



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CARLOS BRÁULIO DA SILVEIRA CHAVES

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM
FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL E REFLEXOS
PROCESSUAIS

SOUSA - PB
2005

CARLOS BRÁULIO DA SILVEIRA CHAVES

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM
FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL E REFLEXOS
PROCESSUAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Aurélia Carla Queiroga da Silva.

SOUSA - PB
2005

CARLOS BRÁULIO DA SILVEIRA CHAVES

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FACE
DO NOVO CÓDIGO CIVIL E REFLEXOS PROCESSUAIS

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Esp. Aurélia Carla Q. da Silva (Orientadora)

Prof.

Prof.

Dedico

Ao meu pai, Antonio Carlos Regis Chaves, cuja coragem, determinação, dedicação e honestidade construíram o exemplo que procuro seguir em todos os dias da minha vida.

A minha mãe, Maria do Socorro da Silveira Chaves, a quem tudo dedico, por sua renúncia, sacrifício e afeto, os quais jamais conseguirei retribuir na mesma intensidade.

Aos meus bons amigos de todas as horas, Carlos Tiago e Carla Emília, coincidentemente, irmãos queridos.

Ainda a mulher da minha vida, por existir:
Kalina Lígia Cavalcante Lopes Silva.

AGRADECIMENTOS

Aqueles que nos fizeram seus filhos; aqueles que representam aqui na terra a força maior que nos faz vivo; DEUS e que hoje, envolto neste clima de encantamento e sonho em está concluindo um Curso Superior, estão orgulhosos e conseguem ler estampados nos nossos rostos as palavras que a emoção nos impede de dizer, muito obrigado Antonio Carlos Regis Chaves e Maria do Socorro da Silveira Chaves, meus PAIS.

Agradeço aos meus irmãos Carlos Tiago e Carla Emília pela compreensão e carinho.

Agradeço a minha noiva, Kalina Lígia Cavalcante Lopes Silva pela contribuição inestimável na seleção de passos dos textos e auxílio na revisão e sugestões, de forma e conteúdo deste trabalho. E sobretudo pela paciência, incentivo e confiança. Meu muito obrigado.

Agradeço sobremaneira a Professora Orientadora Esp. Aurélia Carla Queiroga da Silva, que ao longo de suas atividades na docência e especialmente na colaboração da elaboração deste trabalho monográfico, pelas lições de saber, pela orientação constante, por repartir os seus conhecimentos, auxilia a trilhar este caminho. Manifesto meu sincero reconhecimento e estima, por acreditar que o homem jamais poderá lograr para si o dom de ser auto-suficiente.

RESUMO

O escopo da presente pesquisa científica é elucidar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil e seus aspectos processuais, mostrando a sua relevância para preservação do instituto secular da pessoa jurídica, constituindo esta uma das mais sólidas e difundidas contribuições do pensamento jurídico universal, dotada de titularidade negocial e processual, que por vezes revelou-se um meio propício a prática de atos ilícitos. Criada na jurisprudência dos países filiados ao sistema jurídico Anglo-Saxão, como meio hábil e legal para assegurar a sobrevivência do próprio instituto da pessoa jurídica, a Desconsideração da Personalidade Jurídica, vem superando momentaneamente, e de forma excepcional os princípios que norteiam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, visando alcançar diretamente os bens particulares dos sócios ou administradores que se escondem sob o manto societário para prática de atos abusivos. Utilizou-se o método dedutivo para apresentar desde o conceito genérico, fundamento, teorias e requisitos até se chegar ao resultado obtido, encontrando argumentos fundamentados para identificar os elementos ensejadores da desconsideração no Brasil. Só assim, com a identificação de tais elementos torna-se possível à aplicação adequada do levantamento do véu societário no atual ordenamento jurídico. Observou-se que, somente com o art. 50 do código civil de 2002 e seus reflexos na processualística, verifica-se o resgate dos verdadeiros pressupostos teóricos da desconsideração, ou seja, abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Desta forma, é primordial a aplicação correta do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, evitando, portanto, a confusão com os institutos diversos como o da responsabilidade direta dos sócios. Assim, reconhecida a presença dos pressupostos e requisitos constantes do art. 50 do CC de 2002 torna-se dever dos magistrados promover a desconsideração da pessoa jurídica para assegurar a justiça no caso concreto.

Palavras-chave: pessoa jurídica. autonomia patrimonial. processo civil. desconsideração da personalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO 1 PANORAMA LEGAL DA PESSOA JURÍDICA.....	11
1.1 Natureza Jurídica.....	12
1.2 Requisitos para Constituição da Pessoa Jurídica.....	15
1.3 Classificação da Pessoa Jurídica.....	17
1.4 Começo da Existência da Pessoa Jurídica.....	20
1.5 Autonomia da Pessoa Jurídica.....	22
CAPÍTULO 2 ANÁLISE DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	26
2.1 Direito Comparado.....	26
2.2 Terminologia.....	29
2.3 Conceito e Fundamento Jurídico.....	31
CAPÍTULO 3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍ- DICA NO SISTEMA JURÍDICO CIVIL.....	37
3.1 Surgimento e Aplicação da DPJ no Direito Brasileiro.....	37
3.2 Distinção da DPJ de Outros casos de responsabilização dos Sócios.....	40
3.3 A DPJ no Novo Código Civil: Teorias e Requisitos para aplicação.....	43
CAPÍTULO 4 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERA- ÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	55
4.1 Responsabilização Direta do Causador da DPJ.....	55
4.2 Legitimados da DPJ.....	58
4.3 Formas de Efetivação ou Aplicação da DPJ.....	63
4.4 A não discricionariedade do juiz em relação a aplicação da DPJ.....	67
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica consiste na exposição do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica em face do novo Código Civil e seus reflexos processuais. Tal instituto, já vigorava no Brasil, no entanto, a partir da entrada em vigor do código civil de 2002, passou a ter uma previsão genérica. Desta vez andou bem o legislador em prever no código civil a possibilidade da aplicação do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, acabando com a discussão que girava em torno de sua utilização, e punindo àqueles que se escondiam atrás do manto que cobria as pessoas jurídicas.

Denota a teoria da Desconsideração Jurídica, que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, deve o judiciário intervir, sendo evidentemente provocado, a deixar de aplicar as regras da separação patrimonial defendida pela legislação e interferindo diretamente na esfera patrimonial dos sócios responsáveis, de forma a coibir a atitude fraudulenta perpetrada em função da manifestação destas regras, e, sobretudo, garantir que os credores serão devidamente ressarcido dos prejuízos amargados.

O instituto da pessoa jurídica, que tem por base uma previsão legal, quando utilizada de forma adversa a sua função e aos princípios do ordenamento jurídico, contrapõe-se a esse ordenamento. Com isso, teve o legislador a preocupação de proteger àqueles que podiam ser prejudicados em razão do desvio deste instituto, criando, assim um instrumento capaz de combater de forma eficaz quem tentassem desvirtuar a personalidade jurídica como forma de causar prejuízo a terceiros.

A lei ao prever, em abstrato condutas às quais o homem deve seguir estabelece posições de vantagens, determinando quais interesses que devam prevalecer e quais serão sacrificados. Dessa posição de vantagem assegurado pelo ordenamento jurídico, faz surgir o direito subjetivo que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma ao seu favor. Portanto, a pessoa jurídica não pode ser vista como algo absoluto, intocável ou mesmo cristalizado, ao contrário, deve-se ressaltar o caráter instrumental da personalidade que, quando utilizado de forma desvirtuada, deve ser desconsiderada, com escopo de garantir o direito daqueles que venham a ser atingido pelo abuso de direito.

Destarte, tem como fundamento a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, o abuso de direito, consubstanciado na utilização da pessoa jurídica com vistas a dissimular a realidade e burlar uma disposição legal. Assim, estando claro e provado que a pessoa jurídica foi mesmo instrumento de uma outra pessoa (sócio ou administrador), torna-se possível aplicação do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, de forma a prevalecer a realidade sob a aparência.

Importa ressaltar que a Desconsideração da Personalidade Jurídica só pode ser aplicado a casos específicos, extraordinários, quando se fizer mau uso da pessoa jurídica. Cabe frisar que a aplicação do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica não visa a extinção da pessoa jurídica, o que se objetiva, na verdade é a desconsideração para retirada do véu que cobre as pessoas que a compõem, de forma a facilitar a punição dos responsáveis por atos de malícias.

Pretende, a pesquisa científica elucidar a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica em face do novo código civil e seus aspectos processuais, mostrando a sua relevância para preservação de instituto secular da

pessoa jurídica, para tanto é necessário conhecer os verdadeiros fundamentos teóricos que embasam a sua aplicação.

Diante do exposto, patente é a viabilidade da pesquisa ora realizada, que possui um caráter eminentemente teórico para a qual se utilizou da pesquisa bibliográfica, com consultas a Internet, trazendo desde conceitos genéricos para se chegar ao resultado obtido, se utilizando de um método dedutivo, a fim de que tal problemática possa ser solucionada, uma vez que o ponto máximo do trabalho é esclarecer o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, principalmente, no que tange a análise em face do novo código civil e seus reflexos processuais.

A escolha do tema em muito se deve a constatação de que a Desconsideração da Personalidade Jurídica de grande relevância no direito gera controvérsias dentro da própria doutrina e da jurisprudência existente. O fato dos sócios contarem com respaldo do princípio da autonomia patrimonial dá margens para prática ilícitas em nome da pessoa jurídica, o que pode vir a prejudicar clientes e terceiros ligados a empresa. Assim, o conhecimento dos fundamentos jurídicos da Desconsideração da Personalidade Jurídica é de grande importância para fortalecer o instituto da pessoa jurídica.

O Capítulo primeiro da pesquisa a cerca da Desconsideração da Personalidade Jurídica, refere-se ao panorama legal da pessoa jurídica, já que não há como analisar o instituto em estudo, sem ao menos examinar o conceito de pessoa jurídica e seus principais desdobramentos como: natureza jurídica; requisitos para constituição; classificação; começo da existência; além de sua autonomia.

O Capítulo segundo analisará alguns aspectos relevantes da Desconsideração da Personalidade Jurídica de modo abrangente, discorrendo sobre sua origem; terminologia; conceito e fundamento jurídico.

O Capítulo terceiro tratará da Desconsideração da Personalidade Jurídica de forma mais específica com reflexões sobre sua aplicação no sistema jurídico civil, com a análise do surgimento e aplicação no direito brasileiro; distinção da Desconsideração da Personalidade Jurídica de outros casos de responsabilização dos sócios. Enforçará, principalmente, o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica no novo código civil de 2002.

O último Capítulo discutirá, os reflexos do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica na órbita do direito processual de modo a discorrer sobre a responsabilização direta do causador do DPJ; legitimidade; forma de efetivação ou aplicação; além da análise da vinculação ao juiz em relação a aplicação do referido instituto.

Desta forma, abordar-se-á o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, cuja aplicação é retirada episódica, momentânea e excepcional dos princípios que regem a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, cujo objetivo é atribuir os efeitos de suas obrigações aos sócios com a finalidade de coibir os desvios da função da pessoa jurídica, praticado pelos mesmos. Dessa forma ela não visa acabar com o instituto da pessoa jurídica, de grande relevância para atividade empresarial, mas afastar o mau uso que dela se faz.

CAPÍTULO 1 PANORAMA LEGAL DA PESSOA JURÍDICA

Para abordar o tema da desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessário tomar como ponto de partida o estudo do instituto da pessoa jurídica e seus principais aspectos que sejam relevantes para a compreensão da temática.

O Instituto da Pessoa Jurídica trata-se de uma das mais sólidas e difundidas contribuições do pensamento jurídico universal, sua criação deu-se como meio de superar as dificuldades do homem, que por si só, não consegue realizar determinadas atividades em virtude de suas limitações, as pessoas jurídicas surgem com a finalidade de sanar essas limitações, permitindo que o homem ultrapasse as barreiras impostas pela vida. Assim, como bem assegura Washington de Barros Monteiro (1997, p. 97): "o homem unido aos seus semelhantes consegue multiplicar quase que ao infinito suas possibilidades, proporcionando a execução de obras extraordinárias e duráveis para a sua comunidade".

Dessa forma, a fim de incentivar o desenvolvimento de atividades produtivas, e também como meio de aumentar a arrecadação de tributos, gerar empregos e incrementando o desenvolvimento econômico e social das comunidades surgem às pessoas jurídicas que, conforme o ensinamento de Silvio Rodrigues (2003, p. 66), são:

(...) entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil.

E, ainda, na visão de Orlando Gomes (1979, p. 72), são entes que:

(...) o direito toma-os da sociedade, onde se formam, e os disciplina à imagem e semelhança das pessoas naturais, reconhecendo-os como pessoa, cuja excelência a que possam exercer direitos, dando-lhes regime compatível com sua natureza.

Dessa forma, junto das pessoas naturais, as pessoas jurídicas também atuam na órbita do direito, seja firmando compromisso, assumindo obrigações, requerendo direitos, etc.

1.1 Natureza jurídica

É por demais polêmica a conceituação da natureza da Pessoa Jurídica, dela tendo-se ocupado juristas de todas as épocas e de todos os campos do Direito. Com freqüência o problema dessa conceituação vê-se banhado por posições e paixões políticas e religiosas e, de qualquer modo, sobre a matéria formou-se uma literatura vastíssima e complexa, cuja as teorias interpenetram e se mesclam, num emaranhado de posições sociológicas e filosóficas.

As várias teorias procuram explicar esse fenômeno, pelo qual um grupo de pessoas passa a constituir uma unidade orgânica, com individualidade própria reconhecida pelo Estado e distinta das pessoas que a compõe.

Agrupam-se a seguir as principais opiniões a respeito do tema e destaca-se duas categorias: os defensores das teorias da ficção e os entusiastas das teorias da realidade.

a) Teorias da Ficção

Podem ser da “ficção legal” e da “ficção doutrinária”. Para a primeira, desenvolvida por Savigny, a pessoa jurídica constitui uma criação artificial da lei. Para a segunda, uma criação dos juristas, da doutrina.

Ambas não são aceitas. A crítica que se lhes faz é a de que o Estado é uma pessoa jurídica. dizer-se que o Estado é uma ficção é o mesmo que dizer que o direito, que dele emana, também o é.

b) Teorias da Realidade

Opõem-se às do primeiro grupo e as dividem em:

a) Teoria da realidade objetiva – Sustenta que a pessoa jurídica é uma realidade sociológica, ser com vida própria, que nasce por imposição das forças sociais. A crítica que se lhe faz é a de que os grupos sociais não têm vida própria, personalidade, que é característica do ser humano.

b) Teoria da realidade jurídica (ou institucionalista, de Hauriou) – Assemelha-se à da realidade objetiva. Considera as pessoas jurídicas como organizações sociais destinadas a um serviço ou ofício, e por isso personificadas. Merece a mesma crítica feita àquela. Nela esclarece sobre as sociedades que se organizam sem a finalidade de prestar um serviço ou de preencher um ofício.

c) Teoria da realidade técnica – Entendem seus adeptos, especialmente Ihering, que a personificação dos grupos sociais é expediente de ordem técnica, a forma encontrada pelo direito para reconhecer a existência de grupos de indivíduos, que se unem na busca de fins determinados.

Estas são algumas das teorias científicas mais aceitáveis e debatidas na doutrina dentre tantas outras teorias apresentadas pelos juristas para justificar e explicar a natureza da pessoa jurídica. Porém, pode-se afirmar sobre o que foi exposto acerca das teorias relacionadas à natureza da pessoa jurídica que, além das duas posições contrárias, ou seja, a teoria da ficção e a teoria da realidade, há a teoria eclética da realidade técnica ou jurídica. Esta última teoria reconhece que, em parte, cada uma das teorias antagônicas é correta até certo ponto.

Sob o prisma físico ou natural, só a pessoa física seria entendida como realidade, não passando a pessoa jurídica, então, de uma mera ficção. No entanto, o conceito de personalidade jurídica, deve ser buscado nas ciências jurídicas e não nas ciências naturais.

A pessoa jurídica possui uma realidade que não pode ser uma realidade física característica das ciências naturais, mas a realidade jurídica. Desse modo, a pessoa jurídica seria, então, uma criação da lei enquanto a personalidade e a capacidade jurídicas são concessões legais feitas tanto à pessoa natural como à pessoa jurídica. Conforme Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2004, p. 40-41):

A pessoa jurídica possui natureza técnico-jurídica, ou seja, trata-se de uma realidade legal. Dessa forma, adota-se a teoria da realidade técnica, visto que, por ser eclética, recolheu tudo que havia de positivo nas demais teorias, fornecendo o que se pode denominar de a verdadeira essência da natureza da pessoa jurídica.

Após ser personificado, o ente passa a ter existência jurídica, adquirindo personalidade, o que o capacita a atuar no mundo jurídico como as outras pessoas jurídicas, o que demonstra o fato de o ordenamento jurídico que o personificou não pode esquecer essa nova realidade, o afastar de modo arbitrária e não fundamentada, seus efeitos. A seriedade e a segurança devem ser características do Direito. Assim, tendo em vista o fato de a pessoa jurídica ser real

para o Direito, somente por meio de outro instituto igualmente sério, como o da desconsideração da personalidade jurídica, abre-se a possibilidade de se fixar limites para a utilização da personalidade jurídica. Ambos os institutos foram criados por lei, objetivando o interesse social.

1.2 Requisitos para a Constituição da Pessoa Jurídica

Para a constituição de uma pessoa jurídica exigem-se três requisitos básicos: vontade humana criadora, observância das condições legais para sua formação e liceidade de finalidade.

No que diz respeito à *vontade humana* criadora, o *animus* de constituir um corpo social diferente dos membros integrantes é fundamental. Existe uma pluralidade inicial de membros que, por sua vontade, se transforma numa unidade, na pessoa jurídica que futuramente passará a existir como ente autônomo. O momento em que passa a existir o vínculo de unidade ente autônomo. O momento em que passa a existir o vínculo de unidade caracteriza precisamente o momento da constituição da pessoa jurídica.

Neste instante da reflexão científica destaca-se a diferença fundamental entre a constituição das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. Embora trate-se aqui de direito privado, não pode-se ignorar as pessoas jurídicas do direito público que têm no Estado sua mais elevada posição.

As pessoas jurídicas de direito público de caráter fundamental, como o próprio Estado, iniciam-se em razão de suporte histórico, de criação constitucional, surgindo como que espontaneamente da necessidade social de soberania de um Estado em face de outro. Afasta-se, portanto, esse conceito criativo, por um processo diferente, de gênero das pessoas jurídicas de direito privado.

No direito privado, o fato que dá origem à pessoa jurídica é a vontade humana, sem, a princípio, nenhuma interferência do Estado, exceto quando a autorização estatal é necessária. Antes de qualquer ato de cunho estatal a personalidade desses entes já existe, ainda que em estado potencial. Esses entes podem ser tratados como *sociedades irregulares*, mas não se nega que já tenham certos atributos da personalidade.

Há, portanto, um direcionamento da vontade de várias pessoas em torno de uma finalidade comum e de um novo organismo. A pessoa jurídica também pode nascer da destinação de bens de uma pessoa para integrá-la na procura de uma finalidade. Para que essa destinação de bens se transforme em pessoa jurídica, é sempre necessária a atuação da vontade do instituidor. É o princípio das *fundações*. Em qualquer caso, portanto, a pessoa jurídica tem como ponto de origem a vontade criadora. Passada a fase da manifestação da vontade, no sentido da criação do novo ente, a pessoa jurídica já existe em estado latente.

Para que essa pessoa jurídica possa gozar de suas prerrogativas na vida civil, cumpre observar o segundo requisito, qual seja, a *observância das determinações legais*. É a lei que diz a quais requisitos a vontade preexistente deve obedecer, se tal manifestação pode ser efetivada por documento particular ou se será exigido o documento público. É a lei que estipula que determinadas pessoas jurídicas, para certas finalidades, só podem existir mediante prévia autorização do Estado. É a lei que regulamenta a inscrição no Registro Público, como condição de existência legal da pessoa jurídica. É, pois, por força da lei que aquela vontade se materializa definitivamente num corpo coletivo.

Finalmente, a atividade do novo ente deve dirigir-se para um *fim lícito*. Não se adapta à ordem jurídica a criação de uma pessoa que não tenha finalidade

lícita. Não pode a ordem jurídica admitir que uma figura criada com seu beneplácito contra ela atente. Daí importante aplicação de desconsideração da personalidade jurídica como forma, até mesmo, de punir aqueles que desvirtuam o sentido da pessoa jurídica.

1.3 Classificação da pessoa jurídica

A atividade de promover classificações constitui um esforço doutrinário de sistematizar o conhecimento científico, facilitando a pesquisa e o estudo dos institutos jurídico. Desta forma, surge a necessidade de classificar as pessoas jurídicas.

As pessoas jurídicas podem ser agrupadas em várias classes, dependendo do ponto de referência que o pesquisador está analisando. Dessarte, haverá:

- Quando à estrutura,
 1. Pessoas jurídicas colegiadas, que são grupos de pessoas aos quais a Lei confere personalidade, como as sociedades e as associações;
 2. pessoas jurídicas não colegiadas, que não são grupos de pessoas, mas acervos patrimoniais aos quais a Lei atribui personalidade, como fundações autarquias e empresas públicas.
- Quanto à nacionalidade,
 1. pessoas jurídicas nacionais;
 2. pessoas jurídicas estrangeiras.

A Constituição Federal de 1988 traçava os parâmetros exigidos para que as pessoas jurídicas se considerassem nacionais ou estrangeiras. Na categoria das nacionais, o art. 171, I e II, da Constituição previa duas espécies: as empresas brasileiras e as empresas brasileiras de capital nacional.

Reputava-se brasileira a empresa que se constituísse segundo as leis brasileiras e que tivesse seu domicílio administrativo no Brasil. Já empresa brasileira e que tivesse seu domicílio administrativo no Brasil. Já empresa brasileira de capital nacional era aquela cujo controle efetivo estivesse em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou de entidades de Direito Público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria do capital volante e o exercício, de fato e de Direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 6 de 1995 revogou o art. 171, por considerá-lo prejudicial à política de abertura neo-liberal implantada no país. Assim é que, levando-se em conta a lei em vigor, não há mais distinção entre pessoa jurídica nacional e estrangeira, salvo melhor juízo.

➤ Quanto ao regime

1. pessoas jurídicas de Direito Público interno, (art. 41, CCB) que são a União, os Estados-Membros, o Distrito federal, os Municípios, além de outras entidades de caráter público criadas por lei, como as fundações públicas e as autarquias;
2. pessoas jurídicas de Direito Público externo, (art. 42, CCB) quais sejam, os Estados soberanos e todas as pessoas regidas

pelo Direito Internacional Público, como, por exemplo, a ONU, a OTAN, o Mercosul, a União Européia, a Comunidade de Estados Independentes etc;

3. pessoas jurídicas de Direito Privado, (art. 44, CCB) que são as sociedades, as associações, as fundações privadas e as empresas públicas.

A união, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios são grupamentos de pessoas, em dado território, daí serem consideradas pessoas colegiadas. O com a maioria quase que absoluta das pessoas jurídicas de Direito Público externo.

As fundações públicas são patrimônio público ao qual a Lei confere personalidade. São, por isso, pessoas não colegiadas.

O caso das autarquias é *sui generis*, por serem órgãos da Administração Pública. São pessoas não colegiadas instituídas por lei, às quais se confere patrimônio e receita próprios, dando-se-lhes personalidade.

As sociedades são grupos de pessoas que, com interesse de lucro, se reúnem para a realização de empreendimento qualquer. São, assim, pessoas colegiadas. Podem ser simples ou empresárias.

O Código Civil de 2002 trata amplamente das sociedades no livro dedicado ao Direito da Empresa. Para ele, a sociedade será considerada empresária quando for organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. As sociedades (arts. 997 a 1038, CCB) simples são todas as outras, notadamente as que se organizam para realizar atividades de natureza científica, literária ou artística. Como se percebe a dicotomia corresponde, em linhas gerais, à clássica distinção entre sociedades civis e mercantis.

Já as associações (art. 53, CCB) têm o mesmo conceito de sociedade, possuindo, entretanto, diferença específica em sua definição, ou seja, não visam a lucro. Em outras palavras, as associações são sociedades que não têm interesse de lucro, embora nada as impeça de ter lucro. São exemplos de associações os clubes recreativos, os sindicatos, os partidos políticos, as entidades religiosas, caritativas etc.

As fundações privadas são constituídas por acervo patrimonial particular, ao qual a Lei confere personalidade, daí serem pessoas não colegiadas.

Por último, apontam-se as empresas públicas que têm natureza peculiar, porque podem ser tanto colegiadas quanto não colegiadas, dependendo da forma como se organizam. Se se organizarem sob forma de sociedade entre pessoas de Direito Público, serão colegiadas; caso contrário, serão não colegiadas. Fato é, contudo, que, apesar do nome, são pessoas jurídicas de Direito Privado.

1.4 Começo da Existência Legal da Pessoa Jurídica

Tanto para a pessoa natural, que tem início biológico, como para a pessoa jurídica, que tem início legal, há que se fixar o começo de sua existência.

A pessoa natural tem sua origem como o nascimento com vida. Já a pessoa jurídica tem sua origem em uma manifestação humana, em um ato volitivo; quem tiver interesse deve provar que essa pessoa existe e preenche as condições legais de existência.

Há, contudo, diferença fundamental no tocante à pessoa jurídica de direito público e à pessoa jurídica de direito privado.

O Estado, pessoa jurídica fundamental, tem sua origem na Constituição de 1988, é pessoa jurídica que surge, espontaneamente, de uma elaboração social, como necessidade para ordenar a vida de determinada comunidade. Os Estados federados têm sua origem na própria Constituição ou na lei que os cria, assim como os Municípios, que gozam de autonomia. Em síntese, a pessoa jurídica de direito público é criada por lei.

As pessoas jurídicas de direito privado obedecem a um processo diverso de criação. Há três métodos que podem ser adotados pelo legislador na formação dessa pessoa: o sistema da livre associação, o sistema do reconhecimento e o sistema das disposições normativas.

Pelo sistema de *livre associação*, a emissão de vontade dos instituidores é suficiente para a criação do ente personificado. Como não há controle nesse sistema, não é ele aconselhável.

Pelo sistema do reconhecimento, seguido pelo ordenamento italiano, há necessidade de um decreto de reconhecimento.

Pelo critério das disposições normativas, chega-se a posição intermediária. Dá-se liberdade de criação à vontade humana, sem necessidade de ato estatal que a reconheça, mas exige-se que a criação dessa pessoa obedeça a condições predeterminadas.

Pelo sistema atual, salvo casos de necessidade de autorização, a pessoa jurídica, desde que obedeça a certos requisitos, passa a ter existência legal. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, há duas fases distintas a se examinar: primeiramente, o ato constitutivo, e, posteriormente, a formalidade do registro.

Na primeira fase, há a constituição da pessoa jurídica por um ato unilateral *inter vivos ou mortis causa* nas fundações e por um ato bilateral ou plurilateral nas corporações.

Nessa fase, encontra-se um elemento material e um elemento *formal*. O elemento material engloba os atos concretos, a reunião dos sócios, as condições dos estatutos, a definição das várias qualidades de sócios etc. A princípio, não há necessidade de bens para que a pessoa jurídica tenha existência. O elemento formal é sua constituição *por escrito* que poderá ser por escrito particular ou público, salvo para as fundações, em que o instrumento público ou o testamento é essencial.

Algumas entidades, contudo, necessitam da autorização para terem existência legal (art. 20, § 1º, do Código Civil; novo art. 45). De acordo com esse dispositivo, se forem funcionar no Distrito Federal, ou em mais de um Estado, ou em territórios, a autorização será da União; se em um só Estado, a autorização será do Governo deste.

Após a existência do ato escrito e da autorização, se necessário, passa-se à segunda fase, ou seja, à fase do registro é nesta que dar-se-á o início da existência legal da pessoa jurídica conforme preceitua o art. 45 do código civil de 2002:

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

1.5 Autonomia da pessoa jurídica

As pessoas jurídicas são portadoras de direitos subjetivos e possuem aptidão para contrair deveres, ou seja, possuem personalidade jurídica. Por essa razão, a existência das pessoas jurídicas não se confunde com a das pessoas físicas que propiciaram o seu nascimento.

O Código Civil de 2002, por desnecessário, não reproduziu a norma do art. 20 do Código Civil de 1916, que dispunha “as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros”, pois tal princípio é imanente à personalidade jurídica, constituindo um *bis in idem* a sua explicitação.

Dessa forma, as pessoas jurídicas, quando constituídas adquirem patrimônio próprio e capacidade para exercer direitos em nome próprio. As pessoas jurídicas possuem, assim, como as pessoas físicas, nome particular, domicílio e nacionalidade. Além disso, podem estar em juízo, seja no pólo ativo (como autoras), ou no pólo passivo (como réis), sem envolver diretamente as pessoas físicas que as constituíram.

Uma das principais conseqüências decorrente do princípio da autonomia da pessoa jurídica é a que considera o patrimônio da sociedade distinto do dos sócios. Assim, o patrimônio dos sócios não responde pelas obrigações da sociedade, salvo a hipótese de responsabilidade subsidiária.

O patrimônio da sociedade se constitui, inicialmente, pela contribuição advinda de cada sócio, conforme o valor que por eles foi efetuado ou prometido efetuar para a sociedade. A totalidade da contribuição dos sócios forma o capital social, que constitui elemento básico do patrimônio da sociedade. Mas, insta salientar que o patrimônio social não é formado tão-somente pelo capital, pois à medida que a sociedade se instala e começa a negociar, vai conquistando bens móveis e imóveis e o conjunto de todos esses bens é denominado patrimônio.

Todo tipo de sociedade responde de forma ilimitada, ou seja, com a totalidade de seu patrimônio pelas obrigações que assumir. Por outro lado, em virtude da personalização das sociedades empresárias, os sócios têm responsabilidades subsidiárias pelas obrigações sociais. Sendo assim, enquanto não exaurido o patrimônio da sociedade, não se pode falar em comprometimento do patrimônio do sócio para a satisfação da dívida (art. 1.024 do CC). No direito brasileiro, só se verifica a solidariedade entre os sócios, pela formação do capital social, e nunca entre sócio e sociedade. A única exceção a regra geral da subsidiariedade está na responsabilização do sócio de sociedade irregular, pois para ele a lei prevê a responsabilidade direta e não subsidiária (art. 990 do CC).

A responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, além de subsidiária, pode ser também limitada ou ilimitada. Em determinados tipos de sociedade, os sócios respondem sem qualquer limitação, arcando com o valor integral da dívida social. Em outras, eles respondem, pelas obrigações sociais dentro de um limite, correspondente ao valor da sua cota no capital social, o seja, ao valor do investimento que propuseram realizar.

Nesses casos, há o prestígio do princípio da autonomia da pessoa jurídica, pois somente de forma subsidiária é que os sócios respondem pelas obrigações da sociedade. No entanto, já nas situações em que cabe a desconsideração da personalidade jurídica não se observa a regra da subsidiariedade, havendo o comprometimento de forma direta do patrimônio dos sócios por dívidas da sociedade.

Diante a possibilidade de se desvirtuar a função da personalidade jurídica, em que malfeitores aproveitam do Instituto da pessoa jurídica, mas precisamente de sua autonomia patrimonial para realizar fraudes em proveito

próprio, em nome da empresa, surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Tal teoria permite a superação da autonomia patrimonial, que embora seja um importante princípio, não é um princípio absoluto. Dessa forma, nas hipóteses, previstas em lei, de fraude ou de abuso do direito à personificação, pode-se declarar a ineficácia do princípio da autonomia da pessoa jurídica, quando os sócios responderão pelas obrigações sociais.

Consoante Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2004, p. 48):

Em sendo cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e que se pretende é uma declaração de ineficácia do princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, em casos concretos, como os de abuso de direito de utilização destinada a prejudicar credores ou violar a lei.

Dessa forma, percebe-se com bastante clareza que o privilégio da Autonomia Patrimonial de que goza as pessoas jurídicas não existe apenas para satisfazer as vontades e os caprichos do homem, e sim, para atingir os fins sociais do próprio Direito. E não sendo esses fins alcançados, ou mesmo desvirtuado, o próprio direito se encarrega de buscar uma solução adequada para por fim ao problema, aplicando a desconsideração da personalidade jurídica.

CAPÍTULO 2 ANÁLISE DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Não há dúvida quanto à importância da pessoa jurídica para o atual ordenamento jurídico, a forma como veio a dinamizar as relações, a desenvolver as atividades econômicas produtivas, a gerar empregos e arrecadação de tributos, enfim, contribuindo para elevação social da comunidade. Todavia, passou a ser objeto de preocupação quando, da sua crescente utilização, observou-se que o instituto servia muitas vezes apenas como instrumento para prática de atividades que não visavam os fins desejados pela legislação, sendo meio de fraude para prejudicar terceiros.

A valoração que foi dada a sua autonomia patrimonial, vez que não se confunde o patrimônio da sociedade com o patrimônio particular dos sócios tido até mesmo como insuperável, ou ainda, como um verdadeiro dogma do qual não podia ser questionado, levou algumas pessoas a praticarem atos fraudulentos ou de má gestão pondo em risco o patrimônio alheio e o da própria empresa sem, contudo, ser penalizado e o que é pior enriquecendo ilicitamente as custas dos prejuízos causados a outros.

Imbuídos num sentimento de “revolta”, perplexos diante de tais acontecimentos, procuraram os legisladores e juristas da época uma forma idônea, um instrumento útil para combater e reprimir os desvios de finalidades ocorridos por meio da má utilização das pessoas jurídicas. Dessa forma, foi criada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

2.1 Direito Comparado

É no século XIX, mais precisamente nos países que adotam o sistema jurídico anglo-saxão, que se tem notícia dos primeiros ensaios a respeito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A doutrina e a jurisprudência passaram a se preocupar com a má utilização da pessoa jurídica, os tribunais desses países permitiram que se deixasse de privilegiar esse instituto, de forma que pudesse ser alcançada uma solução justa para os conflitos, ou seja, desconsiderar a pessoa jurídica como medida punitiva restabelecendo a ordem social.

O sistema jurídico fundado na *common law* não faz uso de leis que regulem as atividades do homem, visto que as relações são reguladas pelos costumes, ou ainda, pelas decisões proferidas pelos órgãos judiciais, decisões estas com muito maior possibilidade de se encaixarem as exigências do caso concreto que aquelas fundadas na norma escrita.

Sendo assim, não é difícil entender porque a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sua origem nos países filiados ao direito anglo-saxão, onde predomina o sistema *common law*. O fato está que as regras desse direito proporciona aos Tribunais, quando invocados para restabelecer a ordem social, afastem-se de preceitos legais, para darem resultados mais adequados aos litígios. O mesmo não ocorre com as regras do direito romano-germânico, que se assenta sobre a formulação de normas de caráter generalizante, cujo objetivo é orientar condutas futuras.

Portanto, as regras do *common law* recepcionam o instituto da desconsideração da pessoa jurídica, ao passo que as regras do *civil law* exigem a previsão legal do instituto para sua aplicação.

Foi no direito Inglês que ocorreu o primeiro julgado e aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em 1897, no caso "salomon vs. Salomon & CO". Segundo a obra de Rubens Requião (1998, p. 350):

(...) O Comerciante Aaron Salomon havia constituído uma "Company" (Salmon & Co. LTDA) em conjunto com sua mulher, sua filha e seus quatros filhos, com um capital total de 20.007 ações. Enquanto que para cada um dos outros membros de sua familia foi distribuída uma ação apenas, coube a Aaron a quantia de 20.001 ações, das quais 20.000 foram integralizadas com a transferência, para a sociedade, de fundo de comércio que Aaron já possuía, como detentor único, a título individual.

A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para credores quirografários.

Estabeleceu-se o litígio judicial entre o próprio Aaron Salomom e a Salomom & Co. LTDA. O liquidante no interesse dos credores sem garantia, sustentou que a atividade da "Company" era ainda a atividade pessoal de Salomom para limitar a própria responsabilidade; em consequência Aaron Salomom devia ser condenado ao pagamento dos débitos de "Company" vindo o pagamento do seu credito após a satisfação dos demais credores quirografários.

Reconhecida a fraude pelo juiz de primeiro grau, em seguida, pela Court of Appeal (Corte de Apelação), Aaron Salomon foi responsabilizado pelos débitos da sociedade que servia apenas como fachada e condenado a pagar certa soma em dinheiro, o qual seria retirado do seu patrimônio particular. Contudo, a House of Lourds (Casa dos Lords), veio a modificar a decisão prestigiando a autonomia patrimonial da sociedade regularmente constituída. Embora a decisão que reconheceu a fraude tenha sido desconstituída e reformada por completo, dele pode-se tirar algo de positivo, que foi justamente, a aplicação da "disregard doctrine", e mais tarde veio a ser devidamente regulamentada.

Importante salientar que, embora tenha surgido na Inglaterra, é nos Estados Unidos da América que a teoria da desconsideração da personalidade

jurídica ganha impulso e passa a ser largamente aplicada pelos juristas e acolhida pelos juízes e tribunais. A princípio, sua aplicação estava condicionada apenas aos casos em que havia fraude contra os credores, no entanto, os tribunais norte-americanos ampliaram a abrangência da doutrina passando a aplica-la também nos casos de abuso de direito, em que se exige a boa-fé ou que se interpreta uma declaração de vontade.

Contudo, se foi dentro do sistema jurídico *common law* que se ocorriam as primeiras manifestações que levaram a criação da teoria do superamento da pessoa jurídica, foi na Alemanha, país ligado ao sistema jurídico romano-germânico, que o alemão Rolf Serick sistematizou de forma mais completa o vasto material doutrinário e jurisprudencial, o que chamou de *durchgriff der juristischen personen*.

Portanto, pode-se utilizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, quando a pessoa jurídica é utilizada apenas como instrumento capaz de causar prejuízos a terceiros, ocultando as pessoas que fazem parte dos atos lesivos ao patrimônio alheio, deve ser aplicada a teoria da superação da personalidade jurídica para expropriar os bens particulares daqueles que compõe a pessoa jurídica e saldar suas dívidas com os credores.

2.2 Terminologia

Como dito no tópico anterior, surgida na jurisprudência anglo-saxônica a doutrina da desconsideração é conhecida no direito inglês e norte-americano como *disregar doctrine, disregard of legal entity, disregard of corporate entity, lifting the corporate veil*, expressões por vezes utilizadas por autores brasileiros. No direito alemão encontra-se a expressão *Durchgriff der juristischen Person*, já na França

recebe o nome de mise a L' écart de la personnalité morale; no Direito argentino, *Teoria de la penetración o desestimación de la personalidad*; no Direito italiano *superamento della personalità giurídica*.

No Brasil a expressão mais correta para o instituto, ora analisado, é a desconsideração da personalidade jurídica, ou mesmo descaracterização, não podendo, no entanto, fala-se em despersonalização. A preocupação exagerada quanto a sua terminologia não se trata de mero preciosismo, porquanto há uma grande diferença entre as duas figuras, despersonalizar é completamente diverso de desconsiderar a personalidade.

Despersonalizar significa tirar as propriedades características, enjeitar a própria personalidade, ou ainda, anular a personalidade jurídica, o que não ocorre na desconsideração. Nesta, não se anula a personalidade, ao contrário, nesta resta mais protegida, não se trata de despersonalização (anulação definitiva da personalidade), mas de simples desconsideração, retirada momentânea de eficácia da personalidade.

O instituto da desconsideração, como mais tarde será visto, não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto dentro dos seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas (sócios) que atrás dela se escondem. A pessoa jurídica é incontestável, não é possível destruir a entidade como propõe a despersonalização, mas tão somente suspender os efeitos de separação patrimonial no caso concreto.

Neste mesmo sentido afirma o douto doutrinador Rubens Requião (1998, p. 350)

pretende doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a

responsabilidade do sócio”, arrematando, adiante: “não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos.

Desta forma, a desconsideração da personalidade jurídica trata-se de uma técnica que se aplica aos casos específicos, por isso fala-se em suspensão episódica e temporária, sem contudo, deixar de existir para os demais atos, nos quais não se apresentam motivos justificados para aplicar a desconsideração. Assim, reforça-se a importância da utilização do vocábulo desconsideração e não despersonalização.

Por vezes, encontra-se na doutrina as expressões “superação”, “penetração”, “levantamento do véu societário”, como formas de ignorar a personalidade jurídica das sociedades. Tais expressões estão corretas pois, quando usados de maneira a indicar suspensão da separação patrimonial existente entre os sócios e a sociedade, conjugam com o verdadeiro espírito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

2.3 Conceito e Fundamento Jurídico

A lei ao reconhecer a pessoa jurídica como um importante instrumento para o exercício das atividades empresariais, não a transformou, porém em um dogma intangível. A prova emanada das disposições do novo Código Civil de 2002 que prevê mais expressamente a separação da pessoa jurídica daquelas pessoas que a compõem como fazia o antigo código. Isso porque a personalidade jurídica das sociedades deve ser usada para propósitos legítimos, que atendam os seus interesses, não devendo ser pervertida. Entretanto, ficando constatado que tais

propósitos foram desvirtuados não se pode fazer prevalecer o dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus membros.

Ora, se a personalidade é uma criação do legislador, uma ficção, ou qualquer outra explicação adotada, o ordenamento jurídico pode a qualquer tempo suspender seus efeitos desconsiderando-a. O instituto da pessoa jurídica existe para alcançar um fim justo, não podendo dar margens a outras finalidades, e por isso, compete a esse mesmo ordenamento controlar o seu uso e definir os seus limites. Portanto, não seria justo que o Estado criasse novos entes, sujeitos capazes de contrair direitos e obrigações, destinados a operar em seu território, que agisse contra ele diretamente ou contra as finalidades por ele perseguidos e tutelados.

Assim, a desconsideração é a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais a mesma foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a própria personalidade. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio de sua finalidade faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial, a perversão do seu conceito para usos impróprios e desonestos, tais como: burlar a lei, fraudar, escapar de obrigações, etc, situações que não serão toleradas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, nada melhor e mais eficaz do que retirar os privilégios que a lei assegura, isto é, descartar a autonomia patrimonial no caso concreto, e esquecer a separação entre sociedade e sócios, levando a entender os efeitos das obrigações da sociedade. Assim, seria um meio de inibir os sócios de praticarem atos que desvirtuem a função da pessoa jurídica, pois caso o façam, não estarão sob o amparo da autonomia patrimonial, podendo os

seus bens particulares serem alvos de penhora para saldar dívidas contraídas pela sociedade.

Nunca é demais ressaltar que o instituto da desconsideração não visa destruir a pessoa jurídica ou aniquilar a sociedade, mas tão somente, suspender os seus efeitos momentaneamente para punir os responsáveis por atos incompatíveis com sua finalidade. Ainda, em outro plano, não tem por escopo questionar o princípio da separação patrimonial. Sua função é enquadrá-la (pessoa jurídica) as novas realidades econômicas e sociais.

Trata-se de uma medida excepcionalíssima, vez que a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial sendo uma exceção a desconsideração. É necessário para sua aplicação que haja fortes razões para um tribunal ignorar a autonomia mencionada. Apenas quando um valor maior for posto em jogo, como a finalidade social do direito, em conflito com a personificação, é que esta cederá espaço. Quando o interesse ameaçado for de maior valia para o ordenamento jurídico, sendo este mais desejável e menos sacrificável do que o interesse colimado através da personificação societária, abre-se oportunidade para a desconsideração da personalidade jurídica sob pena de inversão da escala de valores.

É como bem assegura o Desembargador Edgar de Moura Bittencourt, *Revistas dos Tribunais*, (238/394), em acórdão do qual foi relator:

(...) 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 entrar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajusta-los ao direito.

Ainda, sobre o tema, ponderou o eminente jurista Rubens Requião, *abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica* (1969, p. 14):

(...) 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 deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando no seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos. Acredito que a segunda hipótese é a mais sensata.

Dessa forma, pode-se facilmente observar que, quando estiver em jogo interesses conflitantes, sendo, de um lado, a possibilidade de aplicar os preceitos do instituto da desconsideração para salvaguardar o direito daqueles que agindo de boa-fé foram lesados em virtude de manobras fraudulentas e abusivas, e do outro lado, manter o princípio da separação patrimonial apenas por entender que é um dogma e, como tal, não deve ser mexido, o bom senso nos leva a crer que a primeira opção é a mais correta e a que se aproxima mais da justiça.

Partindo para outro campo, delicado por se tratar de definições, as quais são sempre perigosas, entende-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é a retirada episódica, momentânea e excepcional dos princípios que regem a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, cujo objetivo é estender os efeitos de suas obrigações aos seus sócios, com a finalidade de coibir o desvio da função da pessoa jurídica, praticada pelos mesmos.

Pode também ser conceituada, na clássica definição de Marçal Justen Filho (1987, p. 67) nos termos seguintes: “É a ignorância ou não aplicação, para casos concretos, do regime jurídico estabelecido como regra para situações de que participe uma sociedade personificada (pessoa jurídica)”.

Em similar definição, se pronunciou Osmar Vieira da Silva, a respeito da desconsideração da personalidade jurídica (2004, p. 84):

(...) 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.

Resta provado que, por mais diferente ou semelhante que sejam as palavras utilizadas para conceituar o instituto da desconsideração, o seu significado será sempre o mesmo, que é superar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como forma de punir aqueles que dela se aproveitaram e cometeram prejuízos a terceiros.

Diante dessa possibilidade é importante salientar que o instituto da desconsideração prescinde de fundamentos legais para a sua aplicação. Embora tenha feito essa afirmação, sabe-se que os tribunais brasileiros por várias vezes já se manifestaram sobre matéria, sem, contudo, encontrar respaldo legal no atual ordenamento jurídico pátrio, o que não acontece cotidianamente, constata-se, então, algumas jurisprudências nesse sentido:

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA OU DOCTRINA DA PENETRAÇÃO – CABIMENTO – “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou doutrina da penetração (*Disregar of legal entity*, in Rubens Requião, “Curso de Direito Comercial”, Saraiva, 4ª ed, 1974, p. 239), busca atingir atos de malícia e prejuízo. A jurisprudência aplica a essa teoria quando a sociedade acoberta a figura do sócio e toma-se instrumento de fraude (RT 479/194, 522/181; Ap. 458.453/6, 4ªC, Rel. Octaviano Lobo).

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – MANOBRA MALICIOSA DOS SÓCIOS - - “Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica quando os sócios tenham se valido da sociedade para se isentarem da responsabilidade pelo pagamento das obrigações, decorrentes dos negócios, que os beneficiariam direta e pessoalmente”. (2º TACIVIL – 2ªT.; Ap.c/Ver. Nº436.097-0/00-São Paulo; Rel. Juiz Laerte Sampaio).

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – “A doutrina do superamento da personalidade jurídica tem por escopo impedir a consumação de abusos e fraudes”. (2ºTACIVIL-8ªCâmara; Ag. De Instr. Nº505.963-0/0-Mogi-Guaçu; Rel. Renzo Lenardi).

Embora não tenha uma opinião (posição) formada sobre o tema desconsideração da pessoa jurídica, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou de forma favorável:

DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – PRESSUPOSTOS – EMBARGOS DO DEVEDOR – “É possível desconsiderar a pessoa jurídica usada para fraudar credores”. (4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Portanto, a norma legal veio apenas a ratificar o que já vinha sendo aplicado nos tribunais, mas é necessário salientar que, mesmo na jurisprudência, o instituto da desconsideração é visto com reserva, como remédio excepcional, e como tal pode ser aplicada com observância dos requisitos supracitados e como forma de repressão do uso indevido da personalidade jurídica, quando esta for desvirtuada de seus objetivos sócio-econômicos para a prática de atos ilícitos, ou abusivos, ou para confusão patrimonial, conforme estabelece a Legislação Pátria.

CAPÍTULO 3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO SISTEMA JURÍDICO CIVIL

Neste capítulo apresenta-se o surgimento e a aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no direito brasileiro, apontando aspectos relevantes sobre as teorias aplicadas pelo ordenamento jurídico pátrio e os requisitos impostos pela lei.

Quanto a doutrina, deve-se ao professor Rubens Requião, numa conferência proferida na Universidade Federal do Paraná e em seguida publicado em dezembro de 1969 pela Revista dos Tribunais, a introdução e discussão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Nela, inspirado nas obras de Peiro Varrucoli e Rolf Serck.

3.1 Surgimento e aplicação do Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro

Com a obra de Requião aspectos modernos de direito comercial, a teoria da desconsideração desenvolveu-se no direito pátrio e ganhou força com os trabalhos subseqüentes de juristas como João Casillo, Clóvis Ramalhete, Fábio Konder Comparato, José Lamartine Corrêa de Oliveira, Marçal Justen Filho, Fábio Ulhôa Coelho, entre outros. Cumpre ressaltar que todo esse estudo a respeito da teoria da desconsideração teve a preocupação de combater o uso indiscriminado da pessoa jurídica.

No entanto, a teoria da desconsideração encontrou, em princípio, certa resistência à sua aplicação em virtude da inexistência de norma expressa sobre o assunto. Mas aos poucos foi tornando-se pacífico na doutrina e na jurisprudência

que a teoria da desconsideração independente de qualquer previsão legal para sua aplicação já que se trata de uma medida jurídica que visa reprimir a fraude e ao abuso de direito e a sua negação significaria o amparo a esses atos.

Ocorre que, talvez pelo fato de a teoria não ter se desenvolvido no direito pátrio, grandes foram os desacertos, tanto de ordem jurisprudencial como legislativa ocorridos em sua aplicação. Todavia observa-se que o novo Código Civil de 2002 em seu art. 50, passou a abordar de uma forma mais acertada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Prevê o novel dispositivo, a aplicação de tal teoria apenas nos casos em que ficar caracterizada a fraude ou o abuso de direito na utilização do privilégio da autonomia patrimonial das sociedades personificadas.

No que tange as legislações, o sistema jurídico brasileiro admitiu algumas hipóteses ensejadoras da desconsideração da personalidade jurídica.

Nessa linha, assinala FÁBIO ULHOA COELHO (2002, p. 49) que a doutrina da desconsideração foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe em seu art. 28, verbis:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração

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

Ainda de acordo com o referido autor, o segundo dispositivo legal a adotar a teoria, embora sem obedecer sua formulação original, foi o art. 18 da Lei n.º 8.884/94, cujo teor segue abaixo:

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

A terceira menção à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica foi feita pelo art. 4º da Lei 9605/98, ainda de acordo com o referido autor, com a seguinte redação:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Por fim, chega-se ao Código Civil, Lei n.º 10406/02, que apresentou a seguinte disposição em seu art. 50, verbis:

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

Esse dispositivo introduziu no ordenamento uma posição mais próxima da doutrina melhor elaborada do instituto da desconsideração, que apesar das críticas, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o

desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão ao abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

3.2 Distinção da Desconsideração da Personalidade Jurídica de outros casos de Responsabilização dos Sócios

Com a aplicação da desconsideração chegar-se-á responsabilização dos sócios ou administradores, mas tal responsabilização também ocorre em hipóteses que não se confundem com a teoria da desconsideração.

Nos casos em que os sócios ou os administradores excedem seus poderes, violando a lei ou o contrato social, a lei lhes imputa a responsabilidade por tais atos. Todavia, nessas hipóteses, não se cogita da aplicação da desconsideração, mas da responsabilidade pessoal e direta dos sócios.

A autoria é imputada diretamente aos sócios nos casos supracitados, não havendo o que se falar em suspensão momentânea da eficácia da autonomia patrimonial, pois a pessoa jurídica não representa obstáculo ao ressarcimento.

O pressuposto da licitude, mencionado por Fábio Ulhôa Coelho (2003, p. 42), constitui um meio hábil de distinguir a desconsideração de outros casos de responsabilização dos sócios. Para Ulhôa, admiti-se a desconsideração da personalidade jurídica para coibir atos aparentemente lícitos, servindo a sociedade empresária de obstáculo à imputação do sócio. Porém, se o ilícito pode, desde logo ser imputado ao sócio ou administrador, não é caso de desconsideração. Assim, quando os sócios violam a lei ou o contrato social, não se cogita de

desconsideração, mas de responsabilidade pessoal e direta dos sócios imposta pela lei.

Nesse mesmo diapasão, percebe-se com bastante clareza que, antes da teoria da desconsideração ser positivada em nosso ordenamento jurídico já existiam dispositivos de imputação de responsabilidade a sócios gerentes, administradores e sociedades pertencentes a um mesmo grupo, encontrados na legislação societária, tributária e trabalhista que passaram a ser utilizados como se versassem sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, embora não o fizessem.

O art. 135 do Código Tributário Nacional, por exemplo, dispõe que os administradores são pessoalmente responsáveis por créditos tributários resultantes de atos práticos com excesso de poder ou infração à lei, contato social ou estatutos.

O art. 158 da Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76, atualizada pelas Leis nº 9.457/97, 10.194/01 e 10.303/01) prevê a responsabilidade pessoal e direta dos administradores das Sociedades Anônimas por atos praticados com violação do estatuto ou da lei. Também o art. 117 do mesmo diploma legal estabelece limites ao reconhecimento da pessoa jurídica ao afastar a distinção entre essa e seus membros pelos atos praticados com abuso de poder.

No entanto, as hipóteses supracitadas não são de aplicação da "*disregard doctrine*", como freqüentemente se reportam as decisões judiciais, mas de responsabilidade direta e pessoal dos sócios e administradores.

Para responsabilizar os sócios e administradores, nesses casos, não é necessário afastar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, pois estes não se ocultaram por detrás do manto da personalidade jurídica para cometer as práticas

ilegais. Só basta para tanto aplicar, de forma direta, os dispositivos de lei mencionados, sem necessidade de se recorrer aos fundamentos da “disregard”.

Somente se o ato ilícito estivesse sendo ocultado através da utilização indevida da separação patrimonial é que haveria a necessidade da superação da personalidade jurídica, para responsabilizar os integrantes do ente coletivo pelo o seu uso indevido.

Outra confusão bastante comum é a invocação do art. 2º, § 2º da CLT para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica. Tal dispositivo dispõe:

Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos de relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

O dispositivo trata, na verdade, de uma responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas, entre pessoas jurídicas distintas. Nesse caso, não há, de forma alguma, hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário, considera-se a personalidade jurídica de outras sociedades para responsabilizá-las por débitos trabalhistas.

Segundo Alexandre Couto Silva (*apud* Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas *in* “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, 2004, p. 279) na referida norma não cabe a desconsideração, mas simples solidariedade, por três motivos:

Primeiro, porque não se verifica a ocorrência de nenhuma hipótese que justifique sua aplicação como fraude ou abuso; segundo, porque reconhece e afirma a existência de personalidades distintas; terceiro, porque se trata de responsabilidade civil com responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo.

Conforme Tomazette, em tal hipótese não se discute acerca do uso da pessoa jurídica,¹

mas se protege de maneira direta o empregado, garantindo-lhe uma responsabilidade solidária das diversas integrantes do grupo, independentemente, de fraude ou abuso. Não se suprime sequer momentaneamente a personalidade jurídica, apenas são estendidos os riscos da atividade econômica.

Caso clássico em que caberia a aplicação da desconsideração na Justiça Trabalhista, é aquele em que os sócios fraudulenta e comprovadamente, desviam o patrimônio da sociedade para si próprios como maneira de evitar o pagamento dos direitos trabalhistas dos seus empregados.

3.3 – A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil: Teorias e Requisitos para aplicação.

Dentre as alterações advindas com o Novo Código Civil de 2002 destaca-se a positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que visa quebrar o dogma absoluto da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus integrantes. A desconsideração neste particular vem claramente positivada como forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades.

¹ TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104> acesso em 05/09/05.

O direito positivo brasileiro passa, agora, a contar com a previsão normativa genérica da desconsideração da personalidade jurídica que pode ser aplicada por qualquer dos ramos específicos do nosso direito que careçam de uma regra específica sobre a teoria da desconsideração.

Já naqueles ramos do direito em que já existe normatização específica (Código de Defesa do Consumidor, Lei antitruste e Lei ambiental), o regramento oriundo do novo direito civil certamente servirá de norte para a correção dos erros ali cometidos pelo legislador.

No Direito brasileiro a Teoria da Desconsideração de Personalidade Jurídica se divide em duas frentes, a saber: teoria Menor da DPJ e a teoria Maior da DPJ.

A) Teoria Menor

A teoria menor da desconsideração dispensa raciocínio mais acurado para a incidência do instituto, bastando que a diferenciação patrimonial da sociedade e sócio se afigure como obstáculo à satisfação de credores. Todas as vezes que a pessoa jurídica não tiver bens suficientes em seu patrimônio para a satisfação do crédito ou até mesmo em razão de sua liquidez, os sócios seriam responsabilizados.

B) Teoria Maior

Na Teoria Maior do DPJ prevalece, sobretudo, a diferenciação patrimonial da sociedade e dos sócios, cabendo a desconsideração apenas excepcionalmente como forma de coibir fraudes e abusos praticados através da pessoa jurídica. Analisando as supracitadas teorias, percebe-se com bastante clareza, que a teoria menor da desconsideração não reflete os fundamentos da teoria

desenvolvida nos países alienígenas e a sua aplicação pode levar a aniquilação do instituto da pessoa jurídica.

A teoria maior se fundamenta em requisitos mais sólidos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, limitando ao afastamento episódico do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas aos casos em que fica configurada a manipulação abusiva e fraudulenta do instituto.

O princípio da autonomia patrimonial precisa ser elevado, pois o privilégio de limitar apenas uma parcela do patrimônio para responder pelas obrigações da sociedade é que impulsiona o investimento em atividades econômicas produtivas, aumentando a arrecadação de tributos e a criação de empregos, contribuindo assim, para o desenvolvimento econômico. No entanto, deve-se reprimir os malfeitores que utilizem do princípio da autonomia patrimonial quando usado de forma abusiva. Com este escopo a Desconsideração da Personalidade Jurídica representa uma salvaguarda.

Importante lembrar que, a partir do momento em que a desconsideração da personalidade jurídica passa a ser encampada pelo direito positivo, o que antes chamava-se de "teoria da desconsideração", deixa de ser "teoria", por já se ter consubstanciado em texto da lei.

Para a aplicação do instituto da desconsideração, são necessários os seguintes requisitos: abuso da personalidade jurídica caracterizada pelo desvio de finalidade e confusão patrimonial, os quais merecem uma análise mais detalhada para o aprofundamento desta pesquisa científica.

A) Abuso da personalidade jurídica

Impõe-se aos administradores ou sócios de uma empresa a fiel observância às normas internas (contrato sociais), e externas (leis), no exercício de seus titulares, as quais se projetam da personalidade jurídica que representam. Os poderes que lhe são conferidos (representação e gestão), carecem de retidão no seu exercício, apoiada na exata harmonia com a ordem jurídica, sem prejuízo de acenar para os preceitos éticos e morais, os quais comandam a administração das empresas privadas.

É importante, salientar que há duas posições acerca da teoria do abuso do direito: na primeira, denominada posição subjetiva, caracteriza-se o abuso de direito quando houver a intenção de causar prejuízo; na segunda, denominada posição objetiva, há abuso quando o direito é utilizado de forma contrária as seus fins sociais e econômicos, independentemente do interesse do agente. Sendo assim, para a concepção objetiva na falta da intenção de prejudicar terceiros, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não seria cabível.

No entanto, parece ser mais aceitável a concepção objetiva, pois, atualmente, entende-se que o abuso de direito prescinde da intenção de prejudicar outrem, permitindo-se, assim, a aplicação da desconsideração mesmo nas hipóteses em que não houver interesse em prejudicar terceiros.

No Código Civil de 2002, o abuso se apresenta no art. 187 como um ato ilícito consistente no exercício de um direito, por seu titular, que “excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O Des. Sérgio Cavalieri Filho ensina que “... o fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela que se

destina o ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade das normas, transformando em atos substancialmente ilícito.

Marçal Justen Filho em sua obra a desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro, (1987, p. 129-130) assinala que a abusividade não é uma questão estrutural, mas funcional, de modo que sua caracterização não estaria a constituição da pessoa jurídica, mas na sua utilização.

Assere Elizabeth Cristina Campos Martins De Freitas (2004, p. 220)

que:

De qualquer forma, o posicionamento pátrio dominante é no intuito de que o abuso de direito reflete prática que foge à normalidade. Diante de tais metas, além da função social do Direito e de seu próprio conceito (que, de privatístico, hoje tenta harmonizar o privado com o público), não haveria como não 'revisitar' o conceito de pessoa jurídica. Devem-se diferenciar o livre-arbítrio e os poderes que o Estado se atribui, mediante a instituição de um ordenamento jurídico.

Desta forma, diz-se que há abuso da personalidade jurídica quando os atos de representação e de gestão, editados sob a aparência da legalidade da forma, extrapolam os interesses da pessoa jurídica e alvejam resultados que, ao tempo que prejudicam terceiros, produzam, ilicitamente, benefícios ou vantagens diretas ou indiretas aos sócios ou administradores, agredindo a boa-fé das pessoas atingidas e lesadas.

B) Desvio de finalidade

Preliminarmente, ao se analisar este requisito, é preciso nos reportar ao Direito Administrativo, pois é lá que encontra-se seu nascedouro e sua noção, para em seguida se traçar um paralelo com o instituto da desconsideração.

A *Priori*, o princípio da finalidade está, por sua natureza, inseparavelmente ligado ao princípio da legalidade, segundo o qual deve-se observar a lei tal qual ela é e na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editado. Tomar a lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar, é desvirtua-la, é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la. Segundo Hely Lopes, (2001, p. 105) o desvio da finalidade é:

(...) a violação ideológica da lei, ou por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para prática de um ato administrativo aparentemente legal...

Diante disto, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelam a distorção do fim legal, substituindo habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador.

Assim, configura-se o desvio de finalidade quando o agente, embora esteja atuando dentro dos limites que lhe forma atribuídos, desvirtua o sentido da norma a pretexto de praticar um ato legal, quando na verdade é ilegal.

Voltando ao estudo do instituto da desconsideração, o mesmo será autorizado quando, dentro de uma empresa, os sócios ou os administradores, embora estejam dentro dos limites dos seus poderes, praticam atos que não condizem com os objetivos ou finalidades esperados pela lei ou pelo estatuto social. Seria, portanto, a violação da lei ou do bem societário, colimando o administrador da empresa com o fim não desejado pelo legislador, ou utilizando motivos e meios

imorais para prática de um ato de administração na empresa, aparentemente legal.

Como bem assegura Rubens Requião (2001, p. 358):

(...) O uso regular da firma cabe ao sócio-gerente. Deve ele exercitar suas funções com zelo e lealdade, não só para com a sociedade como também em relação aos seus companheiros. Os limites de sua ação são determinados pelo objeto social. Ultrapassando esses limites, caracteriza o abuso de firma social, e o ato é ultra vires.

Pode ele, todavia, usar da razão social, dentro dos objetivos da sociedade, mas para fins pessoais, o que caracteriza seu uso indevido. Tanto no caso de abuso como no de uso indevida da firma social, cabe ação de perdas e danos contra ele, promovida pela sociedade ou pelos sócios individualmente, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

Dessa forma, observa-se o desvio de finalidade quando os sócios ou administradores utilizam a sociedade para fins diversos daqueles almejados pelo legislador, isto é, fora do bem comum, bem como do objetivo societário. Assim, quando o administrador ou o sócio desviar-se do referido objetivo, obtendo vantagem em detrimento da pessoa jurídica, poderá haver a desconsideração da personalidade jurídica.

É evidente que, a violação poderá ou não implicar prática de atos ilícitos, entretanto, por mais que os atos praticados sejam lícitos, se não estiverem em conformidade com o estatuto ou contrato social, não raro constituirão desvio de finalidade.

C) Confusão patrimonial

A relação obrigacional pressupõe pessoas que tenham qualidades opostas, ocupando um lado ativo e a outra um lado passivo, ou seja, é necessária a

existência de um credor e um devedor para configurar a relação obrigacional. Por vezes, circunstâncias externas à vontade das partes, reúnem em uma só pessoa as figuras do credor e devedor, extinguindo-se, assim, a obrigação pela confusão.

Portanto, confusão é o fenômeno jurídico que ocorre quando a mesma pessoa concorrem as qualidades de credor e devedor.

Todavia, acredita-se que a intenção do legislador ao formular como requisito da aplicação do instituto da desconsideração, a confusão patrimonial, não estivesse se referindo aquela forma de extinção das obrigações.

A confusão a que ele se refere, é aquela que se verifica quando, por inobservância das regras societárias, ou mesmo, por qualquer decorrência objetiva, não fique clara, na prática, a separação entre o patrimônio social e o do sócio ou os dos sócios.

O direito positivado estabelece uma separação específica entre o patrimônio societário e o patrimônio pessoal de cada um de seus sócios. Tal limitação é estabelecida, inequivocamente, em benefício dos sócios, aos quais cabe concretizar essa separação formal, tomando-a e mantendo-a efetiva.

Ocorre que, em muitas situações, os sócios não dão importância à separação patrimonial estabelecida formalmente pela legislação, originando uma confusão entre os seus bens pessoais e os pertencentes ao patrimônio social. Dessa forma, se o próprio sócio, que é beneficiário do Separação Patrimonial e correspondentes ligação de responsabilidade, não trata o patrimônio social como se fosse alheio e não se justifica manter a autonomia nas relações com terceiros.

Na mistura de patrimônios, as fronteiras da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios torna-se fluída, ensejando a perda da responsabilidade e limitada de quem lhe dá causa. Tal situação pode apresentar-se em várias

configurações, desde a inexistência de separação patrimonial adequada na escrituração social até a situação em que, na prática, os patrimônios de ambos não forem suficientemente diferenciados. Nessas situações, os membros da sociedade não poderão invocar, perante os credores sociais a sua propriedade sobre objetos que eles próprios classificam alternadamente como seus ou da sociedade.

Em decisão proferida na Apelação nº 9247 pelo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, relatada pelo desembargador Edgard de Moura Biatteneourt, a ocorrência de confusão patrimonial foi o motivo ensejador da responsabilidade pessoal do sócio, afastando-se o princípio de que a pessoa da sociedade não se confunde com o de seus membros. O caso trata de questão envolvendo um hospital que assumiu a forma de sociedade anônima, e o seu patrimônio confundiu-se com o patrimônio pessoal de um de seus sócios que adquiria bens para seu uso em nome da sociedade. Assim, foram encontrados, na residência desse sócio, bens que são seriam apropriados para um hospital, como televisor e geladeira doméstica, adquiridos em nome da sociedade anônima. A ementa deste acórdão sintetiza a idéia nos seguintes termos:

(...) como ficção útil da lei, a personalidade coletivo não pode isolar-se da personalidade dos sócios que a compõem, sob pena de fugir-se à realidade, mormente na época que atravessamos, em que raras são as empresas comerciais ou industriais em nome individual". No corpo do acórdão, o relator argumenta que "Há , no caso, completa confusão do patrimônio da pessoa física do executado com o do embargante, o que resultou evidente prejuízo para quem contratou com aquele. Trata-se de bens encontrados no apartamento do executado, que não representa justificativa aceitável; são bens que não podiam ter sido adquiridos para um hospital, com o embargante (televisão, vitrola e geladeira doméstica). A embargante se organizou em sociedade anônima, cujo patrimônio se confunde com o do executado, que não quis provar nem dizer quantas ações tem e quem é o maio acionista. Hoje em dia, a atividade comercial gira quase sempre em firmas coletivas. Há pessoas físicas que têm todo o seu patrimônio envolvido em diversas firmas. Individualmente nada possuem, em obrigações assumidas em nome individual, estariam os credores em inferioridade patente se isolassem da garantia das

obrigações assumidas, quer os bens quer as atividades do devedor associado a firmas. (...) A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios – é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajusta-las ao direito” (in RT 238/394).

D) Fraude

O novo código civil de 2002 marcou bem a excepcionalidade da desconsideração ao prescrever que a mesma só tem cabimento nos casos em que a pessoa jurídica for utilizada de forma abusiva, caracterizada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Há críticas ao texto da lei por não ter explicitado a fraude como um dos elementos autorizadores da desconsideração, mas alguns doutrinadores entendem ser desnecessária a sua menção expressa, tendo em vista que a idéia de fraude está implícita no art. 50 quando faz referência ao abuso da personalidade jurídica e ao desvio da finalidade.

Seja como for, parece irrelevante o questionamento acerca de determinado dispositivo legal tratar ou não de uma hipótese de aplicação da doutrina desconsideração da personalidade jurídica. O que importa é saber se, no caso concreto, é ou não permitido atribuir a responsabilidade a sujeito diverso do que figura em determinada relação ou situação jurídica. Buscando equilibrar as relações e impedir que se desvirtue as instituições que se violem o ordenamento, que se faça injustiça. Desta maneira é possível haver a desconsideração da personalidade jurídica em caso de fraude.

A fraude pode ser definida como o meio malicioso para prejudicar terceiros. Segundo Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, (2004, p. 223):

Ao se pensar em fraude, logo se pensa em algum tipo de manobra engendrada por um indivíduo como objetivo de causar prejuízo à terceiro. Há aí a intenção de induzir os credores a um engano que os leve a um prejuízo, ou, então, à mera consciência de produzir um dano.

Fábio Ulhôa Coelho (*apud* Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas *in* "Desconsideração da Personalidade Jurídica", 2004, p. 72), nos dá um exemplo que ilustra a utilização de fraude em relação à autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Conforme o referido doutrinador, quando um comerciante aliena seu estabelecimento comercial, normalmente é imposta uma cláusula de não restabelecimento, isto é, o alienante não poderá se restabelecer fazendo concorrência ao adquirente. É uma obrigação pessoal do alienante, que para se furtar ao cumprimento da mesma, constitui uma pessoa jurídica, pois sendo esta dotada de existência própria, não será imposto o não restabelecimento.

Importa ressaltar que a fraude deve manter relação com o uso da pessoa jurídica, isto é, seja relativa à autonomia patrimonial, pois outras espécies de fraude podem ser cometidas pela pessoa jurídica, como a emissão de um cheque sem provisão de fundos, e não estar relacionado com a utilização da autonomia patrimonial, não cabendo nessa hipótese a aplicação da desconsideração.

Cabe fazer aqui, no entanto, uma crítica ao Art. 50 do Código civil de 2002 pois o referido dispositivo legal faz menção a extensão de determinadas relações de obrigações aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, fazendo entender que a responsabilidade seja subsidiária. O correto seria, segundo a teoria da desconsideração, entender que os efeitos de certas relações jurídicas sejam primeiramente buscados no patrimônio do membro da pessoa jurídica que praticou o ato irregular, e não apenas em caráter subsidiário.

A desconsideração da personalidade jurídica visa proteger a própria pessoa jurídica, procurando aperfeiçoá-la, e não somente dar maior garantias aos credores, tanto é assim que a personalidade jurídica deve ser desconsiderada até mesmo em casos onde a pessoa jurídica tem bens suficientes para cobrir certo débito, mas determinado sócio utilizou-a para fraudar credores, cabendo a desconsideração para que o patrimônio de tal sócio responda pela fraude.

Apesar das críticas supramencionadas ao art. 50 da nova lei civil, tal dispositivo resgatou os verdadeiros fundamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Hodiernamente, existe, portanto, no atual ordenamento jurídico uma norma geral sobre a desconsideração que, no entanto, merece ser aplicada com cautela pelo Judiciário brasileiro, pois há o receio de que, como o Código Civil se trata de uma lei geral (podendo ser aplicado em todo ramo do direito), a porta se abra mais ainda para a banalização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica a ponto de se aniquilar com o instituto secular da pessoa jurídica, uma das mais importantes contribuições do direito para atividade econômica. Deve-se, destarte, sempre ficar atento aos fundamentos teóricos da desconsideração para que esse instituto somente seja aplicado nos casos em que houver o abuso ao direito à personificação.

CAPÍTULO 4 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Do que já se firmou acerca da pessoa jurídica, infere-se que tal instituto se presta a uma instrumentalidade, vez que é estabelecido em razão de certos objetivos, seu caráter instrumental implica que a validade do instituto fique condicionada ao pressuposto do cumprimento do fim jurídico a que este se destina, a modo que este se justifica a consideração da medida em que é utilizada corretamente.

Com relação ao instituo da desconsideração da personalidade jurídica, afirma-se que se trata de uma medida excepcional, momentânea, que não visa anular a personalidade jurídica ou dissolução da sociedade em virtude da desconsideração, mas apenas retirar os princípios que regem a separação da autonomia patrimonial, para alcançar o patrimônio dos sócios.

Embora ambos os institutos façam parte, a princípio, ao campo do direito material, é incontestável que os mesmos produzam reflexos na órbita do direito processual, em especial, o direito processual civil.

4.1 Responsabilização direta do causador da DPJ

Uma sociedade revestida de personalidade jurídica, sujeito de direitos e obrigações, por vezes assume a posição em um dos pólos das relações jurídicas. Quando isso ocorre uma ação de execução, em que ela esteja no pólo passivo, muitas vezes o seu patrimônio não é suficiente para saldar as dívidas que tem para com seus credores. Até o momento, nenhuma anormalidade, se não fosse pelo fato

de tê-la sido usada de forma abusiva e caracterizada pelo desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Caracterizada essa hipótese, surge a possibilidade de ser aplicado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de se resguardar o direito dos credores de resgatar seus créditos, com a execução dos bens particulares dos administradores ou dos sócios que compõem a empresa.

No que se refere aos bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei, assim preceitua o art. 596 do Código de Processo Civil, sendo certo, porém, que se o sócio/executado alegar o benefício previsto na citada norma, deverá nomear bens da sociedade, na mesma comarca onde foi proposta a execução, livres de desembaraços, quantos bastem para pagar o débito, como determina o § 1º, do referido dispositivo.

Isso ocorre porque, o legislador imbuído daquele espírito protecionista de manter como dogma a separação patrimonial da sociedade e dos sócios, não facilita a possibilidade de serem executados os bens dos sócios como forma de pagar as dívidas contraídas de maneira fraudulenta por aqueles que fazem parte da sociedade.

No entanto, o artigo 592, inciso II do referido diploma processual, possibilita a execução dos bens dos sócios, nos casos previstos em lei. Como bem assegura Luiz Rodrigues Wambier (2000, p. 113):

(...) Esse dispositivo é aplicável: (I) aos sócios normalmente solidários (exemplo: sociedade em nome coletivo – art. 316, Cco; sócio capitalista, na sociedade de capital e indústria – art. 320, Cco etc.); (II) nas sociedades irregulares ou de fato; (III) aos sócios com responsabilidade subsidiária. Nos primeiros casos, o sócio é também devedor, devendo figurar no pólo passivo da demanda de execução; na terceira hipótese, sua condição normalmente será de terceiro responsável.

Além disso, mesmo nas sociedades em que a responsabilidade do sócio seja limitada, poderá este responder por dívidas sociais, quando o juiz aplicar a “desconsideração da personalidade jurídica”. Por este mecanismo, investe-se diretamente contra o patrimônio dos sócios, quando concretamente comprovado que a sociedade estava sendo usada pelos sócios como mero instrumento para prejudicar terceiros, funcionando apenas como “barreira”, “anteparo”, na prática de atos juridicamente censuráveis.

A jurisprudência, por sua vez, também tem procurado abrandar o art. 596 do CPC, permitindo que sejam penhorados os bens dos sócios como forma de saldar as dívidas da sociedade. Nesse sentido, observa-se:

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – DISSOLUÇÃO IRREGULAR – “Execução – Penhora – Sociedade por cotas – Dissolução irregular – incidência sobre bens de seu representante legal – Admissibilidade. O arresto de bem particular de sócio por dívida contraída por empresa que se encontra desativada, sem que respondam pelas obrigações antes assumidas. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica” 2ª TACIVIL – Ap. c/Ver. 433.508 – 9ª Cam. Rel. Juiz Claret de Almeida).

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – EXTINÇÃO DA SOCIEDADE CM EXISTÊNCIA DE DÉBITOS – “Execução – Penhora – Sociedade – Bens pessoais dos sócios – dissolução com existência de débitos – Admissibilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Fernando o título executivo judicial em face da sociedade e apurada da dissolução irregular desta, a pretensão satisfativa pode ser dirigida contra o patrimônio particular do sócio” (2ª TACIVIL – Ap. s/Ver 469.245 – 5ª C. – Rel. Juiz (Laerte Sampaio).

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – EXTINÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE3 – RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS – “Execução – Penhora – Sociedade – Bens pessoais dos sócios – Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ante a extinção irregular da sociedade, que restou sem patrimônio para fazer face aos débitos pendentes, respondem os bens particulares dos sócios, desconsiderando-se, para esse efeito, a personalidade jurídica do devedor” (2ª TACIVIL –

Ap. s/Ver. 502.922 – 6ª Cam. – Rel. Juiz Fernando Homem de Mello Lacerda Filho).

Assim, é grande o interesse por parte da doutrina e da jurisprudência, no sentido de que seja acolhido o instituto da desconsideração. Os sócios, uma vez integralizado o capital social de uma empresa, passam a ser responsáveis pelos negócios da sociedade, nenhum sentido teria que os atos praticados pelos mesmos, causando danos a terceiros, ficassem impunes, aquela orientação adotada pelo CPC se encontra ultrapassado.

No direito moderno, que ganha foros de vinculação como o social, não mais se admite interpretações restritas. Os sócios ao assumirem a responsabilidade de co-participes de uma entidade privada, assumem os riscos inerentes aos seus negócios em ordem que, a determinação legal do artigo 596 do CPC (de que os sócios não respondem pelas dívidas sociais), só diz respeito a regular extinção da empresa e a regularidade das obrigações sociais.

No mais, o referido dispositivo assegura que poderá os bens particulares dos sócios serem responsáveis pelas dívidas da sociedade, caso haja previsão em lei. Dessa forma, com o advento do novo Código Civil de 2002 que prevê em seu art. 50 a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, não há mais motivo para que o mesmo não seja aplicado. Caso em que o sócio ou administrador que utiliza da Autonomia Patrimonial em proveito próprio com abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, responderá diretamente com seu patrimônio e não subsidiariamente ou solidariamente.

4.2 – Legitimados na Desconsideração da Personalidade Jurídica

Legítimas são aquelas pessoas titulares dos interesses em conflito que possam figurar em uma demanda judicial. Assim, é titular o autor que tem a pretensão deduzida em juízo, e réu, aquele que resiste a pretensão alegada pelo autor, a esse tipo de legitimidade damos o nome de ordinária.

Por vezes, a lei autoriza que terceiros alheios aquela relação, venham a juízo em nome próprio, litigar na defesa de direito de outrem. Esse tipo de legitimidade chamamos de extraordinária.

A) Legitimidade Ativa

Como se depreende do art. 50 do novo Código, Civil de 2002, são legítimos para requererem a desconsideração da personalidade jurídica os credores (legitimidade ordinária), e o Ministério Público (legitimidade extraordinária). Portanto de acordo com o dispositivo legal supracitado, não cabe desconsideração *Ex officio* encerrando a discussão existente acerca desta possibilidade originada na imprecisão técnica do art. 28 do CDC.

Configurados os pressupostos para aplicação do instituto da desconsideração cabe ao credor, principal interessado na sua decretação, demonstrar que em não sendo acolhida a desconsideração da personalidade, o mesmo ficará no prejuízo e aqueles que deram causa a isso, em virtude de manobras fraudulentas, experimentaram um ganho em seus patrimônios de maneira injusta, consubstanciado, até mesmo, em enriquecimento sem causa, coisa que nosso ordenamento jurídico repudia.

Quanto a legitimidade conferida ao Ministério Público, me parece que não andou bem o legislador em lhe conceder essa atribuição. Como bem ressalta Rubens Requião:

(...) não se deve conferir legitimidade ao Ministério Público, o problema é totalmente de interesse privado, mas sim credores insatisfeitos. Portanto, como estamos na área dos direitos disponíveis, não seria por bem conferir ao representante do Parquet essa atribuição.

Assim, poderia se ter fixada a incumbência de requerer a desconsideração da personalidade jurídica apenas aos credores, pois são eles os verdadeiros interessados.

B) Legitimidade Passiva

No tocante à legitimidade passiva, o já mencionado art. 50 do novo diploma civil, determina que são legitimados administradores e os sócios da pessoa jurídica.

Em desfavor das figuras acima mencionadas poderá o credor intentar a ação requerente a desconsideração da personalidade jurídica, e em caso de lograr êxito, serão os bens deles que responderão pela dívida diretamente e exclusivamente e não subsidiariamente ou solidariamente como já mencionado.

É importante, salientar a discussão se a desconsideração da personalidade jurídica pode ser invocada contra os sócios ou administradores no originariamente no processo de execução ou se os sócios e administradores têm de participar da relação jurídica processual de conhecimento.

Esta discussão tem razão de ser tendo em vista o art. 472 do Código de Processo Civil que prescreve que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Dessa forma, se o sócio ou administrador não tiver participado de lide, não poderá, em tese, ser responsabilizado posteriormente na execução da sentença.

De acordo com Fábio Ulhôa Coelho (2003, p. 55-56), para a invocação da desconsideração torna-se imprescindível o processo de conhecimento, no qual deverá fazer parte, no pólo passivo, aquele cuja responsabilização se pretende. No entanto, não se afigura aconselhável a propositura da demanda apenas em face deste, sendo mais eficaz a inclusão da sociedade no pólo passivo, sob a forma de litisconsórcio passivo (facultativo).

De forma incisiva o E. Superior Tribunal de Justiça foi além ao dispor que a presença da sociedade no pólo passivo é imprescindível: *“A despersonalização da pessoa jurídica é efeito da ação contra ela proposta; o credor não pode, previamente, despersonalizá-la, endereçando a ação contra os sócios”* (Resp. 282266/RJ; 3ª Turma do STJ. Rel. Min. ARI PARGENDLER. Decisão em 18/04/2002, por unanimidade).

O que não pode ocorrer é a desconsideração ser decidida através de um simples despacho no processo de execução, quando somente neste ficar constatado a fraude ou o abuso da personalização, pois neste caso o autor não tem ainda um título executivo contra o responsável.

É muito comum na prática da jurisprudência moderna, embora incorreto, o juiz determinar na execução a penhora de bens do sócio ou administrador que não participou do processo de cognição e transferir para

eventuais embargos de devedor ou de terceiros a discussão sobre a utilização abusiva ou fraudulenta da autonomia patrimonial. Tal atitude implica no desrespeito aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois os embargantes foram responsabilizados sem terem participado do processo de conhecimento.

Não se deve executar alguém que não figura no título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial. A execução tem de partir da certeza e não da dúvida. Na hipótese de penhorar bens de sócio que não fez parte do processo de cognição já se teria a indagação se realmente ele foi responsável pela obrigação. A explicação de que nos embargos o demandado poderá provar que nada deve é por demais simplista e contrária ao direito, além de inverter o ônus da prova.

Exemplificando, basta examinar-se a situação de um acionista de uma companhia aberta que tenha adquirido ações nas bolsas de valores e de repente, por dívida desta companhia, vê seus bens sujeitos à constrição judicial. Sob o peso de ter os seus bens penhorados é imputado a este sócio o ônus de ir a juízo provar que não abusou ou usou fraudulentamente da personalidade jurídica daquela companhia.

No caso supracitado, observar-se que além da ilegalidade de executar quem não figura no título executivo, tem-se também a ilegal inversão do ônus probatório. O art. 333 do CPC determina que o ônus da prova cabe ao autor do fato quanto ao fato constitutivo de seu direito, dessa forma, é do credor o ônus de provar o mau uso da pessoa jurídica pelos sócios, no entanto, estes últimos surpreendidos com a penhora de seus bens, sendo autores dos inevitáveis embargos, acabam atraindo para si o ônus de demonstrar que não cometeram abusos.

Destarte, a aplicação da "*disregard doctrine*" não pode prescindir da citação dos sócios em ação ordinária de conhecimento, para que lhes seja

assegurado a ampla defesa, com a efetiva atenção ao ônus da prova, que caberá àquele que alega ter sido a pessoa jurídica usada abusivamente. Somente de posse de uma sentença condenatória, poderá o credor intentar a execução contra os sócios que foram parte do processo de cognição.

4.3 Formas de Efetivação ou Aplicação da DPJ

Em nosso sistema jurídico as formas de efetivação do Instituto tem sido definida pela doutrina e jurisprudência, quando inúmeras questões foram chanceladas pelo crivo jurisdicional.

A) Desconsideração direta

A desconsideração direta dar-se nas hipóteses em que a fraude for de plano aferida haverá a intenção preliminar de se pugnar pela desconsideração para alcance daquela que efetivamente praticou o ato lesivo. Situações existem que a utilização do anteparo protetor é flagrante como na hipótese de um imóvel em nome da sociedade para ser utilizado como residências de um dos postos; Enfrentado um seguinte acórdão: responsabilidade. Civil. Locação, Aluguel. No Contrato de aluguel Pagamento. No contrato de locação, o pagamento e a obrigação principal do inquilino, se a avenca foi realizada por pessoa jurídica, fraudulentamente, os bens dos sócios respondem pelo pagamento” (RESP 150809 / SP. 6ª Turma do STJ. Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. Decisão em 02/06/1998, por unanimidade.

No entanto importante salientar, mesmo assente a possibilidade em se alcançar diretamente o patrimônio do sócio, deixando de lado a couraça protetora, não se afigura aconselhável a propositura de demanda apenas em face deste,

sendo mais eficaz a inclusão da sociedade do pólo passivo, sob a forma de litisconsórcio passivo (facultativo). Conforme suscitado anteriormente.

B) Desconsideração incidental

Na desconsideração incidental ocorre a fraude, pela sua estrutura, se apresenta eivada de mácula, portanto, sendo de difícil percepção inicial. Assim, é provável que somente com a propositura da demanda em face da sociedade, no desenrolar do curso cognitivo processual, se tenha acesso ao *concilium fraudis*, momento em que se pugnará pela desconsideração da personalidade para a retirada do escudo protetor, alcançando aquele que efetivamente é o autor do ato.

Nesse contexto surge a discussão sobre a possibilidade de ser decretada a desconsideração no mesmo processo (incidental) ou então se curial se faz a deflagração de demanda autônoma para tanto.

A jurisprudência tem chancelado o posicionamento de que a existência do contraditório é indispensável, não obstante a possibilidade da materialização incidental. O E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação. (AGRESP 422583/PR. 1ª Turma do STJ. Relator: Mins. JOSÉ DELGADO, decisão em 20/06/2002, por unanimidade).

Da mesma forma o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Agravo de Instrumento. Medida cautelar de arresto. Grupo societário. Inclusão do sócio no pólo passivo. Impossibilidade. Na medida

cautelar, seja preparatória, seja incidental, não se pode admitir a inclusão do sócio do grupo societário supostamente responsável pelas reparações pleiteadas, sem a prévia desconsideração da personalidade jurídica desta, em processo de cognição plena. Hipótese de arresto de percentagem de renda da sócia, em que se impõe o devido processo legal, que não se confunde com a simples medida cautelar. (Agravo de Instrumento nº 8173/98, 4ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Jair Pontes de Almeida, decisão em 17/12/98, por unanimidade).

A preservação do contraditório não afasta a possibilidade da decretação incidental da desconsideração; o que não é viável é o pedido de *disregard*, tendo como conseqüência uma perfunctória decisão judicial determinando a constrição de um bem do sócio. A oitiva daquele sobre qual recai a imputação da fraude e posteriormente o seu alcance, sem olvidar do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, é de indispensável relevo.

O Novo Código Civil de 2002 positiva a teoria em tela, em sua parte geral, na regra inserta no art. 50, restando patente a possibilidade de sua implementação incidental, ao indicar que o pedido pode ser formulado pela parte ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo – só há parte ou atuação do Ministério Público como *custos legis* quando presente o processo.

No sentido acima esposado, a 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça precisou:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. (ROMS 14168 / SP; 3ª Turma do STJ. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI (1118), decisão em 30/04/2002, por unanimidade. No mesmo sentido e com o mesmo teor: RESP 332763 / SP; RECURSO ESPECIAL 2001/0096894-8).

Na mesma linha, no processo falimentar, quando do decreto da quebra ou até mesmo em decisão futura pode ser implementada a desconsideração, como acentuou a 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça:

Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados. (RESP 211619/SP. 3ª Turma do STJ. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Relator p/ Acórdão Min. Waldemar Zveiter, decisão em 16/02/2001, por unanimidade.

Também assim assertou a 7ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Falência. Sociedade por cotas. Decretação da indisponibilidade dos bens de ex-sócios. Possibilidade aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade de no curso do processo apurar-se se houve prática de atos violadores de administração, assegurando-se ao ex-sócio o direito de ampla defesa (Agravo de instrumento nº 2001.002.09655 do TJ/RJ. Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos, decisão em 30/04/2002).

Dessa forma, tendo em vista o objetivo premente de editar a fraude deve-se considerar como viável a desconsideração da personalidade jurídica do modo incidental desde que aquele sobre o qual recai a imputação da fraude assegure-lhe o princípio constitucional do contraditório e de todos os meios de defesa admitido em direito.

C) Desconsideração inversa

A desconsideração da personalidade jurídica é o instrumento utilizado para responsabilizar o sócio ou o administrador pela obrigação que imputada à sociedade oculta uma ilicitude.

Contudo, o inverso também é possível, ou seja, existe a possibilidade de desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la pela obrigação de seu sócio ou administrador. Nesta, em vez do sócio se utilizar da sociedade como escudo protetivo, passa a agir ostensivamente escondendo seus bens na sociedade, ou seja o sócio não mais se esconde, mas sim a sociedade é por ele ocultada.

Situação que tem cotidianamente sido concretizada é a do cônjuge que pretende se separar do outro e se empenha no esvaziamento do patrimônio do casal, transferindo os bens para uma sociedade; quando do advento do desfecho do matrimônio a meação do cônjuge enganado será reduzida a praticamente nada. Nesse desiderato restou decidido:

Separação Judicial. Reconvensão. Desconsideração da personalidade jurídica. Meação. O abuso de confiança na utilização do mandato, com desvio dos bens do patrimônio do casal, representa injúria grave do cônjuge, tornando-se culpado pela separação. Inexistindo prova da exagerada ingestão de bebida alcoólica, improcede a pretensão reconvenicional. É possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, usada como instrumento de fraude ou abuso à meação do cônjuge promovente da ação, através de ação declaratória, para que estes bens sejam considerados comuns e comunicáveis entre os cônjuges sendo objeto de partilha. A exclusão da meação da mulher em relação às dívidas contraídas unilateralmente pelo varão, só pode ser reconhecida em ação própria, com ciência dos credores. (Apelação Cível nº 1999.001.14506. TJ/RJ. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Leticia Sardas, julgada em 07/12/1999).

4.4 A não discricionariedade do Juiz em relação a aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Outro tópico que não pode deixar de ser abordado é com relação à discricionariedade que o magistrado tem de aplicar ou não o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que o *caput do* art. 50 do Código Civil, dispõe que "... pode o juiz decidir...", deixa dúvidas quanto a sua aplicação.

Conforme, o douto doutrinador Hely Lopes Meirelles (2001, p. 111):

Ato discricionário é aquele em que o agente pode praticar com liberdade de escolha, dentro de seus limites, o seu conteúdo, sua conveniência, sua oportunidade e o modo de sua realização, existe uma elasticidade no seu agir. No entanto, não se pode afastar da competência, forma e finalidade o ato, nesses casos, o agente está subordinado ao que a lei dispõe, como qualquer ato vinculado.

Não se deve, ainda, confundir ato discricionário com ato arbitrário, o primeiro diz respeito a liberdade de ação dentro dos limites traçados pela norma, ou seja, a sua opção de agir dessa ou daquela maneira está prevista em lei, o segundo é o contrário a lei, sua prática acarreta sempre a ilegitimidade e invalida o ato.

Feito essas considerações fica claro que, embora o verbo "poder" que consta no art. 50 do Código Civil dê idéia da faculdade, que fica ao livre arbítrio do juiz quanto a aplicação ou não da desconsideração, o mesmo não procede, pois o que ocorreu na verdade foi uma impropriedade técnica legislativa.

A discricionariedade do juiz é relativa apenas a apreciação dos pressupostos necessários para a aplicação do instituto da personalidade jurídica elencada explicitamente no referido diploma legal, de outro meio não teria sentido o dispositivo, e ainda, o juiz deve atender a finalidade da lei, que incorporou o instituto

da desconsideração da personalidade jurídica em ordenamento jurídico, para coibir os atos fraudulentos que possam ser praticados em nome da pessoa jurídica.

Desta forma, fica patente que se restar provado que há os pressupostos necessários para a aplicação da desconsideração, o magistrado não poderá andar de outra maneira que não seja a decretação da suspensão da personalidade jurídica, sob pena da prática de um ato arbitrário.

CONCLUSÃO

A pessoa jurídica constitui um dos maiores instrumentos criados pelo ordenamento jurídico, é inegável a sua importância no campo empresarial, a forma como veio a dinamizar as relações e a circulação de riquezas entre os povos.

O instituto da pessoa jurídica foi criado, assim pelo estado com o fim de incentivar o propiciar determinadas condutas úteis para a comunidade. No entanto, a pessoa jurídica pode ter sua função desviada de suas primeiras metas pois sua construção legal, dotada de titulares negocial e processual, revelou-se um meio propício a prática de atos ilícitos, em razão dos princípios que rege a autonomia existente entre os sócios e a sociedade personificada, quando sócios ou administradores praticam atos ilegais e ilícitos para prejudicar outrem, camuflando-se sob a forma de pessoas jurídicas.

Para casos como estes em que os sócios ou administradores se escondem por detrás da estrutura da pessoa jurídica praticando atos abusivos ou fraudulentos, é que foi concedida a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, criada na jurisprudência alienígena. Desse modo quando há o mau uso da pessoa jurídica com o desvio de finalidade para a qual foi criada, deve haver a Desconsideração da Personalidade Jurídica para se atingir diretamente os responsáveis por esta disfunção.

Não obstante deve-se ter sempre em mente o caráter excepcional da Desconsideração da Personalidade Jurídica, pois o instituto da pessoa jurídica é um dos institutos jurídicos mais importantes até hoje criados, servindo como um dos grandes e principais instrumentos para o desenvolvimento científico, econômico e social experimentados pelo mundo atual. O princípio da diferenciação entre pessoas

jurídicas e seus integrantes não está sendo extinguido com a aplicação da desconsideração, pois esta só pode incidir quando a pessoa jurídica servir de anteparo à prática de atos abusivos ou fraudulentos.

Destarte, a Desconsideração da Personalidade Jurídica serve para preservar o instituto da pessoa jurídica, à medida que coíbe somente os atos que desvirtuam sua razão de ser. É necessário, dessa forma, entender que a desconsideração não pretende aniquilar a pessoa jurídica, mas sim suspender, excepcionalmente, no caso concreto, a personalidade jurídica com o intuito de alcançar as pessoas ou os bens (desconsideração inversa) que sob o seu manto se ocultavam.

Os pressupostos autorizadores da aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica devem ser o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Exige-se sempre a presença de tais requisitos para a incidência da desconsideração, assim, o simples inadimplemento de um crédito da sociedade não é suficiente para a sua incidência, pois contingências econômicas fazem parte do dia a dia das empresas. Só quando o não pagamento de uma obrigação decorrer de abuso ou fraude na utilização da pessoa jurídica, devidamente comprovada no processo, é que se mostra possível desconsiderar-se a personalidade jurídica.

Discorreu-se, no entanto, na presente pesquisa científica sobre os dispositivos de lei, no direito brasileiro, que eram utilizados como se tratassem da Desconsideração da Personalidade Jurídica, quando na verdade, referiam-se à responsabilidade direta e pessoal dos sócios ou responsabilidade solidária de outras pessoas jurídicas.

Para se estabelecer a distinção entre a Desconsideração da Personalidade Jurídica e as hipóteses de responsabilidade direta, empregou-se o pressuposto da licitude, segundo o qual, só se admite a Desconsideração da Personalidade Jurídica para coibir atos aparentemente lícitos, somente se identificado a ilicitude quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica e passa a ser imputado a pessoa do sócio ou administrador. Se o ato ilícito pode, desde logo, ser imputado aos integrantes da pessoa jurídica, tem-se uma responsabilidade direta prevista pela lei, não cabendo falar em desconsideração.

Mas, como se observou, os desacertos na legislação brasileira no que se refere à definição das hipóteses em que devem incidir a desconsideração parece ter sido corrigido com a previsão expressa desse instituto no art. 50 do novo código civil. Reza esse dispositivo de lei que só em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, é que se pode levantar o véu societário para enxergar os sócios.

Entretanto, apesar do art. 50 estar em harmonia com os fundamentos teóricos da desconsideração, tem-se que, por se tratar de uma norma genérica, sua utilização banalize, ainda mais, o instituto e ameace o instituto da pessoa jurídica.

Todavia, o novo texto legal destaca a excepcionalidade da Desconsideração da Personalidade Jurídica, existindo elementos, para se por termo à aplicação desgovernada da "*disregard*", como vinha ocorrendo em nosso ordenamento jurídico.

Em suma, a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica **deve** ser entendida como uma medida excepcional que visa afastar momentaneamente o princípio da separação patrimonial existente entre pessoas jurídicas e seus membros para, só então, coibir possíveis abusos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fabio Ulhoa. *Desconsideração da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CORRÉA, Lamartine. *A dupla crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FRANCISCO, Fernandes. *Dicionário Brasileiro Globo*. 50 ed. São Paulo: Globo, 1998.

FREITAS, Elizabeth Martins. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito através da personalidade jurídica*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1969.

_____. *Curso de Direito Comercial, vol. I*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Projeto do código civil: apreciação crítica sobre a parte geral e o livro I (das obrigações)*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 477/11.

SILVA, Osmar Vieira. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil, Vol. II*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2000.