partnerships*, que abrangeriam tipos societários semelhantes às sociedades em nome coletivo e comandita simples; as *joint stock companies*, sociedades por ação não incorporadas; as *joint ventures*, sociedades voltadas exclusivamente ao desenvolvimento de um negócio específico; e os *syndicates*, sociedades voltadas a negócios específicos no âmbito financeiro. Todas essas sociedades, de amplo uso, mantém a responsabilidade ilimitada aos sócios, salvo em situações em que as leis estaduais possam dar alguma proteção<sup>40</sup>.

A personalidade jurídica é concedida apenas às *incorporations corporation*, um tipo societário muito amplo, mas que na sua forma privada com quotas (*business corporation*) é muito semelhante à sociedade anônima conhecida no Direito Comparado e brasileiro. O surgimento da personalidade ocorre de maneira semelhante a outros ordenamentos jurídicos e ao Brasil, com o requisito de registro de documento escrito e outros específicos de acordo com o tipo societário e a área de atuação. A outorga depende de leis estaduais que regulam o efeito - a primeira lei dessa natureza é do estado de Nova Iorque, de 1811<sup>41</sup>.

Por fim, é importante ressaltar que há uma adoção ampla da Teoria da Ficção no tratamento da pessoa jurídica norte-americana<sup>42</sup>. Lamartine aponta a falta de doutrina explicando essa adoção, mas a prática a usa de maneira generalizada. O efeito disso é uma facilidade maior para o afastamento da personalidade jurídica, que não passa de uma ficção útil e só dura enquanto a lei assim entender. Não houve qualquer dissidência doutrinária sobre o afastamento da personalidade jurídica mediante a existencia de usos abusivos em razão de respeito à sua personalidade<sup>43</sup>. Tal realidade facilitou de tal forma o ataque jurisprudencial à personalidade que a doutrina européia sempre teceu críticas à facilidade com que ela era ignorada apesar de ter personalidade jurídica<sup>44</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Correia. A Dupla Crise da Pessoa Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 265.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 266-268.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup>A teoria da ficção legal, de Savigny, apresentada em 1845, no livro *Traité de droit romain*. Ele entende que só o homem é capaz de ser um jeito de direito, com vontade autônoma e digna de reconhecimento como tal. A pessoa jurídica seria uma criação artificial do legislador para atribuir certos direitos e deveres patrimoniais, incentivando e tolhendo certas atitudes. A pessoa é ficção em sua totalidade, um mero artifício criado pelo legislador. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.1: Teoria Geral do Direito Civil. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 231.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 268.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 270.

#### 1.2.1.2 Salomon vs. Salomon & Co

A outra jurisprudência relevante, que a doutrina faz referência como precursora da desconsideração, se deu no direito inglês. Apesar de ser uma potência econômica da época e uma importante fonte jurisprudencial, nunca houve uma desenvolvimento importante sobre o assunto da desconsideração naquele ordenamento, motivo pelo qual não é posteriormente estudado no direito comparado<sup>45</sup>. O caso se refere a Aaron Salomon, um comerciante de couro e calçados, que fundou em 1892 a sociedade *Salomon & CO. Ltd.*, na qual ele, sua mulher, sua filha e quatro filhos eram sócios. Aaron detinha 20.001 ações, todos os outros sócios tinham apenas uma cada. Para integralizar o valor de suas ações, Aaron transferiu uma empresa de sua propriedade, atribuindo a ela um valor superior ao que seria necessário para a compra das suas ações. Como resultado, tinha todas as ações e ainda credor, por garantia real, da nova sociedade que acabara de formar. A sociedade enfrentou dificuldades, entrou em estado de insolvência e acabou por ser liquidada<sup>46</sup>.

Aaron passou, então, a ser um credor privilegiado da propriedade que fora sócio majoritário. Contra esse fato se insurgiram os credores quirografários da antiga sociedade e o seu liquidante. A ação enfrentou três julgamentos<sup>47</sup>. A *High Court* e a *Court of Appeal*, entenderam<sup>48</sup> que Aaron tinha usado a sociedade como meio de exercer seus próprios interesses o condenaram ao pagamento da dívida da sua antiga sociedade - o que seria um precedente em favor da desconsideração da personalidade jurídica. Posteriormente, no entanto, a *House of Lords*, alterou o julgamento, considerando que a personalidade jurídica não poderia ser afastada pelo fato de, na prática, apenas um sócio ter o controle dela e sair beneficiado com isso<sup>49</sup>. O caso é relevante porque apresentou a discussão sobre a

<sup>4</sup> 

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> VERRUCOLI, Piero. Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella "Common Law" e nella "Civil Law". Mão, Giufrè, 1964, p 90.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 456.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> SILVA, 2009, p. 72.

Em passagem retirada do julgamento da Court of Appeal se pode ler: "The statutes were intended to allow seven or more persons, bona fide associated for the purpose of trade, to limit their liability under certain conditions and to become a corporation. But they were not intended to legalise a pretended association for the purpose of enabling an individual to carry on his own business with limited liability in the name of a joint stock company." HOUSE OF LORDS. Aron Salomon (Pauper) Appellant; v. A. Salomon and Company, Limited Respondents. by Original Appeal. and A. Salomon and Company, Limited Appellants v. and Aron Salomon Respondent. by Cross Appeal. Disponível em http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/cases/Cases/20Chapter%2019/Aron%20Salomon%20(Pauper)%20v %20Saloman%20(A)%20and%20Co%20Ltd%20v%20Aron%20Saloman.doc. Acessado em 15/01/2010, às 17h52min.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> A House of Lords rebate a decisão das duas instâncias inferiores, em resumo, nos seguintes termos: "If it was a real thing; if it had a legal existence, and if consequently the law attributed to it certain rights and liabilities in

desconsideração em um momento anterior à instalação do problema e seu desenvolvimento. A solução final, no entanto, foi uma vitória ao modelo de personalidade jurídica imune e insuperável e, possivelmente essa postura da jurisprudência inglesa é a causa direta da sua importância diminuída no assunto<sup>50</sup>. O caso, apesar disso, teve importante repercussão, especialmente fora da Inglaterra<sup>51</sup>.

Esses dois precedentes são exemplos dos problemas que surgem nos Tribunais, tanto da Europa quando dos Estados Unidos, a partir daquele momento. E esse enfrentamento sistemático de problemas envolvendo o uso da pessoa jurídica é que chama a atenção da doutrina e dá margem ao surgimento das obras dos doutrinadores que fundamentam a base da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

A teoria, portanto, ainda fora de qualquer livro, começa a ser delineada nesse momento. No início do século XIX já estão sendo feitas as decisões que efetivamente fundamentarão as teses doutrinas que a seguir seriam apresentadas. A teoria, portanto, tem raízes na jurisprudência, que teve que enfrentar a realidade de um ente dotado de personalidade sendo usado para abusos logo após da liberação dessa dotação.

#### 1.2.2 Isaac Maurice Wormser

Isaac Maurice Wormser, professor da Universidade de Direito de Fordham, foi o primeiro autor a escrever sobre o tema da desconsideração da pessoa jurídica A primeira obra a respeito se chamou *Piercing the veil of Corporate Entity* e foi escrita em junho de 1912. A maior contribuição ao tema, no entanto, se deu com a obra *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, de 1929.

O livro não trata especificamente do assunto da desconsideração, mas sim, traz uma visão geral e crítica da jurisprudência sobre a busca pela justiça nos casos envolvendo pessoas

its constitution as a company, it appears to me to follow as a consequence that it is impossible to deny the validity of the transactions into which it has entered." House of Lords, 1892.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Após o estudo desse caso, o Oliveira traz a notícia de que em 1948 a Inglaterra inaugura o *Companies Act*. Duas grandes medidas são tomadas através dele, a primeira é que nele se prevê que sociedades com menos de sete membros nas *public companies*, ou dois nas *private companies*, por um período superior a seis meses, passariam a responder solidariamente pelas dívidas adquiridas. E a segunda é que pessoas que conscientemente ingressassem em uma sociedade para fraudar credores ou qualquer pessoa, poderiam ser judicialmente declarados responsáveis ilimitados por todas as dívidas da sociedade. A quantidade de casos em que isso ocorre, no entanto, continuaram sendo pequenos. OLIVEIRA, 1979, p. 458.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> ALMDEIRA, Amador Paes de. Execução de Bens dos Sócios. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 196.

jurídicas. Além da desconsideração, o livro trata sobre o poder de voto dentro da sociedade, a formação de trustes e envolvimento da justiça na distribuição de dividendos<sup>52</sup>.

O livro inicia trazendo diversas concepções doutrinárias sobre a natureza da pessoa jurídica. Após apresentar outros autores, Wormser critica a visão de Gierke e Pollock, afirmando que a pessoa jurídica deveria ser tratada como um ente coletivo geral. O seu posicionamento é pela doutrina majoritária na doutrina norte-americana, da teoria da pessoa jurídica como uma ficção, entendendo-a como uma mera criação legislativa, dotada de poder pela utilidade que possui<sup>53</sup>. O autor ainda cita farta jurisprudência em que os juízes entendem a pessoa jurídica "mais próxima de um método que uma coisa"<sup>54</sup>, sem existência real. E como ficção, ela só deveria existir para negócios legítimos, em caso de abusos, os tribunais poderiam desfazer essa ficção<sup>55</sup>.

A seguir, Wormser traz algumas características típicas das pessoas jurídicas<sup>56</sup>. O surgimento da pessoa jurídica é condicionado à vontade do Estado, não tendo um tempo de duração ligado a dos seus criadores. Ela tem capacidades limitadas, só estando apta para os atos conferidos em lei, ou pelo uso normal do instituo. O patrimônio, direitos, deveres e obrigações são separados das dos seus sócios. Por fim, os atos, contratos e a própria personalidade da pessoa jurídica jamais poderia ser confundida com a dos sócios.

Wormser exemplifica apresentando um dos casos mais famosos de desconsideração ocorridos nos Estados Unidos<sup>57</sup>. Trata-se do caso *Barkey v. Third Avenue Ry. Co.*. O autor da ação havia se ferido quando viajava no trem da empresa *42d Street Ry. Co.* e entrou com o pedido de indenização contra a empresa *Third Avenue Ry. Co.*, que detinha a totalidade das ações da *42d Street Ry. Co.* e era a única que tinha recursos suficientes para arcar com os prejuízos. No julgamento primeiro grau, o juiz considerou vários fatores: a todas as ações da *42d Street Ry. Co.* eram da ré, a empresa controladora; a declaração de rendas fora feita de maneira unificada; os dois conselhos de administração eram quase os mesmos; ambas as sociedades tinham o mesmo presidente, tesoureiro, gerente geral; houvera empréstimos para a empresa controlada, todos os trens eram comprados pela ré e entregues à controlada por arrendamento; ambas usavam a mesma marca para seus produtos (a da empresa controladora). Com base nisso, o juiz decidiu que manter a separação entre as duas sociedades seria afrontar

<sup>52</sup> SILVA, 2009, p. 96.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> WORMSER, Isaac Maurice. Disregard of corporate fiction and allied corporation problems. Nova Iorque: Baker, Voorhis and Company, 1929, p. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> WORMSER, 1929, p. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> WORMSER, 1929, p. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> WORMSER, 1929, p. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> WORMSER, 1929, p. 16.

a ordem pública e as tratou como uma só, permitindo que a indenização fosse cobrada da controladora. Em segundo grau, a *Courte of Appeals*, no entanto, modificou a decisão, negou a desconsideração e manteve as companhias separadas<sup>58</sup>.

O autor segue sua obra apresentando outros casos em que as decisões foram semelhantes ao *Barkey v. Third Avenue Ry. Co.*. Em todos eles, a manutenção da personalidade jurídica intocada havia levado a um resultado de injustiça concreta ao caso. Em todos, o autor se posiciona pelo erro na manutenção da personalidade jurídica nesses casos <sup>59</sup>. Sobre os casos de acerto, Wormser cita o caso *Booth v. Bunce*, em que a *Court of Appeal* de Nova Iorque, que desconsiderou a personalidade jurídica de uma sociedade anônima criada com o único objetivo de receber os bens de uma sociedade que estava em dificuldades financeiras <sup>60</sup>. Também é apresentado o caso *People v. North River Suggar Refining Company* <sup>61</sup>, em que todos os sócios de uma sociedade dotada de personalidade haviam assinado um contrato de *trust*, mas foi alegada a inocência da sociedade pelo ato, pois ela não o havia assinado, a corte, no entanto, não aceitou a alegação.

Após a apresentação de inúmeros casos, o autor encerra a parte da obra relacionada ao abuso da pessoa jurídica para concluir que os tribunais norte-americanos estavam fazendo avanços significativos.

Wormser, afinal, declara que os tribunais deverão se utilizar da desconsideração da pessoa jurídica quando ela for utilizada para realização de fraudes, abusos de direito, perpetuação de crimes<sup>62</sup>. Por outro lado, a existência de mera obrigação não cumprida não seria motivo para a desconsideração, mesmo na suspeita de má administração.

O autor faz uma ampla análise jurisprudencial em busca de soluções justas, mas não apresenta nenhuma teoria específica sobre a desconsideração da personalidade jurídica. A própria definição dos motivos para sua utilização é uma evidência da falta de sistematização do instituto, algo comum no *Common Law*. Não há uma definição de critérios estritos para a desconsideração, nem sobre a amplitude de seus efeitos e institutos a serem utilizados - apenas a afirmação fundamentada da possibilidade da desconsideração da pessoa jurídica frente a determinadas situações. Por isso é fundamental o papel de Rolf Serick no desenvolvimento da teoria.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> WORMSER, 1929, p. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> WORMSER, 1929, p. 27.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> WORMSER, 1929, p. 48.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> WORMSER, 1929, p. 68.

<sup>62</sup> WORMSER, 1929, p. 84.

#### 1.2.3 Rolf Serick

Rolf Serick apresentou no semestre letivo de 1952-1953 a monografia no qual conquistou o título de *Privat-Dozent* na Universidade de Tübingen<sup>63</sup>. O trabalho, intitulado *Rechtsform und Realität juristischer Personen: Ein rechtsvergleichender Bertray zur Frage des Surchgriff auf die Personen oder Gegenstande Hinter der Juristichen Person,* não apresentou um problema novo na doutrina ao tratar da personalidade da pessoa jurídica, mas foi o primeiro a sistematizar a desconsideração, unificando as decisões da jurisprudência dos Estados Unidos e da Alemanha. Até ali, o assunto havia sido tratado doutrinariamente de maneira incidental. A monografia causou impacto desde o seu lançamento e se tornou uma das obras de maior relevância para o tema da pessoa jurídica<sup>64</sup>. Na Itália, país que mais debateu a tese além da própria Alemanha, recebeu comentários de doutrinadores como Ascarelli e Galgano<sup>65</sup>.

Serick desenvolveu uma teoria de cunho subjetivista, exigindo a intenção de usar a pessoa jurídica para fins proibidos na lei como requisito principal para a desconsideração da pessoa jurídica. Sua obra foi fundamental para o desenvolvimento da teoria em todo o mundo. No Brasil, a desconsideração foi inserida precisamente em atenção a essa obra e nos termos desenvolvidos por ela. Com isso em vista, essa fundamental terá uma minuciosa apresentação. Ela é a concretização da teoria clássica da pessoa jurídica, subjetivista, que vale até hoje na maior parte dos ramos do direito no Brasil.

O estudo feito na tese é eminentemente prático e procurou estudar a doutrina e jurisprudência alemã e norte-americana para concluir em que momentos é adequado desconsiderar<sup>66</sup> a forma da pessoa jurídica. O autor defendeu que a estrutura da pessoa jurídica pode ser desconsiderada em dois casos<sup>67</sup>. Primeiro quando se utiliza abusivamente a pessoa jurídica para fins ilícitos<sup>68</sup>. Segundo, quando é necessário para adequar determinadas

<sup>63</sup> SERICK, Rolf. Rechtsform Und Realität Juristicher Personen. Tradução de Jose Puig Brutau, Aparencia Y Realidad en las Sociedades Mercantiles. 1ª Edição. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958, p. 7.

<sup>64</sup> SERICK, 1958, p. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> SERICK, 1958, p. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> Durchgriff é o termo no original.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> SERICK, 1958, p. 25-27.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Fraudes à lei, aos contratos e a terceiros mediante o abuso da pessoa jurídica é parte mais longa da tese, e a de maior importância atual. Ela dará origem à primeira proposição de Serick sobre a desconsideração, que é a que ainda guarda a maior importância prática.

normas às pessoas jurídicas<sup>69</sup>. Nos dois casos, se penetra até alcançar o substrato pessoal ou real que constitui a pessoa jurídica, seja para evitar o abuso, seja para que se procure a realização da finalidade contida na norma<sup>70</sup>.

Para Serick, as respostas dadas pela jurisprudência<sup>71</sup> e doutrina<sup>72</sup> sobre quando aplicar a desconsideração eram contraditórias e insuficientes até aquele momento. O objetivo da obra era assegurar o uso correto da pessoa jurídica, alcançando um nível de segurança suficiente no seu uso, uma resposta aos que contratam com pessoas jurídicas, sem, no entanto, retirar a utilidade que o instituto da pessoa jurídica trouxe, garantindo sua forma, nunca deixando a desconsideração da pessoa jurídica se tornar uma regra geral<sup>73</sup>.

O resultado do trabalho são quatro proposições, que visam dar sentido à pesquisa feita.

#### 1.2.3.1 Primeira Proposição

# 1.2.3.1.1 A Caracterização da Teoria Subjetiva

Se a estrutura formal da pessoa jurídica é utilizada de maneira abusiva, o juiz poderá descartá-la para que fracasse o resultado contrário ao direito que se persiga, para o qual prescindirá da regra fundamental que estabelece uma radical separação entre a sociedade e os sócios.

Existe um abuso quando com a ajuda da pessoa jurídica se tenta burlar uma lei, quebrando obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente a terceiros.

Portanto, só se poderá invocar que existe um atentado contra a boa-fé como razão para fundamentar que se prescinda da forma da pessoa jurídica. quando concorrem os supostos do abuso que foram assinalados<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> SERICK, 1958, p. 241.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> A segunda parte da tese, mais curta, é a que dá origem às últimas três proposições de Serick. Em verdade, elas foram quase totalmente superadas em virtude da atual evolução legislativa sobre a pessoa jurídica.

<sup>71</sup> Os exemplos da insuficiência da jurisprudência alemã são demonstrados, sempre chegando à conclusão de que a pessoa jurídica pode ser prescindida mediante excepcionalidades, mas sem justificar essa afirmação. SERICK,

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> A doutrina é criticada. Normalmente ela trata o assunto superficialmente, e eventualmente para afirmar que tal assunto cabe aos casos concretos da jurisprudência, que a pessoa jurídica não deveria ter qualquer independência do sócio ou para dizer que é impossível criar critérios científicos sobre o assunto da desconsideração. SERICK, 1958, p. 40-44.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> SERICK, 1958, p. 241.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Tradução livre de: "Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartala para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que estabelece una radical separación entre la sociedad y los socios.

A estrutura e o regime da pessoa jurídica possibilitam seu uso para fins ilícitos, é inerente às suas características. O abuso das possibilidades trazidas pela pessoa jurídica, no entanto, não pode ser aceito pelo legislador. A sua ocorrência conduz a uma retirada das proteções e direitos outorgados – normalmente, com a supressão da separação patrimonial<sup>75</sup>.

A pessoa jurídica só precisa ser respeitada enquanto o seu uso e finalidade for o pretendido pelo legislador, que lhe outorgou os direitos que têm. Assim, na medida em que o fim utilizado for diferente do permitido, o substrato da pessoa jurídica, aqueles que a moveram nesse uso indevido, devem reaparecer, sendo proibidos de praticar os atos e responsabilizados com os prejuízos já causados<sup>76</sup>.

Saber onde começa o uso proibido pelo ordenamento jurídico e terminam as proteções e privilégios que a pessoa jurídica traz aos sócios foi a finalidade perseguida no primeiro livro da tese, que chegou às conclusões que seguem<sup>77</sup>:

A forma da pessoa jurídica pode ser utilizada abusivamente, primeiro, para deixar sem efeito uma lei mediante fraude<sup>78</sup>. O conceito de fraude é retirado da jurisprudência. Ccorre quando o resultado que a lei rechaça é alcançado com o uso de algum caminho não previsto, que formalmente não fere o preceito legal, mas fere sua finalidade. Quatro casos são apresentados<sup>79</sup>. Um deles é o caso Mitropa. Uma sociedade de extração de potassa encerrara suas atividades em 1909. Em 1916 ela é comprada por um valor muito pequeno e tem seu estatuto e sede modificados. A intenção dos novos proprietários era fundar uma sociedade com outro fim, mas evitar a incidência do imposto sobre a fundação de novas pessoas jurídicas. O tribunal de primeira instância não encontrou ilicitude e nem mandou cobrar impostos, pois não houvera o nascimento de uma nova sociedade. Serick diz que essa seria uma situação de fraude, com completa configuração do elemento subjetivo da intenção e que a personalidade jurídica foi usada para fraudar a lei. Assim, o tribunal não deveria ter

Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

Por tanto, sólo procederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que se prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados." SERICK, 1958, p. 241-242.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> SERICK, 1958, p. 242.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> SERICK, 1958, p. 242.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> SERICK, 1958, p. 243.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> SERICK, 1958, p. 44.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Casos: página 45, sobre seguradoras; página 48, sobre financiamentos a prazo; página 54, sobre dívidas; página 56, sobre não pagamento de impostos. SERICK, 1958.

entendido como possível essa modificação. Mais tarde, até mesmo a lei a respeito da criação de sociedades foi modificada para evitar essa prática, que se tornara contumaz na Alemanha<sup>80</sup>.

A pessoa jurídica também pode ser utilizada para o desrespeito de obrigações contratuais, permitindo que direitos ou obrigações surjam e desapareçam para a pessoa jurídica ou para os sócios em razão de características da personalidade. Também quatro casos são apresentados<sup>81</sup>. No mais relevante, o Tribunal do *Reich* havia decidido que quando uma sociedade se obriga a não realizar certa atividade, essa obrigação se estenderá a outras sociedades criadas por ela como subsidiárias, ou em substituição a ela, quando com os mesmo sócios e diretores e especificamente voltadas para realizar aquela atividade proibida à sociedade original. Essa mesma proibição se aplica à pessoa natural que se obriga a não fazer algo e cria uma sociedade com a finalidade de fazer o que lhe é proibido. Apesar de concordar com a decisão, Serick critica a falta de fundamentação correta e diz que o motivo para a proibição é a existência de intenção desleal de proceder nas atividades que foram vedadas mediante contrato, agindo contra ato próprio<sup>82</sup>.

Por fim, ela pode ser utilizada no prejuízo de terceiros<sup>83</sup>. Foram apresentados cinco casos<sup>84</sup>. Nessa sessão estão os casos em que pessoas naturais proprietários de sociedades haviam alienado seus bens sociais para suas sociedades e com isso frustraram a cobrança de dívidas pessoais que possuíam. Em todos esses casos, relata Serick, o Tribunal do *Reich* agiu com segurança na declaração de que houvera fraude<sup>85</sup>.

Em todos esses casos, a pessoa jurídica mantém a aparência de atuar dentro do permitido pelo ordenamento jurídico. E, em todos esses casos, torna-se relevante observar a conduta daqueles que formam a pessoa jurídica, dirigindo suas ações, para então poder notar um abuso. A única forma de evitar os abusos é apartar a forma da pessoa jurídica e dar valor ao que se passa dentro dela. A sociedade não pode ser considerada como um ente sozinho. Para permitir uma solução justa e adequada ao ordenamento jurídico, ela precisa ser vista junto com aqueles que exercem a vontade dela<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> SERICK, 1958, p. 58.

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Casos: página 58, concorrência desleal; página 62, sobre o valor da sociedade na venda; página 63, sobre alguel e venda de imóveis; página 65, sobre obrigações contratuais. SERICK, 1958.

<sup>82</sup> SERICK, 1958, p. 60.

<sup>83</sup> SERICK, 1958, p. 243.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Casos: página 72, sobre valor de imóveis; páginas 72 e 73, ambos sobre fraude a credores; páginas 76 sobre a Hungria e o desrespeito às regras internacionais de liquidação; página 78 sobre ressarcimento do Estado alemão por dívidas contra o antigo *Reich*. SERICK, 1958.

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> SERICK, 1958, p. 72.

<sup>86</sup> SERICK, 1958, p. 243-244.

#### 1.2.3.1.2 Doutrina da Disregard of Law Entity

Para poder estudar melhor a desconsideração no Direito Comparado, é feito um extenso estudo da doutrina da *Disregard of Law Entity*, a doutrina aplicada nos Estados Unidos para realizar a desconsideração da pessoa jurídica<sup>87</sup>. O estudo é importante porque o tratamento da pessoa jurídica é bastante semelhante nos dois ordenamentos, inclusive quanto à separação patrimonial, mas lá, a desconsideração já era usada há várias décadas<sup>88</sup>.

As conclusões à que chega o autor é de que a pessoa jurídica é descartada com muito mais facilidade nos Estados Unidos, onde ela é entendida como uma ficção, semelhante à Teoria de Savigny<sup>89</sup>. O estudo é estruturado como feito anteriormente sobre a jurisprudência alemã, com fraude à lei<sup>90</sup>, aos contratos<sup>91</sup> e a terceiros<sup>92</sup> e, por fim, desconsiderações em busca de boa-fé ou justiça<sup>93</sup>.

As resoluções são razoavelmente semelhantes às alemãs, tirando um último grupo de casos – sobre casos de desconsideração em busca de boa-fé ou justiça. Naquele grupo são colocados casos em que a pessoa jurídica foi desconsiderada apenas para garantir o cumprimento de contatos, sem que tenha havido qualquer abuso no uso da pessoa jurídica, apenas para manter a justiça no caso concreto<sup>94</sup>. Serick desaconselha o uso dessa forma de aplicação, por contradizer sua visão subjetivista. O seu uso criaria uma insegurança jurídica inaceitável aos que confiaram no instituto da pessoa jurídica<sup>95</sup>. A existência desse último grupo de casos, na verdade, cria uma diferença grande entre a desconsideração utilizada na Alemanha e dos Estados Unidos – tratar a desconsideração como se fossem iguais nos dois ordenamentos, em virtude desses casos, passa a ser desapropriado.

-

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> SERICK, 1958, p. 82-130.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> SERICK, 1958, p. 83.

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> SERICK, 1958, p. 91.

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> SERICK, 1958, p. 101.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> SERICK, 1958, p. 108.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> SERICK, 1958, p. 112.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> SERICK, 1958, p. 118.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> SERICK, 1958, p. 124.

<sup>95</sup> SERICK, 1958, p. 124-125.

### 1.2.3.1.3 Requisitos e Efeitos da Desconsideração da Pessoa Jurídica

A pessoa jurídica, com a sua atuação, poderá causar danos a terceiros como uma consequência natural. Especialmente ao falir, mas também em outras situações. É comum que contratantes e terceiros tenham prejuízos em decorrência de atos de uma pessoa jurídica, tanto quanto podem ter prejuízos com pessoas naturais. A diferença fundamental a ser estabelecida é a de que a desconsideração da pessoa jurídica e a responsabilização dos seus integrantes deve ocorrer quando houver um abuso intencional, ferindo a boa-fé, em um uso diverso do estabelecido pelo ordenamento jurídico para a pessoa jurídica. Enquanto a pessoa jurídica atuar dentro do estabelecido, ela e seus integrantes fazem jus à exata medida de proteções e privilégios que cada ordenamento jurídico venha a lhes outorgar — a justiça do caso concreto não basta para a desconsideração. Só a atuação fora da boa-fé autoriza a medida. Aplicar de outra maneira seria desrespeitar a vontade do legislador, que ao criar as características da pessoa jurídica e, em especial, a separação patrimonial, pretendeu criar prerrogativas especiais. O legislador considerou que os prejuízos que alguns teriam em razão disso eram justificáveis em troca dos benefícios que a existência da pessoa jurídica traria à sociedade <sup>96</sup>.

As maneiras como uma pessoa jurídica pode ser manipulada para alcançar fins diversos dos permitidos variam. Na maioria dos casos, é com o exercício de direitos típicos dos sócios e administradores e, por isso, são comuns os casos de sociedades unipessoais serem alvo da desconsideração. Nelas, não há outros interessados internamente com poderes de garantir o correto funcionamento<sup>97</sup>. Em todos esses casos, os efeitos da desconsideração tenderão a responsabilizar as pessoas que utilizaram a pessoa jurídica de forma irregular.

O abuso, no entanto, pode ocorrer sem haver qualquer dominação sobre a pessoa jurídica. Exemplo são os casos em que uma pessoa natural realiza atividade proibida à pessoa jurídica que integra, tendo aceitado essa proibição, mas alega os efeitos da separação de personalidade para não cumprir pessoal obrigações anteriormente estabelecidas para a pessoa jurídica, vindo a agir contra ato próprio <sup>98</sup>.

É possível, até mesmo, que um Estado crie leis com a intenção de tirar vantagens da forma de pessoas jurídicas, criando prejuízos a terceiros e ferindo tradições de Direito

<sup>97</sup> Entre as páginas 41 a 43 Serick discorreu sobre os erros cometidos com relação às sociedades unipessoais. Elas são formas permitidas na jurisprudência alemã, e sua simples existência não gera qualquer presunção de que deva haver ligação entre o patrimônio do sócio e da sociedade. SERICK, 1958.

<sup>98</sup> SERICK, 1958, p. 68.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> SERICK, 1958, p. 244.

Internacional. O famoso exemplo é o do Estado da Hungria, que usava artifícios para se apropriar dos bens no estrangeiro de sociedades de sua nacionalidade em liquidação. Entendeu-se que a Hungria deveria ser obrigada a alienar os bens e ter direito apenas à transferência dos valores para si. Suspeitava-se que a finalidade fosse ter um meio de acumular propriedades em territórios alheios sem autorização para isso. Ainda mais, provouse que isso trazia prejuízos graves aos credores, que não poderiam contar com a alienação daqueles bens para receber seus créditos. Essa foi a opinião dada pelo Instituto Marx Planck e apoiada por Serick<sup>99</sup>.

Finalmente, podem-se abordar os efeitos da desconsideração. Os efeitos variam de acordo com a situação apresentada, não há uma regra específica. Assim, mediante uma proibição de fazer de uma pessoa natural, que a desrespeita utilizando uma pessoa jurídica, o efeito é a proibição de fazer extensiva à pessoa jurídica<sup>100</sup>. Se alguém consegue evitar o pagamento de impostos recebendo valores através de uma pessoa jurídica, o efeito será o pagamento de impostos como se tivesse recebido pessoalmente<sup>101</sup>. Outro efeito é a equiparação do patrimônio da sociedade e dos sócios para fins de pagamento de créditos<sup>102</sup>. Há casos em que a desconsideração é a proibição de votar na Assembléia Geral, como quando um dos votantes é uma sociedade indiretamente dominada pela sociedade em que se faz a assembléia<sup>103</sup>. Também é possível que a desconsideração implique na venda dos bens da sociedade, no caso em que a jurisprudência determinou a alienação dos imóveis estrangeiros e devolução apenas dos valores à Hungria e não a apropriação da sociedade contendo todos os seus bens no estrangeiro<sup>104</sup>.

### 1.2.3.2 Segunda Proposição

Não basta alegar que se não se descartar a forma da pessoa jurídica não se poderá lograr-se a finalidade de uma norma ou de um negócio jurídico.

No entanto, quando se trata da eficácia e uma norma de Direito de sociedades de valor tão fundamental que não deva encontrar obstáculos nem

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> SERICK, 1958, p. 75-245.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> SERICK, 1958, p. 107.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> SERICK, 1958, p. 58.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> SERICK, 1958, p. 73.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> SERICK, 1958, p. 144-145.

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> SERICK, 1958, p. 74.

de maneira indireta, a regra geral formulada no parágrafo anterior deve ser excepcionada<sup>105</sup>.

Antes de qualquer explanação, é bom salientar que essa proposição parece estar predominantemente superada pela atual evolução do Direito Comercial brasileiro, já que a Lei 6.404 e, posteriormente, o Código Civil, estabeleceu responsabilidade direta na maior parte das hipóteses aqui estudadas <sup>106</sup>.

Essa proposição é sobre um grupo de exceções à regra geral, representada pela primeira proposição. No campo do direito societário haveria uma série de normas tão fundamentais à estrutura e à finalidade da pessoa jurídica que o seu simples descumprimento enseja a desconsideração da personalidade jurídica. Sem necessidade de intenção de fraudar a lei ou o contrato, sem qualquer abuso. Essas regras são suficientemente importantes para que não se possa considerar que uma pessoa jurídica incorrendo nelas esteja cumprindo sua finalidade ou possa fazê-lo. Todas as vezes em que surgem conflitos assim, se o legislador não tiver criado as soluções legais<sup>107</sup>, caberá à jurisprudência corrigir, eventualmente desconsiderando a personalidade jurídica<sup>108</sup>.

As normas que permitem esse efeito drástico envolvem a estrutura da pessoa jurídica, são as que estabelecem os termos da separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes. O desrespeito a essas normas envolve o uso de outras pessoas jurídicas intermediárias dentro da principal. Os efeitos criados devem ser proibidos pelo legislador por serem inaceitáveis, mesmo quando não são intencionais<sup>109</sup>. Para fundamentar a afirmação, o autor apresenta grupos casos da jurisprudência da época<sup>110</sup>.

Um exemplo dessa classe de normas envolve o poder de votação em uma assembléia da pessoa jurídica matriz pela sua filial, completamente controlada, mas que possua ações da matriz. Esse poder é uma afronta tão profunda à natureza da pessoa jurídica que precisa ser

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> Tradução livre de: "No basta alegar que si no se descartala la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico.

Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción." SERICK, 1958, p. 246.

<sup>106</sup> Exemplos são os artigos 244, 246, 248 e 251 da lei 6.404, voltados a coibir as iniquidades aqui estudadas.

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> O autor faz uma longa explanação sobre a necessidade da legislação criar as consequências para os casos de desrespeito às leis societárias, e de como a desconsideração nesses casos é uma hipótese que não deveria precisar ser generalizada. Atualmente no Brasil foi exatamente isso o que ocorreu, o Código Civil e a Lei das Sociedades Anônimas regraram essas situações até o ponto em que a doutrina já não precisa usar a desconsideração nesses casos. SERICK, 1958, p. 142-143.

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> SERICK, 1958, p. 248.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> SERICK, 1958, p. 249.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Casos: página 140, sobre aumento de capitais com dinheiro de subsidiária controlada; página 142, sobre o poder de voto. SERICK, 1958.

proibido, mesmo quando não há lei expressamente falando. Tal direito de voto deve ser proibido pelo reconhecimento de que a sociedade filial é parte da sociedade matriz. A votação seria permitir que uma pessoa jurídica tivesse voto na determinação de seus próprios rumos – o que ela estaria fazendo indiretamente através filial – e seria abrir margem ao completo descontrole dentro da sociedade<sup>111</sup>.

Pode ser difícil saber quando uma norma tem um caráter assim tão essencial à pessoa jurídica. O legislador muitas vezes não dá pistas conclusivas a esse respeito. Caso surjam dúvidas, o exame a ser feito é observar o resultado criado pelo ato em questão. Se a conseqüência for decisiva e colocar em risco a própria caracterização da pessoa jurídica na estrutura que a legislação lhe deu, deve-se dar prevalência a norma e desfazer o ato, eventualmente desconsiderando a personalidade de uma ou várias pessoas jurídicas 112.

# 1.2.3.3 Terceira Proposição

As normas que se fundam em qualidades ou capacidades humanas ou que consideram valores humanos também devem ser aplicadas às pessoas jurídicas quando a finalidade corresponda a essa classe de pessoas. Neste caso, poderá se penetrar nos membros situados atrás da pessoa jurídica para se comprovar se ocorrem as hipóteses de que depende a eficácia da norma 113.

A jurisprudência e a doutrina já se defrontaram com a dúvida de como lidar com pessoas jurídicas e normas que foram feitas essencialmente para pessoas naturais. A qualificação de negro ou judeu, traços essencialmente humanos, já precisaram ser encarados sob o enfoque da pessoa jurídica. Era necessário saber se esse reconhecimento poderia ocorrer e que conseqüências decorreriam desse reconhecimento. Houve casos em que foi fácil negar a possibilidade, como na possibilidade de contrair matrimônio ou de exercer o pátrio poder sobre alguém. Mas é tormentoso criar uma regra geral para determinar até que ponto qualidades humanas podem ser substituídas analogicamente por características das pessoas

-

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> SERICK, 1958, p. 146.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> SERICK, 1958, p. 250.

<sup>113</sup> Tradução livre de: "Las normas que fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deven aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprovar si concurre la hipótesis de que depende la eficácia de la norma." SERICK, 1958, p. 251-252.

jurídicas e, mesmo quando podem ser, qual a extensão adequada de aplicação das normas decorrentes do reconhecimento<sup>114</sup>.

O legislador criou a pessoa jurídica com base em características humanas e, em muitos aspectos, deu a ela poderes equivalentes aos de pessoas naturais quando se trata do exercício de sua vontade no âmbito jurídico. No entanto, mesmo em normas que seriam facilmente adaptáveis às pessoas jurídicas, por uma analogia de características, pode ser necessário verificar se a finalidade da norma criada para a pessoa natural é condizente com a finalidade que o legislador pretendeu dar à pessoa jurídica. A regra geral é a da aplicação de qualquer norma compatível, mas os casos concretos demonstram que muitas vezes é necessário fazer um exame específico dessa adequação de finalidades<sup>115</sup>.

Um exemplo importante desses casos é relacionado ao parentesco. Uma pessoa jurídica não pode ter parentes para a maior parte das normas do Direito de Família 116. No entanto, quando se tratar dos efeitos patrimoniais decorrentes do parentesco, se com essa qualificação for possível evitar fraudes e prejuízos de credores, é perfeitamente possível o uso do instituto<sup>117</sup>. Proibindo, por exemplo, transmissões de bens pela pessoa jurídica a parentes de integrantes.

Com base em estudos específicos a legislação alemã da época se chegou à conclusão de que a pessoa jurídica poderia ter nacionalidade<sup>118</sup>, ser considerada inimiga para fins legais<sup>119</sup>, não poderia ter direitos autorais<sup>120</sup>, poderia ser considerada judia ou ariana<sup>121</sup> e inclusive ressarcida por perseguição no pós-guerra 122, poderia ser considerada como se fosse parente para fins patrimoniais<sup>123</sup>, poderia defender sua honra<sup>124</sup>, ser digna de confiança<sup>125</sup>,

<sup>114</sup> SERICK, 1958, p. 252.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> SERICK, 1958, p. 252-253.

<sup>116</sup> Como não haverá abordagem específica ao tema, indica-se sobre Desconsideração no Direito de Família duas obras, de Aguiar e Madaleno. MADALENO, Rolf. Direito de Família: Aspectos Polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. AGUIAR, Roberta Macedo de Souza. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> SERICK, 1958, p. 253.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> A nacionalidade da pessoa pode ser feita em função de critérios como sede ou local de fundação, ou mediante o estudo da nacionalidade dos sócios (critério principalmente usado durante a primeira e segunda guerra entre os países em conflito). SERICK, 1958, p. 169. 119 SERICK, 1958, p. 169-180.

<sup>120</sup> Sobre propriedade intelectual, aa Alemanha, a única possibilidade era a compra dos direitos patrimoniais de obras; Serick discordava dessa decisão, e apoiava a possibilidade. Com o tempo, surgiu a exceção para produções cinematográficas. Na União Soviética funcionava um sistema como o Alemão. Na Itália era permitida a propriedade intelectual da pessoa jurídica. Na Hungria não havia lei, mas a jurisprudência aceitava. Na Guatemala era possível, contanto que a obra fosse feita por uma coletividade de empregados da pessoa jurídica. SERICK, 1958, p. 188-195.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> SERICK, 1958, p. 199-200.

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> SERICK, 1958, p. 200-203.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> SERICK, 1958, p. 204-206.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> SERICK, 1958, p. 210-214.

realizar e sofrer atos de ingratidão<sup>126</sup>, não poderia ser empregada<sup>127</sup>, não poderia ser advogada<sup>128</sup>, não poderia ser curadora, tutora ou curatelada<sup>129</sup>, mas poderia ser tutelada<sup>130</sup>. Nos Estados Unidos, em certa época, decidiu-se que pessoas jurídicas não poderia ser consideradas de cor, gerando críticas duras, já que tal decisão permitiu que uma sociedade criada e dominada apenas por negros fizesse negócios que lhes seriam proibidos pelo contrato e legislação vigentes.<sup>131</sup>

A avaliação da possibilidade de aplicação de normas de pessoas naturais em pessoas jurídicas não tem relação com o abuso das suas características ou com o desrespeito à lei ou ao contrato. É assunto diferente. O ponto de ligação entre os temas é o estudo da finalidade da pessoa jurídica. As respostas sobre que características usar precisam ser avaliadas tendo em conta esse fim e isso às vezes só pode ocorrer através do conhecimento dos atos e pessoas que estão por trás da pessoa jurídica<sup>132</sup>.

O assunto é estudado porque não raramente o legislador estabeleceu que a aplicação de certas normas à pessoas jurídicas iriam ocorrer mediante o estudo das pessoas que a formam. A norma legal exige que se faça um exame, desconsiderando a separação entre os entes. Tal é o caso da qualificação de inimigo, que afetava a pessoa jurídica de maneira importante ao longo das guerras mundiais. Na maior parte dos ordenamentos essa qualificação ocorreu mediante o estudo do capital, da administração ou da propriedade da pessoa jurídica – enfim, de fatores dependentes das pessoas que as formavam. Tal desconsideração da pessoa jurídica era a vontade expressa do legislador, independia de abuso ou fraude, fruto normalmente de necessidades vitais para a sociedade ou economia 133.

Nesses casos de estudo da situação dos sócios e administradores para saber se eles devem receber a aplicação de alguma norma específica, a desconsideração deve ser vista de maneira diferente. Ela não visa corrigir abusos ou desrespeitos e nem tem por finalidade fazer

<sup>125</sup>SERICK, 1958, p. 214.

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> SERICK, 1958, p. 215-216.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> SERICK, 1958, p. 218.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> Serick concorda com a impossibilidade da pessoa jurídica ser procuradora para a atuação penal, mas acha que na esfera civil, onde predomina o âmbito negocial, deveria ser permitido. SERICK, 1958, p. 218-221.

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> SERICK, 1958, p. 218-222.

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> Na Alemanha, o instituto da curatela pressupõe a condição de menor e incapaz. A tutela, no entanto, existe para nomear alguém em fins específicos, quando alguém maior está incapaz de atuar, podendo existir apenas para assuntos estritamente patrimoniais, o que a torna compatível com a atuação da pessoa jurídica. SERICK, 1958, p. 222-223.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> SERICK, 1958, p. 199.

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> SERICK, 1958, p. 254.

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> SERICK, 1958, p. 255-256.

a equiparação de patrimônios ou de obrigações e, sim, o quanto pode ser estendido à pessoa jurídica um instituto que cabe aos seus sócios ou administradores<sup>134</sup>.

Esse modo de desconsideração é relevante, mas é praticamente inexistente na doutrina nacional, em virtude, novamente, da evolução do Direito Comercial e da fixação de marcos muito mais precisos no decorrer dos anos. A sua importância pode se dar no que tange às proibições constitucionais de capitais estrangeiros em certos tipos de atividade. Serick já dizia que muitas vezes essas proibições levavam em conta interesses sociais relevantes. É o que ocorre, por vezes, na Constituição brasileira. 135.

#### 1.2.3.4 Quarta proposição:

Se a forma da pessoa jurídica for utilizada para ocultar que de fato existe identidade entre as pessoas que intervém em um determinado ato, poderá ser descartada a forma dessa pessoa quando a norma que deva se aplicar pressupõe que a identidade ou diversidade de sujeitos interessados não é puramente formal, mas verdadeiramente necessária<sup>136</sup>.

Por fim, há um último grupo de normas que ao serem desrespeitadas, ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Há normas que para alcançar sua finalidade pressupõe a efetiva existência de duas pessoas diferentes realizando negócio jurídico. Se a pessoa jurídica for usada para frustrar essas normas, ela deve ser desconsiderada<sup>137</sup>. Esse é o caso do parágrafo 892 do Código Civil alemão<sup>138</sup>. Ele dá proteção ao terceiro de boa-fé que acredita em um registro público de imóveis e faz algum negócio com base naquelas informações. O efeito do negócio deve prevalecer mesmo quando o registro contiver algum vício. É uma norma fundada na presunção de fé pública e na confiabilidade dos atos estatais<sup>139</sup>.

Essa proposição seria diferente das proposições anteriores porque ela não se fundamenta em abuso da forma, ou em regras societárias, ou na aplicação de normas de

<sup>135</sup> SERICK, 1958, p. 184

136 Tradução livre de: "Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva." SERICK, 1958, p.256.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> SERICK, 1958, p. 256.

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> SERICK, 1958, p. 228-230.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> SERICK, 1958, p. 257.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> SERICK, 1958, p. 230.

pessoas naturais. Sua fundamentação está na exigência insuperável de diversidade de vontades para que a norma não crie resultados injustos 140. Essas são normas em que um vício causado por mau uso da pessoa jurídica, até sem intenção, afetaria relações negociais importantes e, por isso, caberia a desconsideração. Essa é a proposição menos estudada pelo autor.

Com essas quatro proposições, o autor faz um quadro válido da desconsideração naquele momento do tempo. A primeira proposição é fundamental e estabeleceu o modo de fazer a desconsideração jurídica em inúmeros ordenamentos jurídicos. As outras três tem uma utilidade atual reduzida, podendo ser usadas raramente, ou como fonte de estudos do que realmente foi a base da teoria.

Serick conclui seu livro dizendo que com sua apresentação passa a ser possível organizar o material jurisprudencial e doutrinário em busca de respostas definitivas sobre o tema da desconsideração<sup>141</sup>.

A premissa básica da pessoa jurídica, de que há separação e independência entre ela e o sócio acaba sendo seriamente comprometida. Cada uma das proposições gera uma relativização importante na independência da pessoa jurídica. Assim, a tese é encerrada perguntando quais os efeitos de tudo isso sobre os conceitos que se têm de natureza da pessoa jurídica, sobre as comuns noções de que ela é anterior ao ordenamento jurídico, ou de que pode existir sem a vontade do homem (teorias da realidade). Para Serick, a pessoa jurídica não é um fenômeno natural previamente dado. Ela é uma figura ideal para a perseguição de determinados fins jurídicos. Deve ser sempre enlaçada com a realidade sociológica e sua existência não deveria receber atenção como objeto que vai além de suas características, que são puramente jurídicas 142.

A repercussão de sua obra foi imensa - com o tempo, a primeira proposição se confundiu com o próprio significado de desconsideração da pessoa jurídica. A reação de saudação e reconhecimento foi imediata na Itália e Alemanha, mas, posteriormente, se tornaria uma referência clássica a todos que se dedicassem ao tema, tendo introduzido a tese inclusive no Brasil. A tese defendida pelo autor é válida até hoje r utilizada dentro do nosso Direito Civil e Comercial.

SERICK, 1958, p. 258.
 SERICK, 1958, p. 259.
 SERICK, 1958, p. 261.

#### 1.2.4 Outras Fontes de Doutrina Internacional

Além de Serick, Pierro Verrucoli, da Faculdade de Pisa, elaborou outra obra de importância ao tema, chamada *Il Superamento della Personalitá Giuridica delle Societã di Capitali nella "Common Law" e nella Civil Law*. Não há nenhuma modificação substancial na teoria apresentada por Serick – as bases para a desconsideração estão no uso indevido da pessoa jurídica - mas essa obra teve importante difusão no Brasil, portanto merece ser brevemente citada. Para Verrucoli, a desconsideração da pessoa jurídica é uma ferramenta a serviço do Estado para evitar abusos, corrigindo coercitivamente a má aplicação dos privilégios concedidos<sup>143</sup>.

A base fundamental para seu desenvolvimento da primeira parte do livro é a noção de que a independência patrimonial é um privilégio especial concedido aos sócios. Dentre as teorias, ele adota a teoria da ficção. A pessoa jurídica é vista como um centro de imputação sem existência real, um fruto da criação estatal. A responsabilidade limitada é um privilégio que sequer é fundamental à pessoa jurídica e é dado para que uma finalidade social seja perseguida, trazendo desenvolvimento. Caso haja desrespeito aos fins pretendidos, o Estado não tem motivos para respeitar a pessoa jurídica ou a sua separação patrimonial 144.

Para evitar as situações de abusos que surgem em decorrência do mau uso desse privilégio há uma série de ferramentas que o Estado pode criar. Entre elas, está a desconsideração da pessoa jurídica<sup>145</sup>. E essa desconsideração, ou *superamento*, poderá ocorrer sempre que o Estado e a coletividade tiverem de ser protegidos pelos atos dos que perseguiram seus objetivos sem respeitar os limites previstos para a pessoa jurídica<sup>146</sup>.

A doutrina internacional sobre a teoria da desconsideração é ainda muito mais vasta do que o apresentado, como se poderia esperar. Na obra, A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, Lamartine Correia de Oliveira faz uma apresentação magistral sobre o direito alemão na teoria

<sup>145</sup> COELHO, 1989, p. 26.

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da Personalidade Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 32.

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> COELHO, 1989, p. 26.

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> COELHO, 1989, p. 26.

da desconsideração, com o estudo minucioso de doze autores<sup>147</sup>, sendo sem dúvida a maior sobre o tema. Na Itália, além de Verrucoli, o tema ainda mereceu a destacada atenção de Ascarelli e Rescigno<sup>148</sup>. Oliveira faz um estudo amplo da desconsideração em outros ordenamentos europeus, além de Itália e Alemanha.

Também são fontes relevantes do estudo no Direito Comparado as obras de João Casillo<sup>149</sup> e Oksandro Gonçalves<sup>150</sup>, ambos com estudos e indicações de dezenas de autores de outros ordenamentos. O estudo aqui realizado, inclusive por não ter pretensão de pesquisar a desconsideração no Direito Comprado, focou-se apenas no que havia de mais essencial ao tema.

# 1.3 Desconsideração da Pessoa Jurídica no Plano Nacional

#### 1.3.1 Introdução da Doutrina por Requião em 1969

O início estudo sobre a doutrina no Brasil se deu com Rubens Requião, da Universidade do Paraná, em conferência de 1969. Comemorando nascimento do fundador de sua faculdade, ele proferiu uma palestra histórica e de grande repercussão, intitulada Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctirne)<sup>151</sup>. Apesar disso, a desconsideração da personalidade jurídica se manteve razoavelmente desconhecida no Brasil por um longo tempo e, às vésperas de 1990, quando seria consagrada no Código de Defesa do Consumidor, existia pouca doutrina e jurisprudência<sup>152</sup>.

<sup>148</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 475.

<sup>&</sup>lt;sup>147</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 294.

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> CASILLO, João. Desconsideração da Pessoa Jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 528, 24-40, out. 1979.

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> GONÇALVES, Oksandro. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2005.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (*Disregard Doctirne*). Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 410, 12-24, dez. 1969. Republicado no livro do autor, Aspectos Modernos de Direito Comercial, de 1977. E novamente republicada na Revista dos Tribunais vol. 803 de setembro de 2002.

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup> Em 1989, Coelho escreve seu livro sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Sua introdução é sobre a falta de interesse do assunto no Brasil, que até aquele momento, 25 anos após a publicação de Serick, havia sido estudado apenas por Pontes de Miranda, Maria Helena Diniz, Rubens Requião, Fábio Konder Comparato e Lamartine Corrêa de Oliveira.

Requião coloca que a pessoa jurídica, conforme estava tratando no Brasil, criava um problema de consciência<sup>153</sup>. Os usos correntes a que ela estava sendo submetida causavam repugnação. Apesar disso, todos já estavam acostumados com a absoluta e insuperável separação entre a pessoa jurídica e seus formadores. E, graças a essa separação, era possível aos sócios passarem todos os seus bens a sociedades e depois se protegerem das suas dívidas alegando a separação. Graças a ela, a sociedade constituída pela esposa de um funcionário público pôde participar da concorrência que ocorria na sua repartição<sup>154</sup>.

Assim, foi com alívio que ele tomou conhecimento das teses desenvolvidas por Rolf Serick e Pierro Verrucoli. Naquele momento, não havia escritos sobre o assunto no Brasil. O conceito de desconsideração adotado é o de Serick: frente a casos extremos, prescindir da estrutura formal da pessoa jurídica, alcançando as pessoas e bens que se cobram com ela. Não é uma técnica voltada a anular a pessoa jurídica, mas desconsiderar, no caso concreto. "É caso declaração de ineficácia especial<sup>155</sup> da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos<sup>156</sup>".

A aplicação dessa teoria no Brasil, quando não havia qualquer lei que dela tratasse, foi o grande objeto da palestra. A crença é de que a doutrina poderia e deveria ser aplicada. A desconsideração fora uma reação normal da sociedade frente ao abuso da forma da pessoa jurídica e ocorreria em qualquer ordenamento que estabelecesse uma separação entre a pessoa jurídica e os seus integrantes, especialmente quando a separação alcançasse o patrimônio 157. "Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícito ou abusivo" 158.

Requião associa a desconsideração da personalidade à teoria do abuso do direito. O direito não existe fora de sua constante interpretação e reconstrução, rodeado de princípio e diretivas. Se um ato, embora fundado em direito garantido por lei, fugir de sua finalidade, será atentatório à noção geral de direito. Nem tudo o que é conforme a lei é legítimo e a sociedade garante prerrogativas a determinadas pessoas visando concretizar determinadas finalidades<sup>159</sup>. Se a pessoa jurídica é usada para fins alheios a sua razão de existir, a desconsideração da

<sup>153</sup> REQUIÃO, 1969, p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>154</sup> REQUIÃO, 1969, p. 13.

Em sua obra, Coelho chamaria o efeito de "suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica". COELHO, 1989, p. 54.

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> REQUIÃO, 1969, p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> REQUIÃO, 1969, p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>158</sup> REQUIÃO, 1969, p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> REQUIÃO, 1969, p. 16.

sociedade é que serve para impossibilitar a essa concretização. Aquele que abusa da pessoa jurídica é quem gera a desconsideração, ao não atender os requisitos para seu uso<sup>160</sup>.

Em outros países, como Alemanha, Itália e Estados Unidos, a jurisprudência enfrentou mais vezes esse abuso e lá a teoria se desenvolveu mais. Os casos de Serick e Verrucoli são apresentados demonstrando a aplicação da tese<sup>161</sup>.

Voltando ainda ao tema da aplicabilidade da teoria no país, conclui dizendo que:

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, para impedir a fraude e o abuso do direito, está, como vimos, consagrada na jurisprudência de diversos países, cuja cultura jurídica sempre influiu e inspirou os nossos juristas. É concebível pois que a "disregard doctrine" tenha reflexos em nosso direito, ou com ele seja compatível e aplicável<sup>162</sup>.

O autor passa então a buscar os casos em que a legislação e a jurisprudência nacional desconsideraram a personalidade jurídica. A primeira norma citada é na Conslidação das Leis do Trabalho, artigo 2º §2º16³, que prevê a desconsideração entre diferentes pessoas jurídicas para garantir os direitos trabalhistas. No direito tributário também se poderia encontrar exemplos, mas eles não são citados, já que o foco é o direito comercial 16⁴.

No direito comercial, cometendo um erro na visão dos demais autores que falariam no assunto, Requião cita os artigos 121 e 122 do Decreto-lei número 2627 de 1940<sup>165</sup>. A norma do artigo responsabilizava solidariamente os diretores e conselheiros, quando atuavam ilicitamente na condição de órgãos da sociedade. Pelo artigo 121, haveria responsabilidade do administrador quando agisse com culpa ou dolo, mesmo que dentro das suas atribuições. E, pelo artigo 122, responderia solidariamente quando não cumprisse obrigações ou deveres impostos pela lei<sup>166</sup>. Importantes autores discordam do entendimento sobre o Decreto-lei. Lamartine Corrêa diz que essa responsabilização dos diretores se dá por culpa ou dolo próprio, há uma imputação direta, sem haver desconsideração alguma<sup>167</sup>. A mesma posição é mantida por Coelho, ao dizer que a desconsideração pressupõe um deslocamento do centro de

<sup>161</sup> REQUIÃO, 1969, p. 18- 21.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> REQUIÃO, 1969, p. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>162</sup> REQUIÃO, 1969, p. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup> Consolidação das Leis do Trabalho, Artigo 2 ° § 2°: Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

<sup>&</sup>lt;sup>164</sup> REQUIÃO, 1969, p. 20.

O Decreto-lei 2627/1940 regulava as Sociedades Anônimas, e seria revogado em 1976 pela atual lei reguladora, a lei n. 6.404 de 1976.

<sup>&</sup>lt;sup>166</sup> REQUIÃO, 1969, p. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 555.

imputação, o que não ocorre porque a lei responsabilizou os administradores da sociedade por atos ilicitos seus<sup>168</sup>.

Na jurisprudência não é encontrada nenhuma referência expressa à desconsideração <sup>169</sup>. Apesar disso, são apresentados quatro casos que utilizam os conceitos formadores da teoria. Os casos não serão apresentados em profundos detalhes.

Um exemplo encontrado por Requião foi a Apelação Cível 9.247 do Tribunal de Justiça de São Paulo. O desembargador Edgard de Moura Bittencourt desconsiderou uma pessoa jurídica chamada Hospital Coração de Jesus S/A, para identificar parte do patrimônio dela com o do seu principal sócio, permitindo que eles fossem executados. Traz o magistrado que a execução se refere bens encontrados no apartamento do executado, que não apresenta justificativa aceitável; são bens que não poderiam ser adquiridos para um hospital (televisão, vitrola, geladeira doméstica). Diz no voto que pessoas físicas estavam organizando sociedades e lhes passando todos os seus bens, não possuindo nada e assim criando uma situação de patente inferioridade aos credores. E completa, com uma frase que ora já se tornou conhecida dos que estudaram a desconsideração:

A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atividade do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito<sup>170</sup>.

O segundo caso, Apelação Cível 105.835 do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi prolatado pelo ilustre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, desembargador, que teve seu voto vencido na tentativa de realizar a mesma identificação de patrimônios entre sociedade e sócio feita na apelação 9.247<sup>171</sup>.

O terceiro caso também trata de uma tentativa sem sucesso de usar conceitos da desconsideração. O Tribunal alterou a sentença originária em que um juiz considerara doação ilegal de um pai a alguns filhos, desconsiderando a pessoa jurídica utilizada para praticar o ato. O pai não doara diretamente a alguns dos seus filhos, mas sim, para uma sociedade criada

<sup>&</sup>lt;sup>168</sup> COELHO, 1989, p. 37.

<sup>&</sup>lt;sup>169</sup> REQUIÃO, 1969, p. 21.

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> REQUIÃO, 1969, p. 21.

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> REQUIÃO, 1969, p. 22.

pelo pai em nome desses filhos – a alteração do Tribunal, na apelação 104.001, foi para dizer que não havia ilegalidade no ato<sup>172</sup>.

O quarto caso, Apelação Cível 164.678 de São Paulo, envolvia sócios que receberam um perito para uma vistoria em sua sociedade. Os sócios receberam os peritos na condição pessoas físicas e mais tarde alegaram ilegitimidade passiva para a causa. Alegaram que a ação deveria ser voltada à pessoa jurídica por eles possuída, mas ocultada por eles mesmos durante a produção de prova. O tribunal considerou que a vistoria era válida porque os sócios estavam agindo contra ato próprio, não podendo invocar a própria malícia 173.

E o trabalho de Requião é encerrado com a preocupação de nunca deixar a teoria da desconsideração se tornar algo banal, trazendo insegurança sobre a pessoa jurídica. Um caso é apresentado e nele os sócios são responsabilizados pessoalmente por danos gerados por um incêndio em um imóvel alugado por sua sociedade, com a justificativa de que a obrigação tinha origem civil e não comercial – e por ser assim, não valeria o princípio da separação patrimonial. Requião aponta o erro nessa decisão e diz que toda a cautela da doutrina internacional ao aplicar a desconsideração deve existir também aqui, não permitindo seu uso de maneira desmedida<sup>174</sup>.

Como bem anota Lamartine Corrêa de Oliveira, Requião adota uma posição subjetiva, em tudo semelhante à de Rolf Serick<sup>175</sup>.

### 1.3.2 A Breve Passagem de Pontes de Miranda

Pontes de Miranda, em 1972, faz uma única passagem sobre a desconsideração 176, criticando-a duramente:

> O capitalismo monopolístico e oligopolístico internacional, que penetrava na Alemanha e da Alemanha também se irradiava, já inspirara a alguns juristas a desdemocratização das sociedades por ações, mas foi o advento do nacional-socialismo que lhe deu mais fácil caminho. O desprêzo das formas de direito das pessoas jurídicas, o "disregard of Legal Entity", provém de influências, conscientes e inconscientes, do capitalismo cego, que, chegando a negar, por vêzes, a "pessoa" jurídica privada, prepara o caminho para negar a "pessoa" do

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> REQUIÃO, 1969, p. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> REQUIÃO, 1969, p. 23.

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> REQUIÃO, 1969, p. 24.

<sup>&</sup>lt;sup>175</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 521.

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> COELHO, 1989, p. 9.

Estado. Tal internacionalismo voraz e a metafísica da extrema esquerda empregam, de lados opostos, as mesmas picaretas. Destrói-se ou tenta destruir-se todo o conceito de vontade social, todo o elemento democrático das sociedades privadas e públicas; nega-se o próprio sentido da liberdade de determinação de vontade dos sócios; chega-se a admitir a venda do voto dos acionistas, pelo empenho do seu interesse em cumpri-lo e pela desvirtuação da democracia, com o dinheiro, na própria formação das assembléias estatais 177.

Após esse único parágrafo citando o tema, Pontes de Miranda passa, então, a cuidar do poder de voto em assembleias. O texto trata a desconsideração da pessoa jurídica como uma ideologia nazista, tendente a acabar com a democracia dentro das sociedades anônimas. A visão é equivocada, a criação jurisprudencial se origina decisões ocorridas mais de meio século antes da segunda grande guerra, dentro dos Estados Unidos. A verdade é que o comentário vem a essa obra pela importância do autor, já que a sua leitura, na verdade, mostra um despreparo ao tratar o tem e destituição de maior valor científico. Não fosse ser a segunda abordagem que o tema teve no Brasil, não mereceria ser incluído no rol dos autores citados.

# 1.3.3 Noções Objetivistas de Comparato

Fábio Konder Comparato, professor da Universidade de São Paulo, marcou o direito comercial brasileiro com a obra O Poder de Controle na Sociedade Anônima. A terceira parte dela se refere ao estudo da Personalidade Jurídica e Poder e Controle e a maior parte é diretamente ligado à desconsideração da pessoa jurídica. A contribuição do autor é relevante por trazer novos pensamentos à doutrina, propondo critérios novos para a desconsideração.

Comparato estabeleceu uma desconsideração da pessoa jurídica com critérios objetivos, que acabaram não sendo acrescidos à legislação e não predominando na jurisprudência, mas que tem reconhecido valor.

O autor entende que o principal efeito da personalização é a separação patrimonial, ainda que esse efeito possa ser alcançado por outros meios legais <sup>178</sup>. Mas diz que ela deve ser afastada sempre que ocorram quatro diferentes hipóteses<sup>179</sup>: falta de um dos pressupostos

<sup>177</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, vol. L, § 5.323

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, p. 293.

179 COMPARATO, 1976, p. 294.

formais previstos em lei, desaparecimento do objeto social específico da sociedade, desaparecimento (ou descumprimento) do objeto social geral de produção e distribuição de lucros, ou quando houver confusão da atividade social com a atividade pessoal de algum sócio.

E explica que o desfazimento do efeito jurídico da personalização deve ocorrer sem a destruição da entidade e sem a anulação de ato ou negócio, mas sim pela ineficácia da separação patrimonial anteriormente existente<sup>180</sup>. A desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário, esse é o elemento que poderá preponderar sobre a consideração da personalidade jurídica e determinar sua ineficácia<sup>181</sup>.

O primeiro pressuposto, a falta de um dos requisitos formais, é explicavel com simplicidade. A perda da eficácia da separação patrimonial surgiria sempre que houvesse desobediência a pressupostos de criação da pessoa jurídica, como o arquivamento dos atos constitutivos no registro público, ou a pluralidade de sócios<sup>182</sup>. Apesar de simples, esse critério merece uma séria crítica – esse seria um caso de vício ocorrido durante o ato constitutivo. Coelho resume o assunto ao dizer que a falta de pressuposto formal não pode envolver desconsideração da pessoa jurídica, mas sim inexistência, nulidade ou anulabilidade do ato constitutivo<sup>183</sup>.

O segundo e o terceiro pressupostos para a desconsideração são o desaparecimento do objeto social específico da sociedade e desaparecimento (ou descumprimento) do objetivo social geral de produção e distribuição de lucros. Eles são tratados juntos, no estudo dos deveres e responsabilidades do titular *interna corporis*, desvio de poder e fraude à lei. A produção e distribuição de lucros é o objetivo final da sociedade a ser alcançado pelo exercício da atividade especificamente prevista no contrato ou estatuto como objeto social. Ao controlador compete o dever de atuar em vista dessa realização, em voto na assembleia e no decorrer de sua administração<sup>184</sup>.

Para garantir esses objetivos cuja falta leva à desconsideração, a lei impõe limites ao controlador. No nosso sistema, esses limites são dados na forma de garantias e deveres que o controlador deve prestar perante todos os outros proprietários da pessoa jurídica<sup>185</sup>. Se algum ato é praticado com desvio desses preceitos, normalmente para opressão dos não-

<sup>181</sup> COMPARATO, 1976, p. 295.

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> COMPARATO, 1976, p. 294.

<sup>&</sup>lt;sup>182</sup> COMPARATO, 1976, p. 293.

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup>COELHO, 1989, p. 42. Cfe. OLIVEIRA, 1979, p. 553.

<sup>&</sup>lt;sup>184</sup> COMPARATO, 1976, p. 315.

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup> COMPARATO, 1976, p. 316.

controladores, haverá um desvio de poder do controlador<sup>186</sup>. Não importa se o agente teve a intenção de prejudicar alguém ou fraudar a aplicação da lei, ou se tinha consciência do resultado. Tal prova pode ser diabólica e a melhor doutrina, para Comparato, manda analisar objetivamente a situação criada ou o ato praticado<sup>187</sup>.

Os exemplos mais comuns de atos dessa natureza são: a não distribuição de qualquer lucro por longos períodos, quando há condições para isso<sup>188</sup>; a votação em assembleia em benefício próprio e prejuízo da sociedade<sup>189</sup>; o pagamento de altas remunerações por funções de diretoria exercida por sócios, distribuindo lucros indiretamente com isso<sup>190</sup>; e, por fim, aumento de capital voltado a diminuir participação de alguns sócios<sup>191</sup>. Muitos desses atos respeitam formalmente a lei, mas desviam da finalidade pretendida.

E ocorrendo esses casos, havendo prejuízo aos sócios não-controladores em decorrência de desvio de poder do controlador da sociedade, os responsabilizados deverão ser aqueles que perpetuaram os atos, os administradores e sócios responsáveis. A pessoa jurídica não pode ser responsabilizada por um ato que não é dela, ainda mais quando o ressarcimento iria significar prejuízo aos não-controladores prejudicados, já que detêm capital naquela sociedade<sup>192</sup>.

Nada impede também que esse desvio de poder ocorra contra terceiros e isso é estudado dentro da responsabilização *externa corporis*. A sanção, igualmente, deve recair sobre o responsável pelo ato, desconsiderando a pessoa jurídica quando for necessário para atingi-lo<sup>193</sup>.

Dentro da responsabilização *externa corporis* Requião estuda o último pressuposto para a desconsideração, que ocorre quando houver confusão da atividade social com a atividade pessoal do sócio<sup>194</sup>. Esses casos basicamente são os das sociedades unipessoais, ou formalmente unipessoais, com um sócio dominando completamente a sociedade<sup>195</sup>. Havendo confusão patrimonial, esclarece, "se o controlador é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-a, dessarte, numa regra puramente unilateral" E, em conclusão ao tema,

<sup>187</sup> COMPARATO, 1976, p. 318.

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> COMPARATO, 1976, p. 317.

<sup>&</sup>lt;sup>188</sup> COMPARATO, 1976, p. 322-326.

<sup>&</sup>lt;sup>189</sup> COMPARATO, 1976, p. 321.

<sup>&</sup>lt;sup>190</sup> COMPARATO, 1976, p. 326.

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> COMPARATO, 1976, p. 327.

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> COMPARATO, 1976, p. 332.

<sup>&</sup>lt;sup>193</sup> COMPARATO, 1976, p. 349- 354.

<sup>&</sup>lt;sup>194</sup> COMPARATO, 1976, p. 354.

<sup>&</sup>lt;sup>195</sup> COMPARATO, 1976, p. 357.

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> COMPARATO, 1972, p. 362.

coloca que é admissível, *in genere*, a desconsideração da personalidade jurídica quando demonstrada a confusão de patrimônios<sup>197</sup>.

A conclusão sobre a visão de Comparato é que a desconsideração da personalidade ocorre com critérios diferentes. Até agora, ela era preconizada quando fosse usada para a lei, ou causasse prejuízos em contratos ou a terceiros. Comparato acrescenta outras: basta a caracterização do desrespeito àqueles pressupostos para que se faça a desconsideração e ela prescinde da necessidade de demonstração de vontade de uso para esses fins proibidos. Além disso, a confusão patrimonial, sem causar prejuízo, é vista como suficiente para a desconsideração, o que é fortemente combatido por Serick<sup>198</sup> e também pela doutrina nacional predominante atualmente. O tema da confusão patrimonial será retomado a seguir, na caracterização da teoria da desconsideração no Brasil

A desconsideração da pessoa jurídica em virtude de abuso de direito e a fraude a lei, ou seja, dentro da visão subjetiva, não é refutada pelo autor. Mas ele a critica. Primeiro por entender que a desconsideração deve ocorrer em resposta aos seus quatros pressupostos, sem necessidade de provas subjetivas – essas representariam apenas um acréscimo útil. A crítica principal, no entanto, ocorre porque a noção subjetiva genérica excluiria os casos de desconsideração em que não houvesse qualquer fraude ou abuso e, sim, o benefício da empresa<sup>199</sup>. A norma citada, nesse caso, é o artigo 8°, alínea *e*, do revogado Decreto 24.150 de 1934, ampliado pela súmula 468 do STF, que permitia a retomada de um imóvel alugado pertencente a uma pessoa jurídica, quando esse imóvel fosse ser usado pelo sócio com participação predominante no capital social da pessoa jurídica proprietária ou seu cônjuge<sup>200</sup>.

### 1.3.4 O Estudo Sistemático de Lamartine Correia de Oliveira

Outra contribuição fundamental ao tema da desconsideração foi a obra intitulada *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, de 1979, desenvolvida por José Lamartine Correia de Oliveira. A idéia de sua obra surgiu com a leitura de Serick e Verrucoli e acabou se concretizando no mais amplo e completo trabalho sobre o tema no Brasil<sup>201</sup>. Oliveira se refere

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> COMPARATO, 1976, p. 370.

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> SERICK, 1958, p. 41-42.

<sup>&</sup>lt;sup>199</sup> COMPARATO, 1976, p. 296.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> COMPARATO, 1976, p. 297.

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> OLIVEIRA, 1979, p. XII.

a uma dupla crise da pessoa jurídica. A primeira se refere à crise do sistema da pessoa jurídica, que estava se mostrando irremediavelmente insuficiente para compreender e regrar suficientemente a realidade imposta pelo seu uso. Ali são estudados temas como a associação irregular, a sociedade irregular, o condomínio impróprio.

A segunda crise é a crise da função da pessoa jurídica. Faz-se o estudo do uso da pessoa jurídica para fins diversos dos pretendidos, causando danos à sociedade ou aos que se relacionam com a pessoa jurídica<sup>202</sup>. Nessa parte do trabalho, feita no capítulo IV, é que se encontra o maior, mais completo e possivelmente mais equilibrado estudo sobre a desconsideração da personalidade jurídica do Brasil.

O autor segue uma linha semelhante com a adotada aqui, iniciando seu estudo no berço da desconsideração, os Estados Unidos<sup>203</sup>.

Depois, o autor inicia no estudo da contribuição alemã à jurisprudência<sup>204</sup> e à doutrina. A obra principal é a de Serick, estudada com detalhamento e comentários ricos<sup>205</sup>. Apesar disso, o grande mérito do autor está na análise feita posteriormente, sobre a repercussão da obra de Serick dentro da doutrina alemã e a resposta dada à sua sistematização. Doze obras de autores alemães são estudadas e trazem diversas visões novas sobre a desconsideração, algumas com critério mais objetivos. O estudo é fruto de uma viagem de seis meses à Alemanha, em que coletou material em diferentes faculdades e institutos, tendo conhecido e trocado experiências com os maiores doutrinadores do assunto no país.

Também há um estudo de direito comparado, no qual outros países são estudados com a citação de alguns autores, mas em um estudo muito mais reduzido<sup>206</sup>.

Sobre a desconsideração no Brasil, a opinião é de que a doutrina ainda precisava amadurecer mais. Naquele momento, a jurisprudência aplicava a desconsideração com muito cuidado, preferindo de modo gerar evitar a responsabilização dos sócios mesmo quando isso causava injustiças<sup>207</sup>.

Sobre a jurisprudência existente no Brasil, é feito um estudo no formato utilizado por Serick, com a mesma classificação<sup>208</sup>.

O estudo inicia com o uso da desconsideração para afastar a fraude a dever contratual<sup>209</sup>. O primeiro e principal caso citado é de José João Abdalla, que adquiriu em um

<sup>203</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 264.

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 282.

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 296.

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 456.

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 520.

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 521.

curto espaço de tempo 78% das ações de uma sociedade. Para conseguir adquirir mais 20% da sociedade, pertencentes ao diretor-gerente, ele se comprometeu pessoalmente a aprovar todas as contas desse diretor na Assembleia Geral<sup>210</sup>. Uma vez feita a compra, Abdalla usou outra sociedade que lhe pertencia para acionar o diretor-gerente por atos dentro da sociedade. A conclusão do juiz é de que esse é um caso em que "a sociedade está sendo fraudulentamente utilizada para a violação de um contrato a que se vinculou o sócio majoritário"<sup>211</sup>. Essa jurisprudência é especialmente importante por ter sido das primeiras a invocar expressamente a Teoria da Desconsideração, utilizando a formulação dada por Serick, de má-fé no uso da sociedade para se furtar a uma proibição contratual<sup>212</sup>. Um segundo caso ainda é apresentado pelo autor na linha da fraude contratual<sup>213</sup>.

Nas decisões contra a fraude à lei, o caso citado é o descrito acima por Requião, de sócio majoritário que comprou bens de uso pessoal através de pessoa jurídica (um hospital) que possuía, evitando a possibilidade de ter esses bens executados por suas dívidas pessoais<sup>214</sup>.

Ainda são estudados casos semelhantes em que se desconsideram os efeitos da pessoa jurídica em função de questões processuais<sup>215</sup> e em questões envolvendo responsabilidade de sócio por insolvência da sociedade<sup>216</sup>.

Esse estudo de casos leva a conclusão de que a jurisprudência brasileira ainda é hesitante e aplica a desconsideração como ela era aplicada na Alemanha antes da obra de Serick, invocando princípios de justiça do caso concreto, realidades da vida<sup>217</sup>. A falta de conhecimento doutrinário sobre as discussões que já aconteciam há mais de uma década em outros países era a responsável por esse estágio ainda inicial de desenvolvimento. Assim, o autor se diz convencido de que o assunto ainda não é maduro no Brasil, precisa avançar mais<sup>218</sup>.

O final do estudo se dá com o estudo da doutrina, especificamente de alguns pareceres<sup>219</sup> e da contribuição de Fábio Konder Comparato ao tema<sup>220</sup>.

<sup>209</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 521.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 522.

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 523.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 524.

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 525-529.

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 530.

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 533.

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 536.

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 541.

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 542.

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 542-550.

<sup>&</sup>lt;sup>220</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 551.

### 1.3.5 Transição ao Momento Atual da Doutrina

A doutrina sobre desconsideração da personalidade jurídica no Brasil não foi significativa antes do seu surgimento no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Essa é a conclusão que se pode retirar do fato de não existir realmente volume doutrina a ser estudada — existiram poucos autores que estudaram o assunto, principalmente com as considerações existentes no Direito Comparado, para chegar às suas conclusões. Tais pesquisas, no entanto, sequer podem ser organizadas na forma de desenvolvimento de uma teoria brasileira sobre desconsideração.

A jurisprudência brasileira, como dito por Lamartine Correia de Oliveira, era recente. Houve aplicação de noções de desconsideração ao longo do tempo e isso é natural, pois fazer a desconsideração (mesmo sem dar o nome, ou sequer conhecer a teoria) é uma necessidade inerente à existência de pessoas jurídicas e abusos que surgem daí. No entanto, não houve a adoção segura da desconsideração, que passasse a ser introduzida em todos os casos que surgiam com aquelas configurações. Em verdade, a jurisprudência passou longe disso, tanto é que os mais competentes autores de direito comercial no Brasil lutaram para encontrar exemplos de sua aplicação e, não raro, o que encontraram foram exemplos de tentativas sem êxito, já que afinal, prevalecia a separação patrimonial.

A atenção agora se volta ao que atualmente se entende por desconsideração da personalidade jurídica, as tentativas de conceito moderno para a teoria, a separação dela da responsabilização por ato próprio. Mas principalmente, a atenção é dada à continuação das teses até agora discutidas. Tudo o que se estudou até agora, sejam por critérios subjetivos ou objetivos, é uma busca por garantir o bom uso da pessoa jurídica. Uma defesa feita ao instituto, aperfeiçoando ele.

A outra parte dessa obra são vistos os dois pressupostos atuais para a desconsideração, isso forma a sua dualidade. A outra consideração será de cunho social, voltada ao desenvolvimento da comunidade. Diferente do que se leu na doutrina internacional antiga e diferente do que qualquer autor trouxe até agora, a desconsideração vai ganhar um novo uso no Brasil. Ela não será feita para aprimorar o instituto, como tudo que se estudou até agora, ela será feita para privilegiar alguns membros da sociedade, limitando a proteção outorgada pela pessoa jurídica.

# 2 OS DOIS FINS DA DESCONSIDERAÇÃO

# 2.1 Teoria da Desconsideração para o Desenvolvimento da Pessoa Jurídica

## 2.1.1 Conceito de Desconsideração da Pessoa Jurídica

Com o que foi até aqui estudado, pode-se notar que o conceito de desconsideração da pessoa jurídica deverá se fundar na correção do seu uso, protegendo a pessoa jurídica e protegendo daqueles que dela se utilizam para cometer fraudes e abusos. Muitos autores tratam do tema sem, no entanto, condicioná-lo em um conceito. Isso é resultado da diversidade de teorias que existem, da complexidade encontrada em casos concretos, dos diversos tipos de pessoas jurídicas, da grande gama de realidades que poderiam estar instaladas no interior de uma pessoa jurídica.

Rolf Serick, o estudioso clássico a introduzir a matéria, não formulou um conceito. No entanto, ele criou as suas quatro proposições<sup>221</sup>.

Outros autores que estudam o tema também não trazem um conceito. Nessa lista estão Pierro Verrucoli, Fábio Konder Comparato, José Lamartine Correia de Oliveira. Todos eles apresentam as condições para seu uso, seu efeito, mas não o conceituam. Sobre o assunto, Marçal Justen Filho disse apenas três anos antes do Código de Defesa do Consumidor:

A novidade do tema da desconsideração da personalidade não permitiu, até agora, a formulação precisa de um conceito nos moldes tradicionais e clássicos do trabalho da dogmática jurídica. É bem verdade que, além da novidade do tema, também é empecilho à formulação de um tal conceito a peculiaridade do "fenômeno desconsiderativo". A teoria da desconsideração não se afina perfeitamente com a forma de trabalho e com os pressupostos metodológicos da ciência do direito<sup>222</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>221</sup> SERICK, 1958, p. 241.

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> JUSTEN FILHO, 1987, p. 52.

Apesar disso, outros autores se aventuraram nessa conceituação. E parece ser equilibrado o conceito de Coelho:

O juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito<sup>223</sup>.

É um conceito curto, mas capaz de preencher o conteúdo mais essencial da doutrina da desconsideração. O resultado de sua aplicação é o desconhecimento dos efeitos que o ato constitutivo da pessoa jurídica traria e só pode ocorrer por ato do Poder Judiciário. Normalmente se retira a ineficácia da separação patrimonial. Apesar disso, qualquer outra característica da pessoa jurídica que possa servir de impedimento à aplicação da lei ou à imputação de alguma responsabilidade pode ser desconsiderada. Ele ocorre quando a pessoa jurídica for usada alcançar algum fim proibido, por fraudar ou abusar de direito. A referência a eficácia do ato constitutivo remete às características surgidas com o início da personalidade.

O entendimento subjetivo de Serick, afinal, é a tese que deve predominar nessa forma de aplicação da desconsideração.

Fraude pode ser definida, na clássica doutrina de Clóvis Bevilacqua, como "artifício malicioso para prejudicar terceiro, de *persona ad personam*"<sup>224</sup>. Tem que se provar a consciência danosa do comportamento. Pode-se provar a intenção, é um adicional, mas essa é muitas vezes uma prova difícil, que inviabilizaria a aplicação em casos próprios de aplicação e, por isso, não é essencial<sup>225</sup>. A consciência do estado das coisas criado pelo ato é suficiente para a desconsideração.

Abuso de direito, por sua vez, ocorre quando o titular de um direito o utilizar em desacordo com a finalidade social para o qual aquele direito for concedido, causando um prejuízo a alguém e não trazendo a utilidade pretendida pela lei<sup>226</sup>. Novamente, sua caracterização é pela prova de que a situação criada pelo ato seja de conhecimento do seu ator. Dispensa-se a prova da intenção deliberada do autor de prejudicar<sup>227</sup>. Apesar da subjetividade da teoria de Serick, parece correta a definição de cunho mais objetivo nessa

<sup>&</sup>lt;sup>223</sup> COELHO, 1989, p. 54.

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> BEVILACQUA, Clovis. Teoria Geral do Direito Civil. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1955, p. 210.

Essa é a posição adotada por Coelho, que prefere esse caráter objetivo da noção de fraude, por ser mais equilibrado. Apesar disso, seria concebível a necessidade da prova da intenção, se uma linha subjetiva mais radical for utilizada. COELHO, 1989, p. 57.

<sup>&</sup>lt;sup>226</sup> COELHO, 1989, p. 59.

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> COELHO, 1989, p. 61.

específica caracterização de dolo e culpa, tal flexibilidade é essencial ao funcionamento prático da teoria. A intenção, nos termos hoje reconhecidos, caracterizar-se-ia, eventualmente, como prova diabólica.

Em resumo: a fraude é o artifício para prejudicar terceiros, é um ato ilícito causando dano. O abuso de direito, por sua vez, causa um prejuízo, mas é através da utilização distorcida de um direito efetivamente possuído.

Outra conceituação notável é feito por Justen Marçal Filho, a despeito das dificuldades por ele apontadas para se fazer isso:

É a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica<sup>228</sup>.

A ênfase nesse conceito é de que a desconsideração é a suspensão da incidência de alguma das regras acerca da personalidade. Com o efeito ocorrendo sem a discussão da existência ou validade da personalidade outorgada, mas sim, com o seu afastamento episódico, afetando apenas os negócios que alcançariam um fim proibido na norma jurídica.

Como em qualquer ramo, a determinação de conceitos seguros é fundamental para a aplicação das teorias e para o avanço científico de um tema. Nesse aspecto, essas duas teorias apresentam os aspectos principais da doutrina. Ainda assim, sozinhas, elas são insuficientes. É preciso caracterizar os elementos delas.

# 2.1.2 Características da Desconsideração da Pessoa Jurídica

Em formulação nossa, atendendo às finalidades da tese aqui defendida, define-se desconsideração da pessoa jurídica nos termos a seguir: "A desconsideração da pessoa jurídica é a suspensão episódica de aspecto da personalidade da pessoa jurídica para evitar fraude, abuso de direito ou danos a sujeitos específicos da sociedade."

É um conceito aberto, quase desprovido de valor prático e com o valor teórico apenas de não ferir as teorias existentes. Assim, ele precisa de uma série de considerações, as quais não são unívocas na doutrina, mas são as que pareceram mais equilibradas e tendentes a

\_

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> JUSTEN FILHO, 1987, p. 57

garantir a praticidade e aplicabilidade da teoria<sup>229</sup>. Em busca não exaustiva na doutrina, que é muito extensa, far-se-á uma caracterização plena do fenômeno da desconsideração.

#### 2.1.2.1 Direito Privado

Pessoas jurídicas podem ser entidades públicas ou privadas. A teoria da desconsideração foi idealizada e deve ser aplicada sobre pessoas jurídicas de direito privado<sup>230</sup>. Pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas surgidas em virtude da descentralização administrativa não podem ser alvos dessa teoria. No caso de entes federados, cada pessoa detém uma maneira própria de representação e normas de responsabilização daqueles que exercem poder dentro dela. Quanto às pessoas jurídicas da Administração deverão se aplicar as regras de Direito Público, especialmente o Direito Administrativo.

### 2.1.2.2 Entes Detentores de Personalidade

Entende doutrina que a desconsideração pressupõe um ente detentor de personalidade jurídica<sup>231</sup>. No nosso ordenamento, são entes de direito privado personificados no direito civil e empresarial: a sociedade em nome coletivo, a comandita simples, a comandita por ações, a sociedade limitada e a sociedade anônima. Os entes sem personalidade, previstos no nosso ordenamento, como a sociedade em comum, a sociedade em conta de participação, a massa falida, a herança jacente, o condomínio, têm normas diferentes e a princípio não poderiam ser alvos de desconsideração.

No entanto, é concebível que alguma característica de entes sem personalidade pudesse servir de artifício para fraudar a lei ou abusar de algum direito. A separação

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> Como exemplo da diversidade de opiniões, há indicação da desconsideração da pessoa jurídica até em função de uma sociedade não ser localizada no endereço indicado para a citação. PINTO, Eduardo Viana. Desconsideração da Personalidade Jurídica no novo Código Civil. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 83.

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup> Doutrina sobre a característica: OLIVEIRA, 1979, p. 25-31.

Doutrina sobre a característica: JUSTEN FILHO, 1987, p. 55 e p. 58; SILVA, 2009, p. 67 e p. 158-162; KOCH, Dionísio. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 74.

patrimonial dos entes personificados inexiste, mas muitas outras prerrogativas e características típicas de pessoas jurídicas estão presentes neles. Nenhuma discussão sobre a possibilidade de aplicação da desconsideração em entes sem personalidade foi feita na doutrina. A despeito disso, o uso da técnica parece possível – a maior inadequação existente é do nome "desconsideração da pessoa jurídica", mas os outros elementos que envolvem a técnica não demonstram inaplicabilidade, já que seria um meio de evitar abusos desses entes<sup>232</sup>. Não é finalidade de essa obra discutir tal finalidade, mas ela não deveria ser descartada de plano frente a necessidades que possam surgir.

# 2.1.2.3 Ineficácia Episódica da Personalidade como Efeito

A desconsideração gera o afastamento de alguma característica da personalidade da pessoa jurídica<sup>233</sup>. Qual ou quais características dependerão do caso concreto. Predominantemente, ocorre o afastamento da independência patrimonial. É possível, no entanto, que seja desconsiderada a pessoa jurídica para estender uma obrigação, como a proibição de fazer certa atividade à pessoa jurídica, quando ela existia apenas ao seu controlador. Por exemplo, se uma pessoa natural se compromete a não mais produzir certo tipo de ferramenta por dez anos e funda uma pessoa jurídica apenas com essa finalidade, a desconsideração servirá para proibir a pessoa jurídica de realizar tal atividade.

Uma classificação relevante sobre a ineficácia é feita por Justen Marçal Filho. Diz o autor que é de intensidade máxima uma desconsideração, quando a obrigação é criada ou transferida completamente para outra pessoa. Será média quando uma outra pessoa passa a ser responsável solidária. E de intensidade mínima, quando outra pessoa passa a ter responsabilidade subsidiária<sup>234</sup>. A classificação é aceitável, mas desaconselhável, pois não se pode olvidar que os efeitos da desconsideração são vastos e talvez não caibam nessa

<sup>&</sup>lt;sup>232</sup> Koch chega a adentrar no problema e nega essa possibilidade, ao abranger a desconsideração apenas aos entes personalizados. Apesar disso, o autor só cita a inexistência se separação patrimonial como motivo para não aplicação da desconsideração a outros entes, não discutindo, portanto, o assunto em toda a sua dimensão. KOCH, 2005, p. 74-75.

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> Doutrina sobre a característica: COELHO, 1989, p. 50; KOCH, 2005, p. 37; COMPARATO, 1976, p. 294 e seguintes; JUSTEN FILHO, 1987, p. 55-56 e p. 68-69; SILVA, 2009, p. 69; GONÇALVES, 2005, p. 45-48; SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Desconsideração da Personalidade Jurídica Teoria e Legislação no Brasil. Revista Faculdade de Direito de Campos, Campos de Jordão, v. 9, p. 399-424, dez. 2006, p. 405.

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> JUSTEN FILHO, 1987, p.61. Cfe. BODNAR, Zenildo. Responsabilidade Tributária do Sócio-Administrador. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2006, p. 168-169.

classificação por intensidade. Podem surgir obrigações completamente independentes dos atos que levaram à desconsideração, ligadas apenas à reparação do prejuízo causado. Ou ainda, podem surgir obrigações apenas para as pessoas naturais que integrarem a pessoa jurídica. Peculiaridades de cada caso podem prejudicar uma tentativa de generalidade que essa classificação tenta fazer.

Outra distinção relevante ao entendimento da matéria é trazida por Tôrres, que trata das duas funções da desconsideração da personalidade jurídica. A função substantiva e a função instrumental<sup>235</sup>. A função substantiva é quando a desconsideração é, em si, um meio sancionatório em função do mau uso da sociedade. A função instrumental é quando ela é usada como instrumento jurídico que permite a aferição de determinada situação e essa, por sua vez, é que sofre a sanção legal cabível. A desconsideração, nesse caso, é usada unicamente como o meio para a determinação de fatos.

A título de alerta, frisa-se que a desconsideração pode levar a efeitos sobre fatos jurídicos da pessoa jurídica que não foram, em si, realizados com fraude ou abuso de direito. A ineficácia ocorre sobre efeito da personalidade e desencadeia uma imprevisível consequência sobre os fatos concretos, de acordo com cada situação concreta. Há confusão, inclusive entre autores renomados, entendendo que a desconsideração gera alterações no plano da eficácia dos atos irregulares que causaram a desconsideração – e tal não ocorre, a ineficácia é sobre a personalidade. A desconsideração pode ter efeito sobre a eficácia dos atos ligados à irregularidade ou não<sup>236</sup>, quando tiver, normalmente será para mudar a imputação do ato.

<sup>&</sup>lt;sup>235</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. Regime Tributário da Interposição de Pessoas e da Desconsideração da Personalidade Jurídica: os Limites do art. 135, II e III, do CTN. In Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 47-56.

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> Demonstrando a efetiva existência dessa confusão: "Cabe assinalar, neste passo, que a desconsideração da personalidade jurídica das Agravantes não implica na invalidade, absoluta ou relativa, dos atos praticados. A análise não se situa no plano da validade, e sim no da eficácia desses negócios jurídicos. Quer isso dizer que esses negócios permanecem válidos, não foram declarados nulos nem anulados. Apenas não surtem efeitos em relação à massa falida." VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Falência - Desconsideração da Personalidade Jurídica. Revista de Direito mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, ano XXXIX, vol. 12, 165-172, Out-Dez, 2000, p. 167.

#### 2.1.2.4 Indiscutibilidade da Inexistência ou Invalidade da Pessoa Jurídica

A teoria da desconsideração não se presta a discutir a existência ou validade do ato que constituiu a pessoa jurídica, nem sua posterior regularidade<sup>237</sup>. A pessoa jurídica, detentora de todas as suas características continua intocada em essência – e não perderá essas características de maneira definitiva. Ocorrida a desconsideração, se avaliará dentro da pessoa jurídica para determinar os efeitos daí supervenientes, modificando, criando ou extinguindo direitos e obrigações. A personalidade jurídica, em abstrato, não é afetada definitivamente, suas características permanecem intactas a não ser para os transitórios efeitos da desconsideração.

# 2.1.2.5 Alcance Subjetivo

A desconsideração poderá ser usada para gerar a responsabilidade da pessoa natural que usa a pessoa jurídica para fins proibidos, seja controladora dessa pessoa ou não, tenha propriedade de parte dela ou não<sup>238</sup>. O cometimento de uma fraude e o abuso de direito através de uma pessoa jurídica podem ser resultado do ato cometido por alguém que detém apenas vínculos empregatícios com ela. Qualquer um em condições de fazer uma pessoa jurídica atuar está em condições de usar seu poder para fins proibidos.

A técnica também poderá ser usada para gerar a responsabilização de uma ou mais pessoas jurídicas de obrigação que até então era restrita a alguma pessoa natural. Assim ocorre quando uma pessoa jurídica fica obrigada a se omitir de realizar certa atividade em função da proibição feita ao seu fundador e controlador. Na doutrina, isso é por vezes

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> Doutrina sobre a característica: COELHO, 1989, p. 50; KOURY, 2002, p. 53-55 e p. 71-72. COMPARATO, 1976, p. 29; JUSTEN FILHO, 1987, p. 56 e p. 71-78; SILVA, 2009, p. 69; GONÇALVES, 2005, p. 45-48; SOUZA, SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Desconsideração da Personalidade Jurídica Teoria e Legislação no Brasil. Revista Faculdade de Direito de Campos, Campos de Jordão, v. 9, p. 399-424, dez. 2006, p. 405; BODNAR, 2006, p. 168-169; WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. Desconsideração da Personalidade Jurídica e seus Efeitos Tributários. *In* Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 247-248.

Doutrina sobre a característica: PINTO, 2003, p. 54 e p. 73-75. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 62 e p. 86-96; SILVA, 2009, p. 67; BODNAR, 2006, p. 174-176.

mencionado como Desconsideração da Personalidade Inversa, ou na Forma Inversa<sup>239</sup> e até sua eventual proibição, por incompatibilidade com a tese é levantada<sup>240</sup>. A nosso ver, esse alcance é mera peculiaridade possível no caso concreto, que certamente ocorrerá, devendo-se ter cautela com a nomenclatura, já que pode levar a desentendimentos. Este é também o posicionamento de Salomão Filho, mas o autor alerta que na Alemanha, essa forma de desconsideração "inversa" só é aceita em sociedades unipessoais. A jurisprudência alemã é assim porque essa espécie de desconsideração poderia responsabilizar integrantes que não cometeram qualquer ato ilegal se fosse aplicada em pessoas jurídicas de vários integrantes.<sup>241</sup> O autor discorda dessa limitação alemã, dizendo que nesses casos, o cuidado a ser tomada seria limitar a responsabilidade criada ao ganho injustamente auferido pela sociedade, assim, não causando prejuízo patrimonial a outros sócios<sup>242</sup>.

Por fim, a desconsideração poderá se dar para estender a responsabilidade de uma pessoa jurídica para outra ou várias outras pessoas jurídicas. Esse é o exemplo dado por Serick, típico de responsabilidades por acidentes estendidas a sociedades matrizes, quando caberiam inicialmente às filiais, essas com capital muito pequeno, completamente controladas e com os mesmo sócios que suas matrizes. Esse também o exemplo contido na CLT, artigo 2°, § 2°243, caso se considere esse um exemplo de desconsideração 244.

### 2.1.2.6 Alcance Objetivo

A quantidade de atos afetados pela desconsideração depende inteiramente do caso concreto. Um único negócio jurídico pode ser afetado, ou todos os negócios jurídicos feitos

...

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup> KOCH, 2005, p. 72.

<sup>&</sup>lt;sup>240</sup> SILVA, 2009, p. 93.

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 222.

<sup>&</sup>lt;sup>242</sup> SALOMÃO FILHO, 2006, p. 224.

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> Consolidação das Leis do Trabalho, decreto-lei 5.452 de 1943: Art. 2°, § 2°: "Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas."

<sup>&</sup>lt;sup>244</sup> Parte da doutrina diverge sobre o parágrafo 2°, § 2° da CLT ser de desconsideração por acharem se tratar de caso de simples responsabilidade solidária, tal discussão é abordada a seguir. GONÇALVES, 2005, p. 64-65; SILVA, 2009, p. 181.

com a finalidade proibida ao longo de muitos anos<sup>245</sup>. Eventualmente, um único ato que enseje a desconsideração poderá causar uma responsabilização grande o suficiente para determinar a própria liquidação da pessoa jurídica na tentativa de reparar os danos, alterando uma grande quantidade legítimos de negócios que estavam sendo realizados até aquele momento.

Justen Marçal Filho elaborou uma classificação também para a extensão objetiva da desconsideração. Seria mínima quando tivesse efeitos sobre apenas um ato. Média, quando os efeitos se dessem sobre a série de atos que levaram à fraude ou ao abuso de direito. Por fim, seria total quando desconsiderasse todos os atos praticados por uma pessoa durante certo tempo – uma modalidade muito rara<sup>246</sup>.

O fato importante é a desconexão entre o ato (ou atos) que deram origem à desconsideração e aqueles que serão afetados. Por exemplo, se a desconsideração gerar uma responsabilidade à matriz principal sobre um enorme dano, superior a todo o patrimônio da matriz, por fato antes imputado a uma filial, um possível efeito é desfazer a maior quantidade possíveis de atos que pudessem significar perda de patrimônio da matriz, bem qualquer distribuição de lucros.

# 2.1.2.7 Desconsideração em Benefício da Pessoa Jurídica

A desconsideração pode ser utilizada para o benefício da pessoa jurídica. Não se trata do exemplo de Comparato, quando a legislação permitia a retomada de imóvel alugado pertencente a uma sociedade para ser usado pelo seu proprietário da sociedade ou seu cônjuge<sup>247</sup>. Trata-se da hipótese em que um dos integrantes da pessoa jurídica causa dano patrimonial à pessoa jurídica de que faz parte. Nesse caso, qualquer prejudicado poderá usar a técnica da desconsideração para responsabilizar esse integrante — credores, sócios, administradores, trabalhadores. Por exemplo: em uma sociedade anônima, há quatro sócios, cada um com 25% das ações. Se um deles usa a pessoa jurídica para gerar privilégio pessoal em prejuízo da pessoa jurídica, todos os outros sócios e a própria pessoa jurídica poderão tentar usar a desconsideração caso seja a técnica mais apropriada.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> Doutrina sobre a característica: JUSTEN FILHO, 1987, p. 62-63; VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 293.

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> JUSTEN FILHO, 1987, p. 62.

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> COMPARATO, 1976, p. 296.

A desconsideração em benefício da sociedade ganha uma dimensão especial em sociedades de capital aberto ou em que haja alguma participação estatal, quando então, qualquer prejuízo à pessoa jurídica é de interesse de um grande grupo de pessoas.

#### 2.1.2.8 Subsidiariedade

A teoria da desconsideração é de uso subsidiário, salvo ordem legal<sup>248</sup>. A teoria da desconsideração, desde o surgimento, era mecanismo jurisprudencial para a resolução de situações não previstas em lei. Quando o ordenamento jurídico prevê expressamente o efeito de algum ato ilícito relacionado à pessoa jurídica com outra solução, é afastado o uso da teoria. Essa previsão legal é comum, especialmente nos casos de responsabilização direta de alguns sujeitos. No entanto, no Código de Defesa do Consumidor ou no Código Civil, já que há menção expressa ao seu uso, ela será utilizada nos termos previstos.

### 2.1.2.9 Dano Real ou Iminente

Evitar a ocorrência de um dano é a finalidade da desconsideração<sup>249</sup>. Assim, situações em abstrato não justificam a proposição desse efeito<sup>250</sup>. A mera confusão patrimonial ou o

\_

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> Doutrina sobre a característica: COELHO, 1989, p. 63; KOCH, 2005, p. 58-69; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o Direito do Consumidor: um Estudo do Direito Civil-Constitucional. *In* Problemas de Direito Civil Comercial. TEPEDINO, Gustavo (Organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 262; OLIVEIRA, 1979, p. 611; BODNAR, 2006, p. 170-171; TÔRRES, 2005, p. 50-51.

Doutrina sobre a característica: discordando em inúmeros pontos dessa posição, COMPARATO, 1976, p. 293-304; concordando com a posição JUSTEN FILHO, 1987, p. 56-57; SILVA, 2009, p.86-91; BODNAR, 2006, p. 172-173; QUEIROZ, Mary Elbe. A Elisão e a Evasão Fiscal: O Planejamento Tributário e a Desconsideração dos Atos, Negócios e Personalidade Jurídica. In Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 136-137.

<sup>&</sup>lt;sup>250</sup> Tendo isso em vista, refuta-se o critério da desconsideração de cunho objetivo em virtude da confusão patrimonial feito por Comparato. A mera confusão patrimonial entre sócio e sociedade, antes de ter se mostrado concretamente nociva ao interesse de alguém, não é justificativa para a desconsideração. Ver COMPARATO,

desrespeito à forma societária<sup>251</sup>, sem causar dano, não é o suficiente. Válido é o comentário de Bodnar:

> ... é necessária a comprovação da ocorrência de prejuízo efetivo a interesses de terceiros. Trata-se de pressuposto lógico, sem o qual não há nem mesmo interesse jurídico, por ausência de lesão ao bem jurídico que se pretenda eventualmente tutelar em juízo<sup>252</sup>.

Especificamente sobre a confusão patrimonial, elencada no artigo 50 do Código Civil como hipótese de desconsideração, é importante fazer essa distinção. Não caberá a desconsideração a menos que haja fato jurídico capaz de causar dano a alguém e a pessoa jurídica servir de impedimento devido à forma como foi utilizada.

# 2.1.2.10 Distinção de Ato Próprio da Pessoa Natural

Os integrantes da pessoa jurídica (sócios ou controladores) podem ser responsabilizados, direta, solidária, ou subsidiariamente por obrigações da sociedade em decorrência de ato próprio<sup>253</sup>. A construção doutrinária predominante e mais desenvolvida entende que esses atos previstos em lei, quando cometidos, não podem ser imputados à pessoa jurídica. Isso ocorre porque as pessoas naturais que cometeram aquele ato não estavam agindo como órgão da pessoa jurídica. "Esse efeito da lei é mera decorrência de ato ilícito seu e não envolve qualquer quebra ao princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa-membro"<sup>254</sup>. Essa preferência de Oliveira é pela imputação em que predomine a realidade sobre a aparência<sup>255</sup>.

1976, p. 370. Pinto também se posiciona pela possibilidade de desconsideração em função da simples confusão. PINTO, 2003, p. 79. O posicionamento de só usar a técnica frente à existência de dano também pode ser encontrado na doutrina, por Marçal Justen Filho e Gonçalves JUSTEN FILHO, 1987, p. 56; GONÇALVES, Oksandro. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil. In Jurisprudência Brasileira -Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba, Juruá, 2002, p. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>251</sup> O desrespeito à forma societária, sem causar danos, não enseja a desconsideração. E, sendo mais específico, dentro do contexto trazido por Comparato, de desrespeito à forma societária em formalidade na constituição da pessoa jurídica, o caso seria de inexistência ou invalidade da constituição. COMPARATO, 1976, p. 297. Sobre o assunto, conferir a opinião, a nosso entender mais abalizada e, portanto, adotada, de JUSTEN FILHO, 1987, p.78-79. <sup>252</sup> BODNAR, 2006, p. 173.

<sup>&</sup>lt;sup>253</sup> Doutrina sobre a característica: JUSTEN FILHO, 1987, p. 57; SILVA, 2009, p.158-162 e p. 175-190; GONÇALVES, 2005, p. 51-56 e p. 57-64; OLIVEIRA, 1979, p. 610 e p. 613; BODNAR, 2006, p. 184-205. <sup>254</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 520.

<sup>&</sup>lt;sup>255</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 613.

Esse posicionamento, de não considerar tais situações como desconsideração, é um desenvolvimento antigo, que domina amplamente na doutrina e jurisprudência. Apesar disso, esse é um tema amplamente discutido e não raro ocupa mais espaço do que qualquer outro nos livros sobre desconsideração publicados na última década. Os autores convergem com segurança para o entendimento de que não há desconsideração nesses casos, mas demonstram necessidade e dificuldade de explicar o porquê.

Há na doutrina opinião diversa, que vê nesses casos uma adoção normativa da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Quem melhor desenvolveu o raciocínio foi Justen Marçal Filho, em resposta direta ao argumento de Oliveira, acima citado, ao dizer:

Pedimos autorização para discordar e insistir na conceituação formulada, por dois fundamentos. O primeiro é o de que a definição da desconsideração é estipulativa. Portanto, não vislumbramos, ainda aqui, uma essência ideal que possa ser revelada pelo raciocínio ou por uma definição para o dito vocábulo. O segundo fundamento é o de que a concepção proposta por Lamartine revela, em última análise, uma posição filosófica a propósito da pessoa jurídica – ao discordarmos de tal posição filosófica, acabamos por discordar igualmente da conceituação dela decorrente<sup>256</sup>.

Na linha de Justen Marçal Filho, ainda existe a opinião de Requião, expondo com mais simplicidade que "não se pode extrair da concessão da personalidade jurídica exageradas consequências, como a não responsabilidade dos diretos por atos ilícitos praticados, atribuindo-os não a eles, mas somente à sua qualidade de órgão e, portanto, provindos da própria personalidade jurídica"<sup>257</sup>.

Adotamos a distinção entre ato próprio e ato da pessoa jurídica, discordando de Justen Marçal Filho e Requião. Qualquer das opiniões está correta. O problema é antes uma decisão doutrinária a respeito do que é presentação ou representação da vontade da pessoa jurídica – e dependendo dessa resposta, se considerará esses casos como sendo de desconsideração ou imputação por ato próprio. A opinião predominante parece preferível, no momento, por ter sido amplamente adotada e desenvolvida. Descartá-la agora é causar uma insegurança jurídica desnecessária, já que a solução dominante é plenamente satisfatória. O assunto só recebe tanta atenção, provavelmente, porque a maioria dos autores não consegue encontrar uma base segura para explicar porque esses não são casos de desconsideração. E tal segurança não irá efetivamente vir, visto que, como dito por Justen Marçal Filho na citação imediatamente

-

<sup>&</sup>lt;sup>256</sup> JUSTEN FILHO, 1987, p. 58.

<sup>&</sup>lt;sup>257</sup> REQUIÃO, 1969, p. 58.

acima, isso é uma decorrência da posição filosófica sobre o próprio conceito de pessoa jurídica. É uma escolha sobre o que é o conceito de vontade que se dá a pessoa jurídica e a extensão outorgada a essa vontade. Tais assuntos não comportam certeza.

Com essas considerações, pode-se encerrar o estudo da desconsideração sob esse ângulo. Todas as principais características estão postas e com elas é possível aplicar a desconsideração e também diferenciá-la de outros institutos.

## 2.1.3 Legislação Específica

O estudo das normas específicas de desconsideração na legislação vigente não cabe no foco desse trabalho. É algo já feito com competência pela doutrina, que ocupou especialistas de muitas áreas diferentes. A aplicação prática consistente primordialmente em aplicar as características acima estudadas ao texto da lei, moldando e limitando cada uma delas à vontade do legislador. Cada uso terá suas características específicas, já que sofrem influência direta das características, conceitos e institutos de cada ramo do direito.

Cada uma dessas hipóteses encontrará doutrina para afirmar que se trata de caso de desconsideração ou de imputação por ato próprio. Para não passar em branco pela parte prática da desconsideração e mostrar em que locais a desconsideração (ou imputação por ato próprio) pode ser encontrada, abaixo segue uma lista. Ressalte-se que essa é a enumeração em que a pessoa jurídica tem normas feitas em função de sua proteção, para garantir o seu uso correto, dentro das finalidades legais — não constam aqui os casos pertinentes ao uso da desconsideração em função da promoção social. São normas relevantes:

Código Tributário Nacional, artigos 134 e 135<sup>258</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>258</sup> Código Tributário Nacional, lei 5.172 de 1966, artigos 134 e 135: "Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório."

<sup>&</sup>quot;Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

Lei das Sociedades Anônimas, artigos 117<sup>259</sup>. Código Civil, artigo 50<sup>260</sup>. Lei Antitruste, artigo 18<sup>261</sup>.

- I as pessoas referidas no artigo anterior;
- II os mandatários, prepostos e empregados;
- III os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de Direito Privado."
- E Lei das Sociedades Anônimas, lei 6.404 de 1976, artigos 115 e 117: "Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.
- § 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.
- § 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.
- § 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.
- § 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido."

  259 Lei das Sociedades Anônimas, lei 6404 de 1976, artigo 117: "Art. 117. O acionista controlador responde
- Lei das Sociedades Anônimas, lei 6404 de 1976, artigo 117: "Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.
- § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:
- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléiageral;
- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
- h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.
- § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.
- § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo."
- <sup>260</sup> Código Civil, lei 10.406 de 2002, artigo 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."

  <sup>261</sup> Lei Antitruste, lei 8.884 de 1994, artigo 18: "A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem
- <sup>261</sup> Lei Antitruste, lei 8.884 de 1994, artigo 18: "A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

Código de Defesa do Consumidor, artigo 28 caput e parágrafos, com exclusão do parágrafo 5°262.

Lei 9.605, sobre crimes ambientais<sup>263</sup>, artigo 4<sup>o264</sup>.

Código Tributário, no artigo 128<sup>265</sup>.

Decreto-Lei 1.598, sobre Imposto de Renda, no artigo 61<sup>266</sup>.

Com essas características e cuidados em mente, é possível, afinal, visualizar parte da teoria da desconsideração no Brasil.

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, sócio ou acionista controlador é a pessoa física ou jurídica que diretamente, ou através de sociedade ou sociedades sob seu controle, seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações da sociedade.

<sup>&</sup>lt;sup>262</sup> Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078, artigo 28: "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

<sup>§ 1° (</sup>Vetado).

<sup>§ 3°</sup> As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

<sup>§ 4°</sup> As sociedades coligadas só responderão por culpa."

263
A lei sobre crimes ambientais versa exclusivamente sobre sanções administrativas e penais, com uma única sanção de natureza civil, a desconsideração. Por ser um direito de terceira geração, se cogitou incluir o Direito Ambiental junto com os estudos do próximo capítulo, sob um enfoque de atividade positiva do Estado. A idéia foi descartada porque o seu uso aparece em lei estranha ao assunto, e a escassa doutrina que chega a citar o artigo, apenas o fez para descrevê-lo nos termos apresentados nessa parte, com as características do Direito Civil. Tendo em vista a utilização amplamente aceita na doutrina, e inclusive a dúvida sobre a real intenção do legislador em incluir essa ferramenta, mantém seu uso dentro da aplicação tradicional. MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Crimes Ambientais - Lei n. 9.605/98 0 Novas Disposições Penais. Campinas: CS Edições LTDA., 2004, p. 124; COPOLA, Gina. A Lei dos Crimes Ambientais, Comentada Artigo por Artigo (1ª Parte). Revista IOB Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, Ano VII, n. 37, 191-204, Abr-Maio 2006, 2006, p. 193.

<sup>&</sup>lt;sup>264</sup> Lei 9.605 de 1998, artigo 4º: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

<sup>&</sup>lt;sup>265</sup> Código Tributário Nacional, lei 5.172 de 1966, artigos 128: "Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

<sup>&</sup>lt;sup>266</sup> Decreto-Lei 1.598, de 1977, artigo 61: "Se a pessoa ligada for sócio controlador da pessoa jurídica, presumirse-á distribuição disfarçada de lucros ainda que os negócios de que tratam os itens I a VII do artigo 60 sejam realizados com a pessoa ligada por intermédio de outrem, ou com sociedade na qual a pessoa ligada tenha, direta ou indiretamente, interesse.

<sup>§ 2° -</sup> O disposto no § 2° do artigo 60 aplica-se aos negócios da companhia com o acionista controlador.

<sup>§ 3</sup>º - O disposto neste artigo não se aplica aos negócios, contratados com observância das estipulações da respectiva convenção, entre sociedades que pertençam a grupo constituído nos termos do Capítulo XXI da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976."

### 2.1.4 Justificativa à Teoria da Desconsideração para o Desenvolvimento da Pessoa Jurídica

O agrupamento de pessoas parece ser inerente ao comportamento humano. Em comunidade, o desenvolvimento em todos os aspectos é mais fácil. No campo da produção de bens, a união de pessoas também é a regra. A união de pessoas para possibilitar o que uma não poderia é uma constante na história da humanidade.

Com o desenvolvimento social, maneiras mais complexas de união foram criadas, regras foram estabelecidas, nomes e classificações foram desenvolvidos pela doutrina.

Como grande exemplo do desenvolvimento dessas formas de associação, está a pessoa jurídica, que é um conceito desenvolvido na época medieval para facilitar o tratamento com Estados, cidades, a igreja, ou outros entes especialmente importantes. No fim da era medieval, no entanto, esse conceito foi transportado para o direito comercial. A causa desse transporte foi a necessidade de riquezas que nem mesmo um Estado possuía sozinho, buscando as riquezas de terras distantes. Nessa época, o conceito de pessoa jurídica privada ganhou a sua grande característica, a separação patrimonial, a garantia de controle sobre o que havia sido investido.

Nos séculos que se seguiram, veio a possibilidade de uso irrestrito. O Estado permitiu genericamente que pessoas jurídicas fossem criadas e utilizadas pelas pessoas que cumprissem requisitos. Tais requisitos, no entanto, eram uma garantia de segurança e de ordem, portanto, o uso da pessoa jurídica foi aberto a todos que dela quisessem se utilizar.

O uso da pessoa jurídica representou um avanço relevante na sociedade. A pessoa jurídica permite a organização de capitais em torno de um fim impraticável para uma pessoa natural, permite que os investimentos feitos estejam seguros e protegidos pela lei, garante o controle sobre o investimento e sobre as perdas que se pode ter.

E assim, as possibilidades trazidas pela pessoa jurídica representam um avanço, motivo pelo que o instituto recebeu proteção desde cedo do Estado e foi alvo de estudos sérios sobre sua natureza, utilidades, possibilidades.

Esses avanços, no entanto, não foram possíveis sem que houvesse alguma forma de prejuízo. O Estado, ao delimitar a pessoa jurídica e separar-la de seus criadores, tomou o partido de preferir os efeitos e consequências disso aos efeitos e consequências de não permitir tal instituto. O prejuízo trazido é visível ainda abstratamente: aqueles que fazem negócios com a pessoa jurídica sabem que não terão acesso ao patrimônio dos que investiram o capital nessa pessoa, que poderão contar apenas com patrimônio dela em caso de infortúnio.

Isso é uma restrição prejudicial para alguns sujeitos dentro da sociedade, não há dúvida, mas a sua existência traz um dano muito menor que o benefício.

A pessoa jurídica é uma construção existente em função da utilidade que tem. Para várias teorias, é possível afirmar que ela existiria mesmo sem o reconhecimento estatal. Quando se fala que é uma construção em função da utilidade, não se quer aderir ou criticar a qualquer das teorias sobre a natureza da pessoa jurídica. Afirma-se que pelo incentivo dado pelo Estado à sua existência, às características e pelas prerrogativas dadas, a pessoa jurídica é um instituto muito importante. Talvez ela não precise ser constituída pelo Estado, tendo efetivamente uma existência a despeito de qualquer reconhecimento, sendo real. No entanto, ela acabou sendo de fato caracterizada pelo Estado, ativamente, para que tomasse uma forma desejada e acabou tomando tendo um papel fundamental para o funcionamento da sociedade. Discordamos que ela seja um privilégio aos seus integrantes, como disse Verrucoli, entendemos a pessoa jurídica como a melhor decisão criada até o momento para propiciar fins específicos dentro do Estado, nominadamente, o desenvolvimento econômico e social. Ela é um risco que o Estado prefere suportar, seus integrantes não recebem privilégios, eles recebem prerrogativas para realizar determinados fins e nada além disso.

Como consequência desse benefício social, os integrantes da pessoa jurídica são titulares de direitos e obrigações específicos. E, como não se pode negar, a separação patrimonial, que é a principal característica, também é uma importante garantia. Essas garantias são dadas em função do benefício geral que entidades assim trazem às sociedades. E enquanto forem usados para esse fim, dentro dos limites estabelecidos pela lei, continuarão gozando dessas características.

No entanto, a pessoa jurídica nem sempre é utilizada para os fins que trazem benefício à sociedade. Quem controla a pessoa jurídica pode usar as prerrogativas que lhe são conferidas para alcançar fins proibidos, seja por infringir uma lei diretamente, seja por causar prejuízo estando formalmente de acordo com a lei.

Esse uso abusivo é reportado pelos seus estudiosos desde a época em que houve a liberação do uso da personificação. Os problemas foram progressivamente ganhando importância com o tempo, à medida que a própria pessoa jurídica foi sendo mais utilizada. Para coibir o uso irregular, diversas mecânicas foram criadas. Dentre essas criações, a desconsideração da pessoa jurídica.

O desenvolvimento até esse momento foi esse: um estudo da teoria da desconsideração enquanto meio para garantir o funcionamento da pessoa jurídica dentro das finalidades para as quais foi criada.

Apesar disso, a história da teoria da desconsideração seguiu em frente no Brasil e para o espanto e temor de grande parte da doutrina, tomou um novo rumo. Ao contrário das teses clássicas, datadas de pelo menos um século, a doutrina passou a ser utilizada para o fim da promoção social. O estudo agora deixa para trás a temática do desenvolvimento da pessoa jurídica, a tentativa de garantir o seu funcionamento com a teoria da desconsideração – passase a cuidar do uso original que lhe foi dado no Brasil.

## 2.2 Teoria da Desconsideração para Realização de Fins Sociais

#### 2.2.1 A Emergência de Novos Direitos

É atribuído às noções jusnaturalistas a idéia de um homem em estado de natureza, possuidor alguns direitos essenciais, dos quais era titular em função de sua natureza. Esses direitos seriam mais tarde estudados por Kant como um desenvolvimento de um direito geral de liberdade de desenvolvimento, uma proteção contra o constrangimento de outras pessoas e, em especial, contra o constrangimento do Estado. Poderiam ser resumidos como direito à vida, à sobrevivência, à propriedade e diversas facetas da liberdade<sup>267</sup>. Afinal, esses direitos foram consagrados paulatinamente na Inglaterra e, com a Revolução na França, no resto do continente europeu<sup>268</sup>.

A escola jusnaturalista decaiu e, apesar de viva, recebe as críticas invencíveis da atual doutrina positivista<sup>269</sup>. Apesar disso, sua herança de direitos permaneceu, trazida à realidade através de tantas revoluções e reformas sociais. Esses são os direitos de liberdade, a obrigação do Estado não atuar contra os indivíduos e garantir que mais ninguém o possa fazer.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, conforme estudada até esse momento se explica dentro desse contexto. A doutrina clássica da desconsideração é uma ferramenta a serviço da proteção e da segurança jurídica. Em uma análise mais distante, é uma ferramenta a serviço da proteção da propriedade e da liberdade, garantindo que um dos instrumentos no seu manejo, a pessoa jurídica, tenha um uso correto. Não pareceria tarefa fadada ao insucesso

<sup>&</sup>lt;sup>267</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 88. <sup>268</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Tipos de Estado no Ocidente, p. 20. <sup>269</sup> BOBBIO, 2004, p. 36.

associar as teses clássicas da teoria da desconsideração com os direitos fundamentais de primeira geração.

Mas a sociedade evoluiu. O avanço tecnológico, econômico, político e ideológico dos séculos XVIII e XX formaram a semente de uma série de outros movimentos sociais que culminaram em uma modificação drástica no que as pessoas esperam do Estado<sup>270</sup>. O Estado liberal foi o desencadeador de avanços. Nele se criou o ambiente em que as pessoas deixaram de suportar a igualdade formal, como era a que estava sendo oferecida. Novas conquistas ocorreram. Por vezes, à custa de movimentos sociais agressivos, culminando com ideologias que marcariam a história moderna da humanidade, como o socialismo e os nacionalismos<sup>271</sup>.

A Constituição do México de 1917 foi a primeira a trazer uma nova ordem direitos que se desenvolveram ao longo do século passado e continuam se desenvolvendo agora. Com muito mais prestígio, a Constituição da Alemanha de 1919, a conhecida Constituição de Weimar, trouxe novamente essa preocupação. Ambas estavam consolidando a vitória do dever de intervenção estatal sobre a sociedade.

No início do século XX, as demandas já estavam instaladas e bem definidas, tanto é que parte delas já estavam em textos constitucionais, mas ainda faltavam dois fatores conjunturais determinantes para o atual modo de envolvimento do Estado com os Direitos humanos. A crise econômica de 1929 e a situação de destruição criada na Europa depois das duas grandes guerras, formam o ambiente que, junto às demandas já existentes na sociedade, propiciaram uma grande alteração no modo de ser do Estado – a intervenção <sup>272</sup>. E essa intervenção ocorreu, ainda que de maneira diferente em cada país, trazendo um panorama inédito.

Dessa intervenção surgem os direitos sociais, de conteúdo complexo, difícil implementação, que exigem atuação constante do Estado. Está desfeita a idéia geral de um Estado mínimo, capaz apenas de garantir as liberdades dos indivíduos<sup>273</sup>. Ao contrário dos anteriores, esses direitos deveriam ser universalizados na medida em que isso fosse possível, sendo efetivados de acordo com as possibilidades tecnológicas e políticas. Assim, são direitos sociais os relacionados ao trabalho, à previdência social, à instrução (ou educação) e à saúde<sup>274</sup>.

<sup>274</sup> BOBBIO, 2004, p.86.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>270</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Tipos de Estado no Ocidente, p. 69.

<sup>&</sup>lt;sup>271</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Tipos de Estado no Ocidente, p. 38.

<sup>&</sup>lt;sup>272</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Tipos de Estado no Ocidente, p. 74.

<sup>&</sup>lt;sup>273</sup> BOBBIO, 2004, p.90.

Sobre a aplicação desses direitos, especialmente para reintroduzir o tema da desconsideração da pessoa jurídica, vale o comentário de Bobbio:

> Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar. Nesses casos, a escolha parece fácil; e é evidente que ficaríamos maravilhados se alguém nos pedisse para justificar tal escolha (consideramos evidente em moral o que não necessita ser justificado). Mas, na maioria dos casos, a escolha é duvidosa e exige ser motivada <sup>275</sup>.

A desconsideração da pessoa jurídica também pode ser usada com finalidade social e, no Brasil, parece que isso efetivamente ocorreu. Essa é a fundamentação aqui proposta.

Fazer essa afirmação facilmente poderia causar confusão e criar a idéia de que se está aqui defendendo esse uso para a teoria da desconsideração. Se apoiado o uso, pode-se dizer que a promoção de fins sociais é essencial, e o Estado, ao fazer isso, prejudicará alguns, mas será sempre de maneira legítima. Por outro lado, também é inegável que esse é um uso naturalmente inseguro, criador de grande ônus e capaz de prejudicar um instituto muito importante ao desenvolvimento social. E, mesmo antes de se ser contrário ou favorável, não passa despercebido que mesmo dentro dos standards estabelecidos pela jurisprudência, sempre houve magistrados que interpretaram a lei de maneira inadequada, criando incertezas inaceitáveis com suas decisões.

Parece difícil se posicionar definitivamente sobre o acerto em dar essa finalidade social à desconsideração da pessoa jurídica. Tanto é assim que a doutrina especializada em direito do trabalho e do consumidor até consegue ver positivamente o atual uso, como se verá a seguir. No direito comercial, o assunto é visto com uma noção muito negativa<sup>276</sup>.

Defende-se que os dois ramos seguir apresentados são um reflexo das opções que o Estado faz em favor de alguns indivíduos. Ao apresentar a desconsideração dentro do Direito do Trabalho e do Consumidor, não se vê o mero intento de garantir o uso correto da pessoa

<sup>&</sup>lt;sup>275</sup> A ressalva do autor, falando em moral, se dá pelo tema que estava sendo tratado no momento, mas não tem

relevância ao tema agora estudado. BOBBIO, 2004, p. 40. <sup>276</sup> "O simples fato de ser sócio de uma sociedade caracteriza erroneamente para a Justiça do Trabalho a aplicação da responsabilidade, sendo desnecessária a presença da fraude ou do abuso. A Justiça do Trabalho destrói o instituto da pessoa jurídica na busca da proteção do empregado. Entretanto, em prol da segurança jurídica dever-se-ia perquirir se houve fraude ou abuso que levou ao não pagamento." SILVA, 2009, p. 183.

jurídica, vê-se atuação positiva, intencional e planejada do poder estatal na proteção de alguns indivíduos.

A doutrina sobre a desconsideração existente no Brasil, na pressa em negar a conveniência da aplicação dos novos moldes, parece ter suprimido a chance de avaliar a desconsideração no seu novo aspecto de finalidade social. A impressão vinda é a de que a doutrina clássica da desconsideração foi corrompida pelo uso infeliz de juízes e um legislador sem uma visão de conjunto da sociedade. Não se fala na possibilidade desse uso da desconsideração ser uma opção, ao invés de um erro.

E caso seja uma opção, a desconsideração não pode ser vista como uma distorção da teoria anterior e, sim, enquanto uma idéia que só merecerá criticas caso seu estudo demonstre não ter alcançado os fins desejados, ou caso alcançando seus fins imediatos, esteja causando mais danos a outros setores do que benefícios aos setores protegidos. E é por isso que o comentário de Bobbio acima é tão válido. Não há direito, especialmente social, que possa ser implantado sem a restrição de algum outro. Se surge a idéia de implantar certa proteção, surge a necessidade de medir a utilidade, de fundamentar. A crítica à desconsideração da pessoa jurídica para promoção de fins sociais precisa ser feita avaliada no seu sucesso enquanto busca de certas finalidades. Ela não pode ser vista como modelo errado de aplicação da teoria clássica.

Encontra-se facilmente a fundamentação para que os consumidores ou trabalhadores sejam protegidos. Mas não parece tão claro que o novo modo de desconsideração é precisamente essa proteção em mais uma de suas facetas. Esse uso pode ser bom ou mau, mas precisa ser visto sob esse aspecto, para que a discussão tenha um foco proveitoso à sociedade.

Grande parte das críticas feitas a essa forma de desconsideração, as melhores críticas, são válidas. Essas são as críticas que se referem aos danos sociais dessa forma de aplicação. No entanto, críticas quanto à aplicação do instituto clássico estar sendo corrompido não parecem ter cabimento se for aceita essa forma de interpretação.

### 2.2.2 Direito do Trabalho

### 2.2.2.1 Caracterização da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito do Trabalho

O texto da Consolidação das Leis do Trabalho, decreto-lei 5.452 de 1943 dispõe, no Art. 2°, § 2°<sup>277</sup>, sobre a primeira forma de desconsideração a ser enquadrada no fenômeno da finalidade social.

Há a possibilidade de interpretação dessa norma como um caso de responsabilidade solidária, conforme já foi abordado. Para o específico fim desse exame, se vai considerar que esse é um caso de desconsideração da pessoa jurídica, sob pena de se incompatibilizar o seu exame com o tema do trabalho. Visualizar como desconsideração ou responsabilidade direta está relacionado ao entendimento que se tem da representação da pessoa. A proposta aqui feita não ficaria prejudicada em função da não classificação dessa hipótese como desconsideração, apenas estaria fora do âmbito estabelecido para estudo. No entanto, esse posicionamento merece fundamentação.

O primeiro a se filiar a esse caso como sendo de desconsideração foi Rubens Requião, ao introduzir a tese no Brasil<sup>278</sup>. Idêntica é a opinião de Koury, ao afirmar que a CLT, para fins de proteger o trabalhador e compensar a sua inferioridade, faz uso da desconsideração da pessoa jurídica<sup>279</sup>. Apesar disso, a autora não fundamenta sua decisão, já que tem seu foco voltado à definição de grupos de empresas<sup>280</sup>.

Lamartine Correia também entende ser um caso de desconsideração, fundamentado no abuso, por se considerar abuso no direito do trabalho, toda a forma de sacrifício de um direito ou faculdade assegurada ao trabalhador<sup>281</sup>. *Data venia*, discordamos dessa posição em relação à fundamentação, por entendermos que a aplicação da desconsideração independe de abuso.

<sup>&</sup>lt;sup>277</sup> Consolidação das Leis do Trabalho, Artigo 2 ° § 2°: Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

<sup>&</sup>lt;sup>278</sup> REQUIÃO, 1969, p. 760.

<sup>&</sup>lt;sup>279</sup> KOURY, 2002, p. 66.

<sup>&</sup>lt;sup>280</sup> Não se vai adentrar aqui na definição de grupos de empresa para a CLT, pois está fora da proposta. De passagem, se pode dizer que a doutrina dominante é no sentido de interpretar a norma de maneira extensiva, tutelando a realidade e protegendo o trabalhador. O grupo de empresas estará caracterizado para esse fim contanto que haja prova de controle de uma sociedade pela outra, não importando o modo como isso ocorra. GONÇALVES, 2005, p. 60. Para Koury, a convergências de interesses entre empresas é o elemento decisivo par a caracterização do grupo. KOURY, 2002, p. 169.
<sup>281</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 106.

Não há motivo para se estender a noção de abuso para além da sua concepção clássica. Essa desconsideração é justificada pelo mero descumprimento no pagamento das obrigações da relação de emprego, não há fraude ou abuso cometido por ninguém. A definição de abuso defendido pelo ilustre autor só serviria ao Direito do Trabalho e poderia causar confusão.

Existe uma opinião intermediária, que diz haver a desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, mas não em função do texto do artigo 2°, § 2°. Essa corrente afirma que a desconsideração pode ocorrer porque o artigo 8° da CLT<sup>282</sup> garante o uso subsidiário do Direito Civil e isso garantiria a aplicação do artigo 50 daquele Código<sup>283</sup>, que fala na desconsideração em seus pressupostos clássicos. Tal posição parece correta para outros casos de desconsideração. Tal deve ser o entendimento quando a norma aplicável não for a do artigo 2°, § 2°. Se fosse utilizado o artigo 8° inclusive nessa hipótese, estaria ignorando-se o texto legal.

Há doutrina negando haver um caso de desconsideração, Silva diz que "esse dispositivo não consagra, portanto, a teoria da desconsideração, mas apenas trata da responsabilidade civil das sociedades coligadas juntamente com a principal, as que são responsabilizadas solidariamente"<sup>284</sup>. Idêntico posicionamento tem Gonçalves, afirmando que o caso trata de hipótese em que há responsabilidade solidária, diversa da teoria da desconsideração. Pelos mesmos motivos, se filia a esse posicionamento Koch<sup>285</sup>. E, provando a enorme força e prestígio dessa vertente, Lamartine Correia de Oliveira tem a mesma opinião<sup>286</sup>.

A opinião mais profunda nesse sentido de negar a existência de desconsideração é apresentada por Silva, ao dizer que a norma não faz uso da desconsideração por três motivos:

Primeiro, porque não se verifica a concorrência de nenhuma hipótese em que se justifique sua aplicação, como fraude ou abuso; segundo, porque reconhece e afirma a existência de personalidades distintas; terceiro, porque

<sup>285</sup> KOCH, 2005, p. 163.

<sup>&</sup>lt;sup>282</sup> Consolidação das Leis do Trabalho, decreto-lei 5.452 de 1943: Artigo 8°: "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito Comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste."

<sup>&</sup>lt;sup>283</sup> GONÇALVES, 2005, p. 66.

<sup>&</sup>lt;sup>284</sup> SILVA, 2009, p. 181.

<sup>&</sup>lt;sup>286</sup> OLIVEIRA, 1979, p. 520.

trata-se de responsabilidade civil com a responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo<sup>287</sup>.

O autor diz que a inexigibilidade de fraude ou abuso de direito descaracteriza a desconsideração no campo do direito do trabalho. Acredita-se que é precisamente essa a grande e essencial característica da desconsideração da pessoa jurídica para fins sociais, que independe de qualquer motivação interna, relacionada à pessoa jurídica que será desconsiderada. Ela visa a outra parte da relação negocial, e em função das características dessa outra parte, preconiza a desconsideração. Ela é externa, independe de qualquer mau uso da pessoa jurídica.

# 2.2.2.2 Aplicação do Art. 2°, § 2°: da CLT

Com isso, o Direito do Trabalho segue seus princípios, como o da proteção<sup>288</sup> e o da primazia da realidade<sup>289</sup> e evita que uma figura artificial seja um artifício capaz de obstar a efetiva indenização de um trabalhador. Não se coloca em questão se esse obstáculo teria surgido de algum mau uso da pessoa jurídica, basta que ocorra prejuízo<sup>290</sup>.

Nesse mesmo sentido, Koury afirma que:

O Direito do Trabalho, que tem como princípio básico o pró operário, tutelando primordialmente o trabalhador, a fim de compensar, com superioridade jurídica a sua inferioridade econômica, não poderia consagrar a autonomia das empresas integrantes de grupos, coibindo, através da aplicação da *Disregard Doctrine*, a utilização indevida do "véu" da personalidade jurídica pelas empresas agrupadas para lesarem os empregados em seus direitos<sup>291</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>287</sup> SILVA, 2009, p. 179.

<sup>&</sup>lt;sup>288</sup> "Esse princípio traduz a premissa de que se deve favorecer aquele a quem se pretende proteger. Tal leva a uma constatação de unilateralidade no direito do trabalho, expresso na intenção deliberada de tutelar o hipossuficiente na relação com o capital. (...) No campo das normas que regem a relação de emprego, há sintonia entre a diretriz protetiva do direito do trabalho e a ratio legis. A lei trata desigualmente os desiguais, privilegiando o trabalhador, no plano formal. Assim, busca a compensação da desigualdade substancial entre ele e o empregador no plano econômico." CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4ª Edição. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 96.

<sup>&</sup>lt;sup>289</sup> "Se chamados a sintetizar o direito do trabalho, à luz do princípio da primazia da realidade, poderíamos dizer que se trata de um direito de conteúdo e não de um direito de forma. Obviamente, porque perfeitamente afinada com um favor jurídico que constitui a diretriz do princípio básico da proteção, a prevalência da realidade far-se-á em favor do trabalhador, não do empregado." CAMINO, 2004, p. 99.

<sup>&</sup>lt;sup>290</sup> GONÇALVES, 2005, p. 61.

<sup>&</sup>lt;sup>291</sup> KOURY, 2002, p. 166.

Assim, enxergando um caso de desconsideração da pessoa jurídica o que se vê é uma diferença substancial às teses desenvolvidas internacionalmente. A pessoa jurídica é desconsiderada para a proteção da outra parte. O Estado age em defesa de um sujeito específico, a desconsideração se torna mecanismo dessa atividade.

Esse uso com finalidade social é sujeito a críticas válidas. É dito, com razão, que o uso exacerbado desse expediente pode levar à responsabilização injusta e colocar em risco a segurança de todo o instituto da pessoa jurídica<sup>292</sup>. Essa é uma preocupação real, que não pode ser afastada. Ao aplicar a lei, o juiz precisa ter em mente a repercussão social de sua decisão. A insegurança nessa aplicação é um problema instalado, que poderia ser resolvido com a criação de uma lei explicitando os limites do uso.

Alguns defendem como solução aplicar esse uso da desconsideração apenas quando houvesse o abuso de direito e fraude, nos termos clássicos<sup>293</sup>. No entanto, isso seria retirar a finalidade social implantada pela lei e, ainda mais, ferir frontalmente o texto expresso. Reconhecer o fim social, mas manter a aplicação da maneira clássica significa ignorar a vontade do legislador. Ao juiz cabe interpretar a lei, mas não parece ser adequado que ele julgue contra o seu sentido claro, fazendo norma nova em nome do que ele entende ser o mais conveniente.

Abusos parecem ter ocorrido com essa desconsideração. Cabe ao aplicador do direito, na Justiça do Trabalho, atender à finalidade social da desconsideração, mas sem esquecer-se da realidade à sua volta. Nesse ponto, vale a magistral definição de princípio da razoabilidade dentro do direito do trabalho, feita por Camino:

O princípio da razoabilidade não é peculiar do direito do trabalho, mas adquire importância também nessa área do direito porque, de certa forma, constitui o contrapeso necessário do princípio da proteção, uma espécie de seu redutor ou de fator de contenção. Isso porque a idéia de proteção do hipossuficiente, levada às última consequências, pode consagrar absurdos que acabam por negar o próprio princípio, "virar o fio", romper o ponto de equilíbrio necessário à sustentação de todo o arcabouço doutrinário do direito do trabalho<sup>294</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>292</sup> SILVA, 2009, p. 182.

<sup>&</sup>lt;sup>293</sup> "Conclui-se que erroneamente e exacerbadamente, a Justiça do Trabalho tem aplicado a teoria da desconsideração que deve ser adequadamente empregada sempre que a pessoa jurídica tem sido utilizada para abuso ou fraude, ou seja, com desvio de finalidade." SILVA, 2009, p. 183.

<sup>294</sup> CAMINO, 2004, p. 102.

Parece clara a vontade do legislador com a norma. Mesmo parte da doutrina da desconsideração enxerga nela uma aplicação das normas protetivas do trabalhador. Esse é um dos dois casos em que se vê a desconsideração fora do seu local clássico. É dado um uso voltado à promoção social.

Essa forma de desconsideração independe de abuso de direito ou fraude. Ela depende apenas da ordem expressa legal e essa, por sua vez, fundou-se na proteção do trabalhador. Esse é o primeiro de dois exemplos de aplicação da desconsideração da pessoa jurídica em busca de uma finalidade nunca antes intentada por esse meio.

### 2.2.3 Direito do Consumidor

#### 2.2.3.1 Direito do Consumidor e Direito do Trabalho

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 28<sup>295</sup>, surgiu como o primeiro uso expresso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil<sup>296</sup>. O Código Civil de 2002 ainda estava em criação naquele momento e, apesar de prever a teoria em projetos anteriores à nova constituição e ao Código de Defesa do Consumidor, não vigia. A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, pode ter feito uso da teoria da desconsideração, mas o fez com um mecanismo próprio, sem o arcabouço da teoria, que sequer fora sistematizada por Serick naquele momento.

Sob determinado aspecto, a defesa do consumidor guarda inequívocas semelhanças com o direito do trabalho. Ambos são ramos do direito voltados à defesa de hipossuficientes

§ 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

<sup>&</sup>lt;sup>295</sup> Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078 de 1990, artigo 28: "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

<sup>§ 1° (</sup>Vetado).

<sup>§ 3°</sup> As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

<sup>§ 4°</sup> As sociedades coligadas só responderão por culpa.

<sup>§ 5°</sup> Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

<sup>&</sup>lt;sup>296</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 468.

que se veem obrigados a contratar com entes que possuem mais capacidade econômica, conhecimento e, normalmente, um poder de influência maior na realização do negócio.

Duas diferenças substanciais, apesar disso, existem. A primeira é o momento em que se separam do direito civil. O Direito do Trabalho alcança sua independência com o surgimento das primeiras leis trabalhistas na Europa, ainda no século XIX, e se torna um ramo do direito público com o passar do tempo. O Direito do Consumidor só se tornou um ramo independente recentemente e ainda guarda ligação mais forte com o direito civil – há discussão sobre sua classificação enquanto Direito Público ou Privado<sup>297</sup>. A importância dessa distinção é clarear que a influência da intervenção estatal sobre o Direito do Trabalho, que é incomparavelmente maior.

A segunda diferença é que há uma inversão de papéis nos dois ramos. Essa inversão determina que as normas de cada um deles se volte à proteção de lados contrários na relação. Em grande simplicidade, um protege a hipossuficiência da figura que troca a força humana por dinheiro (Direito do Trabalho). No outro, se protege a hipossuficiência de quem troca o dinheiro por força humana na forma de produtos ou serviços (Direito do Consumidor). E essa inversão, somada a várias outras peculiaridades, explica porque não se pode associar facilmente as normas práticas desses ramos com finalidades tão semelhantes.

Apesar das diferenças, não é surpreendente achar normas completamente diversas na proteção do consumidor e do trabalhador e, ao se analisar abstratamente os princípios que regem as disciplinas, perceber-se uma indiscutível semelhança. O modo de uso da desconsideração da pessoa jurídica nos dois ramos, por sua vez, também aparece como um resultado dessa semelhança.

### 2.2.3.2 Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e suas Críticas

Adentrando o Direito do Consumidor, a desconsideração é tratado no artigo 28. O caput e seus primeiro parágrafos trazem institutos estudados na doutrina e jurisprudência, aplicam-se na forma clássica da desconsideração. A aplicação é pacífica até o §5°, que permite a desconsideração se ela for evitar o prejuízo no ressarcimento dos consumidores.

<sup>&</sup>lt;sup>297</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

O texto do §5°, como nota a doutrina, é mais amplo que o do próprio caput. Ele autoriza o uso da desconsideração sempre que houver dano ao consumidor, independentemente das causas autorizadoras clássicas, que remetem ao mau uso da pessoa jurídica<sup>298</sup>. As críticas a esse texto são amplas na doutrina da desconsideração da pessoa jurídica<sup>299</sup>. Uma boa abordagem de crítica ao texto é feita por Coelho, que apresenta três razões para a não aplicação literal do artigo<sup>300</sup>.

A primeira é contrariar os fundamentos teóricos da desconsideração. Coelho se refere à tese original da desconsideração e diz que a aplicação da norma literal do artigo 28, §5° seria negar a teoria fundada na fraude e no abuso de direito. Defende-se aqui que isso não ocorre por erro e, sim, por decisão do legislador. Antes de ser uma negação à teoria clássica, ela é uma aplicação distinta, com limites diferentes.

Em segundo lugar, Coelho diz que a aplicação do artigo 28, §5° tornaria o caput do artigo letra morta, por ser mais abrangente que ela, o que contraria os cânones da interpretação do direito<sup>301</sup>. É uma crítica verdadeira e representa um descuido do legislador que, enquanto não for corrigido, deverá ser contornado pelos aplicadores do direito. No entanto, é uma crítica que não necessita de verdadeira resposta, já que ela não representa um problema à aplicação do instituto, é uma questão de redação.

Por fim, coloca que essa interpretação seria, na prática, a eliminação da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. E acrescenta que, se essa fosse a vontade do legislador, ele não precisaria estar se referindo à desconsideração para tomar essa decisão, bastaria negar a existência da pessoa jurídica no Direito do Consumidor<sup>302</sup>. Essa é a crítica mais contundente e a que se refere realmente ao cerne do problema. Mas, data venia, deve-se discordar de que a medida seja uma negação à pessoa jurídica.

Primeiro, pelo elemento mais basilar e de menor relevância: ainda que fosse retirada completamente a separação patrimonial no âmbito do direito do consumidor, como acusa o doutrinador, a pessoa jurídica ainda existiria e guardaria uma grande utilidade como forma eficiente de gestão do patrimônio de diversas pessoas e por ser uma capaz de se obrigar, garantindo facilidades na hora de se negociar, de exigir direitos e de ser administrada.

O segundo motivo é que a perda da independência patrimonial seria decorrente da incapacidade de pagamento da pessoa jurídica de suas obrigações, o que só ocorreria no caso

<sup>301</sup> COELHO, 2008, p. 42.

<sup>302</sup> COELHO, 2008, p. 42.

<sup>&</sup>lt;sup>298</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial 2. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 100.
<sup>299</sup> VERÇOSA, 2006, p. 96; COELHO, 2008, p. 47; GONÇALVES, p. 100; SILVA, 2002, p. 162.

<sup>&</sup>lt;sup>300</sup> COELHO, 2008, p. 42.

de falência ou recuperação e não durante a maior parte da vida dessa pessoa. Da maneira como está disposta a lei, qualquer negação – caso existisse – só surgira no final da sociedade.

Em terceiro lugar, porque essa norma está prevista em lei, é de conhecimento obrigatório. Cabe aos sócios e administradores procurar se precaver contra a sua incidência. Devem fazer um planejamento pedindo recuperação judicial ou falência antes, dando toda a preferência de recursos para pagar essa espécie de passivo. Especialmente esse argumento deve servir para a demonstração do quanto não há negação da pessoa jurídica na lei. Tanto não há, que há meios para se tentar evitar ela.

Essas críticas e suas devidas respostas, apesar disso, não vão realmente ao cerne do problema e nem explicam o que Coelho quis de efeito ao levantá-las. A discussão central é sobre a aplicação literal ou não do que diz o texto do artigo. Em verdade, a aplicação é que o autor quer combater.

Zelmo Denari, por sua vez, também prega a não aplicação do parágrafo. Coloca o autor que a eficácia da norma deveria está prejudicada porque as razões para o veto presidencial ao artigo 28, §1°, na verdade, buscam vetar também o 28, §5°. Assim sendo, a vontade do legislador seria a de vetar o artigo<sup>303</sup>. Apesar disso, o texto do veto não passa claramente essa impressão, porque seu texto apenas diz que o *caput* do artigo já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, sem acrescentar qualquer menção direta ou indireta ao artigo 28, §5°.

A opinião dos outros autores citados contrários a aplicação literal artigo 28, §5° é semelhante à de Coelho, mas mais concisas. A do texto literal da lei, um exame mais aprofundado deixa claro que a sua aplicação é tão danosa ao instituto da pessoa jurídica que não pode ser aceita. Além disso, esse uso seria banalizar um instituto criado apenas para situações excepcionais. Assim, seria preferível a sua aplicação apenas nos moldes clássicos, atendendo apenas ao *caput* do artigo 28<sup>304</sup>.

A crítica principal, portanto, é de que o dano causado pela aplicação literal do artigo é maior do que o benefício. Essa forma de aplicação da desconsideração seria capaz de afastar o investimento na produção nacional. Ela também seria um uso especialmente inseguro e perigoso, que não deveria ser aceito no ordenamento, pois a medida não pode deixar de ter o seu caráter excepcional<sup>305</sup>. Sob esse tipo de crítica faltam dados empíricos, que descrevam na

\_\_\_

<sup>&</sup>lt;sup>303</sup> DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 197.

<sup>&</sup>lt;sup>304</sup> GONÇALVES, 2005, p. 105.

<sup>&</sup>lt;sup>305</sup> FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Análise à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2002, p. 209.

realidade a sua ocorrência. A sua possibilidade teórica é impossível de ser combatida – são críticas verdadeiras e profundas. A aplicação dessa norma realmente pode ter o condão de trazer tais efeitos negativos. A discussão precisa ser exatamente sobre esse aspecto, o da conveniência social. E caso se demonstre que tal dano é excessivo, deve-se modificar a lei.

## 2.2.3.3 Artigo 28§5° e a Proteção do Consumo pela Legislação

Há, entretanto, doutrina de Direito Comercial que apóia o uso do artigo 28, §5°, nos exatos termos escritos. A primeira opinião, de Koch, é de que a desconsideração não pode ser realizada ignorando-se o texto legal<sup>306</sup>. Koury, por sua vez, diz que o *caput* do artigo é meramente exemplificativo, que é o artigo 28, §5° é válido no seu sentido literal, de afastar a pessoa jurídica sempre que ela represente obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados. Diz a autora que a desconsideração só é utilizada em casos excepcionais, como simulações e fraudes, ou quando a forma societária levaria a soluções contrárias aos princípios consagrados no ordenamento jurídico nos termos específicos da lei<sup>307</sup>.

A opinião mais fundamentada em defesa da aplicação do artigo 28, §5° em seus termos literais é a da professora Cláudia Lima Marques, ao fazer uma análise minuciosa da matéria, abordando muitos pontos de maneira inédita.

A autora faz a mesma associação dessa obra entre caput do artigo 28 e o uso clássico da teoria no Código Civil. Ela propõe a análise do artigo 28, §5°, como uma quebra nessa semelhança<sup>308</sup>. Traz Marques:

> Trata-se de um belo exemplo do princípio da confiança, instituído pelo CDC, garantindo não só a qualidade dos produtos colocados no mercado, mas assegurando também, como dispõe o art. 6º, inciso VI, a efetiva reparação dos danos sofridos pelos consumidores, mesmo que para isso, casuisticamente, se deva desconsiderar um dos maiores dogmas do direito comercial e civil<sup>309</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>306</sup> KOCH, 2005, p. 141.

<sup>&</sup>lt;sup>307</sup> KOURY, 2002, p. 195.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 1245. MARQUES, 2005, p. 1246.

A afirmação é de que a aplicação do artigo 28, §5° é uma hipótese nova, em que a desconsideração pode ser usada frente a parâmetros objetivos<sup>310</sup>. Tal entendimento, diz Lima Marques, deve ser festejado como um sinal de maturidade e de afirmação do princípio da confiança<sup>311</sup> em favor dos consumidores<sup>312</sup>. Essa aplicação parece ser uma decorrência do que a autora chama de princípio tutelar no direito privado, ou máxima do *favor debilis*. É uma alteração na igualdade contratual do direito privado, que deixa de ser uma igualdade formal, mas passa a pretender ser uma igualdade material criada através da intervenção do Estado. Ela resulta na criação de deveres adicionais ao sujeito mais forte na relação<sup>313</sup>.

Como coloca Marques, a aplicação do artigo 28, §5° é uma mudança de paradigma e a mudança de um paradigma nunca serviria aos interesses de todos. Todo o direito gera uma obrigação, ter direito ao ressarcimento independentemente da separação patrimonial é algo muito relevante<sup>314</sup>.

Somando-se ao argumento de Marques, há um dado fundamental à discussão pode ser retirado da aplicação jurisprudencial da norma, que já dura mais de vinte anos. O artigo 28, §5° acabou sendo utilizado de maneira excepcional na jurisprudência consumerista. A necessidade da desconsideração para ressarcir consumidores só surge, na prática, em casos envolvendo grandes empresas ou em verdadeiras catástrofes (como foi a da explosão do Osasco Plaza Shopping). O instituto da pessoa jurídica nunca foi posto a perigo na pratica dos tribunais, como temiam vários doutrinadores. Apesar da previsão ser muito ampla, a sua aplicação é subsidiária a qualquer outra forma de ressarcimento dentro do Código de Defesa do Consumidor, só ocorre se nenhum outro instituto para ressarcir o consumidor puder ser usado. A autora diz que a desconsideração acabou sendo muito pouco utilizada. Na maior

-

<sup>&</sup>lt;sup>310</sup> MARQUES, 2005, p. 1251.

<sup>&</sup>lt;sup>311</sup> "A função social do contrato, reconhecida na nova teoria contratual, transforma o contrato de consume, de simples instrumento jurídico para o movimento de riquezas do mercado, em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses do consumidor, exigindo, então, um regramento legal rigoroso e imperativo de seus efeitos.

A manifestação de vontade do consumidor é dada almejando ele alcançar determinados fins, determinados interesses legítimos. A ação dos fornecedores, a publicidade, a oferta, o contrato firmado criam no consumidor expectativas, também legítimas, de poder alcançar estes efeitos contratuais. No sistema tradicional, seus intentos poderiam vir a ser frustrados, pois o fornecedor, elaborando unilateralmente o contrato, o redigia da forma mais benéfica a ele, afastando todas as garantias e direitos contratuais que a lei supletiva civil permitisse (direitos disponíveis). No sistema do CDC, leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na prestação contratual, na sua adequação ao fim que ele razoavelmente espera, e irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou do serviço colocado em mercado." Definição de Marques para o princípio da confiança. MARQUES, 2005, p. 1142.

<sup>&</sup>lt;sup>312</sup> MARQUES, 2005, p. 1253.

<sup>313</sup> MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 30.

<sup>&</sup>lt;sup>314</sup> MARQUES, 2005, p. 1254.

parte das vezes, as pessoas jurídicas arcam com as próprias forças com essas obrigações durante sua falência. Os débitos raramente são de grande monta<sup>315</sup>.

Assim, a despeito dos temores provenientes de uma possibilidade tão ampla, nenhum cenário negativo à economia e ao investimento externo se concretizou. Esse é um dado relevante, impossível de ser previsto ao tempo da criação da norma, mas que hoje existe e precisa ser considerado.

Caso houvesse uma massificação de ações desconsiderando a pessoa jurídica, e isso tivesse causado entraves ao desenvolvimento do país, é possível que a insegurança causada ensejasse a modificação dessa norma. O benefício trazido ao consumidor, se fosse realmente às custas de afastar o investimento na produção, seria algo a ser profundamente considerado. O legislador precisa proteger a relação de consumo, mas tomando precauções com qualquer outra repercussão que surja a partir disso.

O legislador, ao criar a norma, correu um risco de difícil justificação. O temor dos que criticam o artigo 28, §5° tem fundamento. Apenas pelo uso jurisprudencial adequado justifica dizer, tanto tempo depois, que essa norma não causou os danos que poderia. Tais riscos não deveriam ser tomados sem uma reflexão muito ampla e sem uma preparação adequada para conter eventuais conseqüências.

Defender ou negar essa aplicação do artigo depende de demonstrar o tamanho do benefício e do prejuízo causado. Basicamente, entende-se aqui que essa é uma norma com um poderoso poder preventivo e sobre a qual está ocorrendo uma utilização comedida e acertada da jurisprudência. Nesse momento, ela exerce uma influência benéfica sobre a relação de consumo, devendo ser aplicada. No entanto, outras opiniões existem e precisam ser respeitadas. Como contundente crítica a aplicação, coloca-se a lição de Nunes:

É preciso que se tenha em mente que o princípio da defesa do consumidor não é um salvo conduto teórico, tampouco um subterfúgio libertador para iniciativas ativistas no âmbito dos direitos sociais.

(...)

Vale dizer: o aviltamento do direito fundamental da livre iniciativa (e sua demasiada contenção em detrimento da grandeza do fundamento econômico que representa) está diretamente relacionado ao crescimento do mercado informal, e enfim, revela sintoma dos mais graves quando se esvazia a dignidade do trabalho humano, sobretudo em sua forma gregária e democrática, o que se dá, plenamente, por meio de uma sociedade exercendo a empresa<sup>316</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>315</sup> MARQUES, 2005, p. 1249.

<sup>&</sup>lt;sup>316</sup> NUNES, 2007, p. 85.

É premente a necessidade de criação de normas auxiliares que tratem especificamente sobre o alcance dessa desconsideração. Um sócio ativo dentro da sociedade é diferente de alguém que herdou um pequeno percentual e nunca se envolveu na administração e completamente diferente de um investidor de bolsa de valores. Da mesma forma, envolver na desconsideração os bens de um administrador que jamais teria como arcar com as consequências dessa responsabilidade, nunca concorreu com os riscos do negócio e nem teve os benefício disso, é inadequado. Esse não é assunto que possa ser tratado aqui, mas não se pode deixar de dar atenção a esse aspecto. Apesar de se apoiar a aplicação da literalidade do artigo 28, §5°, é essencial que haja uma regulação maior sobre o seu alcance. O tamanho das consequências para integrantes com menor capacidade econômica também poderia ser considerado, evitando que mesmo aqueles que são alvo da lei, sejam despojados da quase totalidade do seu patrimônio.

O legislador criou uma norma incompleta para um tema tão amplo, criando a responsabilidade independente de culpa para um grande grupo de pessoas fornecedoras de serviços e produtos. Juridicamente é um instituto aplicável e, na prática, se mostrou como mais um modo de defesa do consumidor, portanto, merece ser aplicado. Apesar disso, sofre de uma instabilidade inerente e mereceria correções para evitar danos indesejáveis.

Sobre a natureza de tal aplicação, verifica-se aqui também a finalidade social. Novamente, parece que o motivo para essa desconsideração é a vontade de proteger o consumidor. Não se discute fraude, abuso de direito, ou qualquer das hipóteses novas criadas no *caput* do artigo 28. A defesa de um sujeito desprotegido é o que determinou a vontade do legislador. Assim como fora no Direito do Trabalho, se visualiza a diferença enorme existente entre a doutrina clássica da desconsideração e o seu uso social. Essa foi a vontade identificada na doutrina especializada de Marques e parece ser o que motiva a jurisprudência.

As respostas dadas pela doutrina da desconsideração para o desenvolvimento da pessoa jurídica não se encaixam nesse uso de fins sociais, elas são insuficientes para explicar esse fenômeno porque foram criadas para enfrentar outros tipos de problemas.

# 2.3 A Divisão dos Pressupostos de Aplicação

# 2.3.1 Teoria Maior e Teoria Menor da Desconsideração

Logo antes de adentrar nas conclusões, é essencial abordar outra doutrina, capaz de explicar os fenômenos até agora estudados com fundamento diverso. Seu cerne diz que no momento em que houver impossibilidade do credor ter se prevenido contra os riscos de negociar com uma pessoa jurídica, poderia haver a desconsideração sem fraude ou abuso de direito. Essa explicação representa outra linha de pensamento e é o fundamento da divisão entre as chamadas Teoria Maior e Teoria Menor da Desconsideração da Pessoa Jurídica.

Teoria Maior da Desconsideração seria aquela desenvolvida por Serick a partir dos casos alemães e norte-americanos, trazida por Requião e incorporada jurisprudencialmente e, mais tarde, pela legislação no nosso ordenamento<sup>317</sup>. O fundamento da aplicação é o dado pelo Código Civil: evitar o uso fraudulento da pessoa jurídica<sup>318</sup>. Nisso não há qualquer diferença do que foi longamente apresentado nessa obra.<sup>319</sup>

Teoria Menor da Desconsideração seria a possibilidade de desconsideração sem nenhum requisito além do prejuízo a alguns sujeitos. No entendimento do autor, ela equivaleria à simples eliminação do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus integrantes em determinados casos. Seria um instituto inseguro criado na jurisprudência brasileira e deveria ser questionada enquanto instituto jurídico<sup>320</sup>. Dentro dela, se tem entendido que a separação patrimonial permaneceria com relação às obrigações com outros empresários, mas não contra trabalhadores, consumidores e o Estado.

Em grande parte, a Teoria Menor da Desconsideração se confunde com o que aqui se estudou como Desconsideração para a Realização de Fins sociais.

Não há identidade completa porque nela foi incluído o Estado como ente sujeito à desconsideração sem fraude ou abuso de direito. Essa é uma problemática do Direito Tributário em que, sem lei específica, os juízes têm aceitado realizar a desconsideração por

320 COELHO, 2005, p. 266-267.

<sup>&</sup>lt;sup>317</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. As Teorias da Desconsideração. In Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260-264.

<sup>&</sup>lt;sup>318</sup> COELHO, 2005, p. 268.

Um excelente resumo das teorias, bem como ampla jurisprudência classificadas de acordo com essa divisão pode ser encontrado na obra de Gama. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da - Coordenador. Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica: Visão Crítica da Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2009.

não pagamento dos débitos tributários. Tal possibilidade não deve ser aceita, motivo pelo qual a desconsideração no Direito Tributário foi acrescida no rol da desconsideração que deve ocorrer dentro das regras da Desconsideração para o Desenvolvimento da Pessoa Jurídica – ou seja, mediante fraude ou abuso de direito. O Estado é um ente capaz de se defender, através de seus procuradores ou exercendo o poder de polícia. Além do mais, ele não é hipossuficiente, não merece nenhuma tutela especial, devendo sofrer as consequências da falência da pessoa jurídica como qualquer outro empresário, sem nenhum acesso ao patrimônio dos sócios, caso eles tenham agido corretamente.

Retirada a questão tributária e inclusão do Estado no rol dos beneficiados, a Teoria Menor guarda semelhanças ao nosso estudo da desconsideração para a Realização de Fins Sociais. Os fundamentos, no entanto, são completamente diversos. Em função da diferença, nunca se adotou essa terminologia.

Coelho diz que a divisão entre as teorias Maior e Menor é fundamentada em uma classificação entre as obrigações contraídas entre as pessoas jurídicas. As obrigações seriam negociáveis e não negociáveis.

Obrigações negociais são os originadas de tratativas desenvolvidas entre partes de um negócio jurídico. Elas surgem do livre exercício de vontade e, precisamente por isso, supõe que as duas partes sabem dos riscos que correram ao negociar com uma pessoa jurídica. As partes podem aumentar a sua margem de lucro em função desse risco, ou exigir aval ou fiança dos integrantes da pessoa jurídica se assim entenderem necessário evitar prejuízos. Tal noção, diz o autor, surge da análise econômica feita por Richard Posner. Posner entende a personalização como um *starndard* contratual, que facilita e agiliza a negociação entre empresários. Ela é uma cláusula geral de irresponsabilidade pressuposta ao que contrata com a pessoa jurídica. No entanto, essa cláusula pressuposta pode ser superada a qualquer tempo pela vontade das partes<sup>321</sup>.

Na análise da mesma teoria de Posner, Salomão Filho ainda acrescenta alguns dados importantes à caracterização dos créditos negociais. Ele traz que no caso dos créditos negociais, a desconsideração se funda em um comportamento *free-rider*, definido como aquele em que o agente goza das vantagens da responsabilidade limitada, mas não dos seus custos. Ou seja, o agente alvo da desconsideração age à volta do ordenamento jurídico, externalizando os riscos de maneira ilegal para outros membros da sociedade<sup>322</sup>. Contanto que

<sup>322</sup> SALOMÃO FILHO, 2006, p. 243.

\_

COELHO, Fábio Ulhoa. As Teorias da Desconsideração, 2005, p. 270. E Apud Richard Posner. Economic analysis of Law. 4° Ed. Boston-Toronto-Londres: Little Brown, 1992, p. 393-397.

não haja uma conduta ilegal, não há desconsideração. A existência de negociação entre as partes, a capacidade de informar-se e precaver-se sobre o risco envolvido na negociação com uma pessoa jurídica, afasta a responsabilização. Inclusive, sequer há necessidade de ter havido realmente uma negociação ou a inclusão de uma taxa de risco, contanto que as partes tivessem poder para isso<sup>323</sup>. O autor diz que nesse grupo se encontram predominantemente os credores institucionais (profissionais), normalmente formados por instituições financeiros<sup>324</sup>.

A Teoria Maior da Desconsideração ocorre para combater as fraudes e abusos em contratos com esses créditos negociais.

Obrigações não negociais são as que surgem e são definidas por lei, não originadas da livre negociação entre as partes. Nessa condição entrariam os créditos tributários e aqueles que têm direito a indenizações por relações extracontratuais com as pessoas jurídicas, além de consumidores e trabalhadores<sup>325</sup>. Essas pessoas não teriam exercido vontade plena no surgimento do vínculo, sua relação é regrada em virtude de lei. Essas partes não poderiam ser prejudicadas por uma cláusula de irresponsabilidade com a qual nunca desejaram arcar ou puderam se proteger. Para essas pessoas, não se aplicaria a separação patrimonial<sup>326</sup>.

Para Salomão Filho, é o grupo composto por aqueles que não se pode aplicar a hipótese da concorrência perfeita. As partes nesse caso não têm meio efetivo de informar-se da situação da pessoa jurídica e se precaver contra os infortúnios. E, ainda, mesmo que informados, eles não teriam como negociar efetivamente com a sociedade<sup>327</sup>.

Sob essa visão de obrigação não negocial, vale a noção dada por Rocha:

Caíram as barreiras da obrigatoriedade contratual; a autonomia da vontade não temais importância porque a faculdade de contratar e de não contratar não existe numa cultura contratual massificada. Nos serviços indispensáveis à sua vida, o usuário não tem a autonomia de contratar ou de não contratar<sup>328</sup>.

A Teoria Menor da Desconsideração seria a defesa dessas pessoas vinculadas por créditos não negociais. Por não terem como cobrar nenhuma forma de taxa de risco, eles não poderiam arcar com essa separação patrimonial.

Além disso, segundo Coelho, também pertenceriam à desconsideração da Teoria Menor os outros casos, desligados de qualquer fundamento, inclusive contrariando a lei, no

<sup>327</sup> SALOMÃO FILHO, 2006, p. 246.

<sup>328</sup> ROCHA, 1999, p. 77.

<sup>&</sup>lt;sup>323</sup> SALOMÃO FILHO, 2006, p. 245.

<sup>&</sup>lt;sup>324</sup> SALOMÃO FILHO, 2006, p. 247.

<sup>&</sup>lt;sup>325</sup> COELHO, 2005, p. 270-271.

<sup>&</sup>lt;sup>326</sup> COELHO, 2005, p. 271.

qual os juízes apenas aplicam a desconsideração para a busca de justiça no caso concreto<sup>329</sup>. Esse acréscimo final retira muito valor da chamada Teoria Menor da Desconsideração, já que acrescenta a uma teoria bem fundamentada um grupo de casos que o próprio autor entendem como fruto de erro judicial. A princípio, para manter a coerência do que foi postulado, casos em que houve exagero no uso da desconsideração, não poderiam ser classificados em qualquer das duas teorias.

Essa teoria parece ter encontrado grande aceitação, especialmente depois que em 2003 foi utilizada no famoso caso da explosão do Shopping Plaza Osasco (REsp 279273). Diz a Ministra, Nancy Andrighi:

Verificado, portanto, o estado de insolvência e a incidência do CDC, deve ser acolhida a **teoria menor da desconsideração**, como prevista no § 5º do art. 28, independentemente de prova quanto à existência de conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e administradores indicados<sup>330</sup>.

Apesar disso, defendemos nesta obra que a preocupação do aplicador final da lei não se estabeleceu por esse parâmetro. Não parece que o legislador brasileiro estava preocupado com a existência da vontade ou não na relação que formou a obrigação. Ela estaria protegendo sujeitos.

Sob um ponto de vista menos sociológico, e mais técnico, a divisão proposta tem alguns entraves. Nas relações de trabalho e de consumo há uma conjugação de exercício da vontade e regramento legal sobre os efeitos desse exercício. A maior parte dos consumidores assumem essa condição pelo exercício de vontade. Alias, essa tese ensejaria outras questões, sobre como avaliar o exercício da vontade dos aprendizes (maiores de quatorze anos), ou das pessoas naturais absolutamente incapazes que consomem.

Do ponto de vista social, propõe-se aqui que a proteção específica é concedida em função da condição de trabalhador ou consumidor, da própria parte que estabelece a relação, e não da sua forma de exercer a vontade.

<sup>&</sup>lt;sup>329</sup> COELHO, 2005, p. 271.

<sup>&</sup>lt;sup>330</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 279273-SP. Relator Ministro Ari Pargendler. Relator para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 2003, p. 56.

# 2.3.2 A Desconsideração para o Desenvolvimento da Pessoa Jurídica

Traçando o caminho do surgimento da desconsideração da pessoa jurídica até o momento atual, se pretendeu mostrar que em dado momento ela se partiu nos seus pressupostos de aplicação. A teoria como um todo não pode ser separada, ela continua a mesma e praticamente não difere nos efeitos da sua aplicação. No entanto, características muito diferentes surgem da análise desse mesmo instituto quando voltado a cada uma de suas finalidades possíveis. Assim é que se pode afirmar que existem dois fins para a desconsideração da pessoa jurídica, com pressupostos antagônicos. Os objetivos são diferentes e os estudos também precisam se separar.

Concluído a busca aqui feita, se estabelece, a seguir, os traços distintivos das duas formas de desconsideração. Desse ponto em diante não há referências à doutrina, pois todo o texto é efetivamente original. Foi possível encontrar fundamentação para o que foi defendido, mas não para estabelecer essa classificação.

# 2.3.2.1 Originária

A teoria clássica da desconsideração da pessoa jurídica é aquela formada a partir da prática jurisprudencial norte-americana, no momento seguinte ao da liberação de criação dos entes dotados de personalidade sem intervenção do Estado. Lá, onde prevalece a noção de uma pessoa jurídica ficta, servindo apenas de meio para a atuação dos homens, surgiu o primeiro movimento de desconsideração da pessoa para alcançar os que a usassem irregularmente.

Tais problemas também surgiram na Europa nesse mesmo tempo, mas lá havia uma profunda discussão doutrinária sobre a natureza da pessoa jurídica que sempre dificultou que ela fosse facilmente descartada. Nesse ambiente é que Rolf Serick fez sua obra fundamental e traçou os fundamentos desse novo instrumento jurídico.

A aplicação clássica, do século XIX, foi aprimorada com o passar do tempo, mas se mantém a mesma. O que hoje é dito no artigo 50 do Código Civil não é mais do que foi dito em momento tão longínquo. Essa é a teoria que surgiu naquele momento e pouco foi modificada em essência até o presente.

#### 2.3.2.2 Corretiva do Uso da Pessoa Jurídica

A desconsideração para o desenvolvimento da pessoa jurídica ocorre em função da necessidade de controle, prevenção e repressão no uso dos entes dotados de personalidade. É voltada a garantir a segurança de todos que rodeiam a pessoa jurídica criando uma resposta adequada a qualquer ato realizado através da dela que pudesse ferir de maneira ilegítima dos interesses de outras pessoas.

Quando se fala em uso da desconsideração para coibir a fraude à lei ou o abuso de direito, o que se está prevendo é que a pessoa jurídica seja punida apenas quando não for utilizada da maneira como deveria ser. Manter as finalidades permitidas pelo Estado ao aceitar a existência da pessoa jurídica é o pilar central de toda essa teoria.

### 2.3.2.3 Protetiva da Pessoa Jurídica

Defender a essência da pessoa jurídica é outro dos objetivos dessa desconsideração. É pela sua importância e pelos efeitos benéficos que o Estado permite a existência da pessoa jurídica. Ela gera inseguranças àqueles que com ela negociam, pois nunca alcançarão o patrimônio daqueles que a integram. Mas o Estado precisa garantir a legitimidade e a segurança dessas relações.

Se fossem permitidos os abusos, a finalidade da pessoa jurídica estaria prejudicada. O dano que poderia surgir, caso não fossem coibidos, poderia por em dúvida o benefício desse instituto dentro do ordenamento jurídico. Ao fazer uso do mecanismo da desconsideração, está também se garantindo que a pessoa jurídica seja aceita, confiável, legitimada a atuar na comunidade. Desconsiderando pessoas jurídicas no caso concreto se garante que,

abstratamente, o instituto não seja visto como um centro de proteção de impunidades. Nesse sentido se refere Verrucoli, ao dizer que a desconsideração é a proteção da pessoa jurídica.

Sob outro aspecto, essa forma também é protetiva porque ela é uma tentativa de não afetar a existência da pessoa jurídica frente a uma irregularidade. Ao contrário de outras soluções possíveis, como excluir integrantes, ou até desfazer a sociedade, esse é um método capaz de manter a pessoa jurídica da maneira como era.

#### 2.3.2.4 Intrínseca

O motivo que enseja o uso desse tipo de desconsideração é intrínseco, interno – depende da irregularidade ocorrida dentro da pessoa jurídica. A pessoa jurídica pode ser utilizada ativamente para cometer uma irregularidade, ou pode ser uma cobertura passiva para o exercício irregular da atividade de outrem. Independentemente do modo, o uso da desconsideração não parte da condição de nenhum sujeito relacionado com a pessoa jurídica e, sim, do interior dela mesma.

A relação que a pessoa jurídica estabelece pode ser afetada pela desconsideração, mas isso é um efeito indireto sob esse aspecto. Essa desconsideração não existe para observar com quem a pessoa jurídica criou seus direitos e obrigação e, a partir disso, criar seus efeitos. A condição dos envolvidos não é relevante e, sim, a irregularidade no cerne da própria pessoa.

## 2.3.2.5 Subjetiva

Essa desconsideração surge em razão do exercício de vontade humana que desvirtua os fins permitidos à pessoa jurídica. É necessário estar presente a consciência humana contrariando os fins da pessoa jurídica para que essa medida seja cabível. Os motivos que levam à desconsideração são listados em lei – sob esse aspecto há objetividade – mas todos eles têm como requisito de existência a atuação humana proibida.

# 2.3.2.6 De Aplicação Jurisprudencial ou Legal

A instalação da desconsideração no cenário nacional se deu antes de haver uma lei regulamentando, as hipóteses eram as doutrinárias aplicadas à jurisprudência. Hoje o Código Civil abre a previsão genérica para a desconsideração dentro dos casos clássicos de desconsideração, mas antes disso, mesmo sem adoção legislativa, não se negou a aplicação da teoria.

Assim, essa forma de desconsideração deve ser entendida como fruto da necessidade jurisprudencial ou da previsão legal. Hoje já não existe a aplicação jurisprudencial pura, mas essa características não se perde.

### 2.3.2.7 De Igualdade Formal

A pessoa jurídica é entendida nessa forma de desconsideração como igual perante todos os que se relacionam com ela. O objetivo do uso da desconsideração é garantir que através dela não se possam auferir privilégios que de outra maneira a lei não permitiria.

Não se observa quem se relaciona com a pessoa jurídica, dando garantias maiores em função disso. Garante-se é a inexistência do abuso e da fraude, a correção nos vínculos surgidos. Sob esse aspecto se visualiza bem o proposto por Posner: essa é a desconsideração para os entes que entendem os riscos do negócio, podem se precaver contra eles. A desconsideração só será usada quando uma das partes ultrapassar essa relação entre iguais para obter vantagens que desiguais, distribuindo prejuízos indevidamente em busca do seu próprio ganho e proibido no ordenamento.

#### 2.3.2.8 De Direito Privado

A desconsideração para o desenvolvimento da pessoa jurídica é um instituto de proteção típico do direito privado. Se aproximando, sob esse específico aspecto, das disposições ligadas ao erro, ao dolo ou à fraude contra credores existentes no Código Civil.

Essa classificação afirma que essa forma de desconsideração existe para garantir a ampla liberdade no exercício de vontade, prevendo uma resposta estatal adequada quando essa liberdade for usada para fins ilícitos. Garante-se com ela a segurança no exercício da liberdade dos demais, que poderiam ser afetados pelo abuso.

O interesse estatal é limitado, nessa forma de desconsideração, a garantir a liberdade no exercício da vontade. Semelhante a um direito fundamental de primeira geração, ao Estado não cabe fazer nada além de garantir a segurança na liberdade de atividade dos particulares. O núcleo da desconsideração para o desenvolvimento da pessoa jurídica é a relação justa entre entes iguais e capazes de cuidar de seus interesses.

### 2.3.3 A Desconsideração para Promoção de Fins Sociais

#### 2.3.3.1 Derivada

A teoria que trata a desconsideração como um meio para atingir fins surgiu pelo desenvolvimento ocorrido a partir da teoria originária, de proteção da pessoa jurídica. Ela não teve um desenvolvimento inicial autônomo, é um ramo que surgiu através de novos fundamentos para o uso da teoria antiga

A teoria que trata a desconsideração como um meio para atingir fins sociais não é um instituto importado de outros ordenamentos. Ela foi criada no Brasil. Pode-se afirmar, com certa impropriedade, que o local de surgimento dessa teoria se deu no Direito do Trabalho, com a CLT, ainda na década de quarenta. No entanto, essa é uma afirmação difícil de ser sustentada plenamente porque aquelas normas só foram posteriormente identificadas como forma de desconsideração. Elas foram criadas inclusive antes dos doutrinadores europeus escreverem sobre a desconsideração. A doutrina da desconsideração encontrou nessas normas um exemplo de sua aplicação e, partir disso, as preocupações envolvendo a desconsideração exerceram influência sobre elas. Sequer seria possível, no entanto, que houvesse alguma intenção no uso da teoria.

A efetiva derivação da teoria original da desconsideração pode ser encontrada é no Código de Defesa do Consumidor que, sem dúvida, pretendeu utilizar a desconsideração da

pessoa jurídica – e o fez – modificando sua finalidade original de defender o uso correto da pessoa jurídica.

A teoria original da desconsideração continua tendo forte influência e ficou praticamente intocada no que concerne aos efeitos práticos do uso. No entanto, essa teoria utilizou o que existia da desconsideração para se focar em questões diferentes da original, para se focar no sujeito que se relaciona à pessoa jurídica.

# 2.3.3.2 Protetiva do Hipossuficiente

A nova forma de desconsideração da pessoa jurídica é voltada à realização de finalidades sociais objetivadas pelo Estado. Ocorre em função da condição da pessoa natural que se vinculou à pessoa jurídica, não necessita de qualquer ato ou condição da própria pessoa jurídica em questão. O interior da pessoa jurídica, a forma como ela foi utilizada, não tem relevância.

A pessoa do consumidor e do trabalhador foram consideradas pela legislação como incapazes de defender os próprios interesses autonomamente e, por isso, receberam o direito de não ver opostas com si as características da pessoa jurídica que poderiam prejudicar o seu ressarcimento contra prejuízos.

#### 2.3.3.3 Restritiva da Pessoa Jurídica

Essa forma de desconsideração é uma relevante restrição à pessoa jurídica dentro de duas das maiores searas do direito, a do consumidor e a do trabalho. Não há se pode ver de outra forma. O conteúdo da pessoa jurídica resta diminuído com essas as normas. As pessoas naturais que formarem a pessoa jurídica estarão menos protegidas, inclusive em algumas situações em que a sua maior diligência seria incapaz de evitar.

Essa é a preocupação central da doutrina moderna, que entende nessa restrição uma aplicação descuidada da teoria clássica da desconsideração. A posição tão comum, de que aplicar a desconsideração dessa forma é retirar parte do seu conteúdo procede inteiramente – essa é a função dessas normas, restringir a pessoa jurídica. Essa é uma forma de restrição da

pessoa jurídica em nome de um objeto que nesse momento da história foi considerado mais importante pelo Estado.

A existência de críticas a essa opção do legislador é sem dúvida procedente e importante para que o instituto possa ser sempre discutido. No mínimo, uma intervenção desse gênero na pessoa jurídica deveria ter sido amplamente debatida e planejada no meio jurídico antes de sua implantação. E mesmo se todos esses cuidados adicionais tivessem sido tomados, a insegurança jurídica trazida com a mudança continuaria sendo um peso poderoso. Sempre se poderá discutir a validade dessas medidas e o benefício ou prejuízo trazidos.

Algumas críticas, no entanto, se voltam ao ponto errado. A preocupação que existe hoje não deveria ser a má aplicação da doutrina da desconsideração. A crítica que pode existir é de que essa opção traz mais desvantagens à sociedade. Pode-se explicar porque o dano à economia ou à segurança criam uma situação que, no geral, é mais prejudicial do que o auxilio trazido aos protegidos por ela.

#### 2.3.3.4 Extrínseca

A desconsideração nesse não envolve fato interno da pessoa jurídica, não depende de sua atuação ter sido contrária a alguma finalidade da lei. A desconsideração surge em função de fato externo, que é a relação com sujeitos protegidos pelo ordenamento jurídico. Ela surge a partir do fato jurídico entre a pessoa jurídica e terceiros, não dependendo do seu modo de funcionamento.

### 2.3.3.5 Objetiva

A desconsideração surge com completa independência da vontade humana daqueles que formam a pessoa jurídica, por expressa previsão legal. A desconsideração protege alguns sujeitos de prejuízo e aqueles que arcam com o ônus dessa proteção — os integrantes da pessoa jurídica - não precisam ter atuado com qualquer dolo, culpa ou sequer consciência sobre a existência desse prejuízo. Os motivos que ensejam a desconsideração são objetivos, sem influencias da alguma vontade humana de auferir qualquer vantagem indevida.

# 2.3.3.6 De Aplicação por Legalidade Estrita

Por ser uma medida drástica, a aplicação dessa forma de desconsideração deve depender da previsão legal específica. A aplicação em outras áreas do direito, sem norma que autorize, não deve ser aceita. Não deve ser aceito, inclusive, seu uso na Justiça do Trabalho em casos sem norma específica que autorize. A própria existência dessa forma de desconsideração traz em seu interior alguma instabilidade e restrição à pessoa jurídica. Permitir que abstratamente se possa aplicar a outros sistemas parece ser permitir um poder excessivo ao aplicador da lei. A busca por finalidades sociais é relevante, mas essa forma de desconsideração é agressiva demais para ser aceita jurisprudencialmente. Só o legislador, munido da legitimidade outorgada pela representação popular, pode decidir algo dessa gravidade.

## 2.3.3.7 De Igualdade Material

Essa forma de desconsideração se baseia na busca de igualdade material. Ela cria a desigualdade na medida em que os sujeitos forem desiguais. Quando se busca essas igualdades materiais, o resultado normalmente é um ônus agravado ao lado mais poderoso. Sob esse específico aspecto, é um instrumento semelhante ao princípio da capacidade contributiva no direito tributário – é a distribuição desigual de encargos, com a diferença que não se baseia em uma manifestação de riqueza e, sim, em uma posição contratual. Na linguagem da filosofia, essa desconsideração é oriunda da justiça distributiva, busca dar a cada um o que lhe é devido e é devido o que a lei assim decidir.

Não interessa manter a igualdade formal entre indivíduos, pelo contrário. A finalidade é estabelecer vantagens a alguns sujeitos da relação. O motivo para isso é a hipossuficiência, a incapacidade deles para cuidar dos próprios interesses e a necessidade de privilégios inerentes à sua condição.

#### 2.3.3.8 De Direito Público

A aplicação dessa forma de desconsideração é dominada pelo direito público. Inclusive a sua área de incidência — Direito do Trabalho e Direito do Consumidor — demonstram essa condição. Ela representa uma modificação das normas tradicionais que regravam a pessoa jurídica, tipicamente de Direito Privado. Essa desconsideração é uma intervenção positiva do Estado sobre a pessoa jurídica para alcançar fins seus, prejudicando o interesse de certos particulares e privilegiando o de outros. É um instituto tão ligado pelo Direito Público que até sua rejeição precisaria de uma fundamentação voltada ao direito público, que procure demonstrar os benefícios de uma ou outra opção para a sociedade.

### 2.3.4 Resultados da Classificação

A desconsideração é uma parte do grande tema da personalidade jurídica e deve ser aceita ou modificada pelos mesmos objetivos — o avanço social. Com essa classificação está encerrada a proposição feita, de cotejar uma teoria que se adéque melhor à realidade social e ao que pretendeu o legislador.

Espera-se ter feito uma contribuição científica sincera na busca do aprimoramento do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, ter demonstrado que há um outro fundamento justificando a desconsideração. O novo fundamento pode ser criticado pelos seus efeitos, mas não deveria ser visto como mero erro ou descuido de juízes que aplicam a lei.

O principal motivo de encerrar o trabalho com uma classificação antagônica entre duas faces de um mesmo instituto é a tentativa de delinear melhor as suas diferenças. O resultado, espera-se, é ter demonstrado que essa é uma classificação viável sobre os fatos da vida, capaz de auxiliar na ciência do direito.

# **CONCLUSÕES**

A desconsideração da pessoa jurídica é um mecanismo do direito inicialmente voltado à defesa da pessoa jurídica, dos seus integrantes e daqueles que se relacionam com ela. Ela foi utilizada predominantemente nos termos desenvolvidos por Rolf Serick, com caráter subjetivo, sempre que houvesse abuso de direito ou fraude. Esses foram os princípios retirados de uma complexa prática jurisprudencial, tanto norte-americana, quanto européia.

Ao chegar ao Brasil, o instituto alcançou novas dimensões. Ele passou a ser usado sem a necessidade desses requisitos em alguns campos específicos do direito, campos marcados pela proteção e intervenção estatal. Esta obra pretendeu demonstrar que essa ligação não é casual. A desconsideração é aplicada de maneira diferente nesses campos porque seus pressupostos de aplicação são outros.

O Direito do Trabalho foi o primeiro local de surgimento, ainda que no momento de criação das normas, ainda não houvesse a sistematização da teoria da desconsideração. Visando a tutela dos trabalhadores, desprotegidos frente ao empregador, o ordenamento jurídico previu diversas normas. Dentre elas, logo no início da CLT, está o artigo 2°, § 2°, que preveniu contra prejuízos os trabalhadores quando houvesse a existência de diversas pessoas jurídicas sob a mesma direção, controle ou administração. Em todos esses casos, sem qualquer outro requisito, as empresas seriam solidariamente responsáveis pelas obrigações oriundas da relação de emprego.

O Código de Defesa do Consumidor foi o segundo fenômeno estudado. Novamente, a desconsideração foi proposta sem os requisitos clássicos. No artigo 28, §5° é expressamente normatizado que pode haver a desconsideração para evitar qualquer prejuízo ao consumidor. Usou-se a doutrina para identificar os princípios informadores da relação de consumo e, assim, demonstrar o interesse estatal na implantação da desconsideração como uma forma de defesa dessa relação.

Foi defendido que essas duas ocorrências foram atividade interventiva do Estado, que agiu intencionalmente protegendo determinados indivíduos hipossuficientes e menos capazes de arcar com prejuízos. Em função dessa desigualdade material, a desconsideração foi estabelecida.

Nesses casos, a desconsideração deixa de estar fundada na sanção ao uso da pessoa jurídica para fins contrários ao ordenamento. A finalidade passa a ser a promoção de fins sociais. Essa é uma forma de desconsideração que não existe para auxiliar o funcionamento da pessoa jurídica, ela é uma forma de restringir a pessoa jurídica, agravando a responsabilidade dos que usam esse instituto.

Com esses dados, chega-se a conclusão de que a desconsideração pode ser entendida como um fenômeno usado para duas finalidades inteiramente diferentes e, portanto, com pressupostos de aplicação diferentes.

A opção do legislador de não exigir a fraude ou o abuso de direito, nesse caso, não é surpreendente. Ela é condizente com o fundamento dessa desconsideração. A aplicação é uma decisão voltada a redistribuir os ônus da sociedade. Esse movimento de busca da igualdade material é histórico e se apresenta sob as mais diversas formas. Dentro do Direito Privado, assemelham-se a essa finalidade a função social da propriedade, a função social do contrato. Nos ramos do Direito Público, essa busca de igualdade basicamente envolve o direito universal à educação, saúde, trabalho e previdência. Dentro desse contexto, a desconsideração é só mais um meio de auxiliar na busca de igualdade material.

Como dito algumas vezes, não se quer dizer com isso que a desconsideração está sendo bem usada. Todos os itens listados acima precisaram ser temperados e estudados dentro da realidade e das possibilidades. Não é por menos que as normas que fazem a previsão dos direitos sociais dentro da Constituição são programáticas. Essa forma de desconsideração precisa dos mesmos cuidados que todas essas outras formas de proteção social. Ela precisa ser mais benéfica do que onerosa quando avaliada toda a sociedade. Não haveria sentido em um sacrifício grande o suficiente para liminar outros direitos também fundamentais, como o da livre iniciativa.

Com essa obra, portanto, pretendeu-se demonstrar de uma maneira nova a desconsideração da pessoa jurídica. Cotejá-la na condição de forma de promoção social e não como uma aplicação anômala e nociva de uma doutrina voltada a proteger a pessoa jurídica. Espera-se que essa tenha sido uma contribuição útil nesse sentido. A ciência do direito é tão especial porque ela estuda a realidade, mas também a modifica. Esse é um trabalho voltado ao estudo, à observação de um fenômeno e à tentativa de transformá-lo em palavras que possam ser, então, alvo de críticas construtivas à sua existência.

A desconsideração da pessoa jurídica é, afinal, um instituto único, mas com dois fins.

# REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberta Macedo de Souza. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALMDEIRA, Amador Paes de. **Execução de Bens dos Sócios.** 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um Estudo do Direito Civil-Constitucional. In Problemas de Direito Civil Comercial. TEPEDINO, Gustavo (Organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil**. Sorocaba: Editora Minalli, 2007.

\_\_\_\_\_. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica, 1947.

BEVILACQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1955.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODNAR, Zenildo. **Responsabilidade Tributária do Sócio-Administrador**. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 279273-SP. Relator Ministro Ari Pargendler. Relator para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 2003

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª Edição. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CASILLO, João. **Desconsideração da Pessoa Jurídica**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 528, 24-40, out. 1979.

CASTRO y Bravo, Frederico de. La Persona Jurídica. 2ª Edição. Madri: Civitas, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. **As Teorias da Desconsideração. In Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

COPOLA, Gina. A Lei dos Crimes Ambientais, Comentada Artigo por Artigo (1ª Parte). **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo, Ano VII, n. 37, 191-204, Abr-Maio 2006, 2006.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano e Textos em Correspondência com os Artigos do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1957.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 29ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DELGADO, José Augusto. A Desconsideração da Pessoa Jurídica e os seus Reflexos na Ordem Tributária. In Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.1: Teoria Geral do Direito Civil. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

UNITED KINGDOM. House of Lord. **Aron Salomon (Pauper) Appellant; v. A. Salomon and Company, Limited Respondents. by Original Appeal**. and A. Salomon and Company, Limited Appellants v. and Aron Salomon Respondent. by Cross Appeal. 1892. Disponível em http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/cases/Cases%20Chapter%2019/Aron%20Salomon%20(Pauper)%20v%20Saloman%20(A)%20and%20Co%20Ltd%20v%20Aron%20Saloman. doc. Acessado em 15/01/2010, às 17h52min.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: Análise à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da - Coordenador. **Desconsideração da Personalidade** da **Pessoa Jurídica: Visão Crítica da Jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2009.

GILISSEN, John. **Introdução História ao Direito Romano**. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calousete Gulbenkian, 2003.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil**. In Jurisprudência Brasileira - Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba, Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KOCH, Dionísio. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica** (**desregard doctrine**) **e os Grupos de Empresas.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. 215 p.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. A Unificação do Direito das Obrigações no Novo Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, vol. 4, n. 20, nov./de. 2002.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família: Aspectos Polêmicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. **Crimes Ambientais - Lei n. 9.605/98**. Novas Disposições Penais. Campinas: CS Edições LTDA., 2004.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1979.

PINTO, Eduardo Viana. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no novo Código Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsói. 1972.

QUEIROZ, Mary Elbe. A Elisão e a Evasão Fiscal: O Planejamento Tributário e a Desconsideração dos Atos, Negócios e Personalidade Jurídica. In Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctirne). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 410, 12-24, dez. 1969.

ROCHA, Antônio do Rêgo Monteiro. **Código de Defesa do Consumidor: Desconsideração da Personalidade Jurídica.** Curitiba: Juruá, 1999.

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

SERICK, Rolf. **Rechtsform Und Realität Juristicher Personen.** Tradução de Jose Puig Brutau, Aparencia Y Realidad en las Sociedades Mercantiles. 1ª Edição. Barcelona: Ediciones

SILVA, Alexandre Couto. **A Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Desconsideração da Personalidade Jurídica Teoria e Legislação no Brasil. **Revista Faculdade de Direito de Campos**, Campos de Jordão, v. 9, p. 399-424, dez. 2006.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Regime Tributário da Interposição de Pessoas e da Desconsideração da Personalidade Jurídica: os Limites do art. 135, II e III, do CTN**. In Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Bank of the United States v. Deveaux, 9 U.S. 5 Cranch 61 61 (1809). Disponível em http://supreme.justia.com/us/9/61/case.html. Acessado em 15/01/2010 às 16 horas.

VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial 2**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Falência - Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista de Direito mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, ano XXXIX, vol. 12, 165-172, Out-Dez, 2000.

VERRUCOLI, Piero. Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella "Common Law" e nella "Civil Law". Milão, Giufrè, 1964.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e seus Efeitos Tributários.** In Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. Coordenação de Heleno Taveira Tôrres e Mary Elbe Queiros. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WORMSER, Isaac Maurice. **Disregard of corporate fiction and allied corporation problems.** Nova Iorque: Baker, Voorhis and Company, 1929.