

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS
BACHARELADO EM DIREITO

JAKSSON ARLYSSON DOS SANTOS SANTANA DE JESUS

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO

Campina Grande - PB

2013

JAKSSON ARLYSSON DOS SANTOS SANTANA DE JESUS

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da Faculdade
Reinaldo Ramos - FARR, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador(a): Prof^ª. Esp. Yuzianni Rebeca de
Melo Sales Marmhoud Coury

Campina Grande - PB

2013

J58d

Jesus, Jaksson Arlysson dos Santos Santana de.

A desconsideração da personalidade jurídica no direito societário brasileiro / Jaksson Arlysson Dos Santos Santana De Jesus. – Campina Grande, 2013.
53 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientadora: Profa. Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. Coury.

1. Direito de Societário. 2. Direito Comercial. I. Título.

CDU 347.7(043)

JAKSSON ARLYSSON DOS SANTOS SANTANA DE JESUS

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO**

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Esp. Yuzianni Rebeca de Melo Sales Marmhoud Coury
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientador)

Esp. Jardon Souza Maia
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1º Examinador)

Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2º Examinador)

Ao Senhor Jesus Cristo pela
graça da salvação.
À Deus, por ter me dado
muito mais que merecia.

Agradeço a professora e orientadora pelo apoio e encorajamento contínuos na pesquisa e desenvolvimento do presente trabalho, e aos demais Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos. Agradeço também a FARR pelo apoio institucional e aos seus funcionários, em especial Batista P. da Silva, Valmir da Silva Reis e Fábio da Silva Reis, pela companhia e amizade durante estes 5 anos de perseverança e dedicação no curso de bacharelado em Direito.

“O fim do Direito é a Paz, o meio de alcançá-la é a luta. Enquanto o direito tiver de contar com as agressões partidas dos arraiais da injustiça – e isso acontecerá enquanto o mundo for mundo – não poderá prescindir a luta. A vida do Direito é a luta – uma luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.”

Rudolf von Ihering

RESUMO

Conforme dispõe o Código Civil, as pessoas jurídicas possuem existência distinta de seus membros. Dentre os efeitos da personalidade jurídica encontra-se a separação ou autonomia patrimonial que tem o condão de limitar, em tese, a responsabilidade do sócio ou administrador de uma sociedade empresária. É certo que a ficção legal da pessoa jurídica, bem como a ideia de limitação de responsabilidade ao capital investido, incentiva o desenvolvimento da atividade empresarial, sobretudo o empreendedorismo, todavia, viabiliza a prática de atos fraudulentos em detrimento de direitos de terceiros. O presente trabalho visa aprofundar o estudo da teoria e sua correta aplicação nas mais diversas esferas jurídicas, abordando a parte histórica do direito comercial, a personalidade jurídica das sociedades empresárias, pressupostos e a aplicação da teoria nos tribunais.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica, limitação da responsabilidade, teoria maior e menor da desconsideração.

ABSTRACT

As provided in Brazilian Civil Code, juridical persons have distinct existence of its members. Among the effects of juridical personality located the separation or patrimonial autonomy that has the power to limit, in theory, the liability of the partner or administrator of an business corporation. Admittedly, the legal fiction of the legal entity as well as the idea of limitation of liability to capital invested, encourages the development of the business activity, especially entrepreneurship, however, allows for the practice of fraudulent acts to the detriment of third party rights acts. The present work aims deeper the study of the theory and its correct application in various legal spheres, addressing the historical part of commercial law, the legal personality of business companies, presuppositions and the application of theory in the courts.

Keywords: Disregard of legal personality, limitation of liability, larger theory of disregard, minor theory of disregard.

Listas de Abreviaturas

CF/88	-	Constituição Federal de 1988
RCPJ	-	Registro Civil das Pessoas Jurídicas
EIRELI	-	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
M.P.	-	Ministério Público
LSA	-	Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76)
S.A.	-	Sociedade Anônima
LF	-	Lei de Falência (Lei nº 11.101/05)
CLT	-	Consolidação das Leis do Trabalho (Dec. Lei 5.452/43)
CC/02	-	Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02)
CTN	-	Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66)
REsp	-	Recurso Especial
ADin	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CPC	-	Código de Processo Civil

Listas de Siglas

Cia	-	Companhia
ed.	-	Edição
vol.	-	Volume
ss.	-	Seguintes

SUMÁRIO

Listas de Abreviaturas	10
Listas de Siglas	10
1. Introdução	13
2. Formação Histórica do Direito Comercial	14
1.1 A Origem do Direito Comercial	14
1.2 Evolução societária e o risco da atividade comercial.	16
3. Princípios do Direito Empresarial	17
2.1 Princípio da liberdade de Iniciativa	17
2.2 Princípio da preservação da empresa	18
2.3 Garantia e defesa da propriedade privada	19
2.4 Liberdade de associação.	20
2.4 Princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica	20
2.5 Princípio da limitação da responsabilidade dos sócios	21
4. Evolução do conceito de Empresa	22
3.1 Atos de Comércio	22
4.2 Teoria da Empresa	22
5. Personalidade Jurídica	23
4.1 Pessoa Jurídica	23
5.2 Distinção entre empresário, empresa e sociedade empresária	26
4.2.1 Empresário	26
4.2.2 Empresa	26
4.2.3 Sociedade Empresária	26
4.3 Responsabilidade da Pessoa Jurídica	27
4.3.1 Autonomia da pessoa jurídica	27
4.3.2 Separação Patrimonial	28
4.3.3 Responsabilidade Limitada	29
6. A Desconsideração da Personalidade Jurídica	29
5.1 A origem da desconsideração da personalidade jurídica	29
5.2 A desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro	31
5.3 Teorias <i>ultra vires</i>	33
5.4 Teorias da desconsideração no Brasil	34
5.4.1 Teoria Maior	34
5.4.2 Teoria Menor	36

7. Fundamentos Ontológicos da Desconsideração da Personalidade Jurídica	36
6.1 Pressupostos da desconsideração	37
6.2 Abuso de direito	37
6.2.1 Desvio de finalidade	38
6.2.2 Confusão patrimonial	39
6.3 A desconsideração inversa	40
6.4 A desconsideração por dissolução irregular	41
6.5 A desconsideração e a prescrição	42
8. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro	43
7.1 A desconsideração no Direito Civil	44
7.2 A desconsideração no Direito do Tributário	44
7.3 A desconsideração no Direito do Consumidor	46
7.4 A desconsideração no Direito do Trabalho	48
7.5 A desconsideração no Direito Ambiental	49
7.6 A desconsideração na Falência	50
9. Considerações finais	51
REFERÊNCIAS	53

1. Introdução

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi criado e desenvolvido com a clara intenção de coibir o mau uso da pessoa jurídica. Observou-se ao longo do tempo que a ficção jurídica da personalidade facilitara a vida em sociedade pois garante uma melhor organização e representação de esforços de uma coletividade.

A história remete a manifesto abusos a margem da pessoa jurídica. Consta-se que pessoas mal intencionadas se utilizavam dos efeitos da pessoa jurídica, como a separação patrimonial e titularidade, para a prática de atos fraudulentos, blindando os agentes à margem do véu da pessoa jurídica.

Com isso, passou-se a perceber que o efeito da autonomia patrimonial e titularidade de obrigação e responsabilidade atribuída através da personificação da pessoa jurídica, não poderia representar obstáculo à ação do Estado em reprimir abusos e efetivar justiça.

Segundo THEREZA ALVIM¹, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica nasceu como uma solução a ser utilizada nos casos em que o instituto da personalidade jurídica seja empregado para fins condenáveis pelo Direito, ou seja, com fins incompatíveis com os fins de sua própria criação, causando prejuízo a terceiros.

A teoria foi trazida ao Brasil, inicialmente em palestras do Ilmo. Prof. Rubens Requião, e aplicada por Juízes em diversos casos concretos. Posteriormente houve, pouco a pouco, a positivação da teoria na legislação pátria. Contudo, constate-se algumas atecnias e dissociação da verdadeira teoria da desconsideração da personalidade jurídica que se desenvolveu no direito *common law*, como se verifica na teoria menor da desconsideração.

O instituto é fundamental para promover a justiça e coibir abusos, todavia como veremos no presente trabalho, seu uso indiscriminado, sem observância dos seus pressupostos podem gerar efeitos perturbadores ao desenvolvimento mercantil, desestimulando o empreendedorismo e investimentos em uma dada nação.

¹ ALVIM, Thereza Arruda. Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar. In Revista de Processo, ano 22, Julho/Setembro. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.215.

2. Formação Histórica do Direito Comercial

1.1 A Origem do Direito Comercial

O direito comercial, compreendido como um corpo organizado e sistematizado com regras e princípios próprios, nasceu na idade média, por meio da necessidade de regras gerais e um direito que assegurasse a sua aplicação para as pessoas que negociavam (ou trocavam) o excesso de produção. Segundo REQUIÃO², o direito comercial surgiu na idade média pela imposição do tráfico mercantil. É certo que a prática de comércio já existia muito antes desta época, na mais remota antiguidade, também já existiam regras sobre matéria mercantil, mas estas regras se mostravam insuficientes por serem esparsas e desunificadas, não compreendendo os anseios da classe mercantilista.

Apesar da incontestável influência do Direito Romano na estrutura normativa do mundo ocidental, não foi nele em que o direito comercial encontrou raízes, pois o Direito Romano, era um direito que se aplicava aos patrícios romanos, que exerciam precipuamente atividades políticas e intelectuais e cuidavam de propriedades e atividades rurais. Além do mais, surgiram leis que proibiam aos senadores e patrícios o exercício da atividade mercantil, por serem consideradas degradantes e discriminadas, sobretudo pela influência do direito canônico na sociedade romana.

Segundo o Prof. José Gabriel³, na idade média, as atividades comerciais eram exercidas pelos escravos, por delegação de seus senhores, e pelos os não-romanos, chamados de Gentios. Isto explica a forte característica consuetudinária do direito comercial, pois tendo em vista a omissão dos Romanos em editar normas para reger as atividades mercantis, nos ensinamentos do Ilmo. Prof. André Santa Cruz⁴, a classe burguesa que se formava a época, chamados de comerciantes ou mercadores, teve então que se organizar e construir seu próprio “direito”, por usos e costumes, subsistindo então uma certa consciência de sua obrigatoriedade.

² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 1º volume. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³ Aula em 12/08/2013 – Novos Paradigmas nas Relações de Direito Empresarial – Pós Graduação em Direito Empresarial – Universidade Cândido Mendes - RJ

⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 3ª ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

Com o desenvolvimento destas práticas, surgem depois as Corporações de Ofício⁵, que assumem um relevante papel na sociedade, nas resoluções de conflitos entre os comerciantes da época. Segundo Fabio Ulhôa Coelho⁶, as corporações de ofício constituem jurisdições próprias com decisões fundamentadas principalmente nos usos e costumes praticado por seus membros. Importante ressaltar, que cada corporação de ofício tinha sua formação de usos e costumes próprios, sendo aplicados somente àqueles comerciantes a ela associado (matriculado). Sobre isto, assim escreveu o Prof. Alfredo Rocco⁷:

Aos costumes formados e difundidos pelos mercadores, só estes estavam vinculados; os estatutos das corporações estendiam a sua autoridade até onde chegava a autoridade dos magistrados das corporações, isto é, até aos inscritos na matrícula; e, igualmente à jurisdição consular estavam sujeitos, somente, os membros da corporação.

E assim nasce o Direito Comercial, um direito feito pelos comerciantes a serviço dos comerciantes. Segundo REQUIÃO, inicia-se a cristalização do direito comercial, deduzido das regras corporativas e assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules e juízes designados pelas então poderosas ligas e corporações. A maioria dos comercialistas costumam identificar este período como fase *subjetivista* do direito comercial, compreendido desde a segunda metade do século XII ao fim do XVIII.

Tínhamos nesta época um direito comercial baseado no sujeito, onde aplicação da norma comercial era definida com base no sujeito estar ou não matriculado na corporação. Com o desenvolvimento da mercancia, se registra no tempo uma certa reserva de mercado imputado pelas corporações de ofício, diminuindo seu prestígio e importância, pois dificultara o acesso dos pequenos comerciantes às prerrogativas de que lhe era inerente.

Em meio a insatisfação geral dos cidadãos, por anseios de maior igualdade e liberdade, surge logo após a revolução francesa (1789 – 1799), o decreto da liberdade de comércio e indústria, onde definia que é livre o exercício de qualquer atividade comercial e industrial, independente de matrícula. Isto é a fase *objetivista* do direito comercial, aceita pela maior parte da doutrina, inserida com a entrada em vigor do *Code de Commerce*, em 1808 ou mais conhecido por Código Mercantil Napoleônico, onde a definição do que venha a ser comerciante

⁵ ALMEIDA FILHO, José Gabriel de Assis. Novos Paradigmas nas Relações de Direito Empresarial. Aula ministrada em 12/08/2013 no curso de especialização em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes - RJ. Notas de Aula.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). - São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 1º volume. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

não mais recaía ao sujeito, mas ao seu objeto, ou seja, a atividade que se exercia – atos de comércio (século XIX).

Devido a evolução frenética do mercado, sobretudo após a Revolução Industrial, resultou o surgimento de diversas outras atividades econômicas não compreendidas ao conceito de “atos de comércio”, mostrando-se esta teoria obsoleta frente a realidade do mundo contemporâneo. Desta feita, em 1942, surge na Itália, um novo sistema jurídico, que reúne a atividade comercial, industrial, agrícola e de serviços em um único direito, denominado Direito de Empresa.

Nos ensinamentos do Ilmo. Prof. André Luiz Santa Cruz Ramos, a teoria de empresa faz com que o direito comercial não se ocupe apenas com alguns atos, mas com uma forma específica de exercer uma atividade econômica. Assim, qualquer atividade econômica, desde que exercida empresarialmente, está submetida à disciplina das regras de direito empresarial.

1.2 Evolução societária e o risco da atividade comercial.

No processo de desenvolvimento histórico do direito comercial, o risco da atividade influenciou ao longo do tempo em institutos societários até hoje usados. Segundo o Prof. José Gabriel, temos pelo menos 5 etapas da evolução societária.

Na primeira etapa, temos o comerciante individual, com responsabilidade ilimitada. Este comerciante, assumia inteiramente os riscos da atividade e se responsabilizava pessoalmente e sozinho por prejuízos sofridos e a terceiros.

Foi daí então que as pessoas que viviam do comércio, ou seja da troca (escambo), e que viajavam de um lugar para outro com todas as suas mercadorias, buscaram uma forma de não sofrer sozinho com os riscos da atividade, se associando a outra pessoa e dividindo os eventuais prejuízos. Isso é o modelo que hoje chamamos de sociedade em nome coletivo⁸, caracterizando a segunda etapa da evolução societária.

No contexto histórico da terceira etapa, existia a figura do nobre, proprietário latifundiário. O nobre não podia se vincular societariamente ao comerciante, por questões de classe. Devido a influência da Igreja na época, a atividade comercial era considerada desprezível e degradante (REQUIÃO, 2007, p. 9). Este nobre precisava ficar oculto para

⁸ Brasil. Código Civil de 2002, art. 1.039 à art. 1.049.

investir o seu dinheiro e com isso surge o tipo societário em que um sócio ficava oculto e com responsabilidade limitada ao valor investido e o outro sócio que aparecia e “administrava” a atividade, sendo com responsabilidade ilimitada (sociedade em conta de participação e sociedade em comandita simples).

Apesar da evolução, existia um problema neste tipo societário, pois o sócio oculto (que tinha responsabilidade limitada), não poderia administrar a sociedade, com isso, na quarta etapa da evolução societária surge na Alemanha a sociedade por quota limitada, com responsabilidade limitada ao capital investido e ainda com a possibilidade de todos os sócios administrarem a atividade. É a primeira vez onde a limitação de responsabilidade e administração aparecem juntos.

No mundo contemporâneo, para atrair empreendedores e diminuir o risco da atividade empresarial, nasce a última etapa deste ciclo (quinta) que é quando o empresário exerce individualmente a atividade, administra e ainda tem a limitação da responsabilidade – sociedade unipessoal. No mundo, surge em 1926 em *Liechtenstein*⁹, depois em 1973 na Dinamarca, seguido da Alemanha em 1980, dentre outros países. No Brasil, este tipo societário chamado de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) surge em 2011 inserido através da Lei 12.441, de 11.07.2011, que alterou o Código Civil de 2002.

3. Princípios do Direito Empresarial

Para o desenvolvimento do presente trabalho é de fundamental importância o estudo dos princípios que norteiam o direito empresa. Os princípios constitucionais são diretrizes ou regras informadoras para todo o ordenamento jurídico em que sua valoração tem sido tendência no direito contemporâneo com um todo.

2.1 Princípio da liberdade de Iniciativa

O princípio da liberdade de iniciativa é um dos pilares da ordem econômica e financeira instituído pela Constituição Federal de 1988. De acordo com o caput do Art. 170 da CF/88, a

⁹ Liechtenstein ou Listenstaine, oficialmente Principado de Liechtenstein ou do Liechtenstein, é um minúsculo principado, um microestado, localizado no centro da Europa, encravado nos Alpes, entre a Áustria, a leste, e a Suíça a oeste

ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos, existência digna, baseados nos ditames da justiça social.

Importante ressaltar que se depreende da interpretação do Art. 173, caput c/c Art. 174 da CF/88, que em regra o Estado não deve ser agente propulsor mas sim agente regulador da atividade econômica, devendo aguardar a iniciativa privada desenvolver as atividades, só podendo assumir atividades econômicas quando condições muito peculiares existirem.

A Constituição Federal, ao dispor sobre a exploração de atividades econômicas, vale dizer, sobre a produção dos bens e serviços necessários à vida das pessoas em sociedade, atribuiu à iniciativa privada, aos particulares, o papel primordial, reservando ao estado apenas uma função supletiva (art. 170). (COELHO, 1999, p.13)

Para BASTOS¹⁰, equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Segundo o Prof. Guilherme Peña¹¹, o princípio da liberdade de iniciativa é a principal diretriz dentro de um conceito de capitalismo, devendo ser subdividido em liberdade de empresa e liberdade de concorrência. Liberdade de empresa é o princípio que garante escolher livremente qual atividade e por quais meios deseja desempenhá-la. Já liberdade de concorrência, é o princípio que garante a livre disputa de mercado de produção ou consumo, respeitando por óbvio os interesses meta-individuais.

2.2 Princípio da preservação da empresa

Tendo em vista a importância da atividade empresarial para desenvolvimento da economia, o princípio da preservação da empresa é um dos mais difundidos e utilizados por tribunais na fundamentação de decisões em matéria de direito de empresa.

O Estado deve usar as ferramentas possíveis para garantir a preservação da empresa, tendo em vista que a atividade empresarial é propulsora do desenvolvimento econômico e humano, e em termos expressos da Constituição Federal é fundamento da república, garantir o desenvolvimento nacional (Art. 3º, II, CF/88).

Os benefícios da norma relativa a recuperação de empresas é exemplo clássico da atuação estatal na preservação da unidade produtiva. Este instituto previsto na Lei Nº 11.101/05

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 7º volume, arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 16

¹¹ PEÑA. Guilherme. Ordem Econômica na Constituição da República. Aula ministrada no dia 02/09/2013 no curso de especialização em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes - RJ. Notas de Aula.

permite ao empresário ganhar fôlego para liquidar seus débitos e dando estímulo à continuidade da atividade.

2.3 Garantia e defesa da propriedade privada

É garantido o direito de propriedade (Art. 5º, XXII, CF/88). Criar uma pessoa jurídica e mantê-la é também uma manifestação do direito de propriedade, todavia este direito não é absoluto. Se depreende do Art. 1.228 do Código Civil de 2002 que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O direito de propriedade deve ser visto sob o espectro da função social da propriedade. Nas palavras do Prof. Guilherme Peña¹², a função social da propriedade, *strictu sensu*, quer dizer que a propriedade pode ser vista ora como o direito privado sendo absoluto e oponível *erga omnes*, ora como direito público, como exercício do direito que lhe é dado – direito relativo. Já a função social da propriedade *latu sensu*, ela é considerada não como um fim em si próprio, mas um meio para que possa ser usado para que alguns fins sejam alcançados. O Estado pode proteger o exercício da propriedade ou pode tutelar, por intervenção estatal.

A exigência de atendimento aos mandamentos que estão contidos na ideia de função social da propriedade impõe ao proprietário, ou ao possuidor, o dever de agir com diligência e procurar realizar diagnósticos sobre as possíveis interferências que o uso da propriedade pode trazer para cada situação, observadas as particularidades de cada caso. Em situações excepcionais, a ideia de função social da propriedade legitima a imposição de um dever de contratar ou a obrigatoriedade de compartilhamento dos bens dos quais depende o acesso. (ANDRADE FILHO, apud, SALOMÃO FILHO, 2005, p.34)¹³

Para o Prof. André Luiz Santa Cruz Ramos¹⁴ “Garantir e defender a propriedade privada dos meios de produção é pressuposto fundamental do regime capitalista de livre mercado”. Segundo o professor, infelizmente a garantia de propriedade tem sido relativizada

¹² PEÑA, Guilherme. Ordem Econômica na Constituição da República. Aula ministrada no dia 02/09/2013 no curso de especialização em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes - RJ. Notas de aula.

¹³ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 34.

¹⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquemático. 3ª ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 26.

progressivamente em nosso ordenamento jurídico. O princípio da função social tem ganhado relevo em detrimento da garantia e defesa da propriedade.

2.4 Liberdade de associação.

A liberdade de associação é um princípio histórico do direito comercial, já que foi a partir da reunião dos comerciantes que surgiram as Corporações de Ofício na idade média, numa primeira tentativa, segundo os doutrinadores, de sistematizar as regras do direito comercial.

Segundo o André Luiz Santa Cruz Ramos¹⁵, a liberdade de associação possui dois vetores: positivo e negativo. O primeiro garante a todo e qualquer cidadão o direito de associar-se livremente, sem nenhuma restrição por parte do Estado. O segundo assegura a todo e qualquer cidadão o direito de não se associar e de se desassociar, sem nenhuma imposição por parte do Estado. Neste sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

Ao lado, portanto, da liberdade positiva – liberdade de associar-se livremente sem oposição por parte do Estado –, consagrou a nova Carta a liberdade negativa, ou seja, a de não ser compelido a associar-se ou a manter-se associado, situação absolutamente incompatível com a liberdade de associar-se, implicando impossibilidade de a lei impor um ato de adesão ou de permanência em uma associação. [...] Já não há espaço para a concepção de um imperativo sistema centralizado de arrecadação e distribuição dos direitos autorais, inexistindo dúvida de que a lei, em agredir a nova disciplina constitucional sobre a liberdade de associação (incisos XVII e XXI do artigo 5.o da CF) e sobre a exclusividade do autor sobre o direito de utilização, publicação e reprodução de suas obras (inc. XXVII do dispositivo citado), já não pode compelir os titulares desses direitos a reunirem-se, diretamente ou por via de suas associações, numa entidade única, para vê-los arrecadados e distribuídos¹⁶.

Assim, se lícito o objeto da associação, esta é assegurada como direito e garantia fundamental, nos termos do art. 5º, XVII da CF/88, sendo vedado a de caráter paramilitar.

2.4 Princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica

Patrimônio pode ser entendido por um complexo das relações jurídicas de conteúdo econômico de uma pessoa. A separação de patrimônio é determinada ou autorizada por lei. A

¹⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 3ª ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 26

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054-DF, Relator Min. Ilmar Galvão. DJ, 17 out. 2003.

criação de uma pessoa jurídica pressupõe a existência de um patrimônio que será a ela afetado ou designado. O patrimônio separado é posto a serviço para cumprir uma função específica e determinada. Nas sociedades empresárias, o fim determinado é a exploração de uma atividade econômica suscetível de gerar resultado que será repartido entre os sócios, que são os membros outorgantes do patrimônio¹⁷.

O direito positivo deve impor normas que garantam a tranquilidade do homem no convívio social, em especial normas que lhe garantam a preservação dos bens, em meio ao mal inevitável que são mudanças climáticas, grandes catástrofes, fortes impactos ambientais, sociais e econômicos. Sobre este princípio e sobre o fortalecimento dos princípios que regem a atividade empresarial, assinala a Prof. Aurea Moscatini¹⁸:

Sendo fortalecidos esses princípios que se referem à atividade empresarial, os agentes investidores e empreendedores se sentirão motivados a não só continuar investindo, mas também a potencializar tais investimentos, garantindo-se preços justos, produtos de qualidade e, especialmente, proporcionando a todos uma sociedade mais justa e com qualidade de vida, pois são os responsáveis não só pelos avanços tecnológicos, como também pela sobrevivência do ser humano, quando garantem os itens de subsistência, principalmente em situações de perigo.

Assim sendo é de fundamental importância a proteção do princípio da autonomia patrimonial de modo a estimular o desenvolvimento do empreendedorismo, rechaçando abusos cometidos pelo Estado em relativizar tal princípio e ilícitos cometidos sobre o véu da pessoa jurídica.

2.5 Princípio da limitação da responsabilidade dos sócios

A vocábulo “responsabilidade” tem, para Hans Kelsen, um núcleo que coincide com a ideia de consequência da violação de um dever jurídico. Para ele, “o indivíduo a quem é dirigida a consequência do ilícito responde pelo ilícito, é juridicamente responsável por ele”¹⁹.

Neste sentido, a lógica da separação patrimonial, estudado no item anterior que trata do princípio da autonomia patrimonial, é a de seus membros não assumirem responsabilidade além

¹⁷ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 56.

¹⁸ MOSCATINI, Áurea. Grupo de Estudos Preparatórios do Congresso de Direito Comercial - GED. Princípios do Direito Comercial. São Paulo: 2011, p. 19. Disponível em <<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em 25 de outubro de 2013.

¹⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Babtista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 134.

daquilo que se propuseram assumir no momento da subscrição do capital, estando portanto a responsabilidade limitada ao capital subscrito, salvo abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, podendo neste caso resultar na desconsideração da personalidade jurídica.

4. Evolução do conceito de Empresa

3.1 Atos de Comércio

Como já vimos na parte histórica, a teoria dos atos de comércio surgiu na fase objetiva do direito comercial, na França, século XIX. Desaparece o direito comercial como direito profissional e corporativista, surgindo em seu lugar um direito comercial posto e aplicado pelo estado²⁰.

Para VIVANTE²¹, “comerciante é aquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio”. Entende-se como atos de comércio a prática de qualquer um dos atos previstos na enumeração legal, tais como revenda de bens móveis, operações bancárias, locações imobiliárias, dentre outros.²²

A partir do conceito objetivo, originário do sistema e do Código de Comércio francês, permitiu-se a qualquer pessoa capaz o exercício de atividade comercial, independente de sua previa aceitação como membro da corporação de comerciantes; surgiu o direito a obter a qualidade de comerciante tão somente pela prática habitual e profissional de atos de comércio. (NEGRÃO, 2007, p. 50)

4.2 Teoria da Empresa

Surge na Itália, em 1942, um novo Código Civil, trazendo um novo sistema delimitador da incidência do regime jurídico comercial: a *teoria da empresa*²³. Este sistema jurídico, influenciou o nosso Código Civil de 2002, que revogou parte do Código Comercial brasileiro de 1850 que era inspirado na teoria dos atos de comércio do sistema Francês.

²⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 3ª ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 5.

²¹ VIVANTE, citado por NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

²² COSTA, Thales Morais da (coord). Introdução ao direito francês. Curitiba: Juruá, 2009, p. 352.

²³ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 3ª ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 9.

Como a advento da teoria da empresa, tivemos a ampliação da abrangência do direito comercial. Como por exemplo, a atividade de prestação de serviços, excluído do conceito de comerciante pelo sistema de atos de comércio, passou então a integrá-lo, nos termos da teoria da empresa.

Conforme o conceito moderno da teoria da empresa, adotado pelo Brasil a partir do Código Civil 2002, considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, excluída a profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa²⁴.

5. Personalidade Jurídica

4.1 Pessoa Jurídica

No direito pátrio, as pessoas jurídicas são divididas em pessoas jurídicas de direito público – União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, Territórios e Autarquias; e de outro lado, que nos importa no presente trabalho, são as pessoas jurídicas de direito privado, compreendendo as demais existentes: sociedades, associações, fundações e empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. Para COELHO²⁵:

O instituto da pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial. Os membros dela não são os titulares dos direitos e obrigações imputados à pessoa jurídica. Tais direitos e obrigações formam um patrimônio distinto do correspondente aos direitos e obrigações imputados a cada membro da pessoa jurídica.

PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO²⁶ ressaltam ser o instituo da pessoa jurídica o agrupamento humano dotado de personalidade jurídica, com finalidade comum e criado na forma da lei, ou seja, necessariamente reconhecido pelo direito positivo.

Entendo que pessoa jurídica é uma figura abstrata, distinta de seu(s) instituidor(es) e criada pelo Direito, para atingir uma determinada finalidade econômica ou social, sendo capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, com autonomia, vida e patrimônio próprio.

²⁴ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 966 e parágrafo único.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhã. Curso de Direito Civil, vol 1 – Parte Geral 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral, p. 91.

Segundo Denoísio Koch, surge o instituto da pessoa jurídica no Direito Canônico, através das entidades chamadas *corpus mysticum*, que faziam o papel de fundações às quais era atribuída autonomia, desde que fossem dotadas de patrimônio próprio.²⁷

No sistema jurídico brasileiro atual, conforme preceitua o Código Civil de 2002 no Art. 45, começa existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a **inscrição** do ato constitutivo no respectivo registro. A partir de então, nasce a pessoa jurídica, sujeito de direito, com nome e patrimônio próprio, nacionalidade e endereço (sede), dissociada de seu(s) membro(s).

4.1.1 Sociedades

J. X. Carvalho de Mendonça ensina que contrato de sociedades é o contrato mediante o qual duas ou mais pessoas se obrigam a prestar certa contribuição para o fundo social destinado ao exercício do comércio, com a intenção de partilhar os lucros entre si²⁸. Pela atual legislação, no direito brasileiro, as sociedades se dividem em:

- a) Sociedade em comum – Arts. 986 à 940 do Código Civil de 2002 – CC/02;
- b) Sociedade em conta de participação – Arts. 991 a 996 do CC/02;
- c) Sociedade simples – Arts. 997 a 1.000 do CC/02;
- d) Sociedade em nome coletivo – Arts. 1.039 a 1.044 do CC/02;
- e) Sociedade em comandita simples – Arts. 1.045 a 1.051 do CC/02;
- f) Sociedade limitada – Arts. 1.052 a 1.087 do CC/02;
- g) Sociedade anônima – Arts. 1.088 a 1.089 do CC/02;
- h) Sociedade em comandita por ações – Arts. 1.090 a 1.092 do CC/02;
- i) Sociedade cooperativa – Arts. 1.093 a 1.096 do CC/02.

As sociedades podem ser civis ou comerciais (empresárias). A distinção desta daquela não é, como muitos pensam, a finalidade lucrativa. A persecução de lucro é um critério insuficiente para distinguir a sociedade comercial da sociedade civil, isto porque há sociedades civis com fins lucrativos, tais como sociedades de advogados, as corretoras de imóveis, instituições de ensino superior, dentre outras.

²⁷ KOCH, Deonísio. Desconsideração da personalidade jurídica. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 5

²⁸ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 5. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953.

Segundo COELHO²⁹, O que irá, de verdade, caracterizar uma pessoa jurídica de direito privado não-estatal como sociedade civil ou comercial será o seu objeto. O objeto social voltado para a exploração de atividade civil confere à sociedade o caráter civil, enquanto a previsão de objeto social referente a atividade comercial caracterizará a sociedade como comercial.

4.1.2 Associações

Associações são uma forma de pessoa jurídica constituídas através da reunião de pessoas que se organizam para fins não econômicos³⁰. O objeto das associações não é a obtenção de resultados e sim a realização de fins inerentes a proteção de interesses, não econômicos, de um determinado grupo, como por exemplo a promoção do bem estar de seus membros, através do desenvolvimento da cultura, do lazer, da religião, do esporte, etc.

Esta é a principal diferença entre as sociedades e associações, pois aquela tem sempre fins econômicos. A definição, constituição e forma jurídica das associações está delineado no Código Civil de 2002, nos artigos 53 a 61. Seus atos constitutivos deverão ser levados a registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas – RCPJ.

4.1.3 Fundações

Fundação é uma pessoa jurídica constituída por ato unilateral de pessoa natural ou jurídica, sob a forma de testamento ou escritura pública, fazendo necessariamente dotação de patrimônio, formado pela reunião de bens livres e desembaraçados de pessoas e coisas, especificando o fim a que se destina, moral, cultural, religioso ou de assistência, e, declarando, se assim quiser, a maneira que a entidade deverá ser administrada³¹.

Nos termos do Art. 66 do Código Civil de 2002, cabe ao Ministério Público a fiscalização das fundações. Se por ventura seu objeto se tornar ilícito, impossível ou inútil o Ministério Público, ou qualquer interessado, promover-lhe-á a extinção ou, salvo disposição em contrário, a incorporação do seu patrimônio em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de direito comercial. 11. ed., rev. e atual. até 23-7-1999. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 98.

³⁰ BRASIL. Código Civil de 2002, Art. 53, caput.

³¹ BRASIL. Código Civil de 2002, Art. 62, caput, Art. 62, § único, Art. 64.

5.2 Distinção entre empresário, empresa e sociedade empresária

É mister para melhor compreensão e aprofundamento do presente trabalho a correta distinção do que é empresário, empresa e sociedade empresária no direito brasileiro.

4.2.1 Empresário

Se depreende do vigente Código Civil de 2002, no Livro II – Do Direito de Empresa, as seguintes espécies de empresários no direito brasileiro:

Empresário Individual (Pessoa natural)	EIRELI (Pessoa jurídica)	Sociedade Empresária (Pessoa jurídica)
Não há figura de sócio. O titular é o instituidor.	Não há figura de sócio. O titular é o instituidor.	Existe sócio, mas este não é o empresário.

A pessoa que organiza os fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia) não necessariamente é a pessoa física instituidora do empreendimento. Importante então enfatizar que sócio não é empresário.

4.2.2 Empresa

Empresa é exercício de uma atividade e quem o exerce e organiza é o empresário, que pode ser pessoa natural ou jurídica³². O conceito de atividade de empresa se extrai da interpretação do Art. 966, *caput* c/c Art. 966, § único do Código Civil de 2002 – CC/02, ou seja, empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, excluída a profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Empresa é portanto *objeto de direito*³³.

4.2.3 Sociedade Empresária

³² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 1º volume. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59.

³³ *Ibidem*, p. 60.

A sociedade empresária, precede a personalidade jurídica, que nasce de um ato de vontade dos seus fundadores e futuros membros, através de documento escrito, particular ou público, que será arquivado em órgão estatal competente³⁴. Nos termos do Art. 981 do CC/02, celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica organizada e a partilha, entre si, dos resultados.

Para uma sociedade ostentar qualificação de sociedade empresária, esta deve estar voltada à exploração de uma atividade econômica organizada, com repartição dos resultados (lucros ou prejuízos) entre os seus membros. Diferente de empresa, sociedade é *sujeito de direito*³⁵.

4.3 Responsabilidade da Pessoa Jurídica

A responsabilidade da pessoa jurídica sempre será ilimitada, com seus bens presentes e futuros, pelas obrigações assumidas, conforme dispõe art. 591 do Código de Processo Civil – CPC. Os bens particulares dos sócios, em regra, não respondem por dívidas da pessoa jurídica, senão nos casos previstos em lei. É o que preceitua o art. 596, *caput*, do CPC.

4.3.1 Autonomia da pessoa jurídica

Como fundamento geral, é mister assinalar, que as pessoas naturais ou jurídicas, são civilmente responsáveis e de forma ilimitada, com bens presentes e futuros, pelas obrigações assumidas. Trata-se do princípio da responsabilidade patrimonial primária, ensinado por NEGRÃO³⁶, onde “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo restrições estabelecidas em lei”³⁷.

Assim que uma pessoa jurídica é constituída, adquire capacidade para em nome próprio exercer direitos e contrair obrigações, com patrimônio, nome, domicílio e nacionalidade, sendo

³⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 45

³⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 1º volume. 27ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 60

³⁶ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.283

³⁷ BRASIL. Código de Processo Civil, Art. 591.

parte legítima em juízo na defesa de seus direitos, quer seja no polo ativo, quer seja no polo passivo, sem necessariamente envolver o(s) seu(s) instituidor(es).

Todavia, pelo princípio da responsabilidade patrimonial secundária³⁸, é assegurado aos credores e interessados em geral a possibilidade de estender a responsabilidade aos sócios ou instituidores da pessoa jurídica sujeita à obrigação e responsável primário³⁹, porém o sócio, em razão de sua posição secundária, tem o benefício de ver executados primeiramente os bens pertencentes a sociedade, antes dos seus próprios bens – benefício de ordem.

Vale ressaltar que, para os exercentes de atividade típica de empresa, a legislação pátria, prevê tipos societários que limitam a responsabilidade de seus sócios ou instituidores, os encorajando a investir e com isso fomentando o empreendedorismo e desenvolvimento do país, como por exemplo a sociedade limitada (LTDA) ou anônima (S.A.).

4.3.2 Separação Patrimonial

Patrimônio pode ser entendido como um complexo de relações jurídicas de conteúdo econômico de uma dada pessoa, não sendo portanto apenas um conjunto de bens, direitos e obrigações⁴⁰. Em nosso ordenamento jurídico, a criação de uma pessoa jurídica pressupõe a existência de um patrimônio que será afetado. “A existência de um ‘patrimônio separado’ é uma criação do direito positivo, de modo que só a lei pode determinar ou autorizar tal separação”⁴¹.

Nas sociedades empresárias e EIRELI⁴², os bens móvel ou imóvel, integrantes do patrimônio da empresa a ser constituída, é designado por meio da subscrição do capital e posterior integralização. O seu registro no órgão competente – Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais dos Estados, efetiva a separação patrimonial, autorizando portanto sua exploração pelo empresário constituído.

³⁸ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.283

³⁹ BRASIL. Código de Processo Civil de 1973, Art. 592, II.

⁴⁰ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 56.

⁴¹ *Ibidem*, apud, MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Tratado de direito privado. V. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 379 e MARCONDES, Sylvio. Problemas de direito mercantil. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 92-93.

⁴² Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

4.3.3 Responsabilidade Limitada

Os doutrinadores costumam ensinar que as sociedades podem ser simples e empresárias e elas podem “vestir-se de roupas”, que são os tipos societários existentes em nosso ordenamento pátrio. Alguns destes tipos societários têm a características de limitação de responsabilidade para os seus sócios ou instituidor.

Desta forma, para os tipos societários que têm esta característica, os bens particulares de seus membros, em regra, não respondem pelas dívidas do negócio senão nos casos previstos em lei e ainda assim, estes têm o direito de exigir que sejam primeiro excutidos os bens da pessoa jurídica⁴³, preceito identificado pela doutrina como o *benefício de ordem*.

6. A Desconsideração da Personalidade Jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica é uma doutrina criada e desenvolvida pela jurisprudência e doutrina de países de formação anglo-saxão, notadamente Inglaterra e Estados Unidos, que visa a superação da personificação da sociedade visando alcançar sócios e/ou administradores mal intencionados que se utilizam ilicitamente da ficção legal da pessoa jurídica em prejuízo de terceiros.

Trata-se de uma medida de exceção que poderá ser aplicada para afastar momentaneamente a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para atingir bens particulares dos sócios e/ou administradores de sociedades de responsabilidade limitada.

5.1 A origem da desconsideração da personalidade jurídica

Com o desenvolvimento e utilização crescente do instituto da personalidade jurídica, a partir do século XIX, tornou-se cada vez maior a preocupação da doutrina e jurisprudência em combater o uso indiscriminado deste instituto, tendo em vista que o véu da pessoa jurídica, se mostrara instrumento eficaz para a prática de fraudes e atos abusivos.

⁴³ BRASIL. Código de Processo Civil de 1973, Art. 596.

O embrião da desconsideração da personalidade jurídica, para a maioria dos estudiosos, surge no direito anglo-saxão, mas especificamente no processo denominado *Salomon vs. Salomon & Co.*, no ano de 1897, um *leading case* que envolvia o comerciante Aaron Salomon que possuía uma pequena fábrica de botas e sapatos denominada A. Salomon & Co.

Os fatos esclarecem que o Sr. Aaron Salomon resolveu constituir uma companhia com seis pessoas de sua família, sua mulher, sua filha, e seus quatro filhos, cada qual com uma ação e o Sr. Aaron, com as demais, sendo portanto sócio majoritário. O Sr. Aaron integralizou o fundo de comércio, que já possuía, à sociedade que fundara, vendendo portanto seu negócio à nova companhia por £ 38.783 libras esterlinas.

Logo após a incorporação, surgiu um declínio nas vendas agravada por uma série de greves e depressão no mercado. O negócio não conseguiu se manter, foi processada e entrou em liquidação. Um ano depois da liquidação da A. Salomon & Co., o liquidante sustentou a ficção da pessoa jurídica criada por Aaron com intuito de limitar a responsabilidade em relação às dívidas contraídas pela sociedade e que, portanto, agira com abuso de direito sobre os credores.

O Sr. Salomon foi condenado em primeira instância e a decisão foi confirmada em segunda instância pelo Tribunal de Apelação. Por fim a Câmara dos Lordes derrubou por unanimidade as decisões de primeira e segunda instância, sob a alegação que a empresa foi devidamente constituída nos termos da lei, observou a exigência legal de sete acionista, assim como a subscrição de pelo menos uma ação, além de que as atividades comerciais da pessoa física eram distintas da pessoa jurídica.

O efeito da decisão unânime da Câmara dos Lordes era para defender firmemente a existência da personalidade jurídica e limitação da responsabilidade dos acionistas, de modo que os credores de um empresário insolvente (falido), não poderiam buscar satisfação de seus créditos nos bens pessoais dos acionistas.

Contata-se que este caso exerceu forte influência no Direito Inglês, onde as cortes passaram a aplicar com maior intensidade o princípio da separação patrimonial dos sócios e

sociedade, trazendo a rigor, vantagens ao mundo comercial ao proteger o instituto da pessoa jurídica⁴⁴.

De outra parte, tem-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, contrariando boa parte da doutrina, foi inicialmente difundida no direito norte americano, através da manifestação da jurisprudência de 1809, no caso *Bank of Unites States vs. Deveaux*⁴⁵. De toda sorte, a teorização da desconsideração da personalidade jurídica, se deu na Alemanha, em trabalhos desenvolvidos pelo professor Rolf Serick, autor a quem devemos valiosa contribuição⁴⁶.

5.2 A desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro

No Brasil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica desenvolveu-se, antes de qualquer norma ou mesmo manifestação da doutrina, na jurisprudência, sendo aplicado pelos Tribunais quando a situação de fato utilizava-se da pessoa jurídica para prejudicar interesses de terceiros.

A primeira decisão, que se tem conhecimento, versando sobre aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, foi em 25 de fevereiro de 1960, do Juízo de Direito da 11ª Vara Cível do Distrito Federal, Juiz Antônio Pereira Pinto, em que se verificou abuso de direito por meio de sociedade anônima, onde acionista ou diretor utilizou-se fraudulentamente da sociedade para prejudicar interesses de terceiros⁴⁷. Afirma o Douto Juiz, em magistral sentença, que “os tribunais germânicos, baseando-se nos conceitos de ‘boa-fé’, de ‘poder dos fatos’, de ‘realidade da vida’, de ‘natureza das coisas’, de ‘consciência popular dominante’ e, por vezes, aludindo às ‘exigências ou necessidade econômicas’, resolviam, por equidade, em casos isolados, deixar de lado a personalidade jurídica da sociedade, desconsiderando-a ou dela fazendo omissão, para investigar a situação real das coisas, os fatos e as pessoas que lhe servem de suporte”. Convém destacar trecho da sentença proferida⁴⁸:

⁴⁴ SILVA, Alexandre Couto. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73.

⁴⁵ CLAPIS. Flávia Maria M. G. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Monografia Mestrado. São Paulo: 2006, p. 46

⁴⁶ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁷ SILVA, Alexandre Couto. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 211

⁴⁸ DISTRITO FEDERAL. Juízo de Direito da 11ª Vara Cível do Distrito Federal. Abuso de direito por meio de sociedade anônima – Diretor ou acionista que se serve da sociedade para burlar a lei, violar obrigações contratuais

É pacífico, assim na doutrina como na jurisprudência estrangeiras, que se deve, se o diretor ou acionista se serve fraudulentamente da sociedade para fins pessoais, prescindir da existência da sociedade para fins pessoais, prescindir da existência da sociedade e considerar o ato como se fosse praticado diretamente pelo acionista soberano interessado. Isso porque, se uma pessoa natural contraiu determinada obrigação de fazer ou não fazer, não pode subtrair-se ao seu cumprimento por via de sua ocultação atrás de uma sociedade anônima, pois, se tal ocorrer, o juiz entendendo que a estrutura formal da pessoa jurídica foi utilizada de maneira abusiva, prescindirá da regra fundamental que estabelece a separação radical entre a sociedade e os sócios, a fim de que não vingue o resultado contrário ao direito que se tem em vista. Existe um abuso quando se trata, com a ajuda da pessoa jurídica, de burlar a lei, violar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros. Supera-se, daquele modo, a forma externa da pessoa jurídica para alcançar as pessoas e bens que sob seu manto se escondem. A investigação se situa, portanto dentro da chamada concepção ‘realista’ da pessoa jurídica, a qual entende que é possível e até obrigatório ‘atravessar a cortina daquele conceito formal’, que estabelece uma radical separação entre a pessoa jurídica e os membros que a integram, para julgar os fatos mais de acordo com a realidade, de maneira que permita evitar ou corrigir perigosos desvios na sua utilização. Em face da exaltação da pessoa jurídica como pura forma de organização, ganha terreno hoje em dia a ideia de que é necessário impor-lhe limitações de ordem moral e ética, como freio ante possíveis desvios em sua utilização. Já se começa a afirmar que não basta o frio e externo respeito aos pressupostos assinalados por lei, para permitir que se oculte alguém sob a máscara da pessoa jurídica e desfrute de seus inegáveis benefícios. Acredita-se ter sido encontrado pelos autores e pela jurisprudência o remédio, para esses desvios no uso da pessoa jurídica, na possibilidade de prescindir da sua estrutura formal para nela ‘penetrar’ até descobrir seu substrato pessoal e patrimonial, pondo assim a descoberto os verdadeiros propósitos dos que se amparam sob aquela armadura legal.

Adiante conclui a sentença, entendendo que atos e obrigações de uma pessoa jurídica pode considerar-se como atos de uma pessoa particular e vice-versa, quando concorram as seguintes circunstâncias: a) que a sociedade esteja influenciada ou governada por essa pessoa, ou que haja entre elas tal identidade de interesses e propriedade, que a sociedade e a pessoa estejam confundidas; b) que os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso equivalha a sancionar uma fraude de promover uma injustiça.

A partir de então, surge para a doutrina a necessidade de combater o uso indiscriminado do instituto da personalidade jurídica, tendo a teoria ganhado força sobretudo com os trabalhos

ou prejudicar fraudulentamente terceiros – Nestes casos, pode-se, ou não, prescindir da existência da sociedade e considerar o ato como se fosse praticado diretamente pelo acionista soberano interessado. Predial Corcovado S.A. contra Alziro José D’Ávila Junior e outros e Alziro José D’Ávila Junior contra Predial Corcovado S.A. e outros. Juiz Antônio Pereira Pinto. 25/02/1960. p. 269-82.

dos juristas Rubens Requião⁴⁹, José Lamartine Corrêa de Oliveira⁵⁰, Fabio Ulhoa Coelho⁵¹, dentre outros.

Com isso, manifestam-se as primeiras positavações a respeito da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, com o art. 28 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)⁵², o art. 18 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste)⁵³ hoje revogado e substituído pelo Art. 34 da Lei 12.529/2011⁵⁴, o Art. 4º da Lei 9.605/98⁵⁵, que dispõe sobre responsabilidade por lesões ao meio ambiente e, por último, o art. 50 do Código Civil de 2002⁵⁶.

5.3 Teorias *ultra vires*

Não se pode confundir a teoria da desconsideração da personalidade jurídica com a teoria inglesa denominada *ultra vires societatis*. Para esta teoria, a pessoa jurídica não responde por atos de seus representantes legais cometidos com extravagância ao objeto social⁵⁷. A violação dos estatutos ou contrato social caracteriza a teoria *ultra vires*, onde aquele que age com excesso responde por ato próprio⁵⁸, assumindo responsabilidade perante terceiros prejudicados.

⁴⁹ REQUIÃO, Rubens. Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1977.

⁵⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

⁵² Art. 28 da Lei 8.078/90: “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.”

⁵³ Art. 18 da Lei 8.884/94: “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.”

⁵⁴ Art. 34 da Lei 12.529/2011: “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.”

⁵⁵ Art. 4º da Lei 9.605/98: “Poderá ser **desconsiderada a pessoa jurídica** sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

⁵⁶ Art. 50 do CC/02: “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**.”

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 11. ed., rev. e atual. até 23-7-1999. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 148.

⁵⁸ SILVA, Alexandre Couto. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 165.

NEGRÃO,⁵⁹ assinala que haverá obrigação do administrador sempre que ocorrer a prática de excessos nos atos de administração, estranhos ao objeto social. Ressalta o Professor Waldirio Bulgarelli, citado por NEGRÃO:

O reconhecimento da invalidade das decisões e sua execução quando fora do objeto social, com o que se protegeriam a sociedade e os acionistas e se faria com que terceiros tomassem as cautelas necessárias ao contratar com sociedades personificadas, salvo ratificação unânime da assembleia geral. A ratificação unânime só seria válida se não prejudicasse terceiro, a quem seria facultado invocar a teoria *ultra vires* para não ser prejudicado⁶⁰.

O renomado mestre Bulgarelli se posiciona a favor do reconhecimento da nulidade dos atos praticados fora do objeto social, pois assinala que a sociedade existe apenas para realização do objeto social⁶¹. Conclui-se, portanto, que a violação aos estatutos ou contrato social, referido no art. 34, *caput*, da Lei 12.529/2011 – Lei Antitruste, trata equivocadamente de desconsideração da personalidade jurídica, onde na verdade, é clara hipótese de aplicação da teoria *ultra vires*.

5.4 Teorias da desconsideração no Brasil

No Brasil, a desconsideração da personalidade jurídica é dividida por alguns doutrinadores, capitaneado principalmente pelo professor paulista Fabio Ulhôa Coelho, em duas categorias, a saber: a teoria maior, na hipótese de aplicação em caso de abuso ou fraude da pessoa jurídica e a teoria menor, aplicada em casos previstos em lei, caso se constate a insolvência da pessoa jurídica. No Recurso Especial 279.273/SP⁶² o Superior Tribunal de Justiça – STJ, reconheceu expressamente a existência das duas teorias no Brasil, adiante estudadas.

5.4.1 Teoria Maior

O dispositivo autorizativo para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, no viés da Teoria Maior, encontra-se delineado no art. 50 do Código Civil de 2002, que segundo

⁵⁹ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 363.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 279.273-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 6, dez. 2007.

o Prof. Leonardo Marques⁶³, tem o objetivo de combater o abuso da personalidade jurídica, na hipótese subjetiva, ou seja, desvio de finalidade ou na hipótese objetiva, que é a confusão patrimonial.

O critério subjetivo, ou seja, desvio de finalidade, se analisa a intenção do agente como requisito de relevante importância para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. O desacordo com a finalidade social definida para pessoa jurídica, caracteriza a hipótese de desvio de finalidade. Já o critério objetivo, não se analisa a intenção do agente, mas tão somente a confusão de patrimônio entre a pessoa jurídica, sócios/acionistas e administradores.

André Luiz Santa Cruz Ramos⁶⁴, brilhantemente assinala que:

“A previsão normativa do art. 50 do Código Civil de 2002, que só admite a aplicação da *disregard doctrine* quando há abuso de personalidade jurídica, caracterizado tanto pela demonstração de desvio de finalidade quanto pela comprovação de confusão patrimonial, deveria ser a **única regra legal** sobre o tema do nosso ordenamento jurídico.” (Grifo nosso).

Ele conclui que “O legislador do Código deveria ter revogado as demais disposições legais sobre o tema, que o tratam de maneira equivocada e geram insegurança para o mercado.”.

No viés da teoria maior da desconsideração, a Lei 12.529/2011 - Lei Antitruste, em seu art. 34, instaura que a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito. O mesmo artigo acrescenta outras hipóteses para desconsideração que não são próprias da teoria, como excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social e muito menos má administração, conforme dito no § único do referido dispositivo.

Segundo Alexandre Couto Silva⁶⁵, a violação dos estatutos ou contrato social constitui hipótese da teoria *ultra vires*. Nestes casos, a vítima que sofre o dano, deverá ser

⁶³ MARQUES, Leonardo. A desconsideração da personalidade jurídica no direito societário brasileiro. Aula ministrada no dia 16/10/2013 no curso de especialização em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes - RJ.

⁶⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 3ª ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 413

⁶⁵ SILVA, Alexandre Couto. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 164 e 165.

reparada por quem o cometeu: diretamente a sociedade, ou indiretamente, os diretores, gerentes ou sócios que agirem com excesso naquilo que a lei, estatuto ou contrato social permitir.

5.4.2 Teoria Menor

Acolhida em nosso ordenamento jurídico, a teoria menor da desconsideração, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica, aplicadas excepcionalmente a partir de legislações específicas como às existentes no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental. Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não podem ser suportado por terceiros, mas pelos sócios e administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba.

O objetivo da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, nas palavras do prof. Leonardo Marques⁶⁶, é política legislativa em que os legisladores resolveram tutelar mais intensamente o direito de alguns credores. Para esta teoria, basta a insolvência da pessoa jurídica para ensejar o levantamento do véu corporativo e alcançar o patrimônio dos sócios e/ou administradores.

Os dispositivos ensejadores da desconsideração da personalidade jurídica no CDC⁶⁷ e na lei que trata da proteção ao meio ambiente (Lei 9.605/98)⁶⁸ utilizam-se, ao meu ver, equivocadamente da expressão “sempre”, tendo em vista que a desconsideração da personalidade jurídica não deve ser regra, sendo medida a ser aplicada **excepcionalmente**.

Vale ressaltar que não há previsão legal para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, sendo este instituto utilizado nesta esfera do Direito por analogia e princípios norteadores do Direito do Trabalho.

7. Fundamentos Ontológicos da Desconsideração da Personalidade Jurídica

⁶⁶ MARQUES. Leonardo. A desconsideração da personalidade jurídica no direito societário brasileiro. Aula ministrada no dia 16/10/2013 no curso de especialização em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes - RJ. Notas de aula.

⁶⁷ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor – CDC. Art. 28, §5º.

⁶⁸ BRASIL. Lei Nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Art. 4º.

A superação da personalidade jurídica deve ser medida de exceção, só sendo utilizada nos casos estritamente necessários e permitidos, visto que seu uso indiscriminado tende a diminuir a segurança jurídica nas relações societárias, o que possivelmente pode desestimular a atividade empresarial.

6.1 Pressupostos da desconsideração

É certo que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, visto como teoria ou como norma, foi criada para reprimir o uso indiscriminado da ficção da pessoa jurídica, reprimindo os excessos cometidos por seus idealizadores, que são pessoas naturais, sócios ou administradores, que se escondem por trás do véu da pessoa jurídica.

A teoria foi criada, em sua gênese, como repressão pela inobservância de um princípio básico das relações com terceiros, que é a boa-fé de seus agentes. Em lição de Rubens Requião, citado por Andrade Filho⁶⁹, “a finalidade da teoria da desconsideração é restringir o absolutismo do direito da personalidade jurídica, pois esta é uma concessão do Estado para realização de um fim”. O fim de que trata REQUIÃO é a finalidade social, e nada mais prudente, para o Estado, ter mecanismos de sanção ao constatar-se o uso inadequado da pessoa jurídica, fora dos limites idealizados pelo Estado ao criar a ficção da pessoa jurídica.

Portanto, os efeitos da aquisição da personalidade jurídica, quais sejam: nome próprio, nacionalidade, endereço (sede) e patrimônio separado, não deve ser posto a serviço dos maus intencionados e desonestos; e muito menos, deve servir de instrumento para acobertar ilicitudes. Desta feita, o Código Civil de 2002 inova, introduzindo no ordenamento jurídico, em seu art. 50, a regra autorizativa para a aplicação da genuína desconsideração da personalidade jurídica, que trata de casos de abuso de direito.

6.2 Abuso de direito

Da exegese do art. 187 do Código Civil de 2002, compreendemos que o abuso de direito é praticado por atos abusivos, que são atos ilícitos cometidos por titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Veja:

⁶⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 83.

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁷⁰

O estudo da problemática do abuso do exercício de direito mostra-se elementar para a análise da correta aplicação da medida excepcional da desconsideração da personalidade jurídica. Vale enfatizar que o abuso de direito, do ponto de vista societário, pode ser visto e caracterizado ora como desvio de finalidade e ora como confusão patrimonial.

6.2.1 Desvio de finalidade

Os institutos jurídicos são construídos para satisfazer determinadas necessidades do ordenamento jurídico. O instituto da pessoa jurídica, como já exposto, foi criado para dar maior convergência a administração, como também autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade. Todavia, não raro, os institutos podem ter sua função desvirtuada da finalidade para a qual foram construídas.

A personalidade jurídica das sociedades empresárias pode ser desviada da finalidade que a instituiu, alcançando resultados ilícitos, através de atos intencionais de sócios e/ou administradores para fraudulentamente causar danos a terceiros. Os atos que culminam na desconsideração da personalidade jurídica, por vezes, tem aparência de licitude, mas está eivado de ilicitude.

Apesar do Código Civil de 2002 ter incluído o abuso de direito por desvio de finalidade como requisito ensejador para aplicação da desconsideração, a legislação não tratou de conceituá-la, cabendo a esta tarefa, a doutrina e jurisprudência.

Objetivamente, segundo NEGRÃO⁷¹, “haverá desvio de finalidade quando o objetivo social é mera fachada para exploração de atividade diversa”. Já Andrade Filho⁷², entende que desvio de finalidade “corresponde ao uso anormal da pessoa jurídica que consiste no desvirtuamento da sua finalidade institucional”. Para ele, “finalidade” convém o conceito de

⁷⁰ BRASIL, Código Civil de 2002, Art. 187.

⁷¹ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296.

⁷² ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 113.

“função”, de modo que o desvio de finalidade seria, em verdade, um problema de disfunção no uso da pessoa jurídica. Já o Ministro Luiz Felipe Salomão, assinala que o desvio de finalidade é um “ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica”⁷³.

Por fim, o exercício desvirtuado do escopo entabulado nos atos constitutivos da pessoa jurídica e das prerrogativas, efeitos e benefícios conferidos à personalidade jurídica, caracteriza desvio de finalidade, podendo portanto ensejar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, fundamentado no art. 50 do Código Civil de 2002.

6.2.2 Confusão patrimonial

O Estado, ao criar e conceder aos interessados o uso da ficção da pessoa jurídica, com nome e endereço próprio, legitimidade processual ativa e passiva, limitação da responsabilidade para seus membros, exploração e desenvolvimento econômico, proteção a concorrência, abuso do poder econômico e propriedade industrial, dentre vários outros, impõe aos seus membros e administradores algumas obrigações, dentre as quais a escrituração, prevista no art. 1.179 e seguintes do Código Civil de 2002.

Manter a escrituração conforme os ditames da lei, é uma forma do Estado fiscalizar o uso da personalidade jurídica e identificar possíveis abusos, com por exemplo, a inexistência no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e seus membros, ou seja, confusão patrimonial.

Segundo NEGRÃO, “na confusão patrimonial, os bens pessoais e sociais embaralham-se, servindo-se, os administradores, de uns e de outros para, indistintamente, realizar pagamento de dívidas particulares dos sócios e da sociedade”. Um exemplo de confusão patrimonial, citado pelo referido jurista, é quando há distribuição de patrimônio social aos sócios simuladamente, mediante elevada remuneração de sócio.

Devemos atribuir a inclusão da confusão patrimonial como motivo ensejador da aplicação da desconsideração, inserta no art. 50 do CC/02, às notáveis contribuições trazidas pelo jurista Fabio Konder Comparato, que cuidou de tecer críticas quanto à redação por falta de

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial - AgRg no AResp 159.889/SP. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Julgado em 15, out. 2013.

previsão do pressuposto da confusão patrimonial. Suas críticas permeavam pelo fato de que a confusão patrimonial não representa um desvio de finalidade, daí a necessidade de estar expressamente prevista, pois a confusão pode se caracterizar mesmo que as atividades estejam sendo desempenhadas conforme a finalidade social.

6.3 A desconsideração inversa

Como estudamos, a desconsideração propriamente dita, tem por objetivo maior alcançar os bens dos membros da pessoa jurídica por responsabilidade aparente imputada à sociedade, doutro modo, conforme entendimento da Ministra Nancy Andrighi, a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.⁷⁴

A intenção é o sócio se esvaziar de seu patrimônio pessoal e integralizá-lo à pessoa jurídica, reduzindo-se a insolvência de modo a frustrar possíveis execuções. Por vezes, o sócio tem absoluto controle nessa sociedade, continuando a desfrutar dos bens transferidos que embora não seja mais de sua propriedade, integram o ativo da pessoa jurídica que está sob seu controle e administração.

Deonísio Koch⁷⁵, assinala que no Brasil, essa prática tem-se verificado em alguns dos processos mais ruidosos de separação judicial de casais, em que, antes do divórcio, um dos cônjuges transfere os bens do casal para a pessoa jurídica da qual é sócio, visando esvaziar o patrimônio a ser dividido na hora da partilha dos bens. Desta forma o outro cônjuge é enganado com a dilapidação do patrimônio do casal.

Outra situação é com fiadores que da mesma forma, transfere os bens para pessoa jurídica, esvaziando-se do patrimônio garantidor, lesando credores. Abaixo segue transcrição do voto do Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcello, citado por Deonísio Koch⁷⁶,

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 948.117-MS. Execução de título judicial. Art. 50 do CC/02. Desconsideração da personalidade jurídica inversa. Possibilidade. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 22, jun. 2010.

⁷⁵ KOCH, Deonísio. Desconsideração da personalidade jurídica. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 73

⁷⁶ *Ibidem*, p. 73.

que identificou a possibilidade de incidência da desconsideração inversa devido a transferência irregular de bens:

Com efeito, ao que se observa dos autos, o banco embargado, ora apelante, distribuiu ação de execução em 22/09/95, a fim de reaver crédito consoante da Nota Promissória vencida em 20/12/94 e emitida em 30/11/94 pela empresa Irmãos Pacheco & Cia. Ltda., avalizada pelos administradores Edson Pacheco e Hênio Pacheco.

Acontece que os referidos representantes legais da empresa devedora e também avalistas, em 13/03/95, arquivaram na Junta Comercial um anova empresa, denominada de MADA Transportes Coletivos Ltda., ora terceira embargante e apelada, à qual os avalistas Edson e Hênio, em 19/05/95, transferiram os quatro bens penhorados e descritos na peça inicial dos embargos. Examinando os Contrato Social da nova empresa constituída pelos avalistas Edson e Hênio, verifica-se 98% da participação societária lhes pertencem, ainda 1% pertencem às suas respectivas esposas, sendo que somente os restante 1% pertencem a outros sócios.

Fácil perceber que a constituição da nova empresa serviu para abrigar a transferência irregular de bens, como o visível intuito de prejudicar credores (...).⁷⁷

A desconsideração inversa não é pacífica na doutrina e jurisprudência, portanto pode-se concluir de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, a possibilidade de desconsiderar às avessas e atingir o patrimônio da sociedade para satisfação do crédito devido ao credor do sócio da pessoa jurídica.

6.4 A desconsideração por dissolução irregular

O Código Civil de 2002, enumera algumas possibilidades de dissolução de sociedade, podendo outras estar previstas no contrato/estatuto social, veja:

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; II - o consenso unânime dos sócios; III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

⁷⁷ Apelação Cível n. 70000965285. Apelante: Banco do Brasil S/A. Interessados: Edson Pacheco e Hênio Pacheco e Irmãos Pacheco Ltda. Apelada: Mada Transporte Coletivo Ltda. Julgamento em 25/10/2000 – 15ª Cível – TJ/RS – Jurisprudência brasileira cível & comércio. Curitiba: Juruá, 2002. P. 186-187. v 196.

A dissolução de uma sociedade, assim como sua constituição, é um ato formal onde deve seguir impreterivelmente as formalidades legais sob pena de ser considerado a dissolução irregular, pretexto para incidência do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conforme Súmula 435 do STJ, que assim dispõe:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, **legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente** (grifo nosso).

Nesse cenário, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no caso de dissolução irregular da sociedade já era consolidado, todavia, muito recentemente, constata-se uma mudança de entendimento de algumas turmas do STJ, o que ao meu sentir, é por demais razoável. Abaixo segue brilhante voto da Ministra Maria Isabel Galloti, em 03/09/2013, relatora do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 251.800-SP (2012/0232243-2):

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES SEM BAIXA NA JUNTA COMERCIAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA. VALORAÇÃO DA PROVA. EQUÍVOCO. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

1. **A mera circunstância de a empresa devedora ter encerrado suas atividades sem baixa na Junta Comercial**, se não evidenciado dano decorrente de violação ao contrato social da empresa, fraude, ilegalidade, confusão patrimonial ou desvio de finalidade da sociedade empresarial, **não autoriza a desconsideração de sua personalidade para atingir bens pessoais** de herdeiro de sócio falecido. Inaplicabilidade da Súmula 435/STJ, que trata de redirecionamento de execução fiscal ao sócio-gerente de empresa irregularmente dissolvida, à luz de preceitos do Código Tributário Nacional.

2. A errônea valoração da prova configura-se nos casos de violação a princípio ou lei federal no campo probatório, não se aplicando ao caso presente em que a alteração da conclusão no acórdão recorrido demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Grifos nosso)

Conforme entendimento da Ministra, a dissolução irregular, por si só não enseja a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Esse entendimento, em minha avaliação, melhor se coaduna com a legislação pátria, visto que, os requisitos autorizativos, desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, devem estar presentes, salvo aplicação a partir de legislação especial.

6.5 A desconsideração e a prescrição

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não está sujeita a prescrição ou decadência. O ajuizamento da ação executiva em face da pessoa jurídica interrompe o prazo prescricional. Este é o marco temporal e não a partir da entrada dos sócios na demanda em virtude da desconsideração.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DUPLICATA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. REINÍCIO DA CONTAGEM. ÚLTIMO ATO DO PROCESSO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DEMANDA AJUIZA CONTRA COOPERATIVA. SUBSTITUIÇÃO PELOS SEUS DIRETORES. PRESCRIÇÃO INTERROMPIDA COM A CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA, NÃO DA PESSOA FÍSICA.

1. O prazo prescricional para a execução de duplicata se interrompe com o ajuizamento da ação executiva e somente tem novo começo com o último ato do processo.
2. Se o devedor do título é a pessoa jurídica e a execução foi contra ela ajuizada, é desse marco que se conta a interrupção da prescrição, e não do ingresso dos seus diretores na demanda, ocorrido posteriormente em virtude da desconsideração da personalidade jurídica.
3. Recurso especial não-conhecido⁷⁸.

Outra problemática é a do sócio retirante, pois nos termos do art. 1.032 do Código Civil de 2002, sua responsabilidade estende-se em até 2 anos contados da averbação. Isto quer dizer que uma ação proposta dentro deste prazo, poderá ensejar a desconsideração da personalidade jurídica do sócio retirante que nada mais tem a ver com os negócios da sociedade.

Vale salientar que este prazo decadencial de 2 anos, previsto no art. 1.032 do CC/02 é de responsabilidade pelas obrigações sociais **lícitas**, em caso de imputações ilícitas, o prazo decadencial é da regra geral do Código Civil, contidas no art. 205 e seguintes, podendo chegar a 10 anos.

8. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro

No Brasil, a desconsideração tem sido aplicado em diversas esferas do Direito. Como adiante estudaremos, em algumas esferas jurídicas, como na seara trabalhista, não há previsão clara para aplicação da teoria, em outras, há dúvidas se se trata da genuína desconsideração ou

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 885.440/PR. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ. 1, mar. 2010.

apenas de uma responsabilização extensiva aos sócios ou administradores, como no caso da esfera ambiental.

7.1 A desconsideração no Direito Civil

Como estudado, a desconsideração é uma teoria criada principalmente pela jurisprudência e também pela doutrina. Todavia, mediante nosso direito ser tradicionalmente positivista, ou seja, ligado à ideia do *common law* atrelado às normas postas, surgiu portando a mobilização para inclusão da teoria na legislação.

O professor Rubens Requião foi o grande propulsor do movimento de prevenção e repressão aos abusos cometidos à sombra da personalidade jurídica no Brasil. Ele contribuiu sobremaneira para positivação da teoria da desconsideração no Código Civil. Sua sugestão foi acolhida pelo então presidente da Comissão de Elaboração do Anteprojeto do Código Civil, Prof. Miguel Reale, o que culminou na inserção do art. 50 no Código Civil de 2002⁷⁹.

A redação final do art. 50 do atual Código Civil sofreu diversas alterações desde sua proposta inicial. O texto inicial proposto no anteprojeto não correspondia, em sua plenitude às ideias da desconsideração. O prof. Lamartine Corrêa de Oliveira e Fábio Konder Comparato teceram diversas críticas e em especial, às de Comparato foram muito bem aceitas e de grande valia para a redação final do dispositivo no Código Civil de 2002⁸⁰, a saber:

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.

O artigo 50 do CC/02 é o dispositivo autorizador da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro pela Teoria Maior. Este dispositivo é o que mais se aproxima a genuína Teoria da Desconsideração surgida no Direito Inglês e Americano.

7.2 A desconsideração no Direito do Tributário

⁷⁹ Projeto nº 634 de 1975. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em 10 de novembro de 2013.

⁸⁰ SILVA, Alexandre Couto. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 142-143.

O dispositivo ensejador da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera tributária é o art. 134 e art. 135 do Código Tributário Nacional – CTN. Vale dizer que, a aplicação respaldada neste dispositivo se dá pela teoria menor da desconsideração.

A utilização da teoria da desconsideração na órbita tributária não é uma unanimidade no seio doutrinário, isto porque, para alguns, a estrita legalidade é um princípio que permeia as relações fisco vs. contribuinte, principalmente no tocante a definição do sujeito passivo e o fato gerador.

O redirecionamento da responsabilidade tributária, sob a ideia da superação da personalidade jurídica, confrontaria este princípio basilar do Direito Tributário. Da mesma maneira que o tributo só pode ser exigido mediante lei, nos termos do art. 150, I da Constituição Federal de 1988 – CF/88⁸¹, o sujeito passivo também deve ser definido por lei.

Luciano Amaro, assim leciona:

Nessa formação teórica da doutrina da desconsideração, não vemos possibilidade de sua aplicação em nosso direito tributário. Nas diversas situações em que o legislador quer levar a responsabilidade tributária além dos limites da pessoa jurídica, ele descreve as demais pessoas vinculadas ao cumprimento da obrigação tributária.⁸²

É certo que pela supremacia da administração pública sobre os interesses privados, além do primado da garantia e privilégios do crédito tributário, inclina-se o ente público a buscar a satisfação de qualquer forma, inclusive lamentavelmente de forma solidária, aos sócios, diretores ou administradores e representantes da pessoa jurídica (contribuinte).

Nos termos do art. 134, *caput* c/c art. 134, VII do CTN, nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: os sócios, no caso de liquidação de sociedades de pessoas.

⁸¹ Art. 150, CF/88. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

⁸² AMARO, Luciano. Direito Tributário brasileiro. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.236.

Existe algumas impropriedades no referido dispositivo, pois se o comando autorizador para responsabilizar os sócios é a “impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação pelo contribuinte”, por vezes pela falta de patrimônio exequível da pessoa jurídica, não há falar em responsabilidade solidária, pois o benefício de ordem será utilizado em sua plenitude para só depois alcançar o patrimônio do sócio da sociedade de pessoas.

Outro tema relevante é se a pessoa jurídica, constituída sob a forma de sociedade limitada é ou não sociedades de pessoa para fins de aplicação do art. 134, VII do CTN. É certo que o Código Civil não adotou uma posição direta em relação à definição da natureza jurídica da sociedade limitada.

Segundo REQUIÃO, a sociedade limitada é uma sociedade de pessoas, podendo os sócios na elaboração do contrato social dar-lhe um caráter capitalístico.⁸³ Parte da doutrina classificam a sociedade limitada como um tipo de sociedade mista ou híbrida, ora sendo sociedades de pessoas ora sendo sociedades de capital.⁸⁴

A leitura do contrato social é que definira a natureza jurídica da sociedade limitada, se houver por exemplo cláusula de regência supletiva a Lei da S.A, configurará natureza de uma sociedade de capital, caso haja limitação na sucessão, terá natureza de sociedade de pessoas. Esta condição híbrida nega-lhe a aplicação do art. 134, VII do CTN que deve ser interpretado de maneira restrita, ou seja, somente sócio de sociedade de pessoas que devem ser responsabilizados por impossibilidade de exigência de crédito tributário.

7.3 A desconsideração no Direito do Consumidor

Todos nós somos consumidores. É verdadeira a afirmação que o consumo é indissociável do cotidiano do ser humano, independentemente de classe social ou faixa de renda, de idade, necessidade ou por simples desejo. As relações de consumo pressupõe pelo menos duas partes. Numa ponta está aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, está o consumidor, que adquire bens e serviços para atender suas necessidades de consumo.

⁸³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 1º volume. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 489.

⁸⁴ KOCH, Deonísio. Desconsideração da personalidade jurídica. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 84.

Certamente foge ao interesse do presente trabalho aprofundar sobre a construção histórica das relações de consumo, portanto é útil ao leitor compreender que estas relações evoluíram enormemente nos últimos tempos. Das operação de simples troca de mercadoria chegou-se a sofisticadas operações de compra e venda, *leasing*, arrendamento, importação, comércio virtual, etc. envolvendo vultosos volumes de dinheiro.

Os serviços se ampliaram largamente e o comércio experimentou extraordinário desenvolvimento, se valendo da sofisticada publicidade e técnicas de persuasão para alcançar o consumidor mais desinteressado. Com toda essa evolução e desenvolvimento, surgiram também em grandes proporções os abusos de direito por parte dos fornecedores, fabricantes, produtores, importadores, comerciantes e prestadores de serviços.

Diante do desequilíbrio de forças, veio então a preocupação da comunidade jurídica com relação a necessidade de estabelecer proteção ao consumidor que não dispunha de meios eficazes para sua defesa das práticas lesivas sofridas. O Código de Defesa do Consumidor – CDC, Lei nº 8.078/90 foi aprovado em 11/09/1990 para entrar em vigor em 11/03/1991, com finalidade precípua de restabelecer o equilíbrio das relações de consumo.

O dispositivo autorizador da desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo é o art. 28, *caput* c/c art. 28, §5º do CDC:

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 desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O referido dispositivo legal não reúne os pressupostos clássicos da teoria da desconsideração, que é o desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Nos dizeres de Deonísio Koch⁸⁵, estamos diante de uma desconsideração da personalidade jurídica ampliada. Sob a ótica social, é inquestionável o acerto da medida, contudo, sob os princípios que regem o direito comercial, principalmente no tocante a autonomia da pessoa jurídica, separação patrimonial e

⁸⁵ KOCH, Deonísio. Desconsideração da personalidade jurídica. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 141.

limitação de responsabilidade, a norma está a contramão, desestimulando, sem dúvida, o empreendedorismo.

7.4 A desconsideração no Direito do Trabalho

Não há previsão legal para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na esfera trabalhista. Os magistrados usam da analogia e princípios para se valer da teoria afim de solucionar os conflitos envolvendo empregados e empregadores.

Alguns doutrinadores, dentre os quais Koury⁸⁶, e parcela de magistrados, entendem que o art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, é o dispositivo ensejador para a superação, pois permite alcançar outra pessoa jurídica que faça parte do mesmo grupo econômico para fins de responsabilização:

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

Observa-se claramente que o referido dispositivo legal trata-se de norma expressa de responsabilização. Além do mais, a desconsideração atinge uma pessoa natural e não jurídica. Segundo a corrente de Deonísio Koch⁸⁷, não reconhece na lei laboral os fundamentos ensejadores para a correta aplicação da genuína teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Cabe aqui fazer uma ressalva sobre a possibilidade de aplicação da desconsideração na esfera trabalhista, no viés da Teoria Maior. No artigo desenvolvido por Ludmila Ferreira Mendes de Souza⁸⁸, a autora discorre sobre o princípio da despersonalização da figura do

⁸⁶ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 2. ed. Rio de Janeiro: 2002, p. 166.

⁸⁷ KOCH, Deonísio. Desconsideração da personalidade jurídica. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 163.

⁸⁸ SOUZA, Ludmila Ferreira Mendes. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/18099/aplicacao-da-teoria-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 17.11.2013.

empregador pessoa jurídica, nos casos de sucessão, pelo que determina os arts. 10 e 448 da CLT⁸⁹.

Segundo Ludmila:

O empregador sucessor, com a sucessão trabalhista, passará a responder, automaticamente, pelos direitos e obrigações empregatícios passados, presentes e futuros. A responsabilidade do empregador sucedido, via de regra, é inexistente. Isso porque, pela sucessão trabalhista, o sucessor assume integralmente a posição de empregador, respondendo por todos os direitos e obrigações oriundos do contrato de trabalho. Contudo, a jurisprudência, interpretando os artigos 10 e 448 da CLT, tem entendido haver responsabilidade subsidiária do antigo empregador caso a sucessão comprometa as garantias empresariais conferidas aos contratos de trabalho.

Entendo que havendo fraude na sucessão trabalhista de forma a tentar escusar-se dos pagamentos devidos aos trabalhadores, transferindo, por exemplo, as obrigações para uma pessoa jurídica a beira da falência é possível a desconsideração, respaldado no art. 50 do Código Civil – Teoria Maior, em aplicação supletiva por lacuna na CLT.

7.5 A desconsideração no Direito Ambiental

Todos nós temos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O Poder Público deve preservá-lo, garantindo qualidade de vida para as gerações presentes e futuras. O art. 225, § 3º da Constituição Federação de 1988 – CF/88, assim dispõe:

Art. 225, § 3º, CF/88 - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados

Em se tratando de sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a Lei nº 9.605/98, prevê em seu art. 4º a seguinte redação: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

⁸⁹ Art. 10, CLT: Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. Art. 448, CLT: A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Conforme preceitua o referido dispositivo legal, havendo dano ao meio ambiente poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica para atingir os sócios ou diretores que agiram ilicitamente, fazendo-os ressarcir o prejuízo causado. Este dispositivo se enquadra na vertente da teoria menor da desconsideração, tendo em vista que para sua aplicação não é considerado os requisitos genuínos da teoria da desconsideração que é o abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

7.6 A desconsideração na Falência

Na Lei nº 11.101/05, Lei de Falências – LF, não há previsão expressa à desconsideração da personalidade jurídica. O art. 82 da LF, prevê a responsabilização pessoal dos sócios, controladores e administradores da sociedade falida. No art. 130 da LF prevê a possibilidade de revogação de atos praticados com a intenção de prejudicar credores. Já o art. 168 é conceituado a fraude contra credores e previstas as penalidades para o diretor que cometer atos fraudulentos.

Apesar de não existir previsão expressa, cabe mencionar que não há restrição à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na Lei de Falências, desde que se comprove, por óbvio, o abuso da personalidade.

9. Considerações finais

Conforme demonstrado, a ideia da limitação de responsabilidade é a grande incentivadora do empreendedorismo desde a evolução histórica do direito comercial. São inegáveis os benefícios para coletividade em razão do estímulo para atuação dos particulares na economia. Desta feita, o Estado, como grande interessado, deve fomentar a atividade empresarial e na mesma proporção reprimir abusos cometidos em razão do uso da pessoa jurídica.

Vimos que a desconsideração, apesar de instrumento eficaz para satisfação de credores, deve ser utilizado excepcionalmente e nos limites dos permissivos legais de modo a garantir segurança jurídica nas relações empresariais. A utilização desvirtuada do instituto pode afetar o ambiente de negócios e gerar consequências indesejadas para o desenvolvimento de um país.

No Brasil, o instituto está imerso a lamentáveis distorções, desde o plano legislativo ao processual, em que, por vezes, não se observa, direitos constitucionais basilares, como devido processo legal, a ampla defesa e contraditório. Entendemos que a única hipótese de aplicação da teoria da desconsideração dever-se-ia ser a que se encontra prevista no art. 50 do Código Civil de 2002, por demonstração de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, todas as demais previsões legais sobre o tema deveriam ser revogadas por tratar o instituto de maneira equivocada e gerar insegurança para a atividade empresarial.

Em nossos Tribunais também é frequente o uso do instituto para atingir patrimônio particular de sócios ou administradores indistintamente sem observar a imputação da responsabilidade para àquele, sócio ou administrador, que de fato praticou o ato que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica. Na seara trabalhista encontramos a mais esdrúxula forma de aplicação da desconsideração, pois além de não haver previsão legal expressa, a simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade para satisfação dos haveres laborais já autoriza, por vezes, a desconsideração da personalidade jurídica.

Tudo isto causa arrepio ao mundo empresarial e posiciona nosso país desfavoravelmente em *rankings* internacionais que avaliam ambientes de negócios, além de desmotivar significativamente o empreendedorismo. O instituto da desconsideração, conforme já dito, é instrumento eficiente para repressão de abusos cometidos pelo uso desvirtuado da pessoa jurídica, devendo ser sempre utilizado de maneira adequada aos princípios que norteiam o

direito empresarial, sobretudo quando seus verdadeiros pressupostos, inegavelmente, se mostram ao caso concreto.

Por fim, conclui-se, em razão de todo o exposto, que nosso país precisa se posicionar firmemente a institutos que relativizam a pessoa jurídica e desestimula a atividade empresarial. O momento é propício para a promulgação de um Código Comercial, que aumente a segurança jurídica nas relações empresariais, modernize e desburocratize a atividade, atraindo investimentos e desencadeando progresso em nosso país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Gabriel de Assis. Novos Paradigmas nas Relações de Direito Empresarial. Aula ministrada em 12/08/2013 no curso de especialização em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes - RJ.

ALVIM, Thereza Arruda. Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar. In Revista de Processo, ano 22, Julho/Setembro. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

AMARO, Luciano. Direito Tributário brasileiro. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

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

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 104, p. 109 – 126, out. – dez. 1996. Tradução de: Fabio Konder Comparato.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 7º volume, arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054-DF, Relator Min. Ilmar Galvão. DJ, 17 out. 2003.

BRASIL. Código Civil de 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor – CDC.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973.

BRASIL. Lei Nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial - AgRg no AResp 159.889/SP. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Julgado em 15, out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 279.273-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 6, dez. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 885.440/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ. 1, mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 948.117-MS. Execução de título judicial. Art. 50 do CC/02. Desconsideração da personalidade jurídica inversa. Possibilidade. Rel. Min. Nancy Andrigli. DJ. 22, jun. 2010.

BULGARELLI, Waldiria. Questões de Direito Societário, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 1.

CLAPIS. Flávia Maria M. G. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Monografia Mestrado. São Paulo: 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, vol 1 – Parte Geral 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 11. ed., rev. e atual. até 23-7-1999. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Thales Morais da (coord). Introdução ao direito francês. Curitiba: Juruá, 2009

FREITAS, Elizabeth Cristina C. Martins de. Desconsideração da personalidade jurídica : análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Babtista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KOCH, Deonísio. Desconsideração da personalidade jurídica. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 2. ed. Rio de Janeiro: 2002.

MARCONDES, Sylvio. Problemas de direito mercantil. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARQUES. Leonardo. A desconsideração da personalidade jurídica no direito societário brasileiro. Aula ministrada no dia 16/10/2013 no curso de especialização em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes - RJ.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 5. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Tratado de direito privado. V. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MOSCATINI, Áurea. Grupo de Estudos Preparatórios do Congresso de Direito Comercial - GED. Princípios do Direito Comercial. São Paulo: 2011, p. 19. Disponível em

<<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/images/stories/pdfs/gep2.pdf>>. Acesso em 25 de outubro de 2013.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

PEÑA, Guilherme. Ordem Econômica na Constituição da República. Aula ministrada no dia 02/09/2013 no curso de especialização em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes - RJ.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 3ª ed. rev. atua. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 1º volume. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Alexandre Couto. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA, Ludmila Ferreira Mendes. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/18099/aplicacao-da-teoria-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 17.11.2013.

VIVANTE, citado por NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.