

CARMINE DE SIERVI NETO

**A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO COMERCIAL

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2005**

CARMINE DE SIERVI NETO

**A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO**

**Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito Comercial, sob a orientação do
Prof. Dr. Fábio Ulhoa Coelho.**

SÃO PAULO

2005

BANCA EXAMINADORA

***Para Amanda e Matias,
razões de ser de tudo que
eu faço.***

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas foram fundamentais para a realização desse trabalho e me orgulho, nesse momento, de agradecer-las, sinceramente, pelo apoio e incentivo que me deram, sob as mais diversas formas: meus pais, Pietro e Mary, que sonharam ao meu lado, muito me incentivando para que chegasse à conclusão dessa importante etapa da minha vida, fazendo com que nunca perdesse a garra, me ensinando, diariamente, o quão valioso é lutar e perseverar; à minha *Mãe Céu*, pelo carinho, amor e dedicação dispensada durante toda a sua vida. Saudades; meus irmãos, Daniela e Juninho, pelo amor e confiança depositada; minha esposa, Amanda, por me apoiar, incentivar e, principalmente, por acreditar; meu filho, Matias, pelas demonstrações de carinho e ternura, mesmo nos momentos em que foi necessário me ausentar; ao meu cunhado Paulo Henrique, pelo amor dedicado a minha irmã e minhas sobrinhas, Mariana e Gabriela; a Jayme Pithon, *irmão mais velho* que ganhei na vida, exemplo de caráter, profissionalismo e honra; meus amigos Allan, Adriano, Fabrício, Bruno Brasil, Renato Buranello, Daniel Boulos, Ricardo Veirano, Bruno Freire, William Freire, Henrique, Guilherme, Kone, Rodrigo, Felipe, Márcia, Diana, Josemar, Alex e demais amigos da Construtora OAS Ltda., alguns pela leitura e comentários sobre o primeiro esboço dessa dissertação, outros pelas dicas para pesquisa, fornecimento de material, ajuda na pesquisa bibliográfica e constante apoio nas idas e vindas às bibliotecas e centros acadêmicos; agradeço imensamente ao professor Fábio Ulhoa Coelho pela precisa orientação, compreensão e paciência na discussão do tema, levando-me ao constante avanço no desenvolvimento deste trabalho.

E a Deus, por ter colocado todos vocês em meu caminho.

Agradeço, ainda, a todo o corpo docente da Pós-graduação “strictu sensu” da PUC/SP, especialmente aos Professores José Roberto d’Affonseca Gusmão, Fernando Albino, Arruda Alvim e Maria Helena Diniz, que muito contribuíram e influenciaram na minha formação jurídica.

À Construtora OAS Ltda., por ter me concedido esta oportunidade, em especial aos amigos Carlos Geraldo Campos Magalhães, André Dias Python e Sérgio Bernardo Pinheiro.

“Palavras sem obras são tiro sem bala; atroam, mas não ferem”

“Eis aqui o que devemos pretender nos nossos sermões; não que os homens saiam contentes de nós, senão que saiam muito descontentes de si; não que lhes pareçam bem os nossos conceitos, mas que lhes pareçam mal os seus costumes, as suas vidas, o seu passatempo, as suas ambições, e enfim todos os seus pecados. Contanto que se descontentem de si, descontentem-se embora de nós.”

Padre Antônio Vieira (Sermão da sexagésima)¹

¹ 100 Discursos Históricos Brasileiros, pp. 92-93.

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade estudar a evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Positivo Brasileiro.

No primeiro capítulo, conceitua-se o instituto da pessoa jurídica. Após breve introdução, apontando os dados históricos e terminológicos, descreve-se as mais importantes teorias existentes a respeito da natureza jurídica da personalidade jurídica, expõe-se a sua classificação e constituição. Finalmente, analisa-se a responsabilidade civil e domicílio da pessoa jurídica, bem como os modos de sua extinção.

No segundo capítulo, após estudar a origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, identifica-se as teorias da desconsideração existentes no Brasil, e no mundo, definindo os seus elementos essenciais, quais sejam, a fraude e o abuso de direito, abordando o princípio da autonomia patrimonial. Faz-se, ainda, breve exame acerca da Análise Econômica do Direito, demonstrando-se como os estudos efetuados pela Escola de Chicago têm auxiliado os magistrados brasileiros na correta aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ao final deste capítulo, aprecia-se o modo por meio do qual importantes ordenamentos jurídicos mundiais vêm enfrentando o problema do uso dissimulado do instituto da pessoa jurídica, apresentando-se, inclusive, exemplos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

No terceiro e último capítulo, demonstra-se como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se os acertos e os equívocos perpetrados pelos legisladores e magistrados, nas diversas áreas jurídicas (civil, consumidor, ambiental, tributário, trabalhista e econômico) na aplicação da referida teoria.

ABSTRACT

This work aims at the study of the evolution of the theory of the disrespect of the corporate entity in the Brazilian Positive law.

In the first chapter, the institute of the legal entity is defined followed by a brief explanation about the historical and terminological data. In addition, the most important existing theories regarding the legal nature of the legal entity are described and its classification and constitution are analyzed. Finally, the civil liability and corporate domicile, as well as the ways of the legal entity extinction are analyzed.

In the second chapter, after the analysis of the origin of the theory of the disrespect of the corporate entity, the existing theories of the disrespect applied in Brazil and over the world are identified through the definition of its essential elements, which are, the fraud and the abuse of process, and through the principle of the patrimonial autonomy. Furthermore, a brief report concerning the Economic Analysis of the Law is presented, in order to demonstrate how the studies effected by the School of Chicago have assisted the Brazilian magistrates in the correct application of the theory of the disrespect of the corporate entity. At the end of this chapter, there is a demonstration of how important legal systems have faced the problem of the dissimulated use of the institute of the legal entity world-wide, followed by an analysis of some examples of the law, doctrine and jurisprudence.

At the third and last chapter, it is demonstrated how the theory of the disrespect of the corporate entity was incorporated in the Brazilian legal system, pointing out the rightness and the mistakes made by the legislators and judges, in several legal areas (civil, consumer, environmental, tax, economic and labor law) while applying the theory of the disrespect of the corporate entity.

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO	01

CAPÍTULO I – A PESSOA JURÍDICA

1. Conceito	06
2. Terminologia	12
3. Aspectos Históricos	15
4. Natureza Jurídica	21
4.1. Teoria da Ficção Legal	23
4.2. Teoria da Equiparação	27
4.3. Teoria Orgânica	30
4.4. Teoria da Realidade Técnica	34
4.5. Teoria das Instituições	37
5. Classificação	41
5.1. Sociedade	43
5.2. Associação	48
5.3. Fundação	50
5.4. Sociedades despersonalizadas	53
6. Constituição da Personalidade Jurídica	55
7. Responsabilidade Civil	59
8. Domicílio	68
9. Extinção da Pessoa Jurídica	69

CAPÍTULO II – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1. Origem	74
2. Teorias da Desconsideração	82
3. Teorias da Desconsideração no Brasil	85
3.1. Teoria Maior	85
3.1.1. Princípio da Autonomia Patrimonial	90

3.1.2. Fraude e o Abuso de Direito	91
3.2. Teoria Menor	98
4. Análise Econômica do Direito	99
5. Direito Comparado	110
5.1. Estados Unidos	110
5.2. Inglaterra	115
5.3. Alemanha	122
5.4. Argentina	125
5.5. Portugal	134

Capítulo III – Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito Empresarial Brasileiro

1. Considerações Iniciais	140
2. Direito Civil	142
3. Direito do Consumidor	150
4. Direito do Trabalho	157
5. Direito Tributário	164
6. Direito Econômico	175
7. Direito Ambiental	185
CONCLUSÃO	192
BIBLIOGRAFIA	198

INTRODUÇÃO

Não é de hoje, tanto no Brasil, como na maior parte do resto do mundo, que o instituto da pessoa jurídica vem sendo utilizado, pelos indivíduos que a integram, para a prática de certos atos fraudulentos, sempre em detrimento de terceiros, protegidos pelo princípio da autonomia patrimonial da personalidade jurídica, certos de que os seus patrimônios pessoais não serão alcançados pelas dívidas da sociedade.

Esse mau uso do instituto da pessoa jurídica fez nascer, inicialmente nos tribunais da *common law*, a idéia de que nos casos em que a pessoa jurídica fosse utilizada para fins fraudulentos, o magistrado poderia desconsiderar a pessoa jurídica em relação à pessoa de quem se oculta sob ela e que a utiliza fraudulentamente, ultrapassando o princípio da autonomia patrimonial para imputar aos seus membros a responsabilidade pelos danos causados a terceiros.

Partindo, especialmente, dos tribunais americanos, nos quais a doutrina restou conhecida pelas expressões *disregard of legal entity* e *lifting the corporate veil*, passando pelos ilustres doutrinadores alemães e italianos, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica chegou ao Brasil por intermédio do Prof. Rubens Requião, em palestra proferida no final da década de sessenta.

A partir de então, inúmeros juristas brasileiros se ocuparam do tema, buscando, principalmente, alternativas para a aplicação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica, em um cenário no qual se preconizava a mais ampla e total separação entre o ente jurídico e as pessoas que o constituíam, baseando-se no quanto dispunha o artigo 20, do revogado Código Civil de 1916.

Igualmente, os tribunais nacionais passaram a considerar em seus julgados a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, visando a coibir a utilização da pessoa jurídica para fins diversos daqueles autorizados pela lei, especialmente nos casos em que a confusão patrimonial era evidente.

Dessa forma, passou-se a perceber que o princípio jurídico da autonomia patrimonial não poderia representar um obstáculo a entravar a própria ação do Estado na realização de perfeita e boa justiça. Não é porque a sociedade não se confunde com os sócios que a constituem, que eles poderão se ocultar sob a sua personificação para praticar atos contrários à boa-fé.

Diante desses argumentos, o legislador brasileiro, pouco a pouco, foi incorporando a teoria da desconsideração da pessoa jurídica no ordenamento jurídico nacional. Primeiramente, por meio do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 11 de setembro de 1990, que assim dispõe: *O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do 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.*

Posteriormente, o referido texto foi adotado, quase que integralmente, pela Lei n° 8.884, de 11 de junho de 1994, conhecida como a Lei Antitruste, em seu artigo 18, como medida de proteção aos abusos praticados pela pessoa jurídica visando a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, bem como pela Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Dando maior ênfase à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em 10 de janeiro de 2002, foi promulgado o novo Código Civil brasileiro, excluindo o quanto previa o artigo 20, do Código de 1916, que, conforme afirmado acima, estabelecia, de forma ampla e irrestrita, o princípio da autonomia patrimonial, e incluindo, em seu artigo 50², a *disregard doctrine* no ordenamento civil brasileiro: *Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de*

² Para Fábio Ulhoa Coelho, o Código Civil de 2002 não contempla nenhum dispositivo com específica referência à teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Em verdade, contempla uma norma destinada a atender às preocupações que nortearam a elaboração da *disregard doctrine*. *Curso de Direito Comercial, volume 2*, pp. 53-54.

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.

Entretanto, apesar do louvável esforço dos legisladores brasileiros, insta frisar que a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de expressa previsão legal. Em qualquer hipótese, mesmo naquelas em que inexistia expressa determinação legal, encontra-se o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de terceiro.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada de forma lúcida e episódica. Deve-se ressaltar, porém, não se tratar de tarefa fácil, pois, de um lado, reforça-se a preocupação de se proteger os direitos da personalidade jurídica, como forma de se atender ao fim para o qual a mesma foi criada, cumprindo a sua função econômico-social diante da ordem econômica constitucional em vigor; de outro, está a preocupação de que a proteção à personalidade jurídica não venha a ser utilizada como obstáculo ao justo ressarcimento do terceiro lesado.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi criada com a clara intenção de coibir o mau uso da pessoa jurídica, porém, sem o comprometimento da sua existência. A *disregard doctrine* possui dois objetivos claros e específicos: i) fortalecer o instituto da pessoa jurídica, resguardado os direitos e princípios inerentes a esse instituto e ii) impedir a prática de fraudes e abusos de direitos acobertados pela pessoa jurídica.

Nas palavras da Prof. THEREZA ALVIM³, 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

³ Alvim, Thereza. *Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar*, p. 215.

Direito, ou seja, *fins incompatíveis com os fins de sua própria criação, causando prejuízo ao direito de terceiros.*

Conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho, a problemática envolvendo o uso fraudulento e abusivo do instituto da pessoa jurídica, apesar de algumas imprecisões jurisprudenciais e legais, vem recebendo adequado tratamento no direito brasileiro, o que, aliado aos princípios pacientemente formulados pela doutrina e jurisprudência, bem como às regras do bom senso que devem nortear qualquer análise do tema, refletem o constante dinamismo do direito como instrumento efetivo na busca da justiça e da paz social.

Assim, para a melhor análise do tema proposto, esse trabalho foi dividido em três capítulos.

Tratará o Capítulo 1 do instituto da pessoa jurídica. Seu estudo será realizado desde a sua origem, nos direitos romano, germânico e canônico, abordando o seu conceito, aspecto histórico e natureza jurídica. Nesse capítulo, será examinada a classificação das pessoas jurídicas, diferenciando e caracterizando as sociedades, as associações e fundações, bem como as sociedades despersonalizadas. Em seguida, será apresentado como se opera o nascimento e a extinção da pessoa jurídica, além das questões atinentes à responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

O Capítulo 2 abordará a teoria da desconsideração da pessoa jurídica. A sua origem histórica, as teorias existentes a seu respeito, notadamente no direito brasileiro. Este capítulo apresentará, também, a importante visão da Escola de Chicago a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, para a qual o verdadeiro papel do direito é o de reduzir os custos da transação que as pessoas dispendem para chegar a um acordo, maximizando o valor da produção. Por fim, serão expostos os principais ordenamentos jurídicos alienígenas que tratam da matéria em exame, destacando a doutrina, jurisprudência e legislação de cada país citado.

O Capítulo 3 cuidará do estudo da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, examinando a aplicação da teoria nos diversos ramos do direito. Nesse capítulo poderá ser observado como o direito positivo brasileiro, com a ajuda dos tribunais e da doutrina pátria, incorporou a *disregard doctrine* no ordenamento jurídico nacional, apresentando, inclusive, a posição crítica de renomados doutrinadores ao trabalho dos legisladores nacionais.

Finalmente, cumpre ressaltar que o presente trabalho não tem o objetivo, nem mesmo a pretensão, de esgotar o tema em destaque. Vários são os autores que se debruçaram sobre o assunto, produzindo importante e farta doutrina. A finalidade maior deste estudo é fazer um apanhado geral acerca da *disregard doctrine*, demonstrando a sua evolução no direito legislado, doutrinário e jurisprudencial brasileiro, buscando, ainda, no direito alienígena, a visão histórica da teoria, bem como exemplos bem e mal sucedido de aplicação.

CAPÍTULO I – A PESSOA JURÍDICA

1. CONCEITO

As pessoas naturais não são as únicas capazes de serem sujeitos de direitos e de deveres. A complexidade da vida civil e a necessidade de cooperação entre os seres humanos fizeram com que o direito, ao longo do tempo, equiparasse a união de indivíduos à pessoa humana, criando grupos sociais dotados de personalidade jurídica, ou seja, com capacidade de adquirirem direitos e exercerem obrigações.

Surgem então as pessoas jurídicas, assim denominadas no código civil brasileiro (art. 40 ao 52), no alemão (art. 21 ao 89), no italiano (art. 11 ao 46) e no espanhol (art. 35 ao 39); pessoas civis ou morais no código civil suíço (art. 52 a 89); pessoas coletivas no código civil português (art. 157 ao 201); e pessoas de existência ideal no código civil argentino (art. 30 ao 50); definidas por EDUARDO ESPÍNOLA⁴ como:

“entidade constituída pela união de várias pessoas, com um patrimônio próprio, considerada como sujeito de direitos e deveres jurídicos diverso das pessoas que a compõem”.

ENNECCERUS, KIPP e WOLFF⁵ afirmam que os interesses humanos não são apenas dos indivíduos, mas, da própria comunidade, que somente podem ser satisfeitas através da cooperação organizada e duradoura dos seus membros, fazendo surgir organismos sociais orientados para o fim comum:

“Muchos intereses humanos no lo son meramente del individuo, sino comunes a un conjunto más o menos amplio de

⁴ Espínola, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro, volume I*, p. 513.

⁵ Enneccerus, Ludwig. Kipp, Theodor. Wolff, Martin. *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, pp. 434-436.

hombres y sólo pueden satisfacerse por la cooperación ordenada y duradera de esa pluralidad. Esto explica que en todos los pueblos la necesidad haya llevado a uniones e instituciones permanentes, en una palabra, a organizaciones para el logro de tales fines comunes: Estado, municipio, Iglesia, asociaciones, institutos, etc”.

Logo, a própria limitação do homem em realizar determinados objetivos, aliado ao instinto associativo do ser humano, fez nascer centros unitários de direitos e deveres, resultantes de um agregado de pessoas ou da reunião de bens, com o objetivo exclusivo de conseguir melhores resultados sociais e econômicos para a comunidade.

Nesse ponto, deve-se destacar que a individualidade da pessoa jurídica não se confunde com a individualidade dos próprios serem humanos que a compõem, por formar, em princípio, realidades totalmente distintas.

Nesse sentido, PLANIOL e RIPERT⁶:

“Le concept de la personnalité morale a pour conséquence de faire réputer la personne morale elle-même, et non les membres qui la composent, propriétaire des biens affectés au service assuré ou aux intérêts défendus par l'établissement, et tenue des obligations contractées par les personnes physiques qui constituent ses organes”.

FÁBIO ULHOA COELHO⁷ afirma que o instituto da pessoa jurídica representa uma técnica de separação patrimonial, capaz de conferir personalidade própria ao patrimônio segregado:

⁶ Planiol, Marcelo. Ripert, Jorge. *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome I*, p. 101.

⁷ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, volume I*, p. 232.

“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”.

Nesse ponto, deve-se destacar que a consequência direta desta definição resvala no princípio da autonomia patrimonial, onde a pessoa jurídica passa a ser sujeito de direito autônomo, totalmente desvinculada dos seus membros, participando diretamente dos negócios jurídicos de seu interesse.

Nessa linha, JEAN CARBONNIER⁸:

“Le principe est que la personne morale a un patrimoine autonome, distinct des patrimoines personnels de ses membres”.

Ademais, ROBERTO DE RUGGIERO⁹ assinala que a pessoa jurídica não se resume ao agrupamento de pessoas ou o conjunto de bens destinados a um fim. É indispensável o estabelecimento de uma vinculação jurídica entre seus membros, imprimindo unidade orgânica, possibilitando o reconhecimento pelo Estado de um ente com individualidade própria, distinta da dos seus membros que compõem o corpo coletivo, que o administram ou que lhes destinam os bens:

“Persona giuridica non è già ogni riunione de persone od ogni insieme di beni pur destinat ad uno scopo, ma una riunione siffatta da dar vita ad una unità organica, ad un ente cui lo stato riconosce una individualità propria, distinta da quella delle persone che compongono il corpo collettivo o la amministrano o a cui sono destinati i beni”.

⁸ Carbonnier, Jean. *Droit Civil – Les personnes*, p.397.

⁹ Ruggiero, Roberto. *Istituzioni di diritto civile, volume I*, p. 412.

ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS¹⁰, no final do século XIX, destacava ser o reconhecimento pelo Direito, um dos pontos fundamentais de diferença entre as pessoas físicas e jurídicas. Enquanto nas pessoas físicas a personalidade jurídica nasce de forma autônoma e original, independentemente de lei, nas pessoas jurídicas ela é adquirida, somente existindo em virtude de lei:

“A personalidade natural é um facto independente da lei, e que lhe é imposto; facto que ella apenas reconhece e regula (...). A personalidade jurídica, pelo contrario, somente existe em virtude da lei; (...)”.

PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO¹¹ ressaltam ser o instituto 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.

Nesse mesmo sentido, posiciona-se ORLANDO GOMES¹², reconhecendo que o direito molda as pessoas jurídicas à imagem e semelhança das pessoas naturais:

“A personalização desses grupos é construção técnica destinada a possibilitar e favorecer-lhes a atividade. O Direito toma-os da sociedade, onde se formam, e os disciplina à imagem e semelhança das pessoas naturais, reconhecendo-os como pessoas, cuja existência autônoma submete a requisitos necessários a que possam exercer direitos, dando-lhes regime compatível com a sua natureza”.

Já ARNALDO RIZZARDO¹³ salienta que a vinculação a uma ordem, a um sistema, é fator indispensável ao surgimento da pessoa jurídica:

¹⁰ Ribas, Antônio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Parte Geral, Tomo II*, p. 134.

¹¹ Gagliano, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*, p. 191.

¹² Gomes, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 185.

"A natureza humana leva à conjugação de forças das pessoas para a realização das atividades comuns da vida, o que se consegue não apenas através da formação de grupos, mas da organização ou da vinculação a um sistema, a uma ordem, a princípios. Com isso, cria-se uma unidade orgânica, que se distingue dos elementos humanos que a compõem".

Para FRANCISCO AMARAL¹⁴, o direito autoriza a formação de centros unitários de direitos e deveres que, tal como ocorre com as pessoas físicas, possuem personalidade jurídica e que se caracterizam por:

"a) capacidade de direito e de fato, própria; b) existência de uma estrutura organizativa artificial; c) objetivos comuns de seus membros; d) patrimônio próprio e independente do de seus membros; e e) publicidade de sua constituição, isto é o registro dos seus atos constitutivos nas repartições competentes".

RENAN LOTUFO¹⁵ acrescenta, ainda, que a liceidade de propósito, juntamente com a satisfação das formalidades prescritas em lei, são requisitos indispensáveis para a criação de uma pessoa jurídica:

"O nosso direito positivo, para o reconhecimento da pessoa jurídica, exige forma. Sem a satisfação das formalidades prescritas, não existirá pessoa jurídica de direito, portanto com capacidade para a prática dos atos jurídicos. Outros requisitos existem, que vão muito além dos formais, como os fins legais, que também se denominam objeto lícito".

¹³ Rizzardo, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, p. 242.

¹⁴ Amaral, Francisco. *Direito Civil – Introdução*, p. 276.

¹⁵ Lotufo, Renan. *Código Civil Comentado, volume I*, p. 114.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XVII, garante, à pessoa natural, o direito de associar-se, desde que respeitado a liceidade de propósitos ou fins.

Nesta mesma linha de entendimento, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁶ aduz que além da vontade humana criadora, se faz indispensável à constituição da personalidade jurídica, a observância das condições legais de sua formação e objeto lícito.

Desse modo, os três requisitos indispensáveis para o surgimento da pessoa jurídica são: i) vontade explícita do ser humano, presente na conversão das vontades dos membros do grupo na formação deste em uma unidade orgânica; ii) obediência às prescrições legais, tendo em vista ser a lei quem determina a forma a que deverá obedecer esta declaração de vontade; iii) e a legalidade dos seus fins, haja vista ser inadmissível que a ordem jurídica permita a formação de uma entidade que vise atuar em desacordo com o direito que possibilitou o seu estabelecimento.

Assim, tem-se que o instituto da pessoa jurídica nasceu para atender à necessidade da coletividade, tornando-se, em virtude da evolução da humanidade, um dos elementos essenciais da organização social. Segundo ANTÔNIO CHAVES¹⁷, ao escrever no século XX, *vivemos o século das pessoas jurídicas, se não são elas que vivem o nosso século*, razão pela qual não se tem a menor dúvida de que o seu estudo permanece como um dos grandes tópicos da ciência jurídica atual, objeto, ainda de grandes e importantes indagações doutrinárias.

¹⁶ Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume I*, p. 186.

¹⁷ Chaves, Antônio. *Lições de Direito Civil – Parte Geral*, p.17.

2. TERMINOLOGIA

O termo “pessoa” vem do latim *perso* ou *personare*, vocábulo que na antiguidade clássica era utilizado para designar a máscara de teatro utilizada pelo ator, *através da qual saía o som de sua voz, como indica a etimologia: per sonare.*¹⁸

O vocábulo latino foi traduzido do grego *prósopon*, que significava a *oposição entre a individualidade própria de cada homem e as funções ou atividades por ele exercidas na vida social*, sendo que essa função tinha para os romanos o *sentido próprio de rosto ou, também, de máscara de teatro, individualizadora de cada personagem.*¹⁹

O Direito Romano não conheceu a pessoa jurídica como ente abstrato, distinto dos indivíduos que a compõem, encontrando-se nos textos jurídicos, o termo *persona* como expressão sinônima de *homem*.

CLÓVIS BEVILÁQUA²⁰ afirma que os romanos não designaram os entes coletivos por *personae*, mas sim por *collegia, corpora e universitates*, haja vista se preocuparem muito mais com os resultados obtidos pela personificação de agrupamentos de pessoas ou conjunto de coisas, do que com rigor lógico das construções jurídicas.

Foi no pensamento jurídico medieval, principalmente no século XIV, que o instituto da pessoa jurídica passou a ser designado pessoa ficta.

¹⁸ Wald, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução e parte geral*, p. 147. Em sentido contrário, Pontes de Miranda “*afirma ser falso o étimo que, desde Aulo-Gélio, se atribui a persona, per-sonare, por não se tratar de voz que sai da máscara, mas, simplesmente, do verbo latino perso, originário do etrusco persu:” máscara de teatro, gente com máscara*”. Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Tomo I*, p. 208.

¹⁹ Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 15.

²⁰ Beviláqua, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*, p. 137.

No século XVIII, com o *jusnaturalismo*, o termo *pessoa ficta* foi substituído por *pessoa moral*, identificando as comunidades ou corporações, já consideradas pelos alemães como “realidades” ao lado das pessoas físicas.²¹

PONTES DE MIRANDA²² atribui ao jurista alemão HEISE a anterioridade no emprego da expressão *pessoa jurídica*, situando a sua utilização inicial na primeira década do século XIX, devendo-se, entretanto, a sua propagação e prestígio, ao renomado SAVIGNY.

Em meados do século XIX, TEIXEIRA DE FREITAS²³ adotou a expressão *peçoas de existência ideal*, em contraposição às *peçoas de existência visível* com que denominava as pessoas naturais, condenando a utilização das expressões *morais, jurídicas, coletivas, cíveis e fictícias*:

“Existência ideal: expressão também nova, e com a exatidão de que carecem as admitidas até hoje para significar esta classe de pessoas. A de pessoas morais, correspondente à usual do mundo moral por oposição ao mundo físico, patenteia por si a impropriedade do epíteto, pois que o elemento moral não absorve todo o elemento intelectual; e por isso a tem rejeitado Savigny, mesmo porque ela dá a entender que não há moralidade na outra classe das pessoas. A de pessoas jurídicas que, aliás, Savigny adota, porque é necessária para designar uma das espécies de pessoas de existência ideal²⁴. A de pessoas coletivas também é inexata pela razão já acima

²¹ Allgemeines Burgeliche Gesetzbuch fur die gesamten Deutschen Erblander der Osterreichischen Monarchie (ABGB) 1811 (Código Civil Geral para todos os países hereditários alemães da monarquia da Áustria), parágrafos 286, 529, 1.454. *Apud* Francisco Amaral, *op. cit.*, p. 280.

²² Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Tomo I*, p. 349.

²³ Freitas, Augusto Teixeira. *Código Civil – Esboço*, p. 11.

²⁴ Apesar de reprovar a utilização do termo *pessoa jurídica* para designar os entes suscetíveis de adquirir direitos e obrigações, que não são pessoas físicas, Teixeira de Freitas, no artigo 273 do seu Esboço, utiliza o termo *pessoa jurídica* para designar as pessoas públicas de existência ideal: *As pessoas de existência ideal ou são públicas ou privadas. As públicas têm neste Código a denominação de pessoas jurídicas.*

exposta, visto que há pessoas de existência ideal que não são pessoas coletivas. E recuso também a de pessoas civis, porque as outras pessoas também são civis; e a de pessoas fictícias, porque é falso que haja ficção alguma, e nem em outro qualquer caso o direito carece de ficções”.

Outro importante jurista a criticar a expressão pessoa jurídica, já no século XX, foi ORLANDO GOMES²⁵, que a considerava ambígua, uma vez que *todas as pessoas são jurídicas, no sentido de que a personalidade é conceito jurídico e seus atributos se regulam pelo Direito.*

Em posição favorável à utilização da expressão pessoa jurídica, sob a justificativa de ser esta menos imperfeita, está CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA²⁶ que critica, em particular, a posição defendida por TEIXEIRA DE FREITAS:

“Não cremos, porém, que ao grande jurista assistiria razão quando enxergava maior latitude na designação por ele adotada, e menos ainda nos parece que somente as pessoas de direito público mereçam a qualificação de pessoas jurídicas. Outras designações, e numerosas, são lembradas pelos autores, como da preferência de uns e de outros, todas, porém, passíveis de críticas: pessoas civis, pessoas místicas, fictícias, sociais, abstratas, intelectuais, universais, compostas, corpos morais, universalidade de pessoas e de bens. De todos os modos por que se podem designar, é a denominação ‘pessoas jurídicas’ a menos imperfeita, e a que, pela conquista de campo na doutrina moderna, mais freqüentemente se usa, e por isso mesmo a mais expressiva”.

²⁵ *Op. cit.*, p. 186.

²⁶ *Op. cit.*, p. 188.

Expressando entendimento similar, ARNALDO RIZZARDO²⁷ afirma que o nome mais utilizado nos sistemas legais e que mais se adapta ao significado que encerra o instituto é pessoa jurídica:

“Embora não insira na composição das palavras o aspecto de coletividade e união de indivíduos, significando a existência em função do direito, e por causa da previsão da lei, sempre prevaleceu ao longo dos tempos. O conteúdo literal compreende um ente que se adapta às normas legais, ao direito, não importando que seja individual ou coletivo, a quem se reconhece personalidade, isto é, se permite o exercício de direitos e obrigações, e podendo praticar atos regulados pela lei. Todavia, dado o emprego reconhecido tradicionalmente, e considerando que corresponde a um ser existente por força de lei, que lhe dá personalidade, parece a denominação que mais se adequa para expressar o conteúdo que encerra na prática”.

Entretanto, ao largo da discussão doutrinária e acompanhando a corrente dominante do pensamento jurídico, o Código Civil Brasileiro de 1916, assim como o de 2002, adotou a expressão “pessoa jurídica”, que é, de fato, a mais aceitável e que melhor expressa o fundamento científico dessa espécie de pessoa, além de ser, no dizer de CLÓVIS BEVILÁQUA²⁸, *mais expressiva e mais exacta*.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS



As associações eram freqüentes na Antiguidade. Nos textos das mais antigas codificações, como o Código de Hamurabi (século XXIII a.C.) e o Código de Manú

²⁷ *Op. cit.*, pp. 245-246.

²⁸ Beviláqua, Clóvis. *Theoria...*, p. 136.

(século II ou III a.C.) já se verificava a presença de normas disciplinando as sociedades e a repartição dos lucros entre os seus membros.²⁹

No período pré-clássico³⁰ do Direito Romano, não existia uma noção perfeita sobre o instituto da pessoa jurídica. Segundo JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES³¹, não havia a idéia de que entes abstratos pudessem ser sujeitos de direitos subjetivos à semelhança das pessoas físicas:

“Os romanos entendiam que, quando um patrimônio pertencia a várias pessoas, o titular dele não era uma entidade abstrata – a corporação, mas, sim, os diferentes indivíduos que constituíam o conjunto, cada um titular de parcela dos bens”.

Para PONTES DE MIRANDA³², o antigo direito romano desconhecia o conceito de pessoa jurídica: o *ius privatum* (ius civile) só se referia a pessoas físicas, aos civis. Os *collegia* e as *sodalitates* não eram pessoas. A *res publica* era o bem do povo romano, não o considerando pessoa privada.

²⁹ O Código de Hamurabi, em seu capítulo VIII, art. U, previa que “Se um homem livre deu a outro prata para a sociedade, eles dividirão proporcionalmente diante da divindade o lucro ou perda que houver”. Já o Código de Manú, em seu art. 204, dispunha que “Quando vários homens se reúnem para cooperar, cada um por seu trabalho, em uma mesma empresa, tal é a maneira por que deve ser feita a distribuição das partes”. Lima, João Batista de Souza. *As mais Antigas Normas de Direito*, pp. 12 e 39.

³⁰ Paulo Nader adverte que para efeito de estudo, o Direito Romano deve ser separado em três períodos: a) pré-clássico; b) clássico; e c) pós-clássico. O primeiro, que se caracterizou pelo excesso de formalismo, tinha nos costumes a sua grande fonte, se estendeu no ano de 149 ao 126 a.C.. Foi no segundo período, que se estendeu no ano de 126 a.C a 305 d.C., que apareceram as corporações ou associações, não se chegando a conhecer e conceituar as fundações. O terceiro período, compreendido entre 527 a 565 d.C., foi marcado pelo monopólio que o Estado Romano exerceu sobre a formação do Direito, correspondendo ao período governado por Justiniano. Alguns romanistas reconhecem a existência, já nessa época, das fundações, especialmente em algumas figuras jurídicas, com a chamada herança jacente. Nader, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, p. 227.

³¹ Alves, José Carlos Moreira. *Direito Romano, volume I*, p. 244.

³² *Op. cit.*, p. 348.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA³³ ressalva, ainda, que mesmo quando os romanos atribuíam, excepcionalmente, personalidade a alguns entes, tais como a herança jacente e o município, estes não eram considerados *peessoas*, mas apenas faziam às vezes dela.

Apesar de concordar que o conceito de pessoa jurídica não foi firmado definitivamente pelo direito romano, ARNOLDO WALD³⁴ assevera que os romanos já diferenciavam o patrimônio pessoal do patrimônio social, bem como impunham o reconhecimento estatal como condição para o surgimento de certos organismos sociais:

“Encontra-se no Digesto os princípios básicos que ainda hoje regem as pessoas jurídicas, distinguindo-se, já naquela época, o patrimônio social do patrimônio individual dos membros da sociedade (Digesto, 4.4.7.1). Devemos salientar, todavia, que, para o direito romano, a personalidade jurídica dependia de reconhecimento pelo estado, que assim podia atribuir direitos e obrigações a certas comunidades e a grupos sociais”.

Foi durante a Idade Média, notadamente no século XIV, que os glosadores e canonistas chegaram ao núcleo central do conceito de pessoa jurídica, partindo das suas exegeses à margem de textos romanos do período pós-clássico, do direito germânico e do próprio direito canônico³⁵, tendo este último, sem dúvida, exercido grande e decisiva influência na construção da teoria da pessoa jurídica.

A necessidade de se estabelecer a natureza da Eclésia, diferenciado-a de seus seguidores, conduziu os canonistas a certas distinções básicas e ao conceito de pessoa jurídica. Os fiéis estavam na Igreja, mas não eram a Igreja. Esta seria um *corpus mysticum*, ao mesmo tempo com *existência material sensível* e que não se confundia com os seus membros que nela momentaneamente se encontravam. Os

³³ *Op. cit.*, p. 188.

³⁴ *Op. cit.*, p. 147.

³⁵ Amaral Neto, Francisco dos Santos. *Introdução ao Direito Civil*, p. 278.

fiéis poderiam até sumir que a Igreja continuaria existindo, pois o principal era o patrimônio constituído pelos bens necessários à realização dos objetivos a que a Igreja se propunha.³⁶

Na opinião de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO³⁷, foi o direito canônico, também o responsável pelo desenvolvimento do instituto da pessoa jurídica. Através do incremento das fundações, então denominadas *corpus mysticum*, qualquer ofício eclesiástico, provido de patrimônio próprio, era considerado ente autônomo.

Segundo FRANCISCO AMARAL³⁸, foi durante o Papado de Inocêncio IV (1243-1254) que teve início a formação da teoria da pessoa jurídica, evidenciando a distinção entre a pessoa do homem e as pessoas fictas:

“Deve-se, portanto, aos canonistas e, particularmente, a Inocêncio IV, o verdadeiro início da teoria da pessoa jurídica. Ficava, assim, clara a distinção entre a pessoa do homem e as pessoas fictas, que compreendiam os corpora e as universitas, tornando-se definitivamente independentes, distintos, na ciência jurídica, os conceitos de pessoa física, ou homem, e o de pessoa jurídica, coletividade dotada de espírito e individualidade próprias, com patrimônio e responsabilidade independentes das de seus membros”.

Para FÁBIO ULHOA COELHO³⁹ a base da teoria da pessoa jurídica também se encontra na Idade Média, notadamente no direito canônico que já enxergava a necessidade de organizar a Igreja Católica, bem como de preservar os seus bens:

“Os alicerces da teoria da pessoa jurídica encontram-se na Idade Média, em noções destinadas a atender às necessidades

³⁶ Dantas, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*, p. 165.

³⁷ Monteiro, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, volume 1*, p. 96.

³⁸ *Op. cit.*, p. 279.

³⁹ Coelho, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Civil, volume 1*, p. 230.

de organização da Igreja Católica e preservação do seu patrimônio. Naquele tempo, o direito canônico separava a Igreja, como corporação, de seus membros (os clérigos), afirmando que aquela tem existência permanente, que transcende a vida transitória dos padres e bispos. Também por ser a Igreja uma corporação independente dos seus integrantes, nem todos podem falar legitimamente por ela, mas, dependendo do assunto, apenas os membros de determinada hierarquia, consultando previamente, por vezes, alguns dos seus pares. Outra importante implicação do reconhecimento da Igreja como uma corporação inconfundível com os seus integrantes era pertinente aos bens. A afirmação da vida da Igreja em separado leva à distinção entre o patrimônio dela e o de cada membro do clero. Falecendo um padre ou um bispo, os bens em sua posse não podiam ser transmitidos a sucessores por pertencerem à corporação”.

Ressalte-se ter sido neste mesmo período que o poder político passou a se relacionar mais fortemente com o poder econômico, principalmente nas cidades italianas de Genova, Pisa e Veneza, onde o desenvolvimento das sociedades comerciais trazia grande prosperidade, a ponto de estas cidades serem consideradas verdadeiras *repúblicas*. Suas corporações representavam instituições autônomas em relação aos fundadores e investidores que nelas aportavam capital, possuindo, inclusive, moeda própria, estatutos e poder judiciário centrado na figura dos cônsules.⁴⁰

Porém, conforme salienta JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES⁴¹, foi a partir do século XVII que a forma moderna da pessoa jurídica começou a ser delineada:

“É a empresa colonial dos séculos XVII e seguintes, de Portugal e Espanha, e também – sobretudo – de Holanda, Inglaterra e

⁴⁰ Alves, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*, p. 25.

⁴¹ Lopes, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – Lições Introdutórias*, p. 413.

França, que faz surgir as formas embrionárias da moderna pessoa jurídica. Nas companhias coloniais aparecem duas características que definem propriamente a pessoa jurídica contemporânea: a) limitação da responsabilidade dos sócios, concedida como um privilégio; b) divisão do capital social em ações ou partes determinadas. As companhias coloniais representaram à época um pacto entre comerciantes e soberano”.

Consoante mencionado no item 2, foi no século XVIII que as comunidades ou corporações deixaram de ser conhecidas como pessoas fictas, para serem identificadas como pessoas morais, então, já consideradas pelos germânicos como “verdadeiras realidades” ao lado das pessoas físicas.

Para FRANCISCO AMARAL⁴², o termo tem sua origem no jusnaturalismo que invocava o direito natural para justificar a existência de corpos ou entes morais intermediários entre o Estado e o indivíduo, amparados e nascidos espontaneamente da vontade humana e cuja existência era independente do reconhecimento estatal.

Assim, no dizer de ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES⁴³, é com a doutrina jurídica alemã que efetivamente surge a moderna concepção de pessoa jurídica. Ao sistematizarem a matéria civil, os alemães buscaram criar uma teoria capaz de ser aplicada em qualquer ramo do direito:

“Coube à doutrina alemã, nas obras de juristas como Otto von Gierke, Rudolf von Ihering, Kohler, Oertmann, Zitelmann, formular a moderna concepção da pessoa jurídica. Ao sistematizarem a matéria civil, preocuparam-se em elaborar uma teoria que pudesse ser aplicada em qualquer ramo do direito, considerando a existência de sujeitos de direitos

⁴² *Op. cit.*, p. 280.

⁴³ *Op. cit.*, p. 29.

distintos da pessoa natural e lhes atribuindo a titularidade de direitos subjetivos. Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico não pode negar a presença concreta de grupos humanos e de bens destinados à satisfação de interesses e necessidades coletivas, dotados de individualidade própria e autônoma diante de seus componentes, impõe-se o reconhecimento pelo direito destes entes, outorgando-lhes atributo que até então só era conferido ao homem, possibilitando o exercício em nome próprio de direitos subjetivos e de deveres”.

Dessa forma, a pessoa jurídica aparece como uma coletividade de pessoas ou de bens, sistematizada e organizada para a consecução de fins comuns específicos, com individualidade e autonomia próprias, sempre observando a liceidade jurídica e moral de propósitos.

Finalmente, cumpre acrescentar não ser pacífica esta matéria, sendo inúmeras as controvérsias existentes quanto à natureza do instituto da pessoa jurídica, como poderá ser observado no transcorrer deste trabalho.

4. NATUREZA JURÍDICA

Poucos problemas fomentaram tanto as teorias e as concepções filosóficas como a natureza da pessoa jurídica. A sua conceituação é por demais polêmica, suscitando, ao longo do tempo, divergências doutrinárias e variados entendimentos.

Para alguns autores, sob o ponto de vista prático, a solução do problema da natureza desses entes carece de maior interesse, uma vez que nenhuma influência decisiva exerce na construção técnica hoje incorporada às legislações. ORLANDO GOMES⁴⁴, por exemplo, afirma que as *especulações em torno do assunto*

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 186.

pertencem antes ao campo da Filosofia do Direito, onde, aliás, vão perdendo substância.

Na mesma linha, MARCO AURELIO VIANA⁴⁵ aduz que o estudo do tema é *matéria destituída de interesse prático, que nenhum reflexo exerce na sua construção técnica.*

Neste sentido, CUNHA GONÇALVES⁴⁶, após mencionar as numerosas teorias que surgiram para explicar a natureza da pessoa jurídica, diz que:

“É singular, porém, que, após laboriosas dissertações, quase todos esses escritores somente chegassem a resultados tão contraditórios como inúteis para a vida prática, o que vamos demonstrar pelo rápido exame de suas opiniões”.

De forma contrária, outros autores entendem ser bastante importante o estudo da natureza da pessoa jurídica.

Para ARNOLDO WALD⁴⁷, deve-se fazer referência a esta polêmica pela grande repercussão existente no campo prático, *pois a necessidade ou não de o Estado autorizar o funcionamento das pessoas jurídicas é decorrência imediata da natureza que lhes atribuímos.*

Já CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁴⁸, levando em consideração o espírito de investigação científica, entende que:

“Se quanto ao nome não acordam os autores, mais acesa vai ainda a controvérsia no que diz respeito à sua caracterização jurídica. Tem, na verdade, profunda significação indagar como deve ser entendida a pessoa jurídica. Ao espírito de

⁴⁵ Viana, Marco Aurelio. *Curso de Direito Civil – Parte Geral, volume 1*, p. 159.

⁴⁶ Gonçalves, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, p. 904.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 148.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 189.

investigação científica do jurista moderno não satisfaz encontrá-la no exercício dos direitos subjetivos e verificar que lhe permite a lei atuar como se fosse uma pessoa natural, adquirindo direitos e contraindo obrigações. Daí aprofundar-se na pesquisa filosófica e precisar como se justifica a sua existência, explicando o porquê da personalidade que lhe reconhece o ordenamento legal e a razão por que é dotada de aptidão para exercer direitos.”

Ultrapassando a discussão acima mencionada, deve-se asseverar que inúmeras teorias foram elaboradas ao longo do tempo, todas com a finalidade de justificar e entender a existência da pessoa jurídica, bem como a razão de sua capacidade de direito.

Apesar de inexistir consenso entre a grande variedade de doutrinas existentes, é possível reuni-las em cinco categorias⁴⁹: i) teoria da ficção legal; ii) teoria da equiparação; iii) teoria orgânica; iv) teoria da realidade técnica; e v) teoria das instituições.

4.1. TEORIA DA FICÇÃO LEGAL

A teoria da ficção legal, que teve como referência inicial a teoria da personalidade ficta de SINIBALDO DEI FIESCHI⁵⁰, criada para subtrair os *corpora e universitates* à responsabilidade delitual, obteve grande repercussão no século XIX, notadamente na França e na Inglaterra, tendo como seu principal defensor SAVIGNY.

⁴⁹ Essa divisão é a adotada por Rubens Limongi França, em seu *Manual de Direito Civil*, pp. 149-150, tendo sido a escolhida por englobar as teorias mais recorrentes na doutrina.

⁵⁰ Posteriormente proclamado Papa Inocêncio IV

Para os ficcionistas, a pessoa jurídica não existe. Não passa de mera criação artificial, cuja existência somente encontra explicação como ficção legal ou doutrinária, existente apenas como artifício técnico imposto pelas necessidades da vida em comum.

A pessoa jurídica não existe como entidade dotada de existência própria, mas como elemento técnico, uma conceituação ficta, mediante a qual os juristas podem coordenar normas jurídicas distintas, para disciplinar a responsabilidade resultante do ato associativo.⁵¹

SAN TIAGO DANTAS⁵², ressaltando seu interesse por essa teoria, assim a explica:

“A personalidade é um atributo do homem, mas o direito pode por uma ficção retirar a personalidade em certos casos como aconteceu, por exemplo, com os escravos. E, por uma ficção análoga, o direito pode dar a personalidade a quem não tem. Pode estender a personalidade a um objeto, pode estender a personalidade também a uma coletividade jurídica. A personalidade jurídica, portanto, nada mais é que uma ficção”.

LIMONGI FRANÇA⁵³, ao escrever sobre a teoria da ficção, assevera que:

“Para os ficcionistas a pessoa jurídica a rigor inexistente. Figura no palco das relações jurídicas em virtude de uma pura criação do espírito, oriunda de conveniências de caráter prático, sem cujo atendimento o sistema jurídico não poderia funcionar”.

ORLANDO GOMES⁵⁴ retrata o conteúdo desta teoria do seguinte modo:

⁵¹ Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 234.

⁵² *Op. cit.*, p. 166.

⁵³ *Op. cit.*, p. 149.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 187.

“Segundo alguns (Bolze, Ihering) quando se associam indivíduos para a realização de fim comum, são eles próprios os sujeitos de direito, considerados em conjunto, somente por ficção dogmática, podendo-se admitir, para explicar certas situações jurídicas, que o conjunto dos indivíduos associados exerça atividade jurídica diferenciada”.

Conforme RACHEL SZTAJN⁵⁵, os adeptos da teoria da ficção acreditam que só o homem é dotado de vontade e inteligência, sendo a pessoa jurídica mera criação artificial da lei:

“As pessoas jurídicas nada mais são do que criação da lei. Por vezes se lhes atribui origem remota, da doutrina canônica, do corpus mysticum, quando se conclui que a capacidade jurídica pode ser estendida a sujeitos artificiais por simples ficção. Mas tal capacidade é criada apenas para fins patrimoniais, daí serem tais entes incapazes de vontade própria e de agir. Precisam de representação ou apresentação, como diz Pontes de Miranda”.

No Brasil, ORLANDO GOMES⁵⁶ perfilha esta corrente. Para esse autor, a atribuição de capacidade jurídica é pura ficção do direito, não passando de um processo técnico, apesar de reconhecer que as pessoas jurídicas possuem a sua base na realidade social:

“O fato social sobre que se erige essa construção técnica não pode ser ignorado. Se a personalização viesse a ser considerada inconveniente ou inadequada, outro recurso técnico teria de ser encontrado para a tender à necessidade da nucleação de interesses. Compreende-se, pelo exposto, que as

⁵⁵ Sztajn, Rachel. *Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. In *Revista dos Tribunais*, nº 762, p. 100.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 189.

peessoas jurídicas têm sua base na realidade social. Mas a personalidade, isto é, a atribuição de capacidade jurídica, à semelhança do que ocorre com as pessoas naturais, é uma ficção de direito, porque não passa de simples processo técnico”.

A crítica que é feita a esta teoria, notadamente por FRANCESCO FERRARA⁵⁷, deve-se à ausência de análise da pessoa jurídica como realidade própria, dotada de aptidão inata para a titularidade de imputações jurídicas, bem como a de restringir o seu âmbito de ação às relações patrimoniais, preferindo utilizar a ficção na ausência de melhor explicação:

“Ma la concezione è diffetosa, sia per l’angustia della formula, che restringe la capacità ai soli rapporti patrimoniali, sia per l’imperfezione tecnica di considerare come finzione, quella che è una configurazione tecnica del fenomeno, ma avente realtà giuridica, come ogni altra figura del mondo giuridico. Perciò da recenti Autori si parla d’un rifiorimento della teoria della finzione. La parola no ci spaventa, perchè la verità spesso si trova più nelle così dette teorie finzionistiche, che nelle così dette teorie della realtà, che sono immagini romantiche di fantasia.”

SÍLVIO DE SALVO VENOSA⁵⁸ acrescenta, ainda, que uma das graves críticas feitas a essa teoria, refere-se à personalidade do próprio Estado, como sujeito de direito, uma vez que os adeptos desta corrente, de modo contraditório, afirmam ter, o Estado, existência natural, representando uma *necessidade primária e fundamental da sociedade*.

⁵⁷ Ferrara, Francesco. *Trattato de Diritto Civile Italiano – Le Persone Giuridiche*, p. 18.

⁵⁸ Venosa, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 255.

Nesta mesma linha, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁵⁹, citando DEL VECCHIO, afirma que a teoria da ficção não pode ser aceita, em virtude da falta de explicação para a existência do Estado enquanto pessoa jurídica:

“A teoria da ficção não pode ser aceita. Demonstrou-o Giorgio Del Vecchio. Ela não cuidou de explicar de maneira alguma a existência do Estado como pessoa jurídica. Quem foi o criador do Estado? Uma vez que ele não se identifica com as pessoas físicas, deverá ser igualmente havido como ficção? Nesse caso, o próprio direito será também outra ficção, porque emanado do Estado. Ficção será, portanto, tudo quanto se encontre na esfera jurídica, inclusive a própria teoria da pessoa jurídica”.

4.2. TEORIA DA EQUIPARAÇÃO

A segunda teoria, da equiparação, afirma que a pessoa jurídica não se constitui em uma nova pessoa, mas sim em um patrimônio que é, equiparado, por sua vez, à pessoa física.⁶⁰

Para WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁶¹, esta corrente, que tem em WINDSCHEID e BRINZ dois dos seus maiores difusores, nega qualquer pessoa jurídica como substância, admitindo, apenas, a existência de certas massas de bens:

“Ela admite, tão somente, que há certas massas de bens, determinados patrimônios, equiparados, no seu tratamento jurídico, às pessoas naturais. As pessoas jurídicas não passam de meros patrimônios destinados a um fim específico, ou

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 99.

⁶⁰ Lisboa, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil*, p. 330.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 99.

patrimônios personificados pelo direito, tendo em vista o objetivo a conseguir-se”.

Segundo ORLANDO GOMES⁶², os representantes desta teoria viam no fato associativo um patrimônio destinado a uma finalidade exclusiva. *Esse patrimônio não teria titular, de modo que seriam direitos sem sujeitos os que compreendessem.*

A única diferença existente entre a pessoa jurídica e a pessoa física é a destinação especial que é dada ao patrimônio da primeira. Neste caso, os direitos não têm sujeito. Há um patrimônio para servir a um fim determinado.

SAN TIAGO DANTAS⁶³, ao comentar esta teoria, assim explica:

“A diferença entre a pessoa jurídica e a pessoa natural é apenas uma destinação especial dada ao patrimônio. Dizem eles: um homem tem o seu patrimônio e com o seu patrimônio ele persegue todos os fins da sua própria existência, mas, de repente, há um fim que exige a destinação de um patrimônio especial. O homem, então, separa uma parte do seu patrimônio para que essa parte sirva exclusivamente àquele fim. Quando vários homens se reúnem e todos separam os seus bens em quotas do patrimônio destinado àquele fim, convém que a vida jurídica, relacionada com este patrimônio especialmente destinado, seja feita à parte, sem nenhuma relação com a vida individual dos membros individuais. A personalidade jurídica, então, não é outra coisa senão a destinação de um patrimônio a um determinado fim. Nisso reside a personalidade jurídica e nada mais. Ela é um patrimônio que nós propomos a um determinado fim”.

⁶² *Op. cit.*, p. 187.

⁶³ *Op. cit.*, pp. 166-167.

Os críticos dessa teoria afirmam ser inaceitável tal pensamento, uma vez que eleva os bens à categoria de sujeito de direitos e obrigações, admitindo, inclusive, a existência de patrimônio sem sujeito.

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES⁶⁴, comentando tais críticas, aduz que a principal objeção que é feita a esta teoria é que ela é insustentável à luz da lógica, pois parte da premissa dos direitos sem sujeitos, defendida por ZITELMANN. Outro ponto é a impossibilidade de existir uma pessoa jurídica sem patrimônio.

Nessa mesma linha, ARNOLDO WALD⁶⁵ argumenta que esta teoria poderia ser aplicada às fundações, porém, nunca poderia ser aplicada às *associações, que, inclusive, podem não ter patrimônio*.

JOÃO FRANZEN DE LIMA⁶⁶, criticando esta corrente, afirma:

“Ora, não é possível admitir-se a existência de um patrimônio sem sujeito. O direito é uma relação que se integra pela existência de dois termos: sujeito e objeto. Não é possível, portanto, substituir-se a idéia necessária do sujeito dos direitos, pela do fim jurídico do patrimônio, como querem BRINZ, BEKKER e outros. Além do que nem sempre as pessoas jurídicas têm patrimônio”.

JEAN CARBONNIER⁶⁷, da mesma forma, assevera que essa teoria apenas se aplica às fundações, não se aplicando às pessoas jurídicas de direito público, nem tampouco às demais pessoas de direito privado, tais como as sociedades comerciais e os sindicatos:

⁶⁴ *Op. cit.*, 35.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 149.

⁶⁶ Lima, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume I*. p. 172

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 413.

“Cette théorie semble faite sur mesure pour la fondation (masse de biens affectée à une oeuvre) Elle convient beaucoup moins aux autres personnes morales: non seulement à l’Etat et aux personnes morales de droit public, mais même à des personnes morales de droit privé comme les sociétés commerciales ou les syndicats, qui peuvent acquérir des biens au-delà de ce qui est nécessaire à leur but. Au reste, peut-il y avoir des patrimoines sans titulaires?”

4.3. TEORIA ORGÂNICA

A terceira corrente teórica é a orgânica, também chamada de realidade objetiva, parte de premissa diametralmente oposta à da ficção.

Para os adeptos desta teoria, que teve grande repercussão na Alemanha, tendo em GIERKE um dos seus principais idealizadores, pessoa não é só o homem. Existem entes dotados de existência real, quais sejam, as pessoas jurídicas, que representam organismos sociais com vida autônoma e vontade própria, realizando os seus fins por intermédio de órgãos adequados.

SAN TIAGO DANTAS⁶⁸ ensina:

“Os adeptos da teoria orgânica contestam formalmente que a personalidade jurídica seja uma ficção. Dizem eles, tão vivo é o homem como o grupo social, não há nenhuma diferença do ponto de vista da existência entre o homem que se comporta como um ser autônomo na defesa dos seus interesses e o grupo social”.

E acrescenta:

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 166.

“O grupo social forma-se necessariamente, tão necessariamente como nasce o homem. É um ser tão vivo como o homem e o direito, conferindo ao homem a personalidade, não faz mais do que reconhecer um dado que lhe é oferecido pela realidade. Reconhecendo a personalidade jurídica dos grupos sociais, faz a mesma coisa, está acertando um fato que a sociedade lhe apresenta e a que o direito não pode negar as conseqüências devidas”.

Nesta mesma linha e apontando a origem do nome “teoria orgânica”, FRANCISCO AMARAL⁶⁹ afirma:

“Para os seus adeptos, somente os seres com vontade própria podem ser titulares de direitos, existindo duas espécies: de um lado os indivíduos, seres naturalmente sociáveis, de outra parte, grupos de indivíduos, portadores de interesses próprios e distintos dos de seus membros, possuindo uma vontade própria, também distinta das individuais, que se expressa por meio dos órgãos (donde o nome da teoria orgânica). A ambas as espécies o Estado reconhece a qualidade de protagonistas do mundo jurídico, a condição de pessoas, chamadas de físicas ou jurídicas para precisar o ente a que se refere”.

VICENTE RAO⁷⁰ afirma que os organicistas sustentam que a vontade criadora do ser humano é capaz de dar vida a um organismo, que passa a ter existência própria, distinta da de seus membros, tornando-se um sujeito de direito, com existência real e verdadeira:

“De modo geral e abstraindo-se as variantes que os diversos autores lhe introduziram, a doutrina da realidade objetiva sustenta que as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 282.

⁷⁰ Rao, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 727.

de uma real vontade coletiva, devendo ser consideradas como seres sociais em tudo equiparáveis (embora dentro de uma ordem diversa de fenômenos) às pessoas físicas, pois como estas nascem, vivem e se extinguem não por artifícios do Estado, mas por ação das forças sociais”.

Os críticos desta teoria afirmam que ela recai na ficção quando se refere à vontade própria da pessoa jurídica.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁷¹ ressalta que *a vontade é peculiar aos homens; como fenômeno humano, não pode existir num ente coletivo.*

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES⁷² afirma que ao se conferir vontade psicológica, autônoma e própria à pessoa jurídica, a teoria tornou-se criticável:

“O que não é crível admitir-se, porque fantasioso e ilógico, é o fato de emprestar à pessoa jurídica atributo exclusivamente humano – a psique – encontrando-se num campo místico em que tudo seria possível”.

Lembra FRANCESCO FERRARA⁷³, referindo-se diretamente a GIERKE, que não se pode compreender o ato volitivo sem uma demonstração de sensibilidade, sem uma consciência daquilo que se almeja: só o homem pensa e é capaz de sentir, por isso mesmo de poder querer:

“Dunque la volontà non c’entra, come base della personalità, ed è sterile lo sforzo di concepire la collettività come superorganismi volenti. In conclusione, la teoria della persona collettiva reale si riduce all’immaginazione d’una entità

⁷¹ *Op. cit.*, p. 100.

⁷² *Op. cit.*, p. 38.

⁷³ *Op. cit.*, p. 22.

fantastica, sovrumana, in cui si vogliono inserire e trasfondere le personalità viventi degli associati. Del resto non diceva Gierke che gli associati staccano un pezzo della loro personalità per formare la persona collettiva, e non è un luogo comune dire che gli associati costituiscono le cellule ad organi della associazione?”

E continua:

“Ora che in tutto ciò possa trovarsi un’immagine plastica per riprodurre con vivacità certi rapporti di posizione degli individui nella vita corporativa, si può ben consentire, ma è difficile sostenere sul serio che la collettività sia una specie monstruosa di organismo composito, e che il consiglio d’amministrazione ed il direttore di una corporazione siano il cervello, il braccio e la mano, di questo nuovo ente antropomorfizzato.”

LIMONGI FRANÇA⁷⁴, ao escrever sobre a natureza das pessoas jurídicas, afirma que:

“Já os organicistas (GIERKE) caem no extremo oposto. Afirmando a plena e real existência da pessoa jurídica como corpo social, a ela atribuem vontade própria e integral autonomia”.

No Brasil, CLÓVIS BEVILÁQUA⁷⁵ se filia a esta teoria, conforme se verifica nos seus comentários ao art. 13, do Código Civil Brasileiro de 1916:

“A pessoa jurídica, como sujeito de direito, do mesmo modo que do ponto de vista sociológico, é uma realidade, é uma

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 150.

⁷⁵ Beviláqua, Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 169.

realidade social, uma formação orgânica investida de direitos pela ordem jurídica, a fim de realizar certos fins humanos.”

4.4. TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA

A quarta teoria, a da realidade técnica, também conhecida como teoria da realidade jurídica, aproveita elementos das correntes anteriores, consistindo em posição intermediária entre as teorias da ficção e da realidade objetiva.

Para os seus adeptos, a personalidade jurídica é um expediente de ordem técnica, útil para alcançar alguns interesses humanos.

ARNALDO RIZZARDO⁷⁶ escreve:

“Na verdade, não se pode olvidar que a pessoa jurídica é uma criação, uma ficção, existindo abstratamente, pois se destaca de seus membros, constituindo um ser distinto. No entanto, não deixa de ser uma realidade, criada pelo ordenamento jurídico, que a reconhece, lhe dando proteção e assegurando o exercício de direitos e deveres. E quem a cria, lhe dá existência e a faz titular de direito e obrigações, é o direito. Efetivamente, o direito a reveste de personalidade, da mesma forma como atribui direitos e obrigações ao ser humano.”

FRANCISCO AMARAL⁷⁷ acrescenta:

“Para tal concepção a pessoa jurídica resulta de um processo técnico, a personificação, pelo qual a ordem jurídica atribui personalidade a grupos em que a lei reconhece vontade e

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 247.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 282.

objetivos próprios. As pessoas jurídicas são uma realidade, não ficção, embora produto da ordem jurídica. Sendo a personalidade, no caso, um produto da técnica jurídica, sua essência não consiste no ser em si, mas em uma forma jurídica, pelo que se considera tal concepção como formalista. A forma jurídica não é, todavia, um processo técnico, mas a tradução jurídica de um fenômeno empírico, sendo a função do direito apenas a de reconhecer algo já existente no meio social.”

No mesmo sentido, ORLANDO GOMES⁷⁸:

“A teoria da realidade técnica (Saleilles, Geny, Michoud, Ferrara) sustenta que a realidade das pessoas jurídicas não é objetiva, embora existam, como fatos, os grupos constituídos para a realização de fim comum. A personificação desses grupos é, porém, construção da técnica jurídica, que lhes dá forma, admitindo que tenham capacidade jurídica própria, porque o exercício da atividade jurídica é indispensável à sua existência. A personificação é uma realidade técnica. Não se trata de criação artificial da lei.”

Para FRANCESCO FERRARA⁷⁹, um dos grandes defensores desta corrente, a pessoa jurídica não pode ser considerada uma obra de ficção, uma máscara, ou mesmo um processo artificial, sendo a forma jurídica pela qual os grupos sociais se fazem representar na sociedade:

“Ma la personalità non è una finzione, una maschera, un processo artificiale, una costruzione speculativa, ma é una forma giuridica. La personalità è un modo di regolamento, un procedimento di unificazione, la configurazione legale che certi

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 187.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 31.

fenomeni di associazione o d'organizzazione ricevono dal diritto obiettivo. È un prodotto puro dell'ordine giuridico. È vano il tentativo di voler cercare dietro la persona giuridica un qualche ente od organismo volitivo, sociale o psicologico che la legge è tenuta a riconoscere come tale. Dietro le persone giuridiche non c'è altro che associazioni od istituzioni sociali. La personalità giuridica è la veste giuridica, con cui questi gruppi d'uomini o stabilimenti si presentano nella vita del diritto, è la configurazione legale che essi ricevono per partecipare al commercio giuridico."

Entre os doutrinadores brasileiros adeptos da teoria da realidade técnica, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁸⁰, reconhecendo ser esta a que melhor fornece a essência jurídica da pessoa jurídica, principalmente por ser eclética ao apontar um pouco de verdade em cada uma das demais teorias, afirma que:

"Assim como a personalidade humana deriva do direito (tanto que este já privou seres humanos de personalidade – os escravos), da mesma forma pode ele concedê-la a outros entes, que não os homens, desde que colimem a realização de interesses humanos. A personalidade jurídica não é, pois, ficção, mas uma forma, uma investidura, um atributo, que o Estado defere a certos entes, havidos como merecedores dessa situação. O Estado não outorga tal predicado de maneira arbitrária e sim tendo em vista determinada situação, que já encontra devidamente concretizada. A pessoa jurídica tem assim realidade, não a realidade física (peculiar as ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal, a realidade das instituições jurídicas. No âmbito do direito, portanto, as pessoas jurídicas são dotadas do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas."

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 100.

Nesta mesma linha de entendimento, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁸¹:

“Atentamos, entretanto, em que, encarando a natureza da pessoa jurídica como realidade técnica, aceitamo-la e à sua personalidade sem qualquer artifício. E nem se poderá objetar que esta personalidade e capacidade são fictícias em razão de provirem da lei, porque ainda neste passo é de salientar-se que a própria personalidade jurídica do homem é uma criação do direito e não da natureza, reconhecida quando a ordem legal a concede, e negada quando (escravos) o ordenamento jurídico a recusa.”

Os críticos dessa teoria afirmam ser ela extremamente positivista, na medida em que conclui que a personalidade depende exclusivamente do Estado, que tanto pode retirá-la de alguns como concedê-la a outros, discricionariamente.

Afirma ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES⁸² que esta corrente *nega a personalidade como um atributo natural do homem ou das coletividades. Juridicamente a personalidade é apenas a capacidade de ter direitos e exercer obrigações, sendo, tão somente, um atributo jurídico e não natural.*

FRANCISCO AMARAL⁸³, do mesmo modo, ressalta que *a teoria da realidade técnica é acusada de positivista e assim desvinculada de pressupostos materiais ou requisitos prévios para o reconhecimento do Estado das pessoas jurídicas.*

4.5. TEORIA DAS INSTITUIÇÕES

A quinta corrente denominada teoria das instituições, que buscava explicar mais amplamente os fenômenos da vida social, teve em HAURIUO, SANTI ROMANO e RENARD seus maiores idealizadores.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 195.

⁸² *Op. cit.*, p. 40.

⁸³ *Op. cit.*, p. 283.

Para os seus adeptos, a pessoa jurídica representa uma organização social criada para atingir determinados objetivos. Partindo da análise das relações sociais e não da vontade humana, verifica a existência de grupos organizados para a realização de uma idéia socialmente útil, as instituições, sendo estas grupos sociais dotados de ordem e organização próprias.

Assim lecionam PLANIOL e RIPERT⁸⁴:

“Cette théorie, de portée générale, cherche à expliquer les rapports de droit en partant, non de la volonté individuelle, mais de l’analyse des rapports sociaux. Elle constate l’existence de collectivités organisées tendant à la réalisation d’une idée ou d’une entreprise, qu’elle appelle des institutions. Ces institutions donnent lieu à deux catégories de rapports de droit : des rapports internes entre les membres du groupement et ses organes, des rapports externes entre les organes du groupement et les tiers.”

Segundo PAULO NADER⁸⁵, a instituição se compõe de quatro elementos: a) a manifestação de vontade de cada um dos membros em fundar a instituição; b) os estatutos; c) a organização; d) o reconhecimento da personalidade jurídica.

SÍLVIO RODRIGUES⁸⁶, explicando esta teoria, assim dispõe:

“A constituição de uma instituição envolve: uma idéia que cria um vínculo social, unindo indivíduos que visam a um mesmo fim; e uma organização, ou seja, um conjunto de meios destinados à consecução do fim comum. A instituição tem uma vida interior representada pela atividade de seus membros, que se reflete numa posição hierárquica estabelecida entre os

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 87.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 241.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 66.

órgãos diretores e os demais componentes, fazendo, assim, com que apareça uma estrutura orgânica. Sua vida exterior, por outro lado, manifesta-se através da sua atuação no mundo do direito, com o escopo de realizar a idéia comum. Quando a instituição alcança certo grau de concentração e organização torna-se automaticamente pessoa jurídica.”

Para FRANCISCO AMARAL⁸⁷, a crítica que se faz a essa teoria concentra-se na extremada valorização do elemento sociológico, bem como na sua unilateralidade:

“Por tal razão, a crítica que se faz a essa teoria decorre da valorização demasiada do elemento sociológico, que não corresponde integralmente ao processo do legislador, assim como também da sua unilateralidade, visto que ao fazer elemento da personalidade jurídica o poder autonormativo do grupo, desconhece a existência de numerosas pessoas jurídicas que, ao contrário, se submetem por completo a disposições externas como ocorre com as fundações, onde o que preside a sua constituição, existência e eficácia é, em definitivo, a vontade do fundador, ou com as pessoas de direito público, subordinados a normas superiores.”

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁸⁸ acrescenta que:

“Além de não oferecer um critério justificativo da atribuição da personalidade, que é precisamente o que constitui o ponto fundamental da controvérsia, a teoria institucionista não encontra explicação para a concessão de personalidade jurídica às sociedades que se organizam sem a finalidade de prestar um serviço ou preencher um ofício.”

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 284

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 193.

São estas algumas das teorias apresentadas pela doutrina para justificar a existência e explicar a natureza da pessoa jurídica.

Cumprido registrar, por fim, que no direito contemporâneo predomina a aceitação da teoria da realidade técnica, porque se admite que não só a pessoa jurídica tem existência diversa da de seus membros como sua vontade é diversa da de seus integrantes. Ademais, a capacidade que é atribuída às pessoas jurídicas, pelo direito positivo não é a de seus componentes, mas a que lhes foi atribuída no ato constitutivo, ou modificativo, ou seja, por intermédio do exercício da autonomia privada.⁸⁹

Expressando igual opinião, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁹⁰ afirma que o jurista moderno é conduzido de forma natural à aceitação da teoria da realidade técnica, reconhecendo a existência de seres criados pela vontade humana, para operarem no mundo jurídico adquirindo direitos e obrigações, *seja por declaração da vontade, seja por imposição da lei*.

Especificamente em relação ao direito positivo brasileiro, FRANCISCO AMARAL⁹¹, PAULO NADER⁹², PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO⁹³ afirmam ter este incorporado a teoria da realidade técnica na disciplina legal da matéria, uma vez que o ato de atribuir personalidade não seria arbitrário, mas decorrente de uma situação concreta.

Já para SÍLVIO RODRIGUES⁹⁴, SÍLVIO DE SALVO VENOSA⁹⁵ e ARNALDO RIZZARDO⁹⁶, o direito positivo brasileiro adotou a teoria da realidade objetiva, por assim estar registrado na lei, tanto que essa lhes reconhece personalidade.

⁸⁹ Lotufo, Renan. *Op. cit.*, p. 114.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 195.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 283.

⁹² *Op. cit.*, p. 240.

⁹³ *Op. cit.*, p. 194.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 67.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 259.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 248.

JOÃO FRANZEN DE LIMA⁹⁷, adotando posição isolada, afirma que o Código Civil brasileiro não se filiou a nenhuma destas teorias. *Estabeleceu, apenas, no artigo 20, que ‘as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros’, constatando, assim, uma verdade que se traduz no brocardo – universitas distat a singulis.*

5. CLASSIFICAÇÃO

No dizer de EDUARDO ESPÍNOLA⁹⁸, a classificação preferida pelos mais notáveis juristas modernos é a que *separa as pessoas jurídicas em dois grupos essencialmente distintos: o primeiro compreende as de direito público; o segundo as de direito privado.*⁹⁹

No direito positivo brasileiro, as pessoas jurídicas de direito público se dividem em pessoas de direito interno e externo.¹⁰⁰

As pessoas jurídicas de direito público interno são aquelas destinadas a atender finalidades do Estado, criadas pela Constituição Federal ou por lei, e que tratam, preponderantemente, do interesse público.

São exemplos de pessoas jurídicas de direito interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as Autarquias (por exemplo, o INSS, OAB, INPI...) e as demais entidades de caráter público criadas por lei (agências reguladoras

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 178.

⁹⁸ Espínola, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, p. 137.

⁹⁹ Para Fábio Ulhoa Coelho, as pessoas jurídicas classificam-se de acordo com vários critérios, destacando-se três: a) critério legal, onde as pessoas jurídicas são de direito público ou de direito privado; b) pela quantidade de fundadores e de membros, onde a pessoa jurídica pode ser singular ou coletiva, unipessoal ou pluripessoal; c) pelo modo de constituição, na qual as pessoas jurídicas são classificadas em contratuais e institucionais. *Curso de Direito Civil, volume 1*, pp. 235-239.

¹⁰⁰ O art. 41, do código civil brasileiro, especifica quais são as pessoas jurídicas consideradas de direito público interno, enquanto que o art. 42, do mesmo diploma legal, define quais pessoas jurídicas são consideradas de direito público externo.

ANATEL, ANEEL...), que crescem à margem dos cidadãos que o materializam, devendo a sua existência à necessidade imperiosa de realização de valores coletivos, promovendo o desenvolvimento nacional.

As pessoas jurídicas de direito público externo, ou internacional, cuja relação é regulada pelo Direito Internacional Público, são: os Estados soberanos estrangeiros, as organizações internacionais (OIT, OMC, ONU, FAO, UNESCO, OEA...), e a Santa Sé¹⁰¹, cúpula governativa da Igreja Católica, que mesmo sem se identificar com os Estados comuns, possui, por legado histórico, personalidade jurídica de direito internacional.

HILDEBRANDO ACCIOLY¹⁰², definindo a pessoa jurídica internacional, afirma ser *toda entidade jurídica que goza de direitos e deveres internacionais e que possua a capacidade de exercê-los.*

No que se refere às pessoas jurídicas de direito privado, estas se caracterizam pela qualidade da iniciativa da sua criação, podendo decorrer tanto da vontade comum de vários indivíduos, como também do desejo unilateral do ser humano.¹⁰³

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁰⁴, as pessoas jurídicas de direito privado são entidades que se originam *do poder criador da vontade individual, em conformidade com o direito positivo, e se propõem a realizar objetivos de natureza particular, para benefício dos próprios instituidores, ou projetadas no interesse de uma parcela determinada ou indeterminada da coletividade.*

FRANCESCO FERRARA¹⁰⁵, demonstrando indignação, afirma que a pessoa jurídica de direito privado encerra um vasto campo de atuação, não se limitando apenas a finalidade econômica, possuindo fins altruísticos e idealistas:

¹⁰¹ Rezek, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, p. 248.

¹⁰² Accioly, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*, p. 64.

¹⁰³ Gomes, Orlando. *Op. cit.*, p. 190.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 200.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, pp. 119-120.

“Anzitutto, le persone giuridiche private hanno più vasto campo di attuazione, che non sia quello del lucro, perchè non si limitano alle imprese economiche, ma si estendono a tutte le associazioni e fondazioni aventi fini altruistici e ideali: società letterarie, artistiche, scientifiche, associazioni sportive, società di cremazione, enti autonomi per teatri lirici, per mostre, esposizioni, circoli di lettura, circoli numismatici, di amatori delle belle arti, società filarmônicas, di amici della musica, ed altre infinite. Perchè pensare solo al lucro, come se il privato non vivesse altro che per il portafoglio?”

De acordo com o Código Civil brasileiro, são pessoas jurídicas de Direito Privado: as sociedades, as associações, e as fundações.

5.1. SOCIEDADE

As sociedades são pessoas jurídicas resultantes do desejo comum de dois ou mais indivíduos, constituídas na forma da lei, e que têm por escopo o enriquecimento pecuniário da entidade e dos seus membros.

De acordo como organizam a exploração da atividade econômica a que se destinam, dividem-se em sociedades simples e empresárias.

As sociedades simples foram introduzidas pelo Código Civil de 2002 em substituição às sociedades civis, abrangendo aquelas sociedades que não exercem atividade própria de empresário. Trata-se de pessoa jurídica que, embora persiga proveito econômico, não empreende atividade empresarial.

MIGUEL REALE¹⁰⁶, discorrendo sobre o tema, leciona que *a sociedade simples tem por escopo a realização de operações econômicas de natureza não*

¹⁰⁶ Reale, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 77.

empresarial, se vinculando, inclusive, ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e não Registro das Empresas.

SYLVIO MARCONDES¹⁰⁷, por sua vez, em sua Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil, salienta que:

“Com a instituição da sociedade simples, cria-se um modelo jurídico capaz de dar abrigo ao amplo espectro das atividades de fins econômicos não empresariais, com disposições de valor supletivo para todos os tipos de sociedade”.

No vastíssimo campo das sociedades simples, verifica-se a aplicação do instituto em sociedades de profissionais liberais, instituições de ensino, entidades de assistência médica ou social, entre outras.

Cumprе ressaltar que as sociedades simples, apesar de poderem adotar qualquer uma das formas previstas para as sociedades empresárias, exceto a de sociedade por ações, quer por absoluta incompatibilidade, quer por imposição legal, não se subordinam às normas relativas ao “empresário”.

Nesse sentido, MIGUEL REALE¹⁰⁸:

“Note-se, outrossim, que uma atividade de fins econômicos, mas não empresária, não se subordina às normas relativas ao ‘empresário’, ainda que se constitua segundo uma das formas previstas para a ‘sociedade empresária’, salvo se por ações.”

As sociedades empresariais têm por finalidade o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Estas podem ser: a) sociedade em nome coletivo; b) sociedade em comandita simples; c) sociedade limitada; d) sociedade por ações; e) sociedade em comandita por ações.

¹⁰⁷ Apud Miguel Reale, *O Projeto ...*, p. 79.

¹⁰⁸ Reale, Miguel. *O Projeto ...*, p. 77.

A sociedade em nome coletivo se manifesta pelo exercício de atividade econômica sob uma firma ou razão social, em que todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

A sociedade em comandita simples se caracteriza por explorar, sob firma ou razão social, atividade empresarial sob a responsabilidade solidária e ilimitada de um ou mais sócios (comanditados) e a responsabilidade limitada ao montante das respectivas quotas dos demais sócios (comanditários).

A sociedade limitada é aquela em que os sócios respondem solidariamente até o limite do capital social, isto é, pelo valor das quotas com que se comprometem, no contrato social. Em caso de falência, os sócios responderão solidariamente pelo que faltar para a integralização das quotas não liberadas.

A respeito das sociedades limitadas, FÁBIO ULHOA COELHO¹⁰⁹ destaca ainda que a limitação da responsabilidade dos sócios é medida que visa a estimular a exploração das atividades econômicas e que beneficia, indiretamente, o próprio consumidor:

“À limitação da responsabilidade dos sócios, na limitada, corresponde a regra jurídica de estímulo à exploração das atividades econômicas. Seu beneficiário indireto é o próprio consumidor. De fato, poucas pessoas – ou nenhuma – dedicar-se-iam a organizar novas empresas se o insucesso da iniciativa pudesse redundar na perda de todo o patrimônio, amealhado ao longo dos anos de trabalho e investimento, de uma ou mais gerações.”

A sociedade anônima é aquela cujo capital é dividido em ações, cuja responsabilidade dos acionistas é limitada ao preço das ações subscritas, ou adquiridas, de igual valor nominal, não podendo ter firma, apenas denominação.

¹⁰⁹ Coelho, Fábio Ulhoa. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*, p. 4.

Salvo exceção contida no art. 251, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, constitui-se, pelo menos, com dois sócios.

Para MODESTO CARVALHOSA¹¹⁰, pode-se definir a sociedade anônima como *pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide em ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas ou adquiridas.*

Consoante previsto no art. 4º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a sociedade por ações poderá ser de capital aberto ou de capital fechado: *capital aberto*, quando negociam suas ações em Bolsa de Valores, sendo fiscalizadas e controladas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM; *capital fechado*, em que negociam suas ações no balcão de sua sede, sem fiscalização ou controle por nenhum órgão governamental.

O objetivo das sociedades por ações seja de capital aberto, seja de capital fechado, sempre será de natureza mercantil, mesmo que o seu objetivo seja civil, ou seja, somente pode ser empresa de fim lucrativo.

A sociedade anônima corresponde à forma societária mais apropriada aos grandes empreendimentos econômicos devido às suas características fundamentais: limitação da responsabilidade dos sócios e a livre negociabilidade da participação societária.

A sociedade em comandita por ações se caracteriza por possuir duas espécies de acionistas, aqueles que respondem limitadamente pelo valor das ações subscritas, e aqueles que, além de exercerem a direção da empresa, respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Podem ter denominação ou firma, sempre seguida da expressão “Comandita por ações”.

Deve-se salientar, ainda, que no campo das pessoas jurídicas com interesse econômico, destacam-se duas formas que adquirem caráter público, quais sejam, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, as quais se submetem

¹¹⁰ Carvalhosa, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, p. 4.

ao regime jurídico das sociedades de direito privado, segundo disposto no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal.

HELY LOPES MEIRELLES¹¹¹ afirma que:

“As empresas estatais são pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para a prestação de serviço público ou para a execução de atividade econômica de natureza privada.”

E arremata:

“Na verdade, as empresas estatais são instrumentos do Estado para a consecução de seus fins, seja para atendimento das necessidades mais imediatas da população (serviços públicos), seja por motivos de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo (atividade econômica). A personalidade jurídica de Direito Privado é apenas a forma adotada para lhes assegurar melhores condições de eficiência, mas em tudo e por tudo ficam sujeitas aos princípios básicos da Administração Pública. Bem por isso são consideradas como integrantes da Administração indireta dos Estados.”

A empresa pública é uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer. Segundo MARIA HELENA DINIZ¹¹², ela é criada *por lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.*

¹¹¹ Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 333.

¹¹² Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 149.

Também a sociedade de economia mista é uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei, orientada à exploração de atividade econômica comum às demais empresas, normalmente em um campo de interesse público, adotando a forma de sociedade anônima. As ações, com direito a voto, pertencem, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta.¹¹³

Por fim, FRANCISCO AMARAL¹¹⁴ afirma existir, ainda, um tipo especial de pessoa jurídica privada, qual seja, as sociedades cooperativas, que são definidas na lei como *sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídicas próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados*.

Estas se diferenciam das demais sociedades pelas características estabelecidas no artigo 1.094, do Código Civil brasileiro, e no artigo 4º, da Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que define a política nacional de cooperativismo, e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas.

5.2. ASSOCIAÇÃO

As associações se caracterizam por serem entidades criadas a partir da união de duas ou mais pessoas, nos termos da lei, não perseguindo fins lucrativos. Possuem, normalmente, interesses sociais, comunitários, literários, culturais e recreativos.

JEAN CARBONNIER¹¹⁵ assim as define:

¹¹³ Rizzardo, Arnaldo. *Op. Cit.*, p. 255.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 294.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 372.

“L’association est un groupement dont les membres (les sociétaires) poursuivent en commun un but autre que celui de partager des bénéfices ; notamment, un but charitable, ou culturel, ou politique, etc.”

SAN TIAGO DANTAS¹¹⁶ assevera que nas associações predomina o elemento pessoal, ou seja, *a pessoa jurídica que se organiza em torno de um elemento fundamental, que é o agrupamento das pessoas físicas que a compõem. O interesse fundamental está nas pessoas.*

Já ANTÔNIO CHAVES¹¹⁷, além de afirmar que a associação se constitui em uma entidade formada por pessoas, destaca ser orientada para um fim não econômico:

“... entidade de direito privado, formada pela reunião em caráter estável, de pessoas objetivando determinado fim comum não lucrativo, regida por contrato ou estatuto, com ou sem capital.”

Ademais, ressalta ARNALDO RIZZARDO¹¹⁸ que não importa se as associações têm patrimônio ou se realizam algumas atividades lucrativas, desde que o patrimônio se destine para atingir as finalidades estatutárias próprias e que não se distribua os ganhos ou lucros aos associados.

Para finalizar, FÁBIO ULHOA COELHO¹¹⁹ ressalta que algumas expressões são normalmente utilizadas na denominação da associação em razão da sua finalidade. *Assim, é comum chamá-la de instituto, quando tem natureza cultural; de clube, quando seus objetivos são esportivos, sociais ou de lazer; de academia de letras, quando reúne escritores; de centro acadêmico, quando congrega estudantes de determinado curso universitário.*

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 173.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 191.

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 253.

¹¹⁹ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, volume 1*, p. 248.

5.3. FUNDAÇÃO

Já as fundações se caracterizam por serem as pessoas jurídicas de direito privado, constituídas por ato unilateral, partindo da destinação de um bem específico, e que têm por objetivo garantir a permanência e utilidade patrimonial.

PHILLIPE MALAURIE e LAURENT AYNÉS¹²⁰ assim definem as fundações:

“Comme les groupements de personnes (sociétés, associations), la fondation exerce une action collective, mais elle n’a pas de membres ; elle est une masse de biens affectés à une oeuvre durable d’intérêt général et désintéressée ; ces biens proviennent de libéralités (donations ou legs) faites par un philanthrope ou d’une donation constituée par une entreprise.”

Para SAN TIAGO DANTAS¹²¹ o mais importante nas fundações é o patrimônio:

“Na fundação o que avulta é o patrimônio. O patrimônio se destina àquele fim e as pessoas se reúnem apenas para porem em atividade aquele patrimônio, para fazê-lo funcionar. As pessoas passam, não têm importância: o que tem importância é o patrimônio.”

ORLANDO GOMES¹²², buscando definir este instituto, afirma ser a fundação, uma pessoa jurídica de tipo especial, *pois não se forma pela associação de pessoas físicas; nem é obra de um conjunto de vontades, mas de uma só.*

E conclui:

¹²⁰ Malaurie, Phillipe. Aynés Laurent. *Les personnes – Les Incapacités*, p. 179.

¹²¹ *Op. cit.*, p. 173.

¹²² *Op. cit.*, p. 192.

“É, em síntese, um patrimônio destinado a um fim. Resulta de construção da técnica jurídica altamente valiosa para a realização de fins socialmente úteis. A atribuição de personalidade ao conjunto de bens destinados à realização de certo fim é, realmente, recurso técnico indispensável a que a obra possa sobreviver ao criador. Trata-se de negócio jurídico unilateral para a constituição de uma pessoa jurídica, que se exaure ao produzir seu efeito específico.”

VICENTE RAO¹²³, após examinar os aspectos teóricos das fundações, afirma que estas consistem em verdadeiros entes jurídicos de existência real, *objetivado pela organização que se destina, mediante a utilização de um patrimônio próprio, a realizar os fins que lhes foram impostos por seu instituidor.*

Para MIGUEL REALE¹²⁴, a fundação representa um dos tipos mais aperfeiçoados da técnica jurídica, se caracterizando por ser *uma universalidade de bens, que se situa e se individualiza tão-somente em virtude dos fins a que está a serviço.*

Deve-se asseverar, ainda, que sendo as fundações originárias da vontade de uma só pessoa, ou seja, produto de uma liberalidade, os credores ou herdeiros necessários podem anulá-la, se comprovadamente lesiva aos seus interesses, cabendo ao Ministério Público Estadual a sua fiscalização, consoante disposto no artigo 66, do Código Civil brasileiro.

Apenas para fugir da omissão, deve-se frisar que o Estado, com base no artigo 41, inciso V, do Código Civil brasileiro, também pode criar, via processo legislativo, fundações de direito público, que se assemelham bastante às fundações de direito privado.

¹²³ *Op. cit.*, p. 755.

¹²⁴ Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 246.

Neste sentido, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES¹²⁵:

“Saliente-se, por outro lado, que são pessoas jurídicas de direito privado apenas as fundações que não se enquadrem no disposto no artigo 41, inciso V, que reza serem pessoas jurídicas de direito público entidades de caráter público criadas por lei”, o que abrange, também, as fundações de direito público.”

Ademais, EDUARDO ESPÍNOLA¹²⁶, ao estudar esta espécie de pessoa jurídica, traça um paralelo entre as fundações de direito público e de direito privado, afirmando serem em muito parecidas em seus objetivos, inclusive no que diz respeito ao seu processo de formação:

“Com efeito, a Fundação, quer instituída pelo poder público, quer por particulares, tem o caráter de uma doação feita ao povo ou a uma parte do povo e, assim, tem sempre em vista o interesse geral. Quanto às Fundações instituídas pelo poder público, que alguns preferem chamar de Institutos e outros – Estabelecimentos, consistem no seguinte: O Estado, no intuito de promover o progresso e o aperfeiçoamento dos indivíduos ou de assisti-los e socorrê-los, em caso de necessidade, pode fundar seres autônomos e elevá-los à categoria de pessoas jurídicas.”

E acrescenta:

“Neste último caso adquirem personalidade jurídica; ora nos estabelecimentos públicos com personalidade jurídica, o Estado obra como fundador, guarda a posição de fundador, e eles são

¹²⁵ Alves, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*, p. 77.

¹²⁶ Espínola, Eduardo. *Sistema do direito....*, op. cit., p. 154.

verdadeiras fundações de caráter oficial. O processo é o mesmo que o das fundações particulares.”

5.4. SOCIEDADES DESPERSONALIZADAS

O Código Civil de 2002, suprimindo a lacuna existente no Código Civil de 1916, reservou um capítulo às sociedades não personificadas. Considerou dois tipos de sociedades: a comum, correspondente à antiga sociedade irregular, ou de fato, e a em conta de participação.¹²⁷

Ao tratar das sociedades não personificadas comuns, FRANCISCO AMARAL¹²⁸ afirma que:

“Embora não lhes seja unânime a atribuição de personalidade jurídica, as sociedades de fato, ou irregulares, podem participar ativa e passivamente da relação jurídica. Os sócios nas relações entre si, ou com terceiros, por escrito, não podem provar a existência da sociedade mas terceiros podem prová-la de qualquer modo. Os bens e dívidas sociais respondem pelos atos de gestão, salvo pacto expresso limitativo de poderes, somente eficaz contra terceiros que o conheçam ou devam conhecer. A responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada, podendo os bens desses serem executados antes dos da sociedade.”

No que diz respeito à sociedade não personificada em conta de participação, que vinha prevista nos artigos 325 a 328, do Código Comercial, essa não depende de registro ou inscrição. Os efeitos do contrato somente afetam os sócios, sendo indiferente o registro.

¹²⁷ Código Civil de 2002, artigos 986 a 996.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 300.

JOSE EDWALDO TAVARES BORBA¹²⁹ explica que:

“Na sociedade em conta de participação, uma ou mais pessoas fornecem dinheiro ou bens a um empresário, a fim de que este os aplique em determinadas operações, no interesse comum. Aquele que aparece perante terceiros é chamado sócio ostensivo ou operador e os fornecedores de recursos são chamados sócios ocultos ou participantes.”

PAULO NADER¹³⁰ afirma que apesar de alguns autores não fazerem distinção entre as sociedades de fato e as sociedades irregulares, aplicando as duas expressões como sinônimas, outros entendem que enquanto as sociedades de fato padecem do vício da ausência de registro, as sociedades irregulares, não obstante registradas, sofrem do vício de formação: *a) ter sido formada por pessoa incapaz; b) o fim a que se destina se revela contrário à lei, à moral ou aos bons costumes; c) o elemento forma não estaria conforme à lei; d) falta de autorização para funcionamento, quando for o caso.*

Existem, ainda, outros grupos que tutelam interesses coletivos e não se revestem de personalidade, tais como, a massa falida, espólio, a herança jacente ou vacante, o condomínio, o consórcio e o grupo de convênio médico.

ORLANDO GOMES¹³¹, adotando opinião particular, acredita ser a família o mais importante grupo despersonalizado, em torno da qual houve várias tentativas que falharam para elevá-la à condição de pessoa jurídica. Para o notável civilista, não se justifica a personalização da família, quer pelo reduzido número de componentes, quer pela sua atividade jurídica se desenvolver razoavelmente bem em sua condição atual.

¹²⁹ Borba, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, pp. 89-90.

¹³⁰ Nader, Paulo, *Op. cit.*, p. 249.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 197.

Finalizando, ARNOLDO WALD¹³² acrescenta, ainda, a existência de diversos grupos despersonalizados utilizados com frequência na sociedade moderna, tais como, os diversos fundos criados no mercado de capitais – *fundos de ações, fundos de pensão, fundos imobiliários* – que possuem entidade com patrimônio, mas cuja representação compete a terceiros.

6. CONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A pessoa natural é um fato independente da lei, surge com o fato biológico do nascimento, o qual é, pois, imposto pela natureza. Já a pessoa jurídica, como se viu, somente existe em virtude da lei e tem o seu início com o registro do respectivo ato constitutivo em órgão próprio.

Entretanto, para FÁBIO ULHOA COELHO¹³³ esta não é a melhor forma de dispor sobre a matéria:

“Se o atributo da personalidade é a autorização genérica para a prática de atos jurídicos não proibidos, o fato jurídico que marca o início da personalização deveria ser a manifestação de vontade dos fundadores da pessoa jurídica. Mesmo se adotando um conceito mais largo de personalidade, como a aptidão para titularizar direitos e obrigações, também não será o registro dos atos constitutivos, mas sim a manifestação da vontade dos fundadores da pessoa jurídica, o fato desencadeador da personificação.”

E conclui:

¹³² *Op. cit.*, p. 160.

¹³³ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, volume 1*, p. 239.

“O registro, assim, deveria ter sido escolhido pela lei como condição para o funcionamento regular da pessoa jurídica e não para a personificação.”

Neste ponto, deve-se ressaltar que em razão de não ser este o objetivo central deste trabalho, não se tratará da importante polêmica doutrinária atinente ao início da personalização da pessoa jurídica, ou seja, se o momento exato do seu nascimento ocorre quando do registro do ato constitutivo (Orlando Gomes, Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro, Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira), ou se quando da celebração do contrato de sociedade (Carvalho de Mendonça, Miranda Valverde, Cláudio Ferraz Alvarenga, Lamartine Corrêa de Oliveira).¹³⁴

O certo é que tanto a celebração do contrato de sociedade, quanto o registro deste ato constitutivo, são atos necessários para o nascimento da pessoa jurídica de direito privado.

O ato constitutivo compreende a fase inicial na organização. Corresponde ao contrato de formação da sociedade, externado através de uma ata de fundação, contrato social ou estatuto.

Deve-se frisar que este ato de formação da pessoa jurídica, em regra, realiza-se *inter vivos*, representando uma declaração de vontade coletiva, exigindo agente capaz, forma prescrita em lei e objeto lícito.

Nas associações e nas sociedades simples e empresárias, o ato constitutivo formaliza-se via estatuto social ou contrato social, os quais se materializam na ata de fundação, em instrumento particular ou público.

No caso específico das fundações, o ato de formação da pessoa jurídica é unilateral *inter vivos* ou *causa mortis*, devendo o fundador declarar a sua vontade

¹³⁴ Sobre o tema ver Fábio Ulhoa Coelho, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, p. 85.

mediante instrumento público ou testamento, o qual deverá conter o ato de doação, os fins a que se destina e o modo de administração.

FRANCISCO AMARAL¹³⁵ observa que a despeito de ser amplo o direito de associação, evocando o artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, alguns segmentos da atividade econômica necessitam de prévia autorização estatal, tal como ocorre *na constituição de sociedade de seguros, sociedades bancárias, montepios, caixas econômicas, sociedade de exploração de energia elétrica, de riquezas minerais, de navegação, de empresas jornalísticas, rádio e TV (CF art. 192 I, II e IV; art. 21, XII, b; art. 176, p. 1º e art. 223).*

O segundo ato imposto, de que depende a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado, é o registro. Este consiste na inscrição do ato constitutivo, que se procede no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, no caso das associações, fundações e sociedades simples, e nas Juntas Comerciais, no caso das sociedades empresárias.

Com efeito, a partir do momento em que a pessoa jurídica de direito privado tem o seu estatuto ou contrato social devidamente registrado no órgão competente, essa passa a ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, a ter capacidade patrimonial, constituindo seu patrimônio, que não tem nenhuma relação com o patrimônio dos sócios, adquirindo, pois, vida própria e autônoma, representando, por assim dizer, uma nova unidade orgânica.

Insta frisar que a falta de registro importa, entre outras coisas, na responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pelas obrigações sociais, perdendo, aquele que contratou pela sociedade, o benefício de ordem contemplado no artigo 1.024 do Código Civil de 2002.

Sobre o tema, adverte FÁBIO ULHOA COELHO¹³⁶:

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 297.

¹³⁶ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume I*, p. 74.

“A principal sanção imposta à sociedade empresária que explora irregularmente sua atividade econômica, isto é, que funciona sem registro na Junta Comercial, é a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações da sociedade. O arquivamento do ato constitutivo da pessoa jurídica – contrato social da limitada, ou os estatutos da anônima – no registro de empresas é condição para a limitação da responsabilidade dos sócios... Além dessa sanção, a sociedade empresária irregular não tem legitimidade ativa para o pedido de falência de outro comerciante (LF, art. 97, § 1º) e não pode impetrar concordata preventiva ou suspensiva (LF, art. 51, V).”

No que se refere às pessoas jurídicas de direito público interno, segundo ARNALDO RIZZARDO¹³⁷, estas são criadas pela Constituição Federal ou pela lei, à exceção do Estado como nação, *cuja criação decorreu de um ato de conquista através da rebeldia relativamente ao Estado que o dominava anteriormente, ou de um movimento que levou ao seu reconhecimento como país soberano.*

Os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios têm sua origem na Constituição Federal, enquanto as demais pessoas jurídicas de direito público, tais como as autarquias e as fundações públicas, precisam de lei que as crie, que se converte no seu estatuto ou no seu documento constitutivo próprio.

Para CLÓVIS BEVILÁQUA¹³⁸, *o Estado surge, espontaneamente, da elaboração da vida social, quando afirma a sua existência em face dos outros. As suas divisões políticas começam a existir, desde que são estabelecidas pelas leis constitucionais, e de acordo com ellas se organizam.*

Já as pessoas jurídicas de direito público externo são as outras nações, cuja constituição coincide, justamente, com a formação ou origem do país, e os organismos internacionais, criados e organizados por vários outros países,

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 256.

¹³⁸ Beviláqua, Clóvis. *Theoria Geral...*, *op. cit.*, p. 172.

decorrentes de tratados ou acordos internacionais, a exemplo do MERCOSUL – Mercado Comum do Sul e da Comunidade Econômica Européia.

Para finalizar, deve-se asseverar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, a despeito de serem pessoas jurídicas de direito privado, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, dependem de lei que as crie, a qual se torna o seu documento constitutivo, conforme já restou observado.

7. RESPONSABILIDADE CIVIL

O tema da responsabilidade civil é muito extenso, compreendendo diversos aspectos. Como princípio geral pode-se estabelecer que a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privado, responde diretamente por todos os atos que praticar, devendo cumprir as obrigações que assumir e responder pelos prejuízos que vier a causar.

MARIA HELENA DINIZ¹³⁹ afirma que, independentemente da natureza da pessoa jurídica, estas são responsáveis por seus atos, respondendo diretamente com o seu patrimônio em caso de inadimplemento contratual:

“Quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas, poder-se-á dizer que tanto a pessoa jurídica de direito privado como a de direito público, no que se refere à realização de um negócio jurídico dentro dos limites do poder autorizado pela lei ou pelo estatuto, deliberado pelo órgão competente e realizado pelo legítimo representante, é responsável, devendo cumprir o disposto no contrato, respondendo com seus bens pelo inadimplemento contratual.”

¹³⁹ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito ...*, p. 157.

A própria Constituição Federal de 1988, no artigo 173, § 5º, também determina que a lei estabelecerá a responsabilidade das pessoas jurídicas, sujeitando-as às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e economia popular, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica.

Percebe-se, pois, que no campo da responsabilidade civil contratual a doutrina encontra-se pacificada, podendo-se resumir este tópico com a lição de CLÓVIS BEVILÁQUA¹⁴⁰:

“A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado pelos actos de seus representantes, no exercício das suas funções e dentro dos limites da especialidade das mesmas pessoas jurídicas, é princípio hoje, definitivamente, inscripto no direito privado moderno.”

Deve-se acrescentar que tal entendimento se estende às pessoas jurídicas de direito público, uma vez que de todos se exige o cumprimento das obrigações e o ressarcimento do dano causado.

Expressando este mesmo entendimento, novamente, CLÓVIS BEVILÁQUA¹⁴¹:

“Quanto à responsabilidade contractual, todos aceitam, porque a administração pública se veria na impossibilidade de realizar contractos para obter os serviços de que necessitasse, desde que não estivesse sujeita às obrigações decorrentes desses actos.”

¹⁴⁰ Beviláqua, Clóvis. *Theoria....*, p. 177.

¹⁴¹ Beviláqua, Clóvis. *Theoria....*, p. 178.

Assume importância mais considerável na doutrina e na prática a responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas, especialmente no que se refere às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado, prestadoras de serviços públicos, pelos danos causados a particulares por seus órgãos ou funcionários, no exercício de suas funções públicas.

Houve um tempo em que se apregoava a irresponsabilidade absoluta do Estado, época das idéias absolutistas, onde o Estado era considerado como ente todo poderoso, imune aos insucessos dos seres humanos.

Nesse período, a reparação dos danos causados pelo Estado aos indivíduos deveria ser intentada junto aos que exerciam a atividade estatal, isto é, perante os funcionários.

Com o passar dos anos, foi se estabelecendo a responsabilidade objetiva do Estado, com espeque na teoria do risco integral, pela qual, segundo MARIA HELENA DINIZ¹⁴², *cabe indenização estatal de todos os danos causados, por comportamentos comissivos dos funcionários, a direitos de particulares. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, bastando a comprovação da existência do prejuízo.*

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁴³, declarando ser partidário da teoria do risco integral, ou responsabilidade absoluta, afirma ser tal teoria francamente objetivista:

“partindo do conceito da igualdade de todos perante a lei, entende esta teoria que entre todos devem ser os ônus equitativamente distribuídos. Não é justo que, para benefício da coletividade, somente um sofra os encargos. Se alguém é lesado pelo Estado, em consequência do funcionamento regular ou irregular de um serviço organizado no interesse de

¹⁴² Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito ...*, pp. 159-160.

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 205.

todos, a indenização é devida, em razão de que os efeitos da lesão ou encargos de sua reparação devem ser equitativamente repartidos por toda a coletividade, e, satisfazendo-os, o Estado restabelece o equilíbrio. Para que haja, pois, o dever de reparar, é suficiente que se demonstre o nexo da causalidade entre o ato danoso e o prejuízo causado, sem necessidade de excogitar da culpa do funcionário ou da falta anônima do serviço.”

ARNALDO RIZZARDO¹⁴⁴ ressalva, ainda, que também em caso de omissão por parte do agente ou funcionário, o Estado responderá objetivamente pelos danos que causar ao particular:

“A violação de um direito pode resultar não só da ação de um fato colisivo com ele, como da omissão de um ato destinado por lei a protegê-lo, a consequência é que as administrações públicas no tocante ao procedimento dos seus funcionários, respondem tanto pela culpa ‘in omittendo’, quanto pela culpa ‘in faciendo’.”

Invocando a teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal de 1988, artigo 37, § 6º, HELY LOPES MEIRELLES¹⁴⁵ sustenta a incidência da responsabilidade objetiva, independentemente de conduta comissiva ou omissiva do administrador público, dizendo que quando houver *falta anônima do serviço*, responde objetivamente a administração.

Adotando posição semelhante, NELSON NERY JUNIOR¹⁴⁶:

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 277.

¹⁴⁵ *Op. cit.*, p. 601.

¹⁴⁶ Nery Junior, Nelson. *Responsabilidade Civil da Administração Pública*, in *Revista de Direito Privado*, 01/2000, p. 34.

“Com a devida vênia, entendemos que a CF 37, § 6º, consagra, sim, a responsabilidade objetiva da administração pública, pela teoria do risco, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva dos agentes ou servidores do poder público. Os requisitos constitucionais para que a administração pública tenha o dever de indenizar, bem como o administrado o direito de receber a indenização, são apenas dois: a) a existência do dano, patrimonial e/ou moral; b) o nexo de causalidade entre a conduta (omissiva ou comissiva) da administração e o dano.”

E acrescenta:

“O fundamento dessa responsabilidade objetiva é o risco administrativo, ou seja, o risco da atividade do Estado, que foi criado para servir a comunidade e não para causar-lhe problema... o dever de a administração indenizar é também fundado no princípio da boa fé objetiva, que o Estado tem de exercer os seus misteres para o benefício da população, sendo certo que não foi idealizado para provocar e causar danos.”

Em sentido contrário, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁴⁷ afirma que nos casos em que o dano é provocado por omissão do agente ou funcionário, a responsabilidade do Estado é subjetiva.

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.”

¹⁴⁷ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 895-898.

E conclui:

“Ao contrário do que se passa com a responsabilidade do Estado por comportamentos comissivos, na responsabilidade por comportamentos omissivos a questão não se examina nem se decide pelo ângulo passivo da relação (a do lesado em sua esfera juridicamente protegida), mas pelo pólo ativo da relação. É dizer: são os caracteres da omissão estatal que indicarão se há ou não responsabilidade.”

Vale ressaltar que a teoria do risco integral, que já era contemplada no artigo 15, do Código Civil de 1916, restou mantida no artigo 43, do Código Civil de 2002: *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.*

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §6º, adotando a linha traçada nas Constituições anteriores, manteve a responsabilidade objetiva administrativa, estabelecendo que as pessoas jurídicas de direito público, assim como as de direito privado prestadoras de serviços públicos, ou seja, pessoas que exerçam funções delegadas, sob a forma de entidades paraestatais, ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, vierem a causar a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Neste sentido, interessante é o julgado encontrado na Revista dos Tribunais 499/98: Em determinado município, a Prefeitura contratou serviços de terceiro para a realização de espetáculo pirotécnico. Um dos morteiros lançados caiu ao solo e atingiu uma pessoa e outros espectadores a uma distância de 200 metros. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu a correta interpretação à norma constitucional, responsabilizando a municipalidade, com apoio, na opinião de Hely Lopes Meirelles, aduzindo: “Assim é irrelevante a circunstância de não ser o funcionário da Administração o técnico encarregado de acionar os foguetes, já que o espetáculo pirotécnico programado foi

Nessa linha, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹⁴⁹:

“Todos os intérpretes são unânimes em afirmar a integral adoção da responsabilidade objetiva pelo texto constitucional. Realmente, como observa Aguiar Dias, se a ação regressiva cabe quando tiver havido culpa do funcionário público, segue-se que não haverá ação regressiva quando inexistir culpa, embora o Estado continue a responder pelas conseqüências do evento lesivo.”

Deve-se frisar que a teoria da responsabilidade objetiva, adotada pelo direito positivo brasileiro, atinge, tão somente, aqueles atos que dependem diretamente do Estado, e não aqueles praticados por terceiros ou ligados a fenômenos da natureza, conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES¹⁵⁰:

“O que a Constituição distingue é o dano causado pelos ‘agentes da Administração’ (servidores) dos danos causados por atos de terceiros, ou por fenômenos da Natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o ‘risco administrativo’ da atuação ou inanição dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano.”

ordenado pela Prefeitura Municipal. Daí emerge a responsabilidade objetiva da Municipalidade pelo evento.”

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 602.

Nesse passo, percebe-se que a teoria do risco integral atenta para a obrigação de indenizar ou reparar os danos quando o agente ou funcionário procede erradamente ou com culpa. Neste sentido, importante é a lição de GUIMARÃES MENEGALE¹⁵¹:

“Considerando que os atos materiais, pelos quais se manifesta a vontade do Estado, se praticam por intermédio de seus órgãos e funcionários, conclui-se que, na raiz da responsabilidade civil do Estado, se encontra a responsabilidade de seus agentes. A responsabilidade do funcionário público – afirmou SABBATINI - é o substratum da responsabilidade do Estado; onde, de fato, não houver responsabilidade direta do funcionário, não pode existir responsabilidade indireta do Estado.”

No que se refere à responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado, com fins lucrativos ou não, o Código Civil de 2002 impôs a obrigação de indenizar pelos prejuízos causados a terceiros. Assim dispõe o artigo 47: *Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.*

Essa é a opinião de MARIA HELENA DINIZ¹⁵²:

“No campo da responsabilidade extracontratual é princípio assente que as pessoas jurídicas de direito privado devem reparar o dano causado pelo seu representante que procedeu contra o direito, alargando-se, assim, o conceito de responsabilidade indireta.”

Quanto às sociedades não personificadas, o artigo 989 do Código Civil, assim estabelece: *Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por*

¹⁵¹ Menegale, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência Administrativa*, p. 503.

¹⁵² Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito ...*, p. 157.

qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.

Já as sociedades simples têm a responsabilidade firmada em vários dispositivos, estabelecendo o artigo 1.022 do Código Civil que *a sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador.*

Acrescenta ARNALDO RIZZARDO¹⁵³ que as disposições próprias a cada tipo societário proclamam a responsabilidade, bem como o artigo 186, do atual Código Civil, é de incidência universal, se aplicando indistintamente a qualquer tipo de pessoa, física ou jurídica:

“Aliás, as disposições próprias de cada tipo de sociedade proclamam a responsabilidade. Não fosse assim, atingir-se-ia uma situação insustentável, decorrendo o enriquecimento indevido, e ninguém contrataria com as entidades puramente civis, como as associações, dada a insegurança que incutiriam as relações com elas travadas. O art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916) é de incidência genérica e universal, indistintamente ao tipo de pessoas.”

Para finalizar, vale asseverar que apesar do ato ilícito não ser praticado diretamente pela pessoa jurídica, mas sim pela pessoa do seu representante legal, a existência de personalidade jurídica importa em responsabilizar as sociedades, independentemente do seu tipo, tanto na esfera contratual como na extracontratual.

¹⁵³ *Op. cit.*, p. 279.

8. DOMICÍLIO

As pessoas jurídicas, a exemplo das pessoas físicas, também têm domicílio, sendo este a sede onde, ordinariamente, as suas obrigações devem ser cumpridas. As pessoas jurídicas de direito público, têm domicílio necessário, enquanto que as pessoas jurídicas de direito privado, têm domicílio voluntário.

CLÓVIS BEVILÁQUA¹⁵⁴ diferencia domicílio necessário de domicílio voluntário, nos seguintes termos:

“Domicílio voluntário é o que a pessoa adquire por acto seu, escolhendo o lugar de sua residencia habitual e o centro de seus negócios. Pode ser geral, quando se refere à generalidade dos direitos e das obrigações da pessoa, ou de eleição, quando estabelecido em contrato para a execução de certas obrigações... Domicílio necessario é o que resulta de uma prescrição do direito. Pode ser de origem ou legal. Domicilio de origem é o que a pessoa adquire ao nascer... Domicílio legal é o lugar onde a lei presume que o individuo reside permanentemente.”

O Código Civil de 2002, em seu artigo 75, estabelece que o domicílio da União é o Distrito Federal; dos Estados, as respectivas capitais; do Município, o local onde funcione a administração municipal; e das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial nos seus estatutos ou atos constitutivos.

Quando a pessoa jurídica possuir vários estabelecimentos situados em lugares distintos, haverá múltiplos domicílios, devendo cada qual assim ser considerado em relação aos atos nele praticados.

¹⁵⁴ Beviláqua, Clóvis. *Theoria...*, op. cit., p. 198-199.

Na mesma ordem de idéias, ORLANDO GOMES¹⁵⁵:

“Se a pessoa jurídica tiver diversos estabelecimentos, admite-se a pluralidade de domicílios, estando eles em lugares diferentes. A lei pode determinar, nesse caso, que cada estabelecimento seja considerado domicílio para os atos nele praticados, mas nem por isso se pode dizer que tem várias sedes.”

Caso a pessoa jurídica de direito privado tenha a sua administração, ou diretoria, localizada no exterior, possuindo filial no solo brasileiro, deverá, necessariamente, ter domicílio no país, sendo, pelo critério preferido, o lugar onde fixar o seu estabelecimento, conforme disposto no § 2º, do artigo 75, do Código Civil de 2002.

9. EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Assim como a pessoa natural, a pessoa jurídica completa o seu ciclo existencial, extinguindo-se. Esta extinção pode decorrer tanto da vontade dos associados, como das causas previstas em lei, no estatuto ou contrato social.

Diferentemente das pessoas físicas, que se encontram subordinadas à fatalidade do evento *morte* para chegar ao seu fim, as pessoas jurídicas têm o seu final com o advento de um ato de dissolução.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁵⁶ enumera três modalidades de extinção da pessoa jurídica: *a convencional, a legal e a administrativa.*

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 194.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 219.

A dissolução convencional é a deliberada pelos seus membros componentes. Assim como os sócios podem decidir pela criação da pessoa jurídica, podem, da mesma forma, proclamar o seu fim. Qualquer pessoa jurídica de direito privado pode ser extinta desse modo, exceto as fundações.

A deliberação da extinção será tomada se houver quorum, conforme definido nos estatutos ou contratos sociais. A minoria, caso não concorde com a extinção, terá seus direitos ressalvados, tanto para opor-se à extinção, como para defender eventuais direitos. Terceiros possivelmente prejudicados por tal deliberação também terão seus direitos resguardados.

A pessoa jurídica privada poderá se extinguir voluntariamente, também, nos casos em que ocorrer o término do prazo estabelecido no contrato social ou quando se verificar o cumprimento do seu objetivo social, ou mesmo, a impossibilidade da sua realização.

Operar-se-á dissolução legal quando se fundamentar em um motivo previsto na lei, como, por exemplo, falta de pluralidade de sócios, não reconstituída a sociedade no prazo de 180 dias. Tratam também da matéria, o Decreto-lei nº 9.085, de 25 de março de 1946, que estabelece a dissolução de sociedades perniciosas, bem como a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social.

Dissolução administrativa é a que atinge as pessoas jurídicas que necessitam de aprovação ou autorização do Poder Público para se constituírem ou funcionarem. Podem ter a autorização cassada, quando incorrerem em atos opostos aos seus fins ou nocivos ao bem público. A administração pública não pode, porém, proceder discricionariamente, revogando unilateralmente a autorização, necessita fundamentar a sua decisão, sob pena de responder por perdas e danos.

Deve-se acrescentar, ainda, a dissolução decorrente de um ato jurisdicional. Nessa hipótese, alguns dos casos de dissolução prevista na lei, no contrato social,

ou no estatuto se configuram, e, não obstante, a sociedade continua operando, até que o juiz, por iniciativa de qualquer dos sócios, decreta o seu fim.

As fundações extinguem-se sempre que a sua finalidade se torne ilícita, impossível, ou inútil, bem como quando o prazo de sua existência venha a se consumir. Caberá ao Ministério Público, ou qualquer outro interessado, promover a sua extinção, consoante disposto no artigo 69, do Código Civil.

Em seu artigo 51, o Código Civil dispõe que nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para o seu funcionamento, ela subsistirá para fins de liquidação, até que esta se conclua.

No que se refere à destinação do patrimônio das associações, MARIA HELENA DINIZ¹⁵⁷ pontifica que *sendo extinta uma associação, ante a omissão de seu estatuto e dos seus sócios, a lei procura dispor sobre o destino de seu patrimônio. E conclui: apurar-se-ão, então, os seus haveres, procedendo-se à liquidação, solvendo-se os débitos sociais, recebendo-se o quantum que lhe era devido.*

O Código Civil, mais precisamente em seu artigo 61, dispõe que, em caso de dissolução, o patrimônio líquido, deverá ser destinado à entidade sem fins lucrativos designada no estatuto, ou, em caso de omissão, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes. Na falta dessas, os bens remanescentes serão devolvidos à fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União, consoante disposto no § 2º, deste mesmo dispositivo legal.

Insta frisar que, mediante cláusula estatutária ou por deliberação dos associados, é permitido aos respectivos membros, antes da destinação do patrimônio remanescente a entidades congêneres, receber em restituição, em valor atualizado, as contribuições que houverem prestado ao patrimônio da entidade, conforme previsto no § 1º, do artigo 61, do Código Civil.

¹⁵⁷ Diniz, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, p. 47

Já no caso de extinção da fundação, em caso de término de prazo ou desvirtuamento de função, o artigo 69, do Código Civil, regula o destino dos bens componentes do seu acervo patrimonial, qual seja, a sua incorporação ao patrimônio de uma outra fundação, que tenha a finalidade igual ou semelhante, salvo disposição contrária do seu ato constitutivo.

Vale destacar que a extinção da fundação privada também faz cessar a personalidade jurídica, devendo ser liquidado o passivo com o ativo existente, sendo o resultado patrimonial positivo destinado à fundação com fim igual ou semelhante.

Nessa linha, GUSTAVO SAAD DINIZ¹⁵⁸:

“... constata-se que a extinção de uma fundação possui a natureza de incorporação exclusivamente do patrimônio obtido a partir da quitação do passivo, sem que se transfiram para a fundação incorporadora os débitos e relações jurídicas, fiscais e trabalhistas da fundação incorporada... É razoável supor que a fundação incorporadora do patrimônio assumira bens livres de onerações. Primeiro, porque a fundação extinta deverá responder pelos seus débitos de acordo com a força de seu patrimônio. Por segundo argumento, o Ministério Público não pode permitir que se dê a transferência de patrimônio com ônus ou que implique em prejuízo a eventuais credores da fundação extinta. Finalmente, a entidade que incorpora o patrimônio não pode assumir obrigações que possam comprometer a sua própria continuidade e a viabilidade de seus objetivos.”

Em caso de dissolução de sociedade, inexistindo previsão no ato constitutivo, estatuto ou contrato social, a divisão e a partilha dos bens sociais, após a liquidação

¹⁵⁸ Diniz, Gustavo Saad. *Direito das Fundações Privadas – Teoria Geral e Exercício de Atividades Econômicas*, p. 345-346.

dos seus débitos, deverão ser feitas entre os respectivos sócios, ou seus herdeiros, observada a participação social de cada um.

Por fim, deve-se asseverar que a dissolução da pessoa jurídica deverá se verificar no registro onde essa estiver inscrita e, encerrada a fase de liquidação, promover-se-á o cancelamento da respectiva inscrição.

CAPÍTULO II – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1. ORIGEM

A partir do século XIX, tornou-se cada vez maior a preocupação da doutrina e da jurisprudência, diante da utilização crescente do instituto da pessoa jurídica para fins diversos daqueles tipicamente considerados pelos legisladores, razão pela qual os estudiosos passaram a buscar meios idôneos para reprimi-la.

Foi no âmbito do direito anglo-saxão que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica se desenvolveu, graças às regras de direito da *common law* propiciarem, aos Tribunais, condições favoráveis para restabelecer a ordem perturbada, afastando preceitos legais com a finalidade de se conseguir resultados mais adequados ao direito.

PIERO VERRUCOLI¹⁵⁹ salienta que apesar dos tribunais ingleses terem dispensado pouca atenção ao tema, há, na jurisprudência inglesa, um caso julgamento proferido pela *House of Lords*, qualificado por parte da doutrina como o *leading case* da desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se do caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, envolvendo o comerciante inglês Aaron Salomon:

“Secondo ciò che è dato desumere dall’esane delle trattazioni inglesi di diritto delle società (e particolarmente di company law), nonchè dalle stesse affermazioni degli Autori inglesi, il problema oggetto del presente studio ha suscitato in Inghilterra – a differenza che negli U.S.A. – poca attenzione e scarse discussioni teoriche, e nela stessa giurisprudenza non ha poi avuto grande risonanza. (...) A questo suo attaccamento al rispetto dell’autonoma sogettività sociale la giurisprudenza inglese è stata spronata dala necessità di stare decisis, avendo

¹⁵⁹ Verrucoli, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali*, pp. 90-91.

infatti un precedente di indubbia rilevanza – un vero e proprio leading case – nella decisione prea nel 1897 dalla House of Lords, che per la prima volta affermò in modo tassativo la distinzione tra ente corporativo e persone che stanno dietro di esso e delo stesso si avvalgano quasi come cosa propria. Si tratta del famoso caso Salomon vs salomon & Co., del quale occorerà dare subito qui qualche riferimento, data l'importanza che alo stesso viene attribuita.”

O comerciante Aaron Salomon constituiu uma *Company*, em conjunto com outros seis componentes de sua família, cedendo o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo, em pagamento, 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas.

Para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários.

O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da *Company* era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade. Em conseqüência Aaron Salomon foi condenado ao pagamento dos débitos da *Company*, vindo o pagamento do seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários.

Apesar do juiz de primeiro grau ter reconhecido a fraude, declarando Salomon responsável pelo adimplemento dos demais credores, a *House of Lords* impediu a desconsideração da personalidade jurídica da *Company*, sob o frágil e formal fundamento de que a sociedade tinha sido constituída de forma regular e que os motivos daqueles que a constituíram são absolutamente irrelevantes na discussão dos direitos e obrigações.

Contrariando boa parte dos doutrinadores, SUZY ELIZABETE CAVALCANTE KOURY¹⁶⁰ aponta o caso *Bank of United States vs. Deveaux*, ocorrido em 1809, ou seja, oitenta e oito anos antes do caso *Salomon vs. Salomon & Co*, como o verdadeiro *leading case* da *disregard doctrine*. Nesse julgamento, o Juiz MARSHALL conheceu a causa, com a finalidade de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, já que a Constituição Federal americana limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados.

De outra parte, tem-se que o conceito da desconsideração da personalidade jurídica foi inicialmente delineado no direito norte-americano, mais precisamente em 1912, por MAURICE WORMSER, que defendia a tese de que *quando o conceito de pessoa jurídica for utilizado para defraudar credores, subtrair-se a uma obrigação existente, desviar a aplicação de uma lei, constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinqüentes, os tribunais deverão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e deverão fazer justiça entre pessoas reais.*¹⁶¹

Em meados da década de 50, o jurista alemão ROLF SERICK, na tese de concurso em que conquistara o título de *Privat Dozent*, na Universidade de Tübingen, expôs ao mundo jurídico o problema da desconsideração, traçando um paralelo entre a jurisprudência americana e a moderna jurisprudência dos tribunais alemães.

Conforme salienta CALIXTO SALOMÃO FILHO¹⁶², é a seu estudo e, sobretudo, à sua teorização da jurisprudência americana que se deve atribuir o desenvolvimento moderno da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Em seu trabalho *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, ROLF SERICK define a desconsideração como um conceito técnico específico, contraposto e excepcional com relação ao princípio da separação patrimonial.

¹⁶⁰ Koury, Suzy Elizabete Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*, p. 64.

¹⁶¹ Requião, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*, in RT 410 p. 14.

¹⁶² Salomão Filho, Calixto. *O Novo Direito Societário*, p. 78.

ROLF SERICK¹⁶³ propôs quatro princípios básicos, nos quais sintetiza a teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

“a) Se si abusa della persona giuridica il giudice può, al fine di impedire che venga raggiunto lo scopo illecito perseguito, non rispettare tele forma, allontanandosi quindi dal principio della netta distinzione tra socio e persona giuridica. Esiste abuso quando, attraverso lo strumento della persona giuridica, si cerca di eludere una legge o di sottrarsi ad obbligazioni contrattuali o di danneggiare fraudolentemente dei terzi. b) Non è possibile disconoscere l'autonomia soggettiva della persona giuridica, solo perchè, altrimenti, non si realizzerebbe lo scopo di una norma o la causa oggettiva di un negozio giuridico. Questo principio può, però, ammettere eccezioni di fronte a norme di diritto societario la cui funzione è tanto fondamentale da non ammettere una, neppure indiretta, limitazione della propria efficacia. c) Anche norme basate su attributi o capacità o valori umani possono trovare applicazione nei confronti di una persona giuridica, quando non vi sia contraddizione tra lo scopo di queste norme e la funzione della persona giuridica. In questo caso, se necessario, è possibile, per determinare i presupposti normativi, far riferimento alle persone fisiche che agiscono attraverso la persona giuridica. d) Se attraverso la forma della persona giuridica si cela il fatto che le parti di un determinato negozio sono, in realtà, lo stesso soggetto, è possibile disconoscere l'autonomia soggettiva della persona giuridica, quando si deve applicare una norma basata sulla effettiva e non anche sulla solamente giuridico-formale differenziazione o identità delle parti del negozio giuridico.“

Por meio da leitura da obra de ROLF SERICK pode-se perceber que a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus membros constitui um

¹⁶³ Serick. Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*, pp. 275-297.

princípio jurídico que, além de ser válido, é justo e só pode ser desprezado pelo julgador em determinadas situações excepcionais.

Convém salientar importante lição de FÁBIO KONDER COMPARATO¹⁶⁴:

“Importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto.”

No Brasil, a desconsideração da personalidade jurídica foi mencionada pela primeira vez em 1969, numa conferência proferida por RUBENS REQUIÃO¹⁶⁵, quando a teoria foi exposta como a superação do dilema existente entre as soluções éticas, que indagavam a autonomia patrimonial da sociedade personificada, e as técnicas, que se fundamentavam na separação subjetiva das pessoas jurídicas. Em síntese, o autor apontou o seguinte problema:

“Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios, tanto que a cota social de cada um deles não pode ser penhorada em execução por dívidas pessoais, seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle desse sócio, não haveria

¹⁶⁴ Comparato, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 283.

¹⁶⁵ Rubens Requião, *Abuso de direito ...*, p. 12.

inconveniente ou prejuízo para ele que o seu patrimônio fosse administrado pela sociedade, que assim estaria imune às investidas judiciais de seus credores.”

RUBENS REQUIÃO¹⁶⁶ sustentava que o direito brasileiro deveria se adequar à teoria da desconsideração da pessoa jurídica, defendendo a sua plena utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. Afirmava, ainda, que as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não fosse adotada a teoria da *disregard doctrine* pelo direito positivo brasileiro. E, revelando o caráter excepcional de aplicação da teoria da *disregard doctrine*, concluía:

“O mais curioso é que a ‘disregard doctrine’ não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos”.

Logo, percebe-se que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica foi primeiramente aplicada para punir os casos flagrantes de utilização fraudulenta da pessoa jurídica. Com o passar dos anos, os doutrinadores estenderam a sua aplicação para os casos de abuso da forma da pessoa jurídica, hipótese em que a consideração da pessoa jurídica conduz a um resultado injusto, reprimindo, por conseguinte, os casos de abuso de direito.

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁶⁷ afirma que:

“A desconsideração não se fundamenta em um defeito de aperfeiçoamento de atos jurídicos; não significa ausência de

¹⁶⁶ Rubens Requião, *Abuso de direito...*, p. 14.

¹⁶⁷ Filho, Marçal Justen. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, p. 57.

requisitos de validade na outorga da personalidade jurídica a uma sociedade. Como a desconsideração se passa em nível de funcionamento do instituto jurídico, tem-se em mente o desvio de resultado que seria propiciado, se não efetivada a desconsideração... A correspondência a uma função é, então, indispensável para a construção do conceito de desconsideração... O que justifica toda a teoria da desconsideração é o risco de uma utilização anômala do regime correspondente à pessoa jurídica acarretar um resultado indesejável.”

Na opinião de FÁBIO KONDER COMPARATO¹⁶⁸, discordando de grande parte da corrente teórica e jurisprudencial existente, não é o abuso de direito ou a fraude à lei que justifica a desconsideração da pessoa jurídica:

“É, talvez, por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento de personalidade com as noções de abuso de direito e fraude à lei. A explicação não nos parece inteiramente aceitável. Ela deixa de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude, como, por exemplo, na interpretação ampliativa, feita pela jurisprudência brasileira, da norma constante do art. 8º, alínea e, do Decreto n. 24.150, de 1934, de modo a permitir a retomada do imóvel, na locação de prédio de fundo de comércio, pela sociedade cujo controlador é o proprietário do prédio.”

Para esse autor, o problema da desconsideração da personalidade jurídica encontra-se ligado à interpretação funcional do instituto¹⁶⁹:

¹⁶⁸ Comparato, Fábio Konder. *O Poder...*, pp. 284-285.

¹⁶⁹ Comparato, Fábio Konder. *O Poder...*, p. 286.

“A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí por que não se deve cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa.”

Na lição de FÁBIO ULHOA COELHO¹⁷⁰ a *disregard doctrine*, além de buscar impedir que as fraudes e os abusos de direito realizados com a utilização do instituto da pessoa jurídica venham a se consumir, visa, também, a preservá-la:

“A teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa, justamente, impedir que essas fraudes e esses abusos de direito, perpetrados com utilização do instituto da pessoa jurídica, se consumem... Ainda, é uma tentativa de resguardar a própria pessoa jurídica que foi utilizada na realização da fraude, ao atingir nunca a validade de seu ato constitutivo, mas apenas a sua eficácia episódica. Em suma, pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o direito pretende livrar-se da fraude e do abuso perpetrados através de uma pessoa jurídica, preservando-a, contudo, em sua autonomia patrimonial.”

Portanto, percebe-se que a desconsideração surge como um recurso jurídico a ser oposto à utilização “indireta” da sociedade personificada, ou seja, um mecanismo de defesa da sociedade contra as pessoas físicas que se utilizam da pessoa jurídica para obter *privilégios inidôneos* que como simples *humanos* não teriam como conseguir.

¹⁷⁰ Coelho, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, p. 13.

2. AS TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO

Reconhecidamente, foi o trabalho de ROLF SERICK o responsável pelo desenvolvimento e sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico.

Segundo CALIXTO SALOMÃO FILHO¹⁷¹, o mencionado jurista alemão adota um conceito unitário de desconsideração, ligado a uma visão unitária da pessoa jurídica como ente dotado de essência pré-jurídica, se contrapondo e, muitas vezes, se sobrepondo ao valor específico de cada norma. O unitarismo de ROLF SERICK revela-se também em outro plano: a não distinção entre tipos de pessoa jurídica com relação à organização interna, motivo pelo qual não vê nenhum motivo que justifique tratamento diferenciado para a sociedade unipessoal.

Dentro da teoria unitária da desconsideração, pode-se identificar, ainda, dois outros subgrupos, segundo o modo de justificação da *disregard doctrine*.

O primeiro grupo tenta justificar a desconsideração sob um ponto de vista objetivo-institucional, utilizando-se de critérios quase sempre de difícil determinação, tais como a utilização contrária aos estatutos, aos objetivos da pessoa jurídica e à função.

A segunda corrente, da qual faz parte o próprio ROLF SERICK, justifica a desconsideração a partir da identificação do elemento intencional na utilização fraudulenta da forma societária.

Para FRANCESCO GALGANO¹⁷², jurista que também se coaduna a essa corrente, a limitação da responsabilidade dos sócios *é un attributo tipico, ma non indispensabile della personalità giuridica*. O mau uso desse atributo pelos sócios, acarreta a responsabilidade pelos débitos da sociedade:

¹⁷¹ Salomão Filho, Calixto. *O Novo ...*, p. 79.

¹⁷² Galgano, Francesco. *Delle Persone Giuridiche*, pp. 40-42 e 45.

“La responsabilità del socio ‘tiranno’ non deriva, insomma, dalla qualità di socio, ma si riporta ad un titolo diverso da tale qualità; ne la sua ‘tirannia’ è, in sè, considerata, il presupposto della responsabilità ilimitata... I debiti della persona giuridica sono, al contrario, debiti delle persone fisiche dei membri; e tali essi non sono per una finzione, da utilizzare in particolari circostanze quale strumento per la repressione di abusi: tali essi sono in via di principio ed indipendentemente dalla ricorrenza delle situazioni cui reagiscono le dottrine del disregard e del Durchgriff.”

E arremata¹⁷³:

“Nessun ‘velo’ o ‘schermo’ si oppone, allora, alla repressione dell’abuso, da parte dei membri del gruppo, dei benefici derivanti dal riconoscimento della personalità giuridica. Non si dovranno, per sventare l’abuso, ‘squarciare veli’ o ‘perforare schermi’: si dovranno, invece, individuare i presupposti d’applicazione di quella speciale disciplina che il legislatore concede al gruppo con il riconoscergli la personalità giuridica e si disapplicherà questa disciplina speciale, restituendo vigore al diritto comune, quando si sia constatato che quei presupposti d’applicazione sono venuti meno... Di fronte a tali norme si manifestano, con tutta evidenza, i limiti della tradizionale concezione della persona giuridica, quale soggetto di diritto distinto dalle persone dei membri.”

Ressalta CALIXTO SALOMÃO FILHO¹⁷⁴ que a aceitação integral da teoria unitarista traz duas implicações necessárias, quais sejam, *admitir a desconsideração apenas para atribuir responsabilidade a sujeito diverso do*

¹⁷³ Galgano, Francesco. *Op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁷⁴ Salomão Filho, Calixto. *O Novo...*, p. 81.

devedor, e admitir a desconsideração, como evento excepcional que é, em caso de insolvência, não impontualidade, do devedor.

Nesse ponto cumpre destacar que a desconsideração da personalidade jurídica é inadmissível nos casos de falência do empresário. Desconsideração e falência são conceitos antinômicos. A desconsideração, além de permitir a continuidade das atividades da empresa, aplica-se caso a caso. Já a falência interrompe as atividades empresariais, além de se aplicar a todos os credores da sociedade.

A teoria dos centros de imputação, corrente atualmente dominante na Alemanha, também conhecida por “teoria anti-unitária”, surgiu no final da década de cinqüenta como crítica ao trabalho de ROLF SERICK, sendo o professor MÜLLER-FREIENFELS o seu principal defensor.

Em seu trabalho, MÜLLER-FREIENFELS afirma que o esquema regra/exceção de ROLF SERICK erra ao ver na personificação jurídica, assim como na desconsideração, um fenômeno unitário. Respeitar ou não a separação patrimonial depende da análise da situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinada disciplina.¹⁷⁵

Para CALIXTO SALOMÃO FILHO¹⁷⁶ a teoria de MÜLLER-FREIENFELS, além de postular um maior pluralismo externo na aplicação diferenciada das normas, postula, também, um pluralismo interno, com uma avaliação diferenciada dos diversos tipos de sociedade. Defende, pois, um tratamento diferenciado das pessoas jurídicas segundo as diversas funções econômicas desempenhadas na sociedade.

Por fim, deve-se asseverar que a teoria anti-unitária transmite uma noção mais flexível da desconsideração, passando a prever, além das situações de fraude, situações em que a depender da importância e do objetivo da norma aplicável, é

¹⁷⁵ Salomão Filho, Calixto. *O Novo...*, p. 85.

¹⁷⁶ Salomão Filho, Calixto. *O Novo...*, p. 86.

conveniente desconsiderar a personalidade jurídica. A desconsideração não se trata apenas de uma reação a comportamentos fraudulentos, mas sim de uma técnica legislativa que permite valorar, de forma diferenciada, os diversos conjuntos normativos.

3. AS TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO NO BRASIL

Segundo FÁBIO ULHOA COELHO¹⁷⁷, existem, no direito brasileiro, duas teorias da desconsideração: a Teoria Maior e a Teoria Menor. A distância entre as duas teorias é tão grande que não se pode deixar de tomar a expressão “desconsideração”, no direito societário brasileiro, como ambígua. *Isto é, a palavra passou a ter dois significados diferentes (o maior e o menor), exigindo-se, no estudo da matéria, o cuidado de prévia definição do tema em exame.*

Deste modo, importante notar que, em consideração à observação de FÁBIO ULHOA COELHO¹⁷⁸, no presente estudo, quando se menciona a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sem qualquer especificação, está-se referindo à sua versão maior.

3.1. A TEORIA MAIOR

Trata-se, a Teoria Maior, de elaboração doutrinária recente, sendo ROLF SERICK o seu principal sistematizador.

Caracteriza-se por condicionar o afastamento momentâneo da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à comprovação expressa da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto, por seus membros. Em outras palavras, por seu

¹⁷⁷ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2*, p. 35.

¹⁷⁸ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2*, pp. 35-36.

intermédio o juiz poderá, de forma episódica, ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, com a finalidade de impedir a fraude e o abuso de direito praticados por meio delas.

Outro ponto importante que deve ser destacado é que a Teoria Maior diferencia, com clareza, a desconsideração da personalidade jurídica dos outros institutos jurídicos que também buscam a afetação do patrimônio do sócio por obrigação da sociedade, por exemplo, extensão da responsabilidade tributária do administrador e responsabilização por atos de má gestão.

Conforme mencionado no item 1, deste capítulo, ROLF SERICK buscou definir os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas fixando quatro princípios básicos: a) caso a pessoa jurídica venha a proceder de forma abusiva, o magistrado poderá, para impedir a realização do ato ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre o patrimônio do sócio e o da pessoa jurídica; b) a simples insatisfação do credor não poderá justificar a desconsideração da pessoa jurídica; c) as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela, serão aplicadas à pessoa jurídica; d) as partes não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes.¹⁷⁹

Neste ponto, cumpre esclarecer que para ROLF SERICK¹⁸⁰ o abuso da forma se evidencia quando a utilização da pessoa jurídica visa a frustrar a aplicação da lei, ou, ainda, perseguir objetivos fraudulentos:

“La nostra ricerca ha mostrato che la forma della persona giuridica può essere disconosciuta in due gruppi di casi: in primo luogo quando di essa si abusa per il perseguimento di fini fraudolenti ed in secondo luogo quando ciò è necessario per

¹⁷⁹ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, p. 36.

¹⁸⁰ Serick, Rolf. *Op. cit.*, p. 275.

render applicabili alla persona giuridica determinate norme. In entrambi i casi si fa riferimento al substrato personale o reale della persona giuridica, nel primo per sventare l'abuso, nel secondo per applicare alla persona giuridica una norma quando la sua 'ratio'lo esiga”

Percebe-se, assim, que segundo a Teoria Maior, o uso fraudulento ou abusivo do instituto da pessoa jurídica é que autoriza o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária. Trata-se, portanto, de formulação subjetiva, que oferece importância à intenção do administrador de frustrar interesse legítimo de credor.

Entretanto, são inegáveis as dificuldades que a formulação subjetiva encontra no campo das provas, impondo ao credor, muitas vezes, provar intenções subjetivas do devedor, implicando na impossibilidade de acesso ao próprio direito. Assim, com a finalidade de facilitar a proteção de alguns direitos, a ordem jurídica, assim como a doutrina, preocupou-se em estabelecer presunções ou inversões do *onus probandi*.

FÁBIO KONDER COMPARATO¹⁸¹, por exemplo, ciente de tal dificuldade, propôs a formulação objetiva no campo da teoria da desconsideração, fundamentando-se na confusão patrimonial.

Caso haja um relacionamento promíscuo entre os sócios e a empresa, demonstrado por meio da escrituração contábil, da movimentação de contas de depósito bancário, ou mesmo pela simples existência de bens da sociedade em nome dos sócios, e vice-versa, resta comprovada a confusão patrimonial entre a sociedade e os sócios, devendo a justiça desconsiderar a personalidade jurídica para impedir a tentativa de fraude aos credores.

A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a aplicação da *disregard doctrine*. E facilmente se

¹⁸¹ Comparato, Fábio Konder. *O Poder...*, p. 283.

compreende tal posição uma vez que, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, ou sócio, que é o maior interessado na manutenção e preservação desse princípio, descumpre-o na prática, não há motivo para o magistrado continuar a respeitá-lo, transformando-o numa regra puramente unilateral.¹⁸²

Ao julgar a validade de uma penhora em bens encontrados na residência do sócio controlador de uma empresa, que este alegava serem de sua propriedade, o Tribunal de Alçada de São Paulo declarou existir completa confusão patrimonial entre a pessoa física do sócio com a pessoa jurídica da empresa, resultando em flagrante prejuízo para quem contratou com a empresa.

O Relator, Desembargador Edgard de Moura Bittencourt¹⁸³, assim concluiu:

“A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito.”

De modo sintético, pode-se afirmar que para a formulação subjetiva, os elementos ensejadores da desconsideração da personalidade jurídica são o abuso de direito e a fraude à lei. Já para a formulação objetiva o elemento causador é a confusão patrimonial. A diferença entre essas duas “correntes” diz respeito à facilitação da produção de prova em juízo.

Nessa linha, FÁBIO ULHOA COELHO¹⁸⁴:

“a formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada como critério para circunscrever a moldura de

¹⁸² Comparato, Fábio Konder. *O Poder...*, pp. 343-344.

¹⁸³ Recurso – Apelação – Embargos de Terceiro nº 9.247. Apelante Saraiva S/A e Apelado Hospital do Coração de Jesus S/A, *in* Revista dos Tribunais, volume 238, pp. 393-394.

¹⁸⁴ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, p. 44.

situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é a mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na produção de prova pelo demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e o de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude”.

Frise-se, apenas, que a confusão patrimonial não pode servir como o único elemento de convicção do julgador para deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade descumpridora dos seus fins sociais. Nem todas as fraudes acontecem via confusão patrimonial.

Ressalte-se que a Teoria Maior não vai de encontro à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia patrimonial. Em verdade, a *disregard doctrine* contribui para o aprimoramento do instituto da pessoa jurídica, a partir do momento em que disciplina e fiscaliza a sua correta utilização.

Nesse ponto, importante ressalva é feita por FÁBIO ULHOA COELHO¹⁸⁵:

“Note-se, a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficácia desse ato. Quer dizer, a constituição da pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os outros fins”.

¹⁸⁵ Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. *Op. cit.*, p. 40.

Por fim, cumpre mencionar a possibilidade de se desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigações do sócio. Nesses casos, a pessoa física transfere todo o seu patrimônio para a pessoa jurídica, da qual é controladora, e continua deles usufruindo, como se fossem seus próprios bens. Logo, na ausência de patrimônio pessoal do sócio, o credor da pessoa física poderá demandar a pessoa jurídica para que esta possa satisfazer a dívida da pessoa física do seu controlador.

3.1.1. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

O princípio da autonomia patrimonial se reveste de grande importância para a economia capitalista. É, por sua razão, que os grandes empreendedores continuam a investir em novos negócios, gerando empregos e renda para toda a sociedade.

Caso o direito deixasse de oferecer instrumentos de garantia para os empreendedores, limitando a responsabilidade patrimonial, muitos empreendedores deixariam de se lançar em novos negócios, evitando colocar em risco todo o seu patrimônio pessoal. Seria mais fácil e seguro investir o capital em negócios que pudessem oferecer uma taxa de retorno mais rápida e segura, como, por exemplo, investindo no mercado financeiro.

Para FÁBIO ULHOA COELHO¹⁸⁶, o *princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno do investimento.*

Esse é o verdadeiro sentido desse princípio. Somente se pode falar em desconsideração da personalidade jurídica para coibir a fraude e o abuso de direito perpetrados pelo empresário, utilizando-se do princípio da autonomia patrimonial.

¹⁸⁶ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, p. 38.

Ou seja, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um credor não pode satisfazer um crédito que titulariza.

FÁBIO ULHOA COELHO¹⁸⁷, advertindo de que a *disregard doctrine* não põe em dúvida o princípio da autonomia patrimonial, afirma que:

“A teoria da desconsideração da pessoa jurídica (ou do superamento da personalidade jurídica) não questiona o princípio da autonomia patrimonial que continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, através da coibição do mau uso de seus fundamentos. Assim, a pessoa jurídica desconsiderada não é extinta, liquidada ou dissolvida pela desconsideração; não é, igualmente, invalidada ou desfeita. Apenas determinados efeitos de seus atos constitutivos deixam de se produzir episodicamente.”

Finalmente, cumpre registrar que a *disregard doctrine* deve ser aplicada, apenas, quando a pessoa jurídica representar um obstáculo intransponível à justa composição dos interesses. Se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não se pode aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3.1.2. FRAUDE E O ABUSO DE DIREITO

Evitando fugir da omissão, não poderia faltar neste trabalho, mesmo que realizado de forma resumida, uma pequena amostra dos conceitos de fraude à lei e do abuso de direito, imprescindíveis em qualquer estudo sobre a *disregard doctrine*.

¹⁸⁷ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, volume 1*, p. 242.

No que se refere ao conceito de fraude, segundo CLÓVIS BEVILÁQUA¹⁸⁸ o direito romano vacilava ao empregar o vocábulo fraude, aplicando-o tanto como sinônimo de simulação, como nos casos de arдил ou embuste. Esse autor, valendo-se dos ensinamentos de TEIXEIRA DE FREITAS, que acentuou a distinção entre as duas situações acima mencionadas, assim fixou a noção de fraude:

*“Fraude é o artifício malicioso para prejudicar terceiro, de persona ad personam... O que caracteriza a fraude são a má fé e o animo de prejudicar terceiro. O primeiro elemento aproxima-a do dolo e o segundo delle a distingue. O dolo praticado por um dos agentes ou por terceiro, visa induzir em erro o outro agente; na fraude, não é nenhuma das partes que se pretende enganar, podem ambas estar de accôrdo. O dolo vicia o acto, na sua formação, em virtude de erro, em que, intencionalmente, se fez cair o agente; na fraude, o acto é psicologicamente, perfeito; macula-o, porém, o intuito immoral; *fraus non in consilio sed in eventu*. Também não se confunde a fraude com a simulação maliciosa, porque, na simulação fraudulenta, as partes realizam aparentemente um acto, que não tinham de partidar, e, na fraude, o acto é verdadeiro, mas realizado para prejudicar terceiro ou illudir disposição de lei.”*

Para ELIZABETH CRISTINA CAMPOS MARTINS DE FREITAS¹⁸⁹, entende-se como requisitos da fraude: a má-fé, ou malícia do devedor, e a intenção de gerar um prejuízo a outrem. O credor é impedido de usufruir a garantia geral que deveria encontrar no patrimônio do devedor. A autora, nessa mesma linha, acrescenta ainda que na conceituação de fraude não há como deixar de salientar a relevância do prejuízo. Mesmo os que desvinculam a noção de fraude da de prejuízo, ao conceituar a fraude, admitem a influência que o prejuízo exerce na definição de fraude.

¹⁸⁸ Beviláqua, Clóvis. *Theoria ...*, pp. 290-291.

¹⁸⁹ Freitas, Elisabeth Cristina Campos Martins de. *Op. cit.*, p. 223.

SÍLVIO RODRIGUES¹⁹⁰, assim define o conceito de fraude:

“Age com fraude à lei a pessoa que, para burlar princípio cogente, usa de procedimento aparentemente lícito. Ela altera deliberadamente a situação de fato em que se encontra, para fugir à incidência da norma. O sujeito se coloca simuladamente em uma situação em que a lei não o atinge, procurando livrar-se dos seus efeitos.”

Já a teoria do abuso de direito é um dos aspectos da responsabilidade civil por ato próprio que mais controvérsias suscita, justamente por situar-se numa linha muito tênue entre o exercício regular de um direito e o exercício abusivo deste mesmo direito.

CLÓVIS BEVILÁQUA¹⁹¹, apesar de não ter incluído, em seu projeto ao Código Civil de 1916, qualquer dispositivo que, de maneira clara e incontestável, dissesse respeito à teoria do abuso de direito, defendia a tese das limitações impostas ao exercício regular de um direito:

“Exercício de um direito é a sua utilização, isto é, a realização do poder, que elle contém, o gozo das vantagens, que elle oferece. No exercício do nosso direito, desde que não transponhamos o círculo de acção, que elle nos traça, devemos ser garantidos pela ordem jurídica. Há, entretanto, limitações, que essa mesma ordem impõe ao exercício do nosso direito, como sejam, por exemplo, as que são estabelecidas para o direito de propriedade immóvel em attenção às necessidades publicas, ou ao interesse dos vizinhos”.

¹⁹⁰ Rodrigues, Sílvio. *Op. cit.*, p. 226.

¹⁹¹ Beviláqua, Clóvis. *Theoria...*, p. 341.

Em seu Código Civil Comentado, reforçando tal posição, CLÓVIS BEVILÁQUA¹⁹² afirmava que:

Estatui o art. 160, inciso I, que não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido. A contrário sensu, o praticado em exercício não regular de um direito, é ilícito... O exercício anormal do direito é abusivo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral.

É fato indiscutível que não havia “norma expressa” sobre o abuso de direito no Código Civil de 1916¹⁹³. Entretanto, boa parte da doutrina brasileira, seguindo a linha de CLÓVIS BEVILÁQUA, afirma que a matéria sempre esteve contemplada no ordenamento jurídico nacional.

De acordo com o quanto disposto no artigo 160, do Código Civil de 1916, os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, não seriam considerados atos ilícitos. Logo, restaria evidenciado que os atos praticados em dissonância com aqueles preceitos poderiam ser enquadrados como atos abusivos e passíveis de indenização, se produzissem dano a terceiros.

Essa é a linha de entendimento delineada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁹⁴, escrita ainda sob a égide do Código Civil de 1916:

“No Código brasileiro não existe, e nem nas leis posteriores, enunciada uma regra consagradora da teoria do abuso de direito, tal como vem consignado no art. 226 do B.G.B. ou no art. 2º do suíço, e nem mesmo uma fórmula controvertida como a do discutido dispositivo do código da N.E.P. Não faltou, entretanto, quem a visse no art. 160 do Código Civil, por uma

¹⁹² Beviláqua, Clóvis. *Código Civil ...*, pp. 347-348.

¹⁹³ Naves, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Abuso no Exercício do Direito*, p. 195.

¹⁹⁴ Pereira, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 431.

interpretação contrario sensu, sob o argumento de que, se não é ato ilícito o dano causado no exercício regular de um direito, é abusivo o exercício irregular.”

PAULO GUSMÃO DOURADO¹⁹⁵, ressaltando que a utilização do direito sempre causa um prejuízo a alguém, assevera que:

“Entretanto, há os prejuízos anormais produzido pelo uso anormal do direito. Tal ocorre, de modo muito amplo, quando o titular usa o direito com o fim exclusivo de causar prejuízo a outrem, sem obter qualquer vantagem ou utilidade, bem como quando o exerce de má-fé.”

Segundo WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA¹⁹⁶, socorrendo-se dos ensinamentos do jurista francês JOSSERAND, as limitações ao exercício regular de um direito, podem assim ser classificadas:

"Temos, portanto, a seguinte escala das limitações ao exercício dos direitos: os atos ilegais, que violam os limites objetivos do direito, que infringem a letra da lei; os atos abusivos, que não violam a letra da lei, mas violam o seu espírito, a finalidade da instituição, transpondo seus limites subjetivos; os atos excessivos, exercidos nos termos da lei e dentro do espírito da instituição, mas que provocam prejuízos excepcionais a terceiros, acarretando responsabilidade puramente objetiva, sem atenção ao requisito da culpa."

Para SÍLVIO RODRIGUES¹⁹⁷, também se utilizando do mestre francês JOSSERAND, existe abuso de direito sempre que o seu exercício não seja efetuado de acordo com a finalidade social para o qual foi conferido:

¹⁹⁵ Gusmão, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*, p. 273.

¹⁹⁶ Batalha, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito (Filosofia, História e Ciência do Direito)*, volume 2, p. 856

¹⁹⁷ Rodrigues, Sílvio. *Op. cit.*, p. 314.

“Há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição”.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO¹⁹⁸ observa que a teoria do abuso de direito representa um limite genérico ao exercício de direitos subjetivos, evitando que os titulares desses direitos cometam excessos, ao usar, ou não usar, estes mesmos direitos:

“El denominado ‘abuso del derecho’, según la generalidad de los juristas, opera como un límite impuesto al ejercicio del derecho subjetivo. La convicción de establecer un límite a los derechos subjetivos nace de la necesidad de proteger a los ‘otros’, con quienes entra en relación el titular de tales derechos, de actitudes egoístas y antisociales, descritas como ‘anormales’ o ‘irregulares’. Se trata de evitar que el titular de un derecho subjetivo cometa excesos al actuar sus derechos, o al non usarlos, que agravién intereses ajenos dignos de tutela jurídica, a pesar de la no existencia de una expresa norma que determine tal protección.”

Acrescenta, ainda, que os direitos protegidos nos casos de utilização abusiva de um direito, não são os interesses humanos reconhecidos expressamente pela lei, mas, sim, aqueles que não estão tutelados por norma jurídica específica, sendo que sua proteção é realizada diretamente pelo próprio magistrado, utilizando-se do princípio geral que considera o abuso de direito um ato ilícito *sui generis*¹⁹⁹:

“Debemos subrayar, en consecuencia, que lo susceptible de lesión o agravio en el caso de uso abusivo de un derecho no

¹⁹⁸ Sessarego, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*, pp. 21-22.

¹⁹⁹ Sessarego, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 22.

son aquellos intereses humanos que la ley reconoce expresamente y protege directamente a través de derechos subjetivos perfectos. Tratándose del abuso del derecho, por el contrario, lo que es objeto de lesión son intereses que no están tutelados por norma jurídica específica, sino que su protección se realiza por el juez sobre la base del principio general que considera acto ilícito sui generis el denominado abuso del derecho.”

RUI STOCO²⁰⁰ sugere, ainda, que para melhor compreensão da matéria, sejam realizados três questionamentos:

“a) se é possível admitir que a ordem jurídica reprima o exercício abusivo do direito; b) até onde será possível estabelecer que o exercício do direito pelo seu titular pode ser considerado passível de repressão ou ressarcimento; c) se a teoria do abuso de direito é um aspecto particular da repressão ao ato ilícito ou se deve ser tratada como instituto autônomo.”

Atendendo a tais circunstâncias e à necessidade de conter o sujeito da relação jurídica nos lindes morais de seu exercício²⁰¹, o Código Civil de 2002 fez expressa menção ao abuso de direito ao preceituar, em seu artigo 187, que *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*, restando expressamente condenado o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo.

Cumprе acrescentar que diversas normas esparsas tratam explicitamente da matéria, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Antitruste, que prevêm a desconsideração da personalidade jurídica por abuso de direito.

²⁰⁰ Stoco, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 604.

²⁰¹ Pereira, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 431.

Desse modo, percebe-se que a legislação brasileira está cada vez mais atenta à necessidade de se prestigiar o exercício regular de um direito, buscando frear o ímpeto daqueles que venham a fazer uso anormal de seus direitos, principalmente os que se utilizam do instituto da pessoa jurídica para causar danos a terceiros.

Para finalizar, interessante é a posição adotada por PEDRO BAPTISTA MARTINS²⁰², ao comentar a forma como o juiz deverá proceder ao se deparar com um caso de exercício irregular de direito:

“O juiz não precisa mergulhar no pélogo das intenções humanas para responsabilizar o titular de um direito pelos danos produzidos pelo seu exercício irregular, antifuncional ou imoderado. Só as circunstâncias que envolvem o ato caem sob o controle da inspeção judiciária, que deve deter-se no fenômeno, na realidade tangível, no fato material e objetivo.”

3.2. A TEORIA MENOR

A Teoria Menor justifica a desconsideração da pessoa jurídica em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, condicionando o afastamento do princípio da autonomia patrimonial à simples insatisfação pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, atribuindo a este, pois, a obrigação da pessoa jurídica.

Segundo FÁBIO ULHOA COELHO²⁰³, a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica reflete a crise do princípio da autonomia patrimonial, *justificando a sua aplicação na simples inexistência de crédito pela sociedade para pagamento dos seus débitos, em razão da insolvabilidade ou falência desta.*

²⁰² Martins, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 170.

²⁰³ Coelho. Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2*, p. 46.

De acordo com supramencionada teoria, se a pessoa jurídica é destituída de patrimônio, mas o seu sócio é solvente, deve-se, de imediato, responsabilizá-lo pelas dívidas da sociedade, independentemente da comprovação de utilização fraudulenta do instituto, ou abuso de forma. Do mesmo modo, pouco interessa a natureza negocial ou não negocial do direito de crédito oposto à sociedade.

FÁBIO ULHOA COELHO²⁰⁴ adverte, ainda, que os magistrados que adotam a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, resolvem, de forma simplificada os aspectos, processuais de sua aplicação, desconsiderando, inclusive, o quanto disposto no art. 5º, inciso v, da Constituição Federal de 1988:

“Para os juízes que adotam a teoria menor da desconsideração, como o desprezo da forma da pessoa jurídica depende, para eles, apenas da insolvabilidade desta, ou seja, da mera insatisfação de crédito perante ela titularizado, a discussão dos aspectos processuais é, por evidente, mais simplista. Por despacho no processo de execução, esses juízes determinam a penhora de bens de sócio ou administrador e consideram os eventuais embargos de terceiro o local apropriado para apreciar a defesa deste. Como não participaram da lide durante o processo de conhecimento e não podem rediscutir a matéria alcançada pela coisa julgada, acabam os embargantes sendo responsabilizados sem o devido processo legal, em claro desrespeito aos seus direitos subjetivos constitucionais.”

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Escola de Chicago nasce nos anos 50, com os estudos do economista AARON DIRECTOR. Seus trabalhos se resumiam à aplicação, ainda bastante simplificada, da *price theory* ao direito antitruste, em uma época na qual os estudos

²⁰⁴ Coelho. Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, volume 2*, p. 56.

a respeito desta matéria eram meramente assistemáticos e descritivos²⁰⁵. A partir de então, começa a se desenvolver um modelo de interpretação do direito que ficou conhecido como análise econômica do direito, ganhando grande prestígio entre os economistas da *common law*.

CALIXTO SALOMÃO FILHO²⁰⁶ assevera que a análise econômica do direito nasce exatamente do direito antitruste, onde a conjugação do instrumento analítico econômico, do instrumental jurídico valorativo e sistematizador é indispensável, permanecendo, por longo tempo, restrita a este campo.

A Escola de Chicago defendia a tese de que a análise econômica do direito possuía o critério indicativo da regra jurídica mais adequada para a sociedade²⁰⁷:

“De forma muito simplificada (e, portanto, necessariamente imperfeita), pode-se dizer que o postulado básico de que parte a Escola de Chicago – e que sustenta toda a sua crença na análise econômica do direito como critério indicativo da regra jurídica mais adequada para a sociedade – é que toda regra jurídica (ou interpretação de regra jurídica) que impeça ou dificulte transações privadas em que a vantagem dos beneficiados é maior que a perda dos prejudicados é ineficiente e deve ser removida. Isso porque a sociedade ideal, eficiente, é aquela que atinge estado de equilíbrio em que a vantagem dos beneficiados é idêntica à perda dos onerados.”

No início dos anos sessenta esse modelo de interpretação do direito foi aprimorado, especialmente com a publicação dos artigos de RONALD H. COASE, *The Problem of Social Cost*, e de GUIDO CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, quando nasce a chamada nova análise econômica do direito, primeiramente no campo dos ilícitos civis, expandindo-se posteriormente

²⁰⁵ Salomão Filho, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*, p. 22.

²⁰⁶ Salomão Filho, Calixto. *Direito Concorrencial...*, p. 30.

²⁰⁷ Salomão Filho, Calixto. *Direito Concorrencial...*, pp. 30-31.

para o direito contratual e societário, incluindo, atualmente, quase todas as áreas do direito, inclusive penal e constitucional²⁰⁸:

“However, the hallmark of the new law and economics – the law and economics has emerged since 1960 – is the application of economics to the legal system across the board: to common law fields such as torts, contracts, restitution, and property; to the theory and practice of punishment; to civil, criminal and administrative procedure; to the theory of legislation and regulation; to law enforcement and judicial administration; and even to constitutional law, primitive law, admiralty law, family law, and jurisprudence.”

ROBERT COOTER²⁰⁹ afirma que RONALD COASE, partindo de exemplos concretos do cotidiano da vida comum, trouxe à tona o confronto de duas poderosas correntes, a da teoria econômica das externalidades e a da tradição da *common law* a respeito do ilícito civil, permanecendo, até os dias atuais, tais discussões:

“The publication of “The Problem of Social Cost” in 1960 by Ronald Coase brought together two powerful intellectual currents, namely, the economic theory of externalities and the common-law tradition concerning torts and nuisance. The sea is fertile but rough where two ocean currents meet, and the same can be said of the disputes provoked by Coase. Coase developed his argument through a series of concrete examples, such as the rancher and the farmer, the railroad sparks and the corn crops, etc. He steadfastly refused to articulate the general truths underlying the examples; for example, the famous “Coase theorem” is abstracted from the paper but not stated in it. After

²⁰⁸ Posner, Richard A. *Economics Analysis of Law*, p. 23.

²⁰⁹ Cooter, Robert. *The Cost of Coase, In Economic Analysis of the Law – Selected Readings*, p. 14.

two decades of debate the generalizations underlying the examples are still disputed.”

De forma simplificada, RONALD H. COASE²¹⁰ entendia que o papel do direito deverá ser o de reduzir os custos da transação que as pessoas gastam para chegar a um acordo, maximizando o valor da produção.

Para RONALD H. COASE²¹¹ os Tribunais da *common law* inventaram regras que promoveram uma eficiente alocação de recursos, demonstrando, de fato, maior visão econômica do que muitos economistas profissionais. Saliencia, ainda, que os problemas jurídicos não podem ser analisados de forma isolada, fora do contexto integral dos problemas da sociedade:

“Nevertheless, it is clear from a cursory study that the courts have often recognized the economic implications of their decisions and are aware (as many economists are not) of the reciprocal nature of the problem. Furthermore, from time to time, they take these economic implications into account, along with other factors, in arriving at their decisions.”

Acrescenta, ainda, que os juízes da *common law*, ao decidirem em alguns processos individuais, buscam analisar não só o que pode ser ganho, mas, também, o que pode ser perdido²¹²:

“And in the reports of individual cases, it is clear that the judges have had in mind what would be lost as well as what would be gained in deciding whether to grant an injunction or award damages.”

²¹⁰ Coase, Ronald H. *The firm, the market and the law – The problem of social cost*, p. 114.

²¹¹ Coase, Ronald H. *Op. cit.*, pp. 119-120.

²¹² Coase, Ronald H. *Op. cit.*, p. 121.

RICHARD A. POSNER, outro expoente da Escola de Chicago, em ensaio realizado no início da década de setenta, intitulado *Economics analysis of law*, apresenta um estudo ordenado da maioria dos setores do sistema jurídico americano desde a perspectiva da análise econômica.

Conforme salienta AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA²¹³, são dele as idéias de que as regras, os procedimentos e as instituições do common law promovem a eficiência, entendendo-se esta como a maximização da riqueza. Com Posner, a eficiência transforma-se em valor social máximo, equivalendo-se ao sentido de justiça.

RICHARD A. POSNER²¹⁴ desenvolveu os primeiros estudos sobre os custos da responsabilidade limitada e de sua desconsideração. Para ele, a responsabilidade limitada encontra a sua justificativa econômica no negócio jurídico realizado entre credor e sociedade. O credor assume o risco da responsabilidade limitada, ou da ausência de responsabilidade do devedor, exigindo uma contraprestação por isso, consistente na taxa de risco normalmente mais elevada:

“The shareholder's liability for corporate debts is limited to the value of his shares (limited liability). ... The corporate form enables an investor to make small equity investments, to reduce risk through diversification, and to liquidate his investment quickly and cheaply. ... Limited liability is a means not of eliminating the risks of entrepreneurial failure but of shifting them from individual investors to the voluntary and involuntary creditors of the corporation - it is they who bear the risk of corporate default. Creditors must be paid to bear this risk. ... First, he may be in a better position to appraise the risk. Compare the positions of the individual shareholder and of the bank that lends the corporation its working capital. It is cheaper for the bank to appraise the risk of a default than it would be for the shareholder. The bank is a specialist in risk appraisal. The

²¹³ Oliveira, Amanda Flavio de. *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*, p. 97.

shareholder may know little or nothing about the business in which he has invested and may face high information costs of finding out. Second, the shareholder is likely to be more risk averse than the bank. ... A bank is a corporation, and a corporation is likely to be less risk averse than an individual ... Without limited liability, the shareholder, even if he held a diversified portfolio, would not be protected against the risk that he might be forced to give up all his wealth to make good the debts of one or the corporations whose shares he owns. ... Third, the lender controls his exposure - his maximum exposure is the amount of the loan. The shareholder, if liable for the corporation's debts, could not control his exposure because he could not limit the amount of borrowing by the corporation."

Nessa mesma linha, SUSAN E. WOODWARD²¹⁵ afirma que a responsabilidade limitada reduz os custos de transação, uma vez que os credores reconhecem que os acionistas responderão apenas pelo que investiram na firma, ou seja, o patrimônio pessoal do acionista não será responsável pelo pagamento das dívidas contraídas pela sociedade. O credor, ao negociar com uma empresa de responsabilidade limitada, avalia os seus riscos, cobrando naturalmente por isso:

"Limited liability is a standard feature of virtually every corporation with publicly traded shares. Creditors of limited liability firms acknowledge that debts will be paid only from the assets of the firm itself. The shareholders are not personally liable for more than they have invested in the firm. When a firm limits liability, it does not eliminate risk, it merely reassigns it. The voluntary nature of the contracting (as opposed to tort) creditor's acknowledgement of limited liability implies that the creditor assesses the risk of lending to a limited liability organization, and charges accordingly for bearing that risk."

²¹⁴ Posner, Richard. A. *Economics ...*, pp. 410-411.

²¹⁵ Woodward, Susan E. *Limited Liability in the Theory of the Firm – In Selected Readings*, p. 153.

RICHARD A. POSNER²¹⁶ apresenta, ainda, uma visão bastante interessante no que se refere à figura do magistrado e sua conseqüente atuação jurisdicional:

“Since 1971, however, in a series of studies that is now quite extensive, I and others have examined the hypothesis that the common law is best explained as if the judges were trying to maximize economic welfare. The hypothesis is not that the judges can or do duplicate the results of competitive markets, but that within the limits set by the costs of administering the legal system (costs that must be taken into account in any effort to promote efficiency through legal rules), common law adjudication brings the economic system closer to the results that would be produced by effective competition - a free market operating without significant externality, monopoly, or information problems.”

Percebe-se que para os partidários da análise econômica do direito, o judiciário, quando do julgamento dos processos, não pode se ater exclusivamente ao que postulam as partes em juízo. A sentença deverá levar em consideração a possível contribuição no sentido de evitar novos casos semelhantes, gerando, pois, redução nos custos e uma atitude de prevenção. A questão definitiva que deverá orientar o julgador ao proferir a decisão sempre deverá ser direcionada à maximização da eficiência.

Nesse sentido, pondera ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO²¹⁷:

“A análise econômica tende a provocar um deslocamento do centro da Teoria do Direito – então pautado pela busca da justiça – para a persecução de resultados economicamente eficientes. Alega-se ser o conceito de justiça, como o de equidade, extremamente subjetivo – vale dizer, existem tantos

²¹⁶ Posner, Richard A. *The Economics of Justice*, pp. 04-05.

²¹⁷ Nusdeo, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*, p. 178.

conceitos quanto intérpretes forem ouvidos – enquanto o de eficiência é objetivo.”

Do estudo da análise econômica do direito, nota-se que esta traz importante reflexão sobre a limitação da autonomia da pessoa jurídica, qual seja, quando o direito atribuiu personalidade jurídica a uma sociedade ele reduz os custos de transação. Se a lei não estabelecer esta limitação, em cada contrato em que a sociedade for devedora, será preciso negociar a limitação da responsabilidade de cada sócio. Logo como a lei já prevê tal limitação, há uma redução direta dos custos de transação.²¹⁸

Pode-se notar, ainda, que a proposta da Escola de Chicago, em relação à pessoa jurídica, é distinguir entre credores negociais e não negociais. Os primeiros são aqueles que em virtude da sua posição negocial, têm condição de transacionar o risco do negócio, como por exemplo, os bancos. Os últimos são aqueles que não possuem a menor condição de negociar a condição de risco do negócio, servindo a título de exemplo o trabalhador comum²¹⁹.

Nessa linha FÁBIO ULHOA COELHO²²⁰:

“Richard Posner, expoente da análise econômica do direito, considera a personificação das sociedades comerciais um standard contract. Quer dizer, se os empreendedores, para resguardar seus patrimônios particulares dos riscos inerentes à atividade econômica, não dispusessem do mecanismo de constituição de uma sociedade, como pessoa jurídica autônoma, teriam de negociar, pontual e renovadamente, a limitação de suas responsabilidades com cada credor. Isso aumentaria os custos de transação e poderia comprometer a eficiência econômica. Ao preceituar a irresponsabilidade dos

²¹⁸ Posner, Richard A. *Economics ...*, pp. 410-411

²¹⁹ Posner, Richard A. *Economics ...*, pp. 410-411.

²²⁰ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2, pp. 21-22.

sócios pelas obrigações da sociedade (ou a sua limitação), o direito estaria, segundo essa visão, como que criando uma cláusula geral de contrato, inerente às negociações entabuladas com a pessoa jurídica.”

E acrescenta:

“Claro está que, desse modo de ver a personalização das sociedades empresárias, não se pode afastar a responsabilidade dos sócios, perante credores, por obrigações não negociáveis (involuntary creditors), como, por exemplo, os titulares de direito à indenização por ato ilícito. De fato, se a personificação das sociedades comerciais é uma cláusula geral de contrato, credores que não tiveram a oportunidade de negociar a extensão do crédito não manifestaram nenhuma anuência em relação a ela.”

ANA CAROLINE SANTOS CEOLIN²²¹ apresenta importante definição de obrigação negociável e não-negociável:

“Tem-se, pois, uma obrigação negociável quando for possível ao terceiro contratante exigir garantias e estipular condições, antes de estabelecer um vínculo obrigacional com a sociedade. Se, ao contrário, não se lhe franqueia a prerrogativa de negociar previamente, por expressa vedação legal, então, configurada estará a obrigação não-negociável.”

A citada autora afirma, ainda, que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar improcedentes os embargos opostos pelo sócio da sociedade executada, condenada ao pagamento de indenização por acidente automobilístico a que deu causa um dos seus prepostos ressaltou essa distinção para efeito de se limitar a

²²¹ Ceolin, Ana Caroline Santos. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica*, p. 96.

responsabilidade dos sócios. Após observar que *quem opera comercialmente com uma sociedade limitada pode perquirir o montante do seu capital social e com aquela celebrar ou não negócios jurídicos*, o Tribunal aduziu que *o mesmo não se dá, entretanto, se a sociedade por seus sócios ou empregados pratica ato ilícito, pois*²²².

“À vítima do ato ilícito não é dada opção entre sofrer danos praticados por sociedade de responsabilidade ilimitada ou limitada. Simplesmente, sofre o dano e este há de ser reparado por quem o criou, diretamente (a sociedade) ou indiretamente, com sua constituição pelos respectivos sócios.”

E conclui argumentando que:

“A finalidade da lei ao instituir forma societária em que os sócios apenas respondam dentro de certo limite foi incentivar os investimentos em atividades produtivas, limitando os riscos das atividades negociais, vale dizer, dos atos lícitos de comércio.”

No campo do direito societário, por exemplo, os acionistas, cujos proveitos dependem da boa administração da empresa, experimentariam custos de monitoramento elevadíssimos se sua responsabilidade fosse ilimitada, arriscando – mesmo nos casos em que o investimento fosse pequeno – perder toda a sua economia.²²³

Deve-se destacar, ainda, que para WALFRIDO JORGE WARDE JUNIOR²²⁴ a análise econômica, além de ter surgido para identificar na relativização da eficiência da limitação da responsabilidade a justificativa da desconsideração da

²²² Ceolin, Ana Caroline Santos. *Op. cit.*, p. 97.

²²³ Posner, Richard A. *Economics ...*, pp. 423-426.

²²⁴ Warde Junior, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, pp. 136-137.

personalidade jurídica, tem, neste mesmo instituto, um veículo de compensação de custos externalizados pela limitação de responsabilidade:

“A análise econômica do direito, conforme se demonstrou no início deste capítulo, tem na desconsideração da personalidade jurídica um instrumento de compensação de custos externalizados pela limitação de responsabilidade. O fato é prova suficiente de que a disregard doctrine é resposta à crise da limitação da responsabilidade... O Law and Economics corrigiria – por sua capacidade analítica – a confusão dos primeiros momentos para identificar na relativização da eficiência da limitação da responsabilidade o fundamento da disregard doctrine.”

Cumprir registrar, ainda, que segundo ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO²²⁵, a crítica que se faz à análise econômica do direito diz respeito à própria validade da eficiência como fim a ser perseguido pela sociedade:

“A crítica mais fundamental, no entanto, diz respeito à validade da eficiência como objetivo a ser perseguido pela sociedade. Contrariamente, outros objetivos ou valores definidos pelo processo político devem ser promovidos pelo Direito independentemente de o montante das perdas incorridas pelos prejudicados ser superior ao ganho dos beneficiados. Por outro lado, entretanto, a análise econômica da eficiência de determinadas situações jurídicas tem um caráter instrumental bastante útil na definição não dos fins, mas dos meios a serem utilizados na consecução das finalidades previamente definidas, permitindo conhecer e avaliar os custos e benefícios de uma determinada medida jurídica.”

²²⁵ Nusdeo, Ana Maria de Oliveira. *Op. cit.*, pp. 178-179.

5. Direito Comparado

Esclarecidos os conceitos elementares da *disregard doctrine*, faz-se necessária uma exposição detalhada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em outros ordenamentos jurídicos, notadamente o inglês, americano, alemão, argentino e português.

Entretanto, antes de dar início à análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica nestes ordenamentos jurídicos, deve-se apontar que o direito para os juristas ingleses e americanos é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial, buscando sempre a justiça do caso concreto em exame, enquanto que os juristas da família romano-germânica, que não se satisfazem com as manifestações da jurisprudência, procuram, por conseguinte, elaborar fórmulas teóricas dotadas de alto grau de generalidade e abstração.

5.1. ESTADOS UNIDOS

O estudo da *disregard doctrine* teve grande desenvolvimento no Direito norte-americano, em razão do forte pragmatismo que inspira a jurisprudência local, bem como pela grande importância franqueada a *equity*.²²⁶

Segundo aponta FÁBIO KONDER COMPARATO²²⁷, *na jurisprudência norte-americana, onde a teoria da desconsideração se assentou por primeiro, as soluções têm sido casuísticas, na linha da influência da equity e de sua preocupação com a justiça do caso singular, tornando o juiz autêntico criador do direito (judge-made law).*

²²⁶ Segundo o dicionário Michaelis, o termo *equity* significa equidade, justiça ou igualdade.

²²⁷ Comparato, Fábio Konder. *O Poder...*, p. 283.

A *equity* encontra-se extremamente ligada a *disregard doctrine*, uma vez que ambas estão mais interessadas em alcançar o justo do que agir conforme os preceitos legais existentes. É a vontade de oferecer uma solução mais próxima da justiça que justifica a redução dos efeitos da personalidade jurídica.

Importante ressalva faz SUZY ELISABETH CAVALCANTE KOURY²²⁸ a respeito do sistema federativo norte-americano:

“É importante destacar, ainda, que falar do direito dos Estados Unidos, é falar dos direitos de cinqüenta Estados e do direito federal, visto que nesse país os Estados são entidades soberanas, com direitos próprios e leis de organização judiciária distintas. Por esse motivo, ao nos referirmos à aplicação da Disregard Doctrine nos Estados Unidos da América, deve-se ter em conta que procuramos estabelecer as linhas mais ou menos comuns do tema, fazendo-se necessário recorrer a obras específicas para saber-se como se comporta a jurisprudência de um determinado Estado.”

Outro ponto que merece ser destacado é que o âmbito de aplicação da *disregard doctrine* se restringe as *business corporations*²²⁹, não se aplicando às pessoas jurídicas de direito público e nem a todas as sociedades comerciais, pois

²²⁸ Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, pp. 98-99.

²²⁹ Legal entity, chartered by a state or the federal government, and separate and distinct from the persons who own it, giving rise to a jurist's remark that it has "neither a soul to damn nor a body to rick". Nonetheless, it is regarded by the courts as an artificial person; it may own property, incur debts, sue, or be sued. It has four chief distinguishing features: (1) limited liability (owners can lose only what they invest); (2) easy transfer of ownership through the sale of shares of stock; (3) continuity of existence; and (4) centralized management. Other factors helping to explain the popularity of the corporate form of organization are its ability to obtain capital through expanded ownership, and the shareholders' ability to profit from the growth of the business. Group of people organized to perform an activity, business, or industrial enterprise. Friedman, Jack P. *Dictionary of Business Terms*, p. 146.

existem, dentre estas, algumas que sequer são dotadas de personalidade jurídica, tais como as *partnerships*²³⁰, as *joint stock companies*²³¹ e as *joint ventures*²³².

As *business corporations* são entidades reconhecidas por intermédio de um ato do Estado, *self-incorporation*, correspondente no direito brasileiro ao reconhecimento da personalidade jurídica. No período colonial americano, a incorporação era reconhecida como um privilégio especial concedido pelo Estado.

Conforme afirma PIERO VERRUCOLI²³³, passado o período colonial, essa sistemática de concessão pelo Estado aos poucos foi ficando ultrapassada, quer por constituir-se em um abuso social, quer por significar um entrave à expansão das atividades empresariais, sendo superada pelo sistema de disposições normativas, adotado, primeiramente, pelo Estado de Nova Iorque, em 1811:

Ma con l'andare del tempo questo sistema della concessione rivelò ben presto i propri difetti, sia per il fatto di costituire una remora all'espansione ed allo sviluppo delle attività d'impresa, sia per i favoritismi e gli abusi cui se prestava... Lo Stato di New York viene considerato come pioniere nell'emanazione di una legge generale sulla incorporation: nel 1811, allo scopo di incoraggiare certe (ed invero importanti e diffuse) attività produttive, concesse the privilege of self-incorporation (o, secondo la nostra terminologia, adottò il sistema normativo) in

²³⁰ Organization of two or more persons who pool some or all of their money, abilities, and skill in a business and divide profit or loss in predetermined proportions. Partners are individually responsible for debts of the partnership. However, in a limited partnership, limited partners generally assume no monetary responsibility beyond the capital originally contributed. Death of a general partner will normally terminate the partnership. Friedman, Jack P. *Op. cit.*, p. 495.

²³¹ Form of business organization that combines features of a corporation and a partnership. Under US law, joint stock companies are recognized as corporations, but with unlimited liability for their stockholders. Friedman, Jack P. *Op. cit.*, p. 363.

²³² Agreement by two or more parties to work on a project together. A joint venture, which is usually limited to one project, differs from a partnership, which forms the basis for cooperation on many projects. Friedman, Jack P. *Op. cit.*, p. 363.

²³³ Verrucoli, Piero. *Op. cit.*, pp. 36-37.

favore delle organizzazioni collettive d'impresе svolgenti tali attività con un capitale non eccedente a \$ 100.000, per una durata limitata a 20 anni: era prevista inoltre la transferibilità delle azioni secondo le modalità fissate dagli statuti (by laws), e la limitazione di responsabilità dei soci 'to the extent of their respective shares of stock'".

Porém, percebe-se que a incorporação continuou a ser um privilégio, não mais de caráter discriminatório, e sim de caráter geral, o que conduziu PIERO VERRUCOLI²³⁴ a concluir:

"In definitiva, la incorporation è un privilegio, del quale non si può abusare; ma, finchè non ne viene commesso abuso, esso non può neppure essere revocato o modificato, con atto speciale od anche con leggi generali (ove di queste la Corte Suprema affermi la incostituzionalità) invocando la natura stessa del privilegio."

Assim, prontamente se percebe que ao se considerar a *self-incorporation* um privilégio, não se afasta o caráter episódico de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Mesmo no sistema judiciário americano, a *disregard doctrine* representa uma exceção, nunca uma regra geral.

Os doutrinadores e os tribunais americanos frequentemente se referem à *corporation* como *legal person* ou *legal unit*, ou seja, um simples instrumento legal para o desenvolvimento das atividades sociais. Consequentemente, essa configuração de incorporação favoreceu, e muito, a aplicação pelos Tribunais da *disregard doctrine*, como aponta PIERO VERRUCOLI²³⁵:

"É chiaro che in questa configurazione dela incorporation, cioè dll'attribuzione della personalità giuridica, si trova la base

²³⁴ Verrucoli, Piero. *Op. cit.*, p. 46.

²³⁵ Verrucoli, Piero. *Op. cit.*, p. 47.

fondamentale del disregarding the corporate entity: riposando la corporation su un privilegio, l'esistenza di questo può essere annullata, allorquando esso venga usato dagli interessati 'to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime', o comunque quando il suo riconoscimento possa provocare 'unjust or undesirable consequences inconsistent with the purpose of the concept or corporate personality'."

Deste modo, torna-se mais fácil perceber a razão pela qual a *disregard doctrine* teve um maior desenvolvimento e formação no direito norte-americano. Da mesma forma que se reconhece a separação da pessoa jurídica dos seus entes formadores, os Tribunais americanos ressaltam a relatividade da pessoa jurídica, ignorando-a sempre que tiver sido utilizada para fins contrários ou alheios aos consagrados pelo ordenamento jurídico.

ROLF SERICK²³⁶, referindo-se à decisão proferida pelo Tribunal americano no famoso caso *State v. Standard Oil Company*, confirma o quanto acima esposado:

"Il tribunale chiamato a giudicare riaffermò innanzi tutto il principio che una società deve essere di regola considerata nettamente distinta dai soci, ma aggiunse poi che ciò non può valere quando la società, sotto lo schermo offerto dalla forma sociale persegue scopi che contrastano con la 'public policy'."

Adverte SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY²³⁷ que apesar da *disregard doctrine* ser aplicável a todas as *business corporations*, ela é mais freqüentemente utilizada no campo das *close corporations*, semelhantes, no Brasil, às sociedades anônimas fechadas, e das *corporations* que apresentam um relacionamento de principal e subsidiária.

²³⁶ Serick, Rolf. *Op. cit.*, p. 100.

²³⁷ Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, p. 101.

Assim sendo, pode-se concluir que o forte pragmatismo existente nos tribunais dos Estados Unidos da América ofereceu farto campo para o intenso desenvolvimento da teoria da *disregard doctrine*. Pouco importa a inexistência de norma jurídica dispondo, expressamente, sobre a teoria da desconsideração. Caso o tribunal chegue à conclusão de ter sido a pessoa jurídica utilizada para fins ilícitos, restando devidamente comprovada a confusão patrimonial entre sociedade e sócio, aplica-se a desconsideração para responsabilizar pessoalmente o sócio.

Esse também é o entendimento de MARIA HELENA DINIZ²³⁸:

“Nos Estados Unidos essa doutrina só tem sido aplicada nas hipóteses de fraudes comprovadas, em que se utiliza a sociedade como mero instrumento ou simples agente do acionista controlador. Em tais casos de confusão do patrimônio da sociedade com o do acionista induzindo terceiros em erro, tem-se admitido a desconsideração, para responsabilizar pessoalmente o controlador.”

5.2. INGLATERRA

A história do direito societário inglês pode, convenientemente, ser dividida em três fases: a primeira, que tem início no período medieval e termina em 1720, quando da edição do *Bubble Act*; a segunda, que começa em 1720 e se finda em 1825, quando da extinção do *Bubble Act*; e a terceira que se inicia em 1825 e que perdura até os dias atuais.²³⁹

A primeira forma conhecida de associação existente no direito comercial inglês foi a *partnership*, que se assemelhava, no Brasil, à sociedade em nome coletivo. As corporações surgem em momento posterior, mais precisamente no

²³⁸ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito ...*, p. 173.

²³⁹ Verrucoli, Piero. *Op. cit.*, p. 19.

século XVI, sob o reinado da família real Tudor, em razão das necessidades de expansão comercial, principalmente o comércio d'além mar.

Segundo destaca JUAN M. DOBSON²⁴⁰, o reinado da família real Tudor se caracterizou por uma centralização crescente dos poderes reais, terminando por se estabelecer que a pessoa jurídica tão somente poderia ser criada por ato exclusivo do soberano. A personalidade corporativa era concedida, apenas, por intermédio de uma carta da coroa.

Logo em seguida, atendendo ao forte apelo comercial e político, a monarquia inglesa promoveu a constituição das primeiras incorporações mercantis, que se caracterizavam por serem pessoas artificiais distintas dos seus membros.²⁴¹

Conforme ressalta PIERO VERRUCOLI²⁴², tais companhias foram concebidas e estruturadas como instrumentos de penetração política e de colonização, o que permite concluir que não foram interesses privados, mas sim públicos, os responsáveis pela criação da pessoa jurídica da *company*:

“Tali companies, infatti, furono concepite e strutturate proprio come strumenti di penetrazione politica e di colonizzazione, per cui è dato concludere che fu piuttosto l’interesse pubblico, che non quello privato delle persone formanti la company, che portò alla valorizzazione della forma corporativa in questo settore.”

Com o crescimento do comércio marítimo, estimulado pelos interesses coloniais da coroa inglesa, surgiu uma grande quantidade de empresas, entre as quais as sociedades por ações, responsáveis pelo incremento da empresa comercial. Nessa época, a personalização de uma *company* poderia ser conseguida através de uma carta real, ou por intermédio de um ato do parlamento, ambos caros e difíceis de se conseguir.²⁴³

²⁴⁰ Dobson, Juan M. *El abuso de la personalidad Jurídica*, pp. 38-39.

²⁴¹ Verrucoli, Piero. *Op. cit.*, p. 21.

²⁴² Verrucoli, Piero. *Op. cit.*, p. 22.

²⁴³ Verrucoli, Piero. *Op. cit.*, p. 25.

Por outro lado, durante esse mesmo período, diversas empresas comerciais foram criadas sem a devida autorização real, ou mesmo parlamentar. Por isso, em 1720, o parlamento britânico sancionou o famoso *Bubble Act*, liberando aqueles que, mesmo sem autorização, constituíram sociedades comerciais, porém estes permaneciam impedidos de utilizarem a expressão companhia.

JUAN M. DOBSON²⁴⁴ ressalta que a outorga de autorizações permaneceu acontecendo de forma rígida, principalmente para coibir a existência de instituições bancárias não autorizadas expressamente:

“El otorgamiento, a su vez, de autorizaciones se volvió muy rígido, a fin de evitar el escándalo de las sociedades que recurrían al ahorro público. Uno de los principales objetos que perseguía la ley era evitar la existencia de instituciones bancarias no autorizadas expresamente, como se había hecho costumbre en la década anterior a su sanción.”

Contudo, como os comerciantes podiam atuar livremente, sem qualquer proibição, desde que não utilizassem o termo companhia, as formas societárias mais simples cresceram sem qualquer dificuldade. As autorizações passaram a ser concedidas apenas em casos específicos, tais como empresas de seguro, bancos e empresas concessionárias de serviço público.²⁴⁵

Em 1825, tendo em vista o crescimento exagerado das empresas sem autorização, bem como em razão da necessidade de se fomentar as atividades econômicas surgidas com a guerra napoleônica, o parlamento derogou a *Bubble Act*, admitindo definitivamente no ordenamento jurídico inglês, todas as formas de associação comercial²⁴⁶:

²⁴⁴ Dobson, Juan M. *Op. cit.*, p. 45.

²⁴⁵ Dobson, Juan M. *Op. cit.*, pp. 45-46.

²⁴⁶ Dobson, Juan M. *Op. cit.*, p. 47.

“El criterio general fue el de aceptar a las sociedades comerciales como formas de la libre asociación, y finalmente por leyes de 1844 y 1845 se aceptó libremente la actuación de las compañías. Este mismo criterio es seguido por la Partnership Act de 1890, la Limited Partnership Act de 1907 y la Companies Act de 1908.”

Entretanto, apenas por intermédio do *Companies Act* de 1929, o direito inglês passou a ostentar norma jurídica cujo comando corresponde ao postulado pela teoria da desconsideração.²⁴⁷

Na seção 279, do *Companies Act* de 1929, restou estabelecido que:

“279. (1) If any liquidator, who has made any default in filing, delivering or making any return, account or other document, or in giving any notice which he is by law required to file, deliver, make or give, fails to make good the default within fourteen days after the service on him of a notice requiring him to do so, the court may, on an application made to the court by any contributory or creditor of the company or by the registrar of companies, make an order directing the liquidator to make good the default within such time as may be specified in order. (2) Any such order may provide that all costs of and incidental to the application shall be borne by the liquidator. (3) Nothing this section shall be taken to prejudice the operation of any enactment imposing penalties on a liquidator in respect of any such default as aforesaid.”

Ainda no direito legislado inglês, a seção 31 do *Companies Acts* de 1948 regula, de forma especial, o número mínimo de membros das *companies*. Caso o número de membros da *public company* seja inferior a sete, ou menor que três, no caso da *private company*, a sociedade terá pelo espaço de seis meses a

²⁴⁷ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2, p. 48.

responsabilidade solidária de todos os membros, ficando os sócios que permanecerem com a responsabilidade integral dos débitos contratados neste período:

“31. If at any time the number of members of a company is reduced, in the case of a private company, below two, or, in the case of any other company, below seven, and it carries on business for more than six months while the number is so reduced, every person who is a member of the company during the time that it so carries on business after those six months and is cognisant of the fact that it is carrying on business with fewer than two members, or seven members as the case may be, shall be severally liable for the payment of the whole debts of the company contracted during that time, and may be severally sued therefore.”

Caso ocorram tais pressupostos, todos os membros da sociedade passarão a responder solidariamente, perante os credores, por todas as dívidas da sociedade.

Sobre o quanto disposto na seção 31, da *Companies Acts* de 1948, J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA²⁴⁸ salienta que:

“Haveria aqui mais do que uma simples conversão de limited em ilimited company: nesta, os débitos permaneceriam débitos da company, ainda que os sócios possam ser chamados a contribuir para o pagamento, na qualidade de quase-sureties, ao passo que, quando se aplique a seção 31, a responsabilidade dos sócios será direta perante os credores.”

Dispondo de forma mais prática e efetiva, a seção 332, I, da *Companies Acts* de 1948 dispunha que todas as pessoas que de modo consciente tomaram parte

²⁴⁸ Oliveira, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 459.

em negócios realizados pela *company* com intenção de prejudicar fraudulentamente credores da sociedade ou credores de qualquer outra pessoa, ou com qualquer outra finalidade fraudulenta, podem ser judicialmente declaradas responsáveis, de modo ilimitado, por todo e qualquer débito da sociedade:

“332. (1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose, the court, on the application of the official receiver, or the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper so to do, declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in manner aforesaid shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company as the court may direct. On the hearing of an application under this subsection the official receiver or the liquidator, as the case may be, may himself give evidence or call witnesses.”

No que se refere à jurisprudência inglesa, o problema da *disregard doctrine* não teve grande ressonância. Para J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA²⁴⁹ a *relativa pobreza de exemplos da jurisprudência britânica que quebrem em casos especiais a incidência do princípio da separação tornando relativamente raros os exemplos britânicos de desconsideração, teria sua explicação na autoridade do precedente constituído pela decisão do célebre caso ‘Salomon v. Salomon & Co. Ltd.’, julgado pela ‘House of Lords’ em última instância em 1897.*

Nessa mesma linha, FÁBIO KONDER COMPARATO²⁵⁰ apresenta outro exemplo de desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência britânica:

²⁴⁹ Oliveira, J. Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, 456.

²⁵⁰ Comparato, Fábio Konder. *O Poder...*, p. 369.

“Na jurisprudência inglesa, malgrado o precedente de Salomon v. Salomon & Co., a personalidade jurídica foi desconsiderada, durante o primeiro conflito mundial, por razões de ordem pública e segurança nacional. Em Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyres and Rubber Co (Great Britain) Ltd., uma companhia constituída na Inglaterra e, portanto, formalmente inglesa, foi, não obstante, considerada inimigo estrangeiro, pela House of Lords, porque todas as ações do seu capital, exceto uma, pertenciam a súditos alemães, e todos os seus diretores eram alemães, domiciliados na Alemanha. A decisão é historicamente importante, porque se trata da primeira definição jurisprudencial do poder de controle, no direito moderno.”

Atualmente, conforme salientado por LUIZ ANTÔNIO SOARES HENTZ²⁵¹, a *personificação das sociedades decorre, juridicamente, de um ato individual de concessão do poder político, podendo ser desconsiderada, no caso de abuso, para serem os sócios responsabilizados pessoalmente.*

Assim sendo, percebe-se que durante todo o período em que a personalização era exclusivamente concedida pela *Royal Charter*, e posteriormente pelo próprio parlamento, o Direito inglês considerava ilegal as associações comerciais que não dispunham de autorização legal para praticar atos de comércio, ou seja, não eram consideradas pessoas jurídicas.

Finalmente, corroborando com a opinião de J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA²⁵², pode-se concluir que as cortes inglesas apenas aplicam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma bastante excepcional, *sem que as decisões possam ser reduzidas a algo que pudesse ser considerado como um denominador comum.*

²⁵¹ Hentz, Luiz Antônio Soares. *Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica: A Experiência Portuguesa*, p. 110.

²⁵² Oliveira, J. Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 462.

5.3. ALEMANHA

SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY²⁵³ afirma que o equivalente germânico da disregard doctrine americana é o chamado *Durchgriff*, expressão aproximadamente correspondente à penetração, conceituando-se como a possibilidade que existe de julgar uma sociedade, em um determinado caso, levando em conta os homens que ela comporta ou os bens que ela comporta ou possui, considerando de algum modo transparente a sua personalidade jurídica.

Segundo J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA²⁵⁴, as primeiras decisões jurisprudenciais na Alemanha, envolvendo casos de desconsideração da personalidade jurídica, surgiram em meados da década de vinte, todas elas em matéria de sociedades unipessoais:

“Mas o início da década de 20 introduziria o Durchgriff na jurisprudência do Tribunal da Reich, que viria a consagrar a nova tendência, inicialmente com três decisões, todas em matéria de sociedade unipessoal. Numa dessas decisões, acentuaria o Tribunal que o juiz deve levar em conta as realidades da vida e o poder dos fatos mais do que as construções jurídicas, afirmando em outro julgado que, quando a participação facticamente imediata apenas se ocultasse por trás das vestes jurídico-negociais, a coisa deveria prevalecer sobre a forma.”

Na década de trinta, com a chegada do Nazismo ao poder, as claras tendências do III Reich contra o capital anônimo seriam refletidas na jurisprudência. O novo regime trazia consigo uma retórica supostamente moralizante, a falar em pureza e sinceridade das relações jurídicas e em expurgos das atividades econômicas de elementos desonestos com práticas duvidosas. Dessa forma, a

²⁵³ Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, pp. 108-109.

²⁵⁴ Oliveira, J. Lamartine Corrêa de. *Op. cit.*, p. 284.

jurisprudência alemã desse período aplicava de formas, às vezes bastante radical, a teoria da penetração.²⁵⁵

Porém, foi mesmo a partir da década de cinqüenta que os tribunais germânicos empreenderam esforços para conceituar a *disregard doctrine*, passando, então, a definir os seus pressupostos, principalmente após a publicação da tese de ROLF SERICK, em 1952/53, que defendia a teoria subjetiva da desconsideração, somente justificando o desrespeito ao princípio da separação em casos de abusos intencionais do instituto da pessoa jurídica.

Assim é que surgiram várias teorias em matéria de desconsideração, ou penetração, as quais, segundo REHBINDER, citado por J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA²⁵⁶, correspondem basicamente a três grandes vertentes doutrinárias.

A primeira corrente equivale à chamada teoria subjetiva, caracterizada por uma visão unitária da pessoa jurídica, admite a desconsideração como medida excepcional, quando comprovada a existência do elemento subjetivo. *A medida da admissibilidade dessa desconsideração excepcional do valor próprio do instituto, pessoa jurídica é dada pelo elemento subjetivo e, de modo especial, pelo abuso de direito, concebido de modo a pressupor elemento subjetivo.* É representada por ROLF SERICK e ULRICH DROBNIG.²⁵⁷

A segunda corrente é inspirada nos pontos de vista da denominada *jurisprudência de interesses*. Seus partidários reputam a pessoa jurídica como mero símbolo, julgando estar o problema da penetração basicamente ligado às idéias de ordem pública e de finalidade da norma, de tal modo que, nas palavras de MULLER-FREIENFELS *no momento em que uma pessoa jurídica viola os princípios da ordem econômica, a que deve a sua existência, perde a justificativa de sua consideração, pois ela não pode transformar-se em perigo para os princípios da ordem econômica que a reconheceu.*²⁵⁸

²⁵⁵ Oliveira J. Lamartine Corrêa. *Op. cit.*, p. 285.

²⁵⁶ Oliveira J. Lamartine Corrêa. *Op. cit.*, pp. 295-296

²⁵⁷ Oliveira J. Lamartine Corrêa. *Op. cit.*, pp. 295-296.

²⁵⁸ Oliveira J. Lamartine Corrêa. *Op. cit.*, p. 295 e 365.

A terceira corrente que, reconhecendo valor institucional à pessoa jurídica, entende, não obstante, que ela é relativizada através de sua subordinação a princípios jurídicos superiores não escritos, determináveis, porém, por meio de pesquisa que leve em conta a função do instituto, os seus tipos e a sua estrutura. *Coerentemente, reconhece valor próprio ao princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa membro.* Seus principais defensores são REINHARDT, ERLINGHAGEN, KUHN e KALBE.²⁵⁹

Conforme ressalta SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY²⁶⁰, qualquer que seja a teoria adotada, a desconsideração da personalidade jurídica sempre será aplicada, no direito germânico, de forma excepcional:

“Qualquer que seja a teoria acerca do Durchgriff adotada, a penetração é exceção, no sentido de que prevalece, em ocasiões normais, o respeito à separação entre pessoa jurídica e seus membros, somente operando-se a penetração quando houver uma utilização abusiva, como querem os defensores da primeira corrente, ou quando a sua manutenção contrariar os princípios básicos da ordem jurídica, como defendem, de maneira um tanto diversa, os integrantes das duas outras correntes.”

JUAN M. DOBSON²⁶¹, ao escrever sobre a responsabilização nos grupos empresariais, acrescenta que a lei alemã dispõe, de forma expressa, a solidariedade existente entre controlador e controlada, nos casos de subsidiárias integrais:

“La ley alemana de 1937 (arts. 322 a 324) va más allá: en los casos de sociedades totalmente controladas (cuyas acciones pertenecen totalmente a la controlante), a partir del momento

²⁵⁹ Oliveira, J. Lamartine Corrêa. *Op. cit.*, p. 296.

²⁶⁰ Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, p. 111.

²⁶¹ Dobson, Juan M. *Op. cit.*, p. 392.

en que se manifiesta el vínculo de ‘subordinación integral’ la controlante responde solidariamente – sin necesidad de excusión del patrimonio de la controlada – con la controlada.”

Desse modo, resta evidenciado que, assim como no direito da *commom law*, as causas justificadoras da desconsideração da personalidade jurídica no Direito alemão devem ser consideradas caso a caso, baseando-se manifestamente em considerações de razão e de justiça.

5.4. ARGENTINA

Os doutrinadores argentinos têm destinado grande atenção ao estudo da limitação da personalidade jurídica, o que explica o intenso desenvolvimento da *disregard doctrine*, também conhecida como *desestimación* ou *penetración de la personalidad de las sociedades*.

Além disso, ressalta SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY²⁶² que a posição do legislador societário argentino sobre a natureza da personalidade jurídica facilitou muito essa aplicação, uma vez que a disposição de motivos da Lei nº 19.550, de 25 de abril de 1972, dispõe que:

“...adota-se a mais evoluída posição acerca da personalidade jurídica e desse modo... a sociedade... constitui uma realidade jurídica... que a lei reconhece como meio para que todo o grupo de indivíduos possa realizar o fim lícito que se propõe. Com esta norma²⁶³ a lei possibilita, enfim, uma ampla elaboração das conseqüências da personalidade jurídica, e também de soluções para aqueles casos em que este recurso técnico seja

²⁶² Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, p. 130.

²⁶³ O art. 2º, da Lei nº 19.550, assim estabelece: *La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley*. Gulminelli, Ricardo Ludovico, *Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica*, p. 25.

empregado para fins que excedam as razões de seu regulamento.”

MARCELO J. LOPEZ MESA²⁶⁴, reportando-se à jurisprudência Argentina, após afirmar que esta tem se ocupado há bastante tempo sobre o tema, assinala cinco precedentes em que houve a aplicação da idéia da *disregard doctrine*, com a finalidade de prevenir ou impedir a fraude:

“1) Violación de la legítima hereditaria. Disposición de bienes por el causante en fraude de la legítima hereditaria o imposición de gravámenes a dichos bienes por largos períodos (p. ej., 99 años), etc; 2) Afectación de derechos del cónyuge: Vulneración de los derechos del cónyuge al transferir indebidamente bienes a una sociedad constituida al sólo efecto, etc; 3) Afectación de derechos de terceros. Insolvencia fraudulenta transfiriendo bienes a una S.A. para evitar embargos e acciones resarcitorias, etc; 4) Fraudes impositivos. Evasión impositiva, giro al exterior de royalties o participaciones a empresas vinculadas con la remitente, etc; 5) Violación de prohibiciones: Presentación a licitaciones de quien se halla proscrito por sus malos antecedentes o para evitar la cartelización; competencia desleal en el mercado al amparo de una persona jurídica, etc.”

Ressalta, ainda, MARCELO J. LOPEZ MESA²⁶⁵, que, no direito argentino, a personalidade não representa um atributo substancial ou mesmo uma realidade pré-normativa, mas, sim, uma função que serve para realizar interesses humanos reconhecidos pela lei, promovendo a separação da pessoa jurídica da pessoa dos seus membros. E conclui:

²⁶⁴ Mesa, Marcelo José Lopez. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, pp. 132-133.

²⁶⁵ Mesa, Marcelo J. Lopez. *Op. cit.*, p. 141.

“Esa distinción se habrá de mantener en tanto no exceda el marco de la normativa privada en atención a sus fines o sea extraña a ellos, lo cual conduce a reputar ineficaz la forma societaria para satisfacer fines o intereses que excedan de aquellos que la disciplina normativa reconoce como legítimos. El principio general, entonces, es la vigencia y validez de la separación patrimonial y personal entre el ente y sus miembros y la plenitud de los derechos y facultades de la personalidad jurídica, principio que se aplica siempre y cuando la personalidad ideal no haya sido empleada para fines reprobables.”

Percebe-se, assim, que na Argentina, assim como nos demais ordenamentos jurídicos aqui estudados, o princípio geral é o da separação patrimonial e pessoal entre a pessoa jurídica e os seus sócios. Tal dogma deverá ser sempre observado, desde que a pessoa jurídica não venha a ser utilizada para fins ilícitos.

O direito argentino²⁶⁶, com a reforma da Lei nº 19.550, Ley de Sociedades Comerciales, ocorrida em 1983, introduziu, a teoria da *desestimación de la personalidad de las sociedades*. Utilizando-se de original e interessante formulação, fixa a responsabilidade solidária dos sócios ou administradores, caso estes venham a causar prejuízos à sociedade, *bem como establece que a personalidad jurídica da sociedade é inoponível se demonstrado que a atuação dela, pessoa jurídica, encobriu a consecução de fins extra-societários, constituiu mero recurso para violar a lei, a ordem pública ou a boa fé ou ainda para frustrar direitos de terceiros*²⁶⁷:

“Art. 54. El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar.

...

²⁶⁶ Dobson, Juan M. *Op. cit.*, p. 392. Gulminelli, Ricardo Ludovico. *Op. cit.*, p. 25.

²⁶⁷ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2*, p. 56.

§3º. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.”

Esta obrigação de reparar se enquadra dentro dos cânones tradicionais da responsabilidade civil. Quem exercer o controle, sócio ou não, deve responder pelo dano causado, em caso de culpa ou dolo.

No campo da responsabilidade extracontratual civil da Argentina, o dispositivo societário anteriormente apontado contempla uma aplicação direta conforme o artigo 1.067, do Código Civil:

“Artículo 1067. No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.”

JUAN M. DOBSON²⁶⁸ aponta que no campo da responsabilidade contratual, o artigo 520, do Código Civil, declara a responsabilidade do sócio controlador perante as inadimplências da sociedade:

“En el campo de la responsabilidad contractual, el art. 520 del Código Civil establece que existe derecho a la reparación al acreedor a quien no se le ha cumplido con la obligación pendiente. En este caso, el socio controlador responderá también contractualmente por su relación de índole convencional con la sociedad, y frente a ésta con fundamento en las características de contrato plurilateral de organización que tiene el negocio constitutivo de la sociedad.”

²⁶⁸ Dobson, Juan M. *Op. cit.*, p. 393.

Já o Direito falimentar argentino demonstrou maior preocupação com a extensão da falência às controladoras nos grupos de empresas. Conforme ressalta SUZY ELISABETH CAVALCANTE KOURY²⁶⁹, o próprio *Anteprojeto de lei de Falências, de 1969, já contemplava expressamente esse aspecto no seu artigo 168, ao estabelecer que “... a falência da sociedade controlada importa a da controladora...”*.

E acrescenta:

“Inobstante o tenha modificado, a Lei de Falências nº 19.551, de 1972, manteve a extensão da falência no seu artigo 165: ‘A falência de uma sociedade importa a de toda pessoa que, sob a aparência de atuação daquela, tenha efetuado os atos em seu interesse pessoal e disposto dos bens como se seus fossem próprios, em fraude contra credores...’.”

Segundo JUAN M. DOBSON²⁷⁰, a Lei nº 22.917, que reformou a Lei nº 19.551, ampliou o alcance da extensão da falência, uma vez que passou a prever os casos de falência de pessoa física, que atue em nome próprio, mas por conta de terceiros, ou seja, a famosa figura do testa-de-ferro:

“La ley 22.917 (setiembre 1983) ha modificado este concepto. No sólo la quiebra social se extiende. También se extiende la quiebra de una persona física. Así, la persona que se halla detrás de otra persona física que actúa a su propio nombre, pero por cuenta de quien está oculto detrás de ella, puede verse afectado por la quiebra del ‘prestanombre’ o ‘testaferro’.”

A atual Lei de Falências da Argentina, Lei nº 24.522, de 09 de agosto de 1995, que sucedeu a Lei nº 22.917, tratou, em seu artigo 161, sob a óptica

²⁶⁹ Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, pp. 134-135.

²⁷⁰ Dobson, Juan M. *Op. cit.*, p. 563.

falimentar, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, buscando prevenir a utilização fraudulenta da pessoa jurídica por grupos empresariais:

“Artículo 161. Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende: 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores; 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso. 3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.”

No que se refere ao Direito laboral argentino, deve-se frisar que o seu legislador, antes mesmo da reforma na legislação societária e falimentar, por intermédio da *Ley de Contrato de Trabajo* nº 20.744, de 20 de setembro de 1974, posteriormente alterada pelas Leis nº 21.297/76 e nº 25.877/04, já previa a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, visando coibir a utilização fraudulenta de grupos empresariais:

“Artículo 31. (Empresas subordinadas o relacionadas - Solidaridad). Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia,

estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.”

RICARDO OSCAR GONZÁLEZ e JUAN C. POCLAVA LAFUENTE²⁷¹ advertem que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, no direito do trabalho argentino, tem sido sempre utilizado *con carácter restrictivo, y hipótesis de abusos, fraude laboral y perjuicio a los trabajadores por medio de un ente societario.*

A jurisprudência trabalhista da Argentina assim tem se manifestado²⁷²:

“Existe fraude a la ley, o abuso de la personalidad jurídica, en el supuesto de reducción de la persona jurídica a mera figura estructural, mero recurso técnico utilizado como instrumento para excluir la responsabilidad de los integrantes de la sociedad de responsabilidad limitada. (CNTrab., Sala II, 31/7/73, TSS, 1973-620).”

“Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido al otorgársele esa prerrogativa, debe descorrerse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su substrato personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su mascara, ya que la teoría de la penetración se ha elaborado en forma de la figura del abuso de derecho para evitar que utilizando las ventajas propias de la

²⁷¹ González, Oscar Ricardo. Lafuente, Juan C. Poclava. *Personalidad Jurídica – Desestimación en el Derecho del Trabajo (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 26.

²⁷² González, Oscar Ricardo. Lafuente, Juan C. Poclava. *Op. cit.*, p. 33.

personalidad moral se desvié el uso legal, o sea, el uso para el cual están autorizados a funcionar este tipo de entes. (CNTrab., Sala V, 21/08/90, TSS, 1990-736)."

"E, principio general, es que la personería jurídica no debe ser desestimada, sino cuando se dan circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley. (CNTrab., Sala I, 21/09/99, TSS, 1999-1064)."

Ainda sobre a legislação da Argentina, cumpre destacar, utilizando-se das palavras de JUAN M. DOBSON²⁷³ que esta estabelece presunções de fraude, nas quais a relação causa e efeito entre o ato praticado e o dano causado encontram-se dispostas na própria lei:

"Nuestra ley argentina crea presunciones legales de fraude, en la cual la relación causa-efecto entre el hecho comprobado y la conclusión deseada es puesta por la ley misma, sin que deba necesariamente responder al juicio de la razón, como lo hacen, por ejemplo, los arts. 122 y 123 de la ley nacional 19.551, de concursos, que considera fraudulentas ciertas transacciones realizadas en un período de tiempo anterior a la declaración de la quiebra."

JUAN M. DOBSON²⁷⁴ acrescenta, ainda, a existência de presunções judiciais, que são as regras oriundas das experiências jurisprudenciais em que se baseiam os juízes para chegar a uma determinada conclusão:

"También existen las presunciones judiciales (simples o de hombre), que son las reglas de la experiencia en las cuales se

²⁷³ Dobson, Juan M. *Op. cit.*, p. 168.

²⁷⁴ Dobson, Juan M. *Op. cit.*, p. 168.

basa un juez para inferir una conclusión determinada a partir de los hechos comprobados de la causa. Son útiles para la apreciación de las pruebas, y son utilizadas con suma frecuencia en tal tarea, convirtiéndose en prácticamente insoslayables, ya que atañen a la propia actividad del juez. Constituyen la manera de razonar del juez para calificar el mérito o eficacia de las pruebas.”

Para finalizar, MARCELO J. LOPEZ MESA²⁷⁵, ao escrever sob o abuso da personalidade jurídica, sintetiza o momento em que a teoria da *desestimación de la personalidad de las sociedades* deverá, no direito argentino, ser aplicada:

“Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los cuales fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido, al otorgársele esa prerrogativa se debe descorrer el velo de su personalidad, para penetrar en la real esencia de su sustrato personal y patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara, debiendo ser entendido el recurso o la prescindencia, desestimación o redhibición de la personalidad como la determinación, en un caso concreto, de haber sido ultrapasado el límite dentro del cual ha de surtir efecto la aplicación de la normativa societaria e los efectos de una imputación diferencial, lo cual demuestra la plasticidad que tiene tal recurso, no necesariamente adscrito a supuestos de abuso de derecho, ni tampoco a casos de fraude u otros ilícitos.”

E brilhantemente conclui:

“Quien niega la personalidad jurídica es quien abusa de ella; quien lucha contra semejante desvirtuamiento afirma tal personalidad.”

²⁷⁵ Mesa, Marcelo J. Lopez. *Op. cit.*, p. 143.

5.5. PORTUGAL

O direito português, também, tem se deparado com o problema envolvendo o uso indevido da pessoa jurídica por empresários, que buscam uma maior proteção do patrimônio pessoal, penalizando os seus credores nos casos de execução de dívida ou falência da empresa.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO²⁷⁶, ao escrever sobre o tema, após afirmar ser este o tema da moda em matéria de personalidade coletiva e, de ser esta, uma técnica jurídica, acrescenta que a desconsideração ou superação da pessoa jurídica poderia acontecer em casos especiais, quando os interesses dos sócios estivessem se sobrepondo aos interesses da sociedade:

“Isso aconteceria em situações particulares, em que a realidade da prossecução de um interesse prevalente dos sócios se sobreporia à aparência criada pela personalidade jurídica. Assim nos parece que terá de acontecer quando houver fraude à lei; quando a figura da personificação for usada para atingir um objectivo ilegal. Nos termos gerais, haverá então que evitar que se alcance esse objectivo. Isso consegue-se através justamente da desconsideração ou superação da personalidade. Ao menos para aquele efeito concreto, os sócios são directamente atingidos, não se podendo esconder atrás do véu da personalidade jurídica.”

Na tentativa de encontrar uma solução para o problema, em 1986, por intermédio do Decreto-lei 248, de 25 de agosto, Portugal criou o estabelecimento individual de responsabilidade limitada – E.I.R.L.

O E.I.R.L. é um expediente técnico legal que permite ao comerciante em nome individual destacar do seu patrimônio uma parte dos seus bens, para destinar à atividade mercantil, sendo este o capital inicial do estabelecimento.

²⁷⁶ Ascensão, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, pp. 318-319.

A constituição de um E.I.R.L. faz-se por meio de um documento particular, exceto se o patrimônio destacado for dinheiro, casos em que a transmissão se verifica por intermédio de uma escritura pública, sendo este documento o seu ato constitutivo.

Deve-se anotar que o patrimônio pessoal, não destacado, do titular do E.I.R.L., não é chamado para o pagamento das dívidas decorrentes da sua atividade comercial, exceto em caso de falência, quando o falido responde com todo o seu patrimônio pelas dívidas contraídas no exercício da atividade comercial, desde que o credor consiga provar a inobservância do princípio da separação patrimonial na gestão do estabelecimento, conforme disposto no art. 11 do Decreto-lei nº 248/86²⁷⁷:

“Artigo 11. (Responsabilidade pelas dívidas do estabelecimento individual de responsabilidade limitada). 1 - Pelas dívidas resultantes de actividades compreendidas no objecto do estabelecimento individual de responsabilidade limitada respondem apenas os bens a este afectados. 2 - No entanto, em caso de falência do titular por causa relacionada com a actividade exercida naquele estabelecimento, o falido responde com todo o seu património pelas dívidas contraídas nesse exercício, contanto que se prove que o princípio da separação patrimonial não foi devidamente observado na gestão do estabelecimento. 3 - No caso previsto no número anterior, a responsabilidade aí cominada recai sobre todo aquele que, tendo exercido anteriormente a administração do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, haja transgredido nessa administração o princípio da separação de patrimónios. Se forem vários os obrigados, respondem solidariamente.”

Para LUIZ ANTÔNIO SOARES HENTZ²⁷⁸, o regime básico do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, resume-se na possibilidade

²⁷⁷ Fonte: www.dgrn.mj.pt

²⁷⁸ Hentz, Luiz Antônio Soares. *Op. cit.*, p. 111.

de qualquer pessoa, com capacidade, poder ser galgada à condição de comerciante, assentando-se, o estabelecimento empresarial, em uma fração separada do patrimônio do investidor, passando a ser este o seu capital social. E acrescenta:

“O que o direito português desejou criar, e efetivamente criou, foi um sistema de responsabilidade demarcada, pondo a salvo o patrimônio geral por dívidas dessa nova figura societária. Caso venha a ocorrer a confusão patrimonial entre os bens pessoais e sociais, a responsabilidade será ilimitada. Já nos casos de dívidas comuns, a responsabilidade será subsidiária, condicionada a comprovação de insuficiência do patrimônio remanescente, quer nos casos de dívidas anteriores à constituição, quer concomitantemente, garantida, apenas, a preferência dos credores do estabelecimento em relação aos credores comuns do falido.”

Entretanto, salienta JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO²⁷⁹ que o estabelecimento individual de responsabilidade limitada sofreu um forte revés. Com a publicação do Decreto-lei nº 257/96, de 31 de dezembro, aditando os artigos 270-A a 270-E²⁸⁰, do código de sociedades comerciais português, as sociedades

²⁷⁹ Ascensão, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 318.

²⁸⁰ Assim dispõe o Código das Sociedades Comerciais Português:

Artigo 270. A (Constituição) - 1. A sociedade unipessoal por quotas é constituída por um sócio único, pessoa singular ou colectiva, que é o titular da totalidade do capital social. 2. A sociedade unipessoal por quotas pode resultar da concentração na titularidade de um único sócio das quotas de uma sociedade por quotas, independentemente da causa da concentração. 3. A transformação prevista no número anterior será titulada pela escritura de cessão de quotas que dê lugar à concentração, desde que nela o sócio único declare a sua vontade de transformar a sociedade em sociedade unipessoal por quotas, ou por escritura autónoma de que conste tal declaração. 4. Por força da transformação prevista no número anterior deixarão de ser aplicáveis todas as disposições do contrato de sociedade que pressuponham a pluralidade de sócios. 5. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada pode, a todo o tempo, transformar-se em sociedade unipessoal por quotas.

unipessoais de responsabilidade limitada receberam um forte impulso, sob a provincial justificativa de que *as sociedades unipessoais existem em quase todos os países europeus*.

Ainda sobre as sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, cumpre destacar que a despeito do quanto mencionado anteriormente, existe no Código das Sociedades Comerciais Português, em seu artigo 84, um pequeno ensaio sobre a possibilidade da desconsideração da sua personalidade jurídica, ao dispor que, nos casos de falência da sociedade, o sócio será responsabilizado caso não tenha obedecido à separação patrimonial:

“Artigo 84. (Responsabilidade do sócio único). 1. Sem prejuízo da aplicação do disposto no artigo anterior e também do disposto quanto a sociedades coligadas, se for declarada falida uma sociedade reduzida a um único sócio, este responde ilimitadamente pelas obrigações sociais contraídas no período

Artigo 270. B (Firma) - A firma destas sociedades deve ser formada pela expressão "sociedade unipessoal" ou pela palavra "unipessoal" antes da palavra "Limitada" ou da abreviatura "Lda".

Artigo 270. C (Efeitos da unipessoalidade) - 1. Uma pessoa singular só pode ser sócia de uma única sociedade unipessoal por quotas. 2. Uma sociedade por quotas não pode ter como sócio único uma sociedade unipessoal por quotas. 3. No caso de violação das disposições dos números anteriores qualquer interessado pode requerer a dissolução das sociedades. 4. O tribunal pode conceder um prazo até seis meses para a regularização da situação.

Artigo 270. D (Pluralidade de sócios) - 1. O sócio único de uma sociedade unipessoal por quotas pode modificar esta sociedade em sociedade por quotas plural através de divisão e cessão da quota ou de aumento de capital social por entrada de um novo sócio, devendo, nesse caso, ser eliminada da firma a expressão "sociedade unipessoal", ou a palavra "unipessoal", que nela se contenha. 2. A escritura de divisão e cessão de quota ou de aumento de capital é título bastante para registo da modificação, com dispensa dos emolumentos relativos à modificação. 3. Se a sociedade tiver adoptado antes o tipo de sociedade por quotas, passará a reger-se pelas disposições do contrato de sociedade que, nos termos do n.º4 do artigo 270.º - A, lhe eram inaplicáveis em consequência da unipessoalidade. 4. No caso de concentração previsto no nº 2 do artigo 270.ºA, o sócio único pode evitar a unipessoalidade se, no prazo legal, restabelecer a pluralidade de sócios.

Artigo 270. E (Decisões do sócio) - 1. Nas sociedades unipessoais por quotas o sócio único exerce as competências das assembleias gerais, podendo, designadamente, nomear gerentes. 2. As decisões do sócio de natureza igual às deliberações da assembleia geral devem ser registadas em acta por ele assinada. Fonte: www.dgrn.mj.pt

posterior à concentração das quotas ou das acções, contanto que se prove que nesse período não foram observados os preceitos da lei que estabelecem a afectação do património da sociedade ao cumprimento das respectivas obrigações.”

No que se refere á jurisprudência portuguesa, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO²⁸¹ salienta que os tribunais lusitanos continuam reticentes, ou mesmo indefinidos, perante a figura da desconsideração e relata, de forma resumida, o acórdão publicado pelo Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 06 de janeiro de 1976 (BMJ 253,150), como hipótese clássica de aplicação da teoria da *disregard doctrine*:

“Havia uma venda feita pelos pais a uma sociedade formada apenas por alguns filhos. Discutia-se a validade dessa venda, feita sem consentimento dos demais filhos. A hipótese não permitia um enquadramento puro e simples na fraude à lei. O tribunal admitiu então a desconsideração da personalidade colectiva.”

Comprovando tal indefinição, cita-se decisão proferida em 23 de maio de 2002, onde o Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de modo unânime, acolheu o relatório do magistrado Abel Freire em que, de forma direta, afirma não ser a teoria da desconsideração da personalidade jurídica aceita no direito português²⁸²:

“Adianta o autor a invocação da desconsideração da personalidade da ré C. Esta figura tem subjacente a ideia de que a sociedade constituída - segunda ré - teve como escopo esconder outro negócio que não a constituição da pessoa colectiva. A este respeito o que o autor afirma na petição é a nulidade do negócio de trespasse com base no art. 397 n.º 2 do

²⁸¹ Ascensão, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 319.

²⁸² Fonte: *site* do STJ de Portugal. Nº do documento: SJ 200205230011522 – Processo no Tribunal nº 1236/01.

*CSC, pois se trataria dum negócio entre os administradores da primeira ré e a segunda... Aliás, a teoria da desconsideração ou ficção da pessoa colectiva não vem sendo aceite no nosso direito, quer porque viola as normas que atribuem personalidade à pessoa colectiva, quer porque só a ela se chega por via do duplo mandato, o que contraria os meios de que o legislador se serve para dar expressão aos direitos dos sócios pela acção *ut universi* ou *ut singuli*.”*

Para concluir, cumpre aqui registrar, com a finalidade de demonstrar que a doutrina portuguesa vem buscando criar caminhos para aplicação da *disregard doctrine*, cita-se o texto do jurista português ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES²⁸³, que ressalta a importância do jurista aplicar a desconsideração da pessoa jurídica, tendo em vista ser ele o intérprete maior dos anseios da sociedade:

“Ao jurista deve caber uma função evidentemente criadora, procurando os motivos profundos e o sentido real do mundo em que vivemos, buscando o significado último das normas, com vistas à sua adaptação a uma realidade em permanente evoluir; o jurista não pode nem deve limitar-se à mera exegese de um direito objetivo que aspira à perfeição e à infalibilidade, mas deve assumir uma missão propulsiva, capaz de tornar o direito positivo sempre mais conforme as necessidades concretas da sociedade. O direito não existe fora de sua interpretação, mas apenas como é continuamente interpretado e reconstruído”.

²⁸³ Apud Rubens Requião, *Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica*, p. 16.

CAPÍTULO III – DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Consoante apresentado neste trabalho, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica representa um remédio jurídico concedido aos magistrados, permitindo, nos casos de má utilização do instituto da pessoa jurídica, desconsiderar os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade, responsabilizando diretamente o sócio, ou administrador, pelos danos causados a terceiros.

O fato do Direito brasileiro integrar a *família* romano-germânica, dificultou imensamente a aplicação da teoria da *disregard doctrine*, principalmente no período imediatamente anterior ao Código Civil de 2002, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro consagrava, por intermédio do artigo 20²⁸⁴, do Código Civil de 1916, o princípio da separação entre sociedade e sócio, conduzindo ao julgamento de que a pessoa jurídica seria um instituto impenetrável, um direito absoluto propriamente dito.²⁸⁵

Entretanto, desde que promulgado o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o Direito positivo brasileiro passou a prever a possibilidade de aplicação da citada teoria em diversas normas legais, inclusive no recente Código Civil de 2002.

Evitando a omissão, deve-se acrescentar estar em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 2.426/2003, que tem por objetivo disciplinar o procedimento de declaração judicial de desconsideração da personalidade jurídica, fixando como e quando o magistrado estará autorizado a desconsiderar os efeitos

²⁸⁴ Artigo 20: As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

²⁸⁵ Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, p. 139.

da personificação e estabelecer a responsabilidade do sócio ou administrador pelos prejuízos causados a terceiros.

O Deputado RICARDO FIÚZA²⁸⁶, autor do Projeto de Lei, em sua justificativa, afirma que a matéria está a exigir diploma processual próprio, em que se firmem as hipóteses nas quais a despersonificação possa e deva ser decretada, uma vez que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo utilizado de forma equivocada pelos magistrados, especialmente pelos juízes trabalhistas que, costumeiramente, chegam a fazer as vezes de legislador:

“Embora só recentemente tenha sido introduzido na legislação brasileira, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo utilizado com um certo açodamento e desconhecimento das verdadeiras razões que autorizam um magistrado a declarar a desconsideração da personalidade jurídica... Esses casos, entretanto, vêm sendo ampliados desmensuradamente no Brasil, especialmente pela Justiça do Trabalho, que vem de certa maneira e inadvertidamente usurpando as funções do Poder Legislativo, visto que enxergam em disposições legais que regulam outros institutos jurídicos fundamento para decretar a desconsideração da personalidade jurídica, sem que a lei apontada cogite sequer dessa hipótese, sendo grande a confusão que fazem entre os institutos da co-responsabilidade e solidariedade, previstos, respectivamente, no Código Tributário e na legislação societária, ocorrendo a primeira (co-responsabilidade) nos casos de tributos deixados de ser recolhidos em decorrência de atos ilícitos ou praticados com excesso de poderes por administradores de sociedades, e a segunda (solidariedade) nos casos em que genericamente os administradores de sociedades ajam com excesso de poderes ou pratiquem atos ilícitos, daí porque, não obstante a semelhança de seus efeitos, a matéria está a exigir diploma

²⁸⁶ Fonte: www.senado.gov.br

processual próprio, em que se firmem as hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica possa e deva ser decretada.”

Dessa forma, sendo o objetivo central deste trabalho a análise do instituto da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito empresarial brasileiro, proceder-se-á ao estudo pormenorizado de sua aplicação nos diferentes ramos do direito positivo nacional, destacando os seus aspectos doutrinários e jurisprudenciais.

2. DIREITO CIVIL

O Código Civil de 2002, conforme mencionado no item 1, deste capítulo, diferentemente do seu antecessor, fez expressa menção à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, dispondo, em seu artigo 50, que a pessoa jurídica que se desviar dos objetivos firmados no seu contrato social, visando a prática de atos ilícitos ou abusivos, terá os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade desconsiderados, quando os bens dos sócios e administradores responderão conjuntamente com os bens da pessoa jurídica, em caso de dano a terceiros.

Percebe-se que o legislador do Código Civil de 2002 preferiu não se utilizar da expressão *desconsideração*, mais, sim, seguindo a orientação objetivista de FÁBIO KONDER COMPARATO, dispôs que nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizados pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, os sócios responderão pelas dívidas da sociedade, não prevendo, pois, os casos de utilização fraudulenta da pessoa jurídica.

Para SÍLVIO DE SALVO VENOSA²⁸⁷, a redação do artigo 50 atende às necessidades do juiz, caso seja necessário aplicar-se o instituto da desconsideração da pessoa jurídica:

“Essa redação melhorada atende à necessidade de o juiz, no caso concreto, avaliar até que ponto o véu da pessoa jurídica deve ser descerrado para atingir os administradores ou controladores nos casos de desvio de finalidade, em prejuízo de terceiros. O abuso da personalidade jurídica deve ser examinado sob o prisma da boa-fé objetiva, que deve nortear todos os negócios jurídicos... Cabe ao juiz avaliar esse aspecto no caso concreto, onerando o patrimônio dos verdadeiros responsáveis, sempre que um injusto prejuízo é ocasionado a terceiros sob o manto escuso de uma pessoa jurídica.”

Ao comentar o processo legislativo por qual passou o artigo 50, do Código Civil de 2002, ELIZABETH CRISTINA CAMPOS MARTINS DE FREITAS²⁸⁸ afirma que:

“Extraí-se da leitura deste artigo que após a revisão pela qual passou, o fundamento primeiro da desconsideração da personalidade jurídica foi aqui repetido à medida que fica claro que a aplicação do instituto não levará à extinção da pessoa jurídica, mas estenderá os efeitos de determinadas obrigações aos sócios e administradores, havendo, dessa forma, apenas, uma suspensão episódica da autonomia da pessoa jurídica.”

FLÁVIA LEFÉVRE GUIMARÃES²⁸⁹, antes mesmo do artigo 50 entrar em vigor, já afirmava que o mesmo refletia com *fidelidade e precisão o espírito da teoria*

²⁸⁷ Venosa, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, pp. 302-303

²⁸⁸ Freitas, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Op. cit.*, p. 263.

²⁸⁹ Guimarães, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais*, pp. 44-45.

da desconsideração da personalidade jurídica, representando um importante avanço e instrumento de garantia de direito para a sociedade brasileira. E concluiu:

“Enfim, passando a vigorar o art. 50, do Projeto, com a mesma redação acima, estará definitivamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, exatamente da forma como delineada por seus estudiosos, que buscaram na atuação dos tribunais, como se viu anteriormente, as hipóteses autorizadoras e limites, do que deflui o seu caráter pragmático e indiscutivelmente útil para a sociedade.”

PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO²⁹⁰, chamam a atenção para o fato de que, por ser o artigo 50 uma norma genérica, não limitou a desconsideração da pessoa jurídica aos sócios, mas a estendeu, também, aos administradores da pessoa jurídica. E arrematam:

“Esse dispositivo pode se constituir em um valiosíssimo instrumento para a efetividade da prestação jurisdicional, pois possibilita, inclusive, a responsabilização dos efetivos ‘senhores’ da empresa, no caso – cada vez mais comum – da interposição de ‘testas-de-ferro’ (vulgarmente conhecidos como ‘laranjas’) nos registros de contratos sociais, quando os titulares reais da pessoa jurídica posam como meros administradores, para efeitos formais, no intuito de fraudar o interesse dos credores.”

Para GILBERTO GOMES BRUSCHI²⁹¹ a desconsideração da personalidade jurídica também se faz presente no artigo 1.024, do Código Civil de 2002, ao contemplar que os bens particulares dos sócios não podem ser executados por

²⁹⁰ Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 238.

²⁹¹ Bruschi, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, p. 71.

dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens da sociedade. E acrescenta:

“A combinação dos arts. 50 e 1.024, do Código Civil, torna clara e visível a intenção do legislador de ver honrados os compromissos assumidos pelas empresas, e no caso de ocorrer inadimplemento e insolvabilidade, e ainda, houver prova de administração irregular, com o cometimento de atos fraudatórios ou com abuso de direito, deverá o magistrado consentir em que se desconsidere a personalidade da executada.”

Para concluir a análise sobre os aspectos doutrinários da desconsideração da pessoa jurídica no direito civil brasileiro, importante mencionar a crítica feita ao artigo 50 por SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY²⁹²:

“Na verdade não se pode falar em consagração normativa de Disregard Doctrine no artigo em questão, pois esta não visa a coibir atos não previstos no objeto social, já que, uma vez ocorrendo tais atos, o objeto deixa de ser lícito e pode haver a dissolução da sociedade. A Disregard Doctrine procura, isso sim, sancionar o desvio de função da pessoa jurídica, quer tal desvio seja qualificado como abusivo de direito, quer ele se choque com os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, desvio este que pode ocorrer no estrito desempenho da atividade empresarial, conforme os estatutos ou atos constitutivos”.

No que se refere à jurisprudência nacional, tem-se que os tribunais cíveis brasileiros já aplicavam, mesmo que de forma tímida, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

²⁹² Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, p. 144.

FÁBIO KONDER COMPARATO²⁹³, a título de exemplo, menciona uma decisão que, em 25 de fevereiro de 1960, no Distrito Federal, aplicou, com propriedade, a teoria da *disregard doctrine*:

“Em brilhante sentença prolatada na 11ª Vara Cível do Distrito Federal, em 1960, o juiz Antônio Pereira Pinto teve também ocasião de aplicar, com proficiência, a teoria do Disregard of legal entity. Tratava-se de um personagem famigerado no mundo dos negócios, José João Abdalla, que adquirira 98% por cento das ações de uma companhia, dando em pagamento notas promissórias de emissão desta, com o seu aval pessoal. Fechado o negócio e entregues os títulos aos cedentes das ações, Abdalla iniciou vários procedimentos judiciais contra estes, ex-diretores da companhia, pretendendo imputar-lhes responsabilidades por má gestão administrativa, e com isso furtar-se ao pagamento dos títulos avalizados. A pessoa jurídica servia, na espécie, como alter ego do seu controlador.”

AMADOR PAES DE ALMEIDA²⁹⁴ apresenta uma decisão, proferida em 1976, pelo Desembargador Freitas Camargo, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se aplicou a desconsideração da personalidade jurídica, julgando responsável os sócios por danos causados a terceiros pela sociedade:

“Sociedade comercial – Responsabilidade limitada – Danos causados a terceiros por culpa contratual – Responsabilidade delitual dos sócios-gerente na qualidade de autores do ato ilícito – Legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de indenização – Carência afastada – Aplicação do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Admissível ajuizamento de ação de indenização por danos causados em virtude de culpa contratual diretamente contra os sócios gerentes de sociedade por cotas

²⁹³ Comparato, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 348.

²⁹⁴ Almeida, Amador Paes. *Execução de bens dos Sócios*, pp. 161-162.

de responsabilidade limitada com base na responsabilidade delitual e na qualidade de autores do ato causador de prejuízos a terceiros. (4ª Câmara, Ap. 103.552-1).”

Do mesmo modo, SÍLVIO DE SALVO VENOSA²⁹⁵ aponta outra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida pelo Desembargador Barbosa Pereira, em 07 de julho de 1994. Nesse caso, aplicou-se a *disregard doctrine* em sede de processo executório de sociedade anônima:

“Execução – Sociedade Anônima – Penhora – Incidência sobre bens particulares de sócio – Adm. - Hipótese em que a pessoa da executada confunde-se com a de seu único acionista e administrador – Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – RNP – Diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando no seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos. (Apelação Cível 2010181, 4ª Câmara Cível)”

BENO FREDERICO HUBERT²⁹⁶ apresenta decisão, também proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, dessa vez pelo Desembargador Guimarães e Souza, em 06 de março de 1998, em que se aplicou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e perdas e danos:

“Desconsideração da personalidade Jurídica – Aplicação – Construção – Empresa construtora que inadimpliu contrato de execução de obra em virtude de desabamento do prédio –

²⁹⁵ Venosa, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 301.

²⁹⁶ Hubert, Beno Frederico. *Desconsideração da Pessoa Jurídica nos Tribunais*, p. 133.

Proveito ilícito dos sócios e ausência de patrimônios caracterizados. Ementa da Redação: À empresa construtora que inadimpliu contrato de execução de obra em virtude de desabamento de prédio aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, se restou demonstrado que em proveito ilícito dos sócios foi desativada e não possui patrimônio para ressarcir os prejuízos causados aos credores. (Apelação Cível 22.671-4/7, 1ª Câmara Cível)”

Para finalizar, cumpre citar dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal, em que foi autorizada a desconsideração da personalidade jurídica das empresas, responsabilizando diretamente os sócios por dívida da sociedade²⁹⁷:

“É razoável a interpretação dada aos princípios legais, que regem a responsabilidade dos sócios nas sociedades por quotas, segundo a qual, a forma societária não pode se transformar em verdadeiro "bill" de identidade para aqueles que se lançam a empreitadas geradoras de risco e vêm a produzir danos a terceiros. A finalidade da lei ao instituir forma societária, em que os sócios apenas respondam dentro de certo limite, foi incentivar os investimentos em atividades produtivas, limitando os riscos das atividades negociais, vale dizer, dos atos lícitos de comércio. A personalidade jurídica própria que se reconhece às sociedades legalmente constituídas, também não pode servir de fundamento, nem se transformar em obstáculo, qualquer que seja o tipo societário à responsabilidade dos sócios pelos danos causados a terceiros por ato ilícito. No campo da ilicitude, não se pode perder de vista que a sociedade, pessoa jurídica, não age senão pelos seus sócios, o que facilmente se observa em matéria penal onde aqueles que a dirigem respondem pelos crimes acaso resultantes das atividades de empresa. A mesma ordem de raciocínio pode e

²⁹⁷ De Paula, Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, pp. 2.232 e 2.233 - 2.261.

deve ser utilizada no campo da ilicitude civil, até porque não há diferença ontológica entre o ilícito civil e o penal. Ao cuidar da responsabilidade patrimonial, o CPC dispõe no art. 592, II, que ficam sujeitos à execução os bens 'do sócio, nos termos da lei'. Esse dispositivo evita, pois, que o credor da sociedade, depois de a executar sem êxito, por não ter patrimônio suficiente, tivesse, então, de acionar - não executar - os sócios solidários, porquanto nem título nem autorização legal havia para aquela execução contra eles (Ac. unân. da 1ª T. do STF de 16.3.82, no RE 96.421-5-RJ, rel. Min. Pedro Soares Muñoz; DJ 02.04.82, p. 2.890)"

"O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente reconhecido possível a penhora de bens de sócios, por dívidas de sociedades limitadas de que fizeram parte, quando os bens da sociedade tenham desaparecido, ou quando tenham elas encerrado suas atividades sem liquidação regular. No caso, trata-se de sociedade anônima, em cujo histórico - junto às fls. - o último ato de que se tem notícia é o pedido de desligamento do ora Recorrente, então Diretor - Superintendente. O mesmo entendimento, formado a respeito das sociedades limitadas sem dissolução regular, há de aplicar-se às sociedades anônimas, em que o respectivo diretor, intimado para pagamento da dívida da sociedade, deixe de indicar os elementos necessários à citação de seus atuais diretores, ou à persecução de bens integrantes do ativo social. Nesse caso, tal como o sócio-gerente, o diretor há de fazer a prova, que interessar a exoneração de sua responsabilidade, mediante embargos, após garantido o Juízo pela penhora, e não como simples pedido prévio de que não lhe sejam penhorados bens, como ocorreu nos presentes autos. Isto posto, conhecendo do recurso, nego-lhe provimento. É o meu voto. (Ac. unân. da 2ª T. do STF de 02.3.82, no Recurso Extraordinário 93.028 – SP, do voto do Min. Décio Meirelles de Miranda, RTJ 101/749)."

Assim sendo, percebem-se nos julgados apresentados que antes mesmo da entrada em vigor do artigo 50, do Código Civil de 2002, os tribunais já aplicavam a *disregard doctrine*. Logo, com a introdução desse instituto no ordenamento brasileiro, mais fácil, e usual, será a sua aplicação, tendo em vista a existência de expresso fundamento legal.

3. DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito positivo brasileiro, antes mesmo da publicação do Código do Consumidor, oferecia alguns poucos e pontuais registros à defesa do consumidor, notadamente no direito penal, acerca das práticas empresariais perigosas à saúde dos consumidores e os crimes contra a economia popular, e no direito civil, circunscritos a determinados gêneros de negócios, como a compra e venda de imóveis ou a comercialização de logiciário.²⁹⁸

FÁBIO KONDER COMPARATO²⁹⁹, ao analisar o quadro normativo brasileiro anterior à publicação do Código de Defesa do Consumidor, expressa entendimento similar:

“Como assinalei, o direito tradicional sempre contou com regras protetoras do consumidor, notadamente na compra e venda. Por outro lado, as normas do direito comercial, tanto no campo da chamada ‘propriedade industrial’, quanto no da concorrência desleal e da repressão ao abuso do poder econômico, também asseguram uma proteção indireta ao consumidor. No campo penal, é igualmente antiga a preocupação com a punição da fraude no comércio, notadamente de gêneros alimentícios ou produtos farmacêuticos.”

²⁹⁸ Coelho, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, p. 26.

²⁹⁹ Comparato, Fábio Konder. *A proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*, in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, pp. 478-480.

E mais adiante, assinala:

“Evolução significativa também se verificou na parte do direito mercantil que visa, especificamente, a disciplinar a concorrência empresarial, compreendendo a chamada ‘propriedade industrial’ (privilégios industriais e sinais distintivos), a concorrência desleal e a repressão ao abuso de poder econômico. É que se, de início, esse conjunto normativo destinava-se a defender o princípio da liberdade dos concorrentes, hoje ele se funda, sobretudo, na proteção dos interesses do consumidor, interpretando-se a livre concorrência como simples meio de se atingir este último alvo e, portanto, podendo e devendo ser suprimida quando se mostra, para tanto, ineficiente ou mesmo prejudicial.”

A Constituição Federal de 1988, de forma inovadora, tratou expressamente dos princípios da tutela do consumidor em dois momentos. Inicialmente, no artigo 5º, inciso XXXII, quando confere ao estado a obrigação de promover a defesa do consumidor, e no artigo 170, inciso V, onde estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar existência digna a todos, atendidos os ditames da justiça social, observado o princípio da defesa do consumidor.³⁰⁰

Além disso, o artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu ao Congresso Nacional, o prazo de cento e vinte dias, contados da data de promulgação da Constituição, para elaborar o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, atendendo ao apelo constitucional, o Congresso Nacional promulgou, em 11 de setembro de 1990, com grande atraso no tocante ao prazo acima mencionado, a Lei nº 8.078, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor, colocando definitivamente o direito dos consumidores no cenário jurídico brasileiro.

³⁰⁰ Os artigos 24, inciso V e VIII, 150, § 5º, 175 § único e inciso II, e 220, §§ 3º, inciso II, e 4º, também tratam da matéria consumeirista, porém, de forma mais específica.

Nesse sentido, GENACÉIA DA SILVA ALBERTON³⁰¹:

“A preocupação com o consumidor, manifestada historicamente de forma esparsa, ficou expressa no inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, no qual a defesa do consumidor foi apontada como garantia constitucional. Ao lado disso, a Constituição, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fixou o prazo de 120 dias para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor que veio a ser promulgado em 11.9.90, com vigência a partir de 11.3.91.”

O legislador nacional, demonstrando estar atento às discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da má utilização da pessoa jurídica, tratou expressamente da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor.

Em seu artigo 28, a novel legislação estabeleceu as situações em que o magistrado poderá desconsiderar a pessoa jurídica, em favor do consumidor, quais sejam: *o abuso de direito, o excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social, e falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade jurídica.*³⁰²

Entretanto, a despeito do seu caráter inovador, a leitura atenta do dispositivo acima mencionado demonstra que o legislador confundiu a *disregard doctrine* com temas societários diversos, tais como responsabilidade do sócio ou do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio e responsabilidade do administrador por má administração.

FÁBIO ULHOA COELHO³⁰³, ao comentar sobre a inserção do dispositivo legal dispendo sobre a desconsideração da pessoa jurídica, aponta a confusão

³⁰¹ Alberton, Genacéia da Silva. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais*, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 7/93, p. 7.

³⁰² Coelho, Fábio Ulhoa. *O Empresário...* Op. cit., p. 226.

³⁰³ Coelho, Fábio Ulhoa. *O Empresário...* Op. cit., p. 226.

jurídica perpetrada pelo legislador, afirmando, ainda, que a falta de correspondência entre a previsão legal e a doutrina representa, em verdade, grande *fonte de incertezas e equívocos*:

“O Código de Defesa do Consumidor é o primeiro texto de lei no Brasil a fazer expressa menção à desconsideração da personalidade jurídica. Contudo tais são os desacertos do dispositivo em questão (art. 28) que pouca correspondência há entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõem nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto da lei e a doutrina nenhum proveito traz à aplicação do novo Código. Ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos.”

Nessa mesma linha, GENACÉIA DA SILVA ALBERTON³⁰⁴:

“Entretanto, na leitura do art. 28 do CDC, parece que a confusão quanto ao que se entenda por efetiva desconsideração da pessoa jurídica atingiu o novel instrumento legal. Ou, pelo menos, a desconsideração prevista no Código não está presa às amarras da ‘disregard of legal entity’... Verifica-se que o Código do Consumidor apresentou a desconsideração de forma ampla, de tal modo que pode abranger qualquer situação em que a autonomia da personalidade jurídica venha a frustrar ou dificultar o ressarcimento do consumidor prejudicado... É flagrante, pois, que há pouca correspondência entre a desconsideração da

³⁰⁴ Alberton, Genacéia da Silva. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais*, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 7/93, p. 7.

peessoa jurídica prevista no art. 28 do CDC e a teoria da 'disregard'. Omitiu-se, inclusive a fraude como causadora da desconsideração. Pelo menos isso não fica claro, embora possa ser inserido na hipótese do § 5º. Por outro lado, há inclusão de hipóteses de simples responsabilização do administrador que nada tem a ver com a desconsideração da pessoa jurídica.”

Acrescente-se, ainda, que a responsabilidade apenas poderá ser imputada ao sócio, administrador, controlador ou representante legal, quando a personalidade jurídica for efetivo obstáculo à perfeita e indispensável composição dos interesses, não havendo por que cogitar, em caso contrário, do superamento de sua autonomia patrimonial, razão pela qual apenas no que diz respeito ao abuso de direito cabe se falar em despersonalização da pessoa jurídica na legislação consumeirista.³⁰⁵

Bastante interessante, e importante, é o comentário efetuado por THEREZA ARRUDA ALVIM³⁰⁶. Para a autora, a *disregard doctrine* não pode mais ser considerada mera *teoria*, uma vez que, com a sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro, esta passou a ter os contornos dados pela norma:

“Uma vez encampada pelo direito positivo a ‘teoria’, em questão, deixa ela de ser ‘teoria’, por já se ter consubstanciado em texto de lei e a desconsideração da pessoa jurídica passa a ter os contornos que lhe deu a norma.”

A despeito das críticas efetuadas por boa parte da doutrina, o certo é que com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor os tribunais brasileiros passaram a aplicar a desconsideração da personalidade jurídica de forma mais freqüente, lastreando suas decisões, a partir de então, em norma legal.

³⁰⁵ Coelho, Fábio Ulhoa. *O Empresário.... Op. cit.*, pp. 226-227.

³⁰⁶ Alvim, Thereza Arruda. *Código do Consumidor Comentado*, p. 180.

Exemplo disso é a decisão proferida em 1991, de lavra do Desembargador Cunha Cintra, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se decidiu pela aplicação da *disregard doctrine* em um grupo econômico³⁰⁷:

“Desconsideração da personalidade jurídica – Grupo societário – Responsabilidade subsidiária – Aplicação da teoria quando o consumidor sofreu prejuízos, diante da manifesta insuficiência de bens no patrimônio da empresa que contratou – Insuficiência da simples comodidade ou conveniência do credor para dirigir sua escolha contra a sociedade controlada, em lugar da controladora, ou vice e versa. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica passou a ser lei a partir de 11.09.90, com a Lei n. 8.078, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. No caso de grupos societários e de sociedades controladoras, a responsabilidade é subsidiária, ou seja, o consumidor que sofreu prejuízos, diante da manifesta insuficiência de bens no patrimônio da empresa com quem contratou, pode se voltar contra as demais integrantes do conglomerado. Não basta a simples comodidade ou conveniência do credor para dirigir a sua escolha, contra a sociedade controlada em lugar da controladora ou vice e versa. (Apelação Cível 211163-1/0, 4ª Câmara Cível)”

FLÁVIA LEFÉVRE GUIMARÃES³⁰⁸ apresenta outro exemplo de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, onde o Desembargador Antônio Carlos Ribeiro dos Santos, da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, com base no art. 28, §§ 2º e 5º, do Código de Defesa do Consumidor, autorizou a constrição em bens de empresa pertencente de grupo econômico, diante da ausência de bens conhecidos da executada:

³⁰⁷ Almeida, Amador Paes de. *Op. cit.*, p. 171.

³⁰⁸ Guimarães, Flávia Lefèvre. *Op. cit.*, pp. 219-222.

“Tanto o devido processo legal está sendo observado, que a embargante pode defender seus direitos e está exercendo plenamente a defesa do patrimônio ameaçado, sendo penhora ato judicial. A eventual perda só ocorrerá após o esgotamento das vias próprias, tudo de acordo com a lei. A penhora recaiu em bens da embargante ao acaso, porque na aparência seriam da executada, pois de uso de seu diretor, de acordo com a certidão do Oficial de Justiça (fls. 18). E esta situação decorre da própria conduta do embargante, operando várias empresas em um mesmo endereço, coligadas ou controladas, prestando serviços umas para as outras, sem que o consumidor possa, com segurança, distinguir patrimônios e/ou responsabilidades. Preocupado com tal questão, onde não se distingue quem é quem, ou o que é de quem, o legislador brasileiro, pela primeira vez, adotou no Código de Defesa do Consumidor (art. 28) a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, definindo a responsabilidade subsidiária das empresas integrantes de grupos (§ 2º), acolhendo o que já vinha sendo objeto de doutrina e jurisprudência... Para o consumidor as duas empresas figuram em conjunto, conforme faturas e fichas de compensação juntadas aos autos principais. Se é praticamente impossível dissociar as atividades, quanto mais distinguir patrimônio para o ressarcimento de prejuízos, nos termos do § 5º do art. 28 da Lei n. 8.078/90.”

Para finalizar, cumpre mencionar importante comentário de FÁBIO KONDER COMPARATO³⁰⁹, realizado quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em novembro de 1990, em que ressalta a importância de uma política desenvolvimentista planejada, devidamente associada às peculiaridades da sociedade brasileira, que se adequa exatamente ao momento político-econômico atual por que passa o Brasil:

³⁰⁹ Comparato, Fábio Konder. *A proteção ao consumidor na constituição brasileira de 1988*, in *Revista de Direito Mercantil*, nº 80, p. 75.

“Em conclusão, se a consagração do princípio da defesa do consumidor, na Constituição brasileira de 1988, representou inegável progresso no plano normativo, é mister afastar desde logo a ilusão, tão difundida na América Latina, de que os problemas sociais se resolvem pela simples edição de normas jurídicas. Especificamente, no campo da proteção ao consumidor, a verdadeira solução dos problemas depende, antes de tudo, do desenvolvimento nacional, com o crescimento econômico auto-sustentado e a progressiva igualização de condições de vida. Nesse quadro de uma política desenvolvimentista global, as questões de proteção ao consumidor devem ser equacionadas de forma prudente e metódica, com o estabelecimento de metas concretas, factíveis dentro de certos períodos de tempo – e não com a fixação de objetivos grandiosos, a serem alcançados em pouco tempo. É indispensável, enfim, criar um direito apropriado à realidade brasileira, dotado de mecanismos aptos a impor a realização de políticas públicas realistas.”

4. DIREITO DO TRABALHO

Antes de se adentrar nos aspectos normativos e jurisprudenciais da desconsideração da pessoa jurídica no direito do trabalho, é indispensável à compreensão da posição dos doutrinadores e da jurisprudência trabalhista, afirmar que o princípio que norteia o Direito Trabalho é o da proteção da hipossuficiente econômico, ou seja, *in dubio pro operario*.

Conforme salienta AMADOR PAES DE ALMEIDA³¹⁰, *o direito do trabalho busca a igualdade jurídica entre patrões e empregados, com um único objetivo – a justiça social. Ao interpretá-lo, deve o hermeneuta ter em mente o seu preceito*

³¹⁰ Almeida, Amador Paes de. *Op. cit.*, p. 125.

fundamental, que consiste em assegurar ao empregado dignidade e justa remuneração.

Na lição de JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO³¹¹ o princípio primário do Direito Trabalho, do qual emergiram, por desdobramento, todos os demais, é o da proteção da hipossuficiente econômico:

“Firmou-se, então, o preceito fundamental que dá o traço mais vivo do Direito do Trabalho: é imperioso amparar-se com a proteção jurídica a debilidade econômica do empregado, na relação individual de emprego, a fim de restabelecer, em termos reais, a igualdade jurídica entre ele e o empregador.”

Para AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ³¹², o princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial ao trabalhador:

“Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.”

Outro ponto importante, e que merece ser destacado, é que, sob qualquer hipótese, não poderá o empregador transferir ao empregado os riscos da atividade econômica, devendo, o empresário arcar com os lucros e prejuízos do empreendimento, inclusive nos casos de falência, concordata e planos econômicos mal sucedidos.

³¹¹ Pinto, José Augusto Rodríguez. *Curso de direito individual do trabalho*, p. 74.

³¹² Rodríguez, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 28.

Nessa linha, SÉRGIO PINTO MARTINS³¹³:

“O empregador, por natureza, assume os riscos da sua atividade econômica. Não pode o primeiro querer repassar os riscos de sua atividade ao empregado. Assume o empregador tanto os resultados positivos (os lucros) como os negativos (os prejuízos). A falência e a concordata do empregador não podem transferir os riscos da sua atividade para o empregado, que não participa dos seus prejuízos. Planos econômicos também são considerados riscos da atividade econômica do empregador.”

Da mesma forma, para VALENTIN CARRION³¹⁴ o empregador deve arcar com os lucros e perdas do empreendimento, sendo tal disposição de ordem pública, imperativa e impostergável:

“As normas do Direito do Trabalho são de ordem pública, imperativas e impostergáveis, inafastáveis pela vontade das partes, salvo para conferirem maior proteção ao empregado.”

Ora, se a proteção ao hipossuficiente é princípio informador do Direito do Trabalho, não se admitindo, sob qualquer hipótese, a transferência do risco empresarial do empregador, para o empregado, é por demais evidente a possibilidade de constrição dos bens dos sócios, para pagamento de dívida trabalhista, em caso de inexistência de bens da sociedade.

Esse é o entendimento esposado por ARION SAYON ROMITA³¹⁵:

“Em outra oportunidade, já tentamos demonstrar que ‘se o empregado é imune aos riscos da atividade econômica, não se

³¹³ Martins, Sérgio Pinto. Comentários à CLT, p. 23.

³¹⁴ Carrion, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 21.

³¹⁵ Romita, Arion Sayon. Aspectos do Processo de Execução Trabalhista à Luz da Lei n. 6.830, in LTr 45-9, pp. 1038-1.041.

lhes podem impor os prejuízos decorrentes de uma execução insuficiente. Para completa satisfação dos créditos trabalhistas dos empregados, em caso de não bastar o acervo social para cobrir a importância global das dívidas, os sócios e os gestores devem responder com seus bens particulares, solidariamente, até a concorrência do montante dos débitos... Em suma, a limitação da responsabilidade dos sócios é incompatível com a proteção que o Direito do Trabalho dispensa aos empregados; deve ser abolida, nas relações da sociedade com seus empregados, de tal forma que os créditos dos trabalhadores encontrem integral satisfação mediante a execução subsidiária dos bens particulares dos sócios.”

MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO³¹⁶, ao comentar o caminho percorrido pelos tribunais brasileiros no que se refere à responsabilização dos sócios por dívida da sociedade, destaca ser assunto de interesse de toda a sociedade, não apenas do credor, uma vez que diz respeito à própria efetividade da prestação jurisdicional:

“A jurisprudência crítica, porém, vem entendendo que o sócio-gerente responderá, sem limites, pelas obrigações contraídas em nome da sociedade sempre que esta: a) deixar de funcionar legalmente; b) encerrar, sub-reptícia ou irregularmente, as suas atividades; c) falir fraudulentamente etc. – desde que, por certo, a sociedade não possua bens para atender à obrigação. A atitude dessa orientação jurisprudencial é inatacável, pois seria injusto permitir que um sócio-gerente se eximisse de certas obrigações da sociedade perante os empregados, escudando-se em preceitos da legislação comercial que em nada se harmonizam com o espírito tutelar, que anima o direito material do trabalho. O que se deve levar em consideração, para um adequado enfrentamento de situações como a em exame, é o

³¹⁶ Teixeira Filho, Manoel Antônio. Execução no Processo do Trabalho, pp. 140-141.

fato de o empregado ser portador de um título executivo judicial e que o adimplemento da pertinente obrigação é assunto relacionado não apenas aos interesses do credor, mas à própria respeitabilidade e eficácia dos pronunciamentos jurisdicionais. De tal arte, se a sociedade não possui bens para solver a obrigação, a isso será chamado o sócio-gerente, pouco importando que tenha integralizado as suas quotas do capital ou que não tenha agido com exorbitância do mandato, infringência do contrato ou de norma legal. O critério de justiça, em casos como esse, se sobrepôs ao da subserviência à literalidade insensível dos preceitos normativos, particularidade que realça, ainda mais, a notável vocação zetética do direito material do trabalho e da jurisprudência que o aplica e o interpreta.”

Os tribunais trabalhistas brasileiros, seguindo o mesmo entendimento esposado pelos doutrinadores do direito laboral, aplicam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para admitir a execução dos bens dos sócios, sempre que ausentes bens da sociedade, independentemente da existência de abuso de direito ou de fraude.

O Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina, fundamentando-se nos princípios protetores do Direito do Trabalho, aplicou a *disregard doctrine* para reconhecer a responsabilidade do sócio, por dívida da sociedade originária de descumprimento de obrigação trabalhista³¹⁷:

“Prevalência dos princípios de proteção do trabalhador. Na esfera trabalhista, a conceituação de empresa é bastante complexa, envolvendo a sua consideração como organismo e instituição, como organização democrática do trabalho, como função social e categoria jurídica. Esses elementos levaram à

³¹⁷ Bomfim, B. Calheiros; Santos, Silvério dos; Kaway Cristina. *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, pp. 499-500.

elaboração do consagrado princípio da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) do empregador, vital à criação de mecanismos de resguardo do trabalhador, aliás, já inserto no § 2º do art. 2º da CLT, relativamente a grupo de empresas. Entretanto, esse princípio só produz efeito quando frustrada a realização do direito do obreiro em decorrência de eventual abuso por parte do empregador. Demonstrada de forma inconteste a prática habitual da utilização de contratos de mandato mercantil com cessão de espaço físico em estabelecimento comercial, valendo-se dos remanescentes indisponíveis de empresas falidas e contratação de empresas sem patrimônio próprio formadas apenas para o fornecimento de mão-de-obra, indúvidoso está o interesse de afastar qualquer responsabilidade pelos encargos decorrentes da relação trabalhista, o que se consubstancia em um procedimento deplorável, que não se coaduna com os princípios protecionistas e tutelares do Direito do Trabalho, tampouco com a concepção da função social da empresa. Amalgamando o princípio de proteção do empregado com aquele decorrente da aplicação da norma mais favorável, norteadores da legislação obreira, decorre o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da recorrente, por ter sido a beneficiária direta do trabalho do autor. (TRT, 12ª Região, 2ª Turma (RO 7514/97), Relª. Juíza Maria Aparecida Caitano, DJ/SC 18/12/98, p. 183).”

AMADOR PAES DE ALMEIDA³¹⁸ cita, ainda, outros dois exemplos de aplicação da desconsideração da pessoa jurídica pelos tribunais brasileiros, o primeiro, do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, e o último, do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais:

³¹⁸ Almeida, Amador Paes. *Op. cit.*, pp. 197-202.

“Penhora – Bens dos sócios – Responsabilidade pelos débitos trabalhistas. Mandado de Segurança – Sócio da empresa. A jurisprudência trabalhista tem-se pronunciado no sentido de que os bens dos sócios respondem pelos débitos das sociedades de que os mesmos participem. Recurso ordinário desprovido”. (TST, ROMS 44076/92-RJ, Ac. 2388 – Seção Especializada em Dissídios Individuais, rel. Min. Cnéa Moreira, DJ, 6-11-1992).”

“Sócio de fato – Aplicação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica à execução trabalhista. Desponta na atualidade a força inevitável da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, aplicável com muito maior razão de direito à execução trabalhista e consagrada no art. 5º da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, a qual, pela sua fascinante tese, impõe não sejam considerados os efeitos da personificação para atingir a responsabilidade dos sócios, como consequência, se a pessoa jurídica reclamada não dispõe de bens suficientes para a satisfação do crédito trabalhista do Exeqüente e restou evidenciado nos autos que o executado-agravante é sócio de fato das reclamadas, porque público e notório que sempre fez parte destas até mesmo em sua administração direta, embora não o fazendo de direito, deve nessa condição responder com seu patrimônio privado pelas dívidas trabalhistas em direta aplicação do princípio aludido”. (TRT, 3ª Região, 4ª Turma, Ap. 1.277/96, 7-8-96, rel. Juíza Deoclécia Amorelli Dias, LTr, 61-02/264).”

Percebe-se que a compreensão do princípio da proteção do hipossuficiente econômico e da impossibilidade de transferência do risco da atividade econômica para o empregado, é fundamental para entender o posicionamento da doutrina, bem como dos tribunais trabalhistas brasileiros, no que se refere à aplicação e desenvolvimento da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, nesse ramo do direito.

Da mesma forma, insta frisar que o problema relacionado à teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho diz respeito a freqüente aplicação da teoria menor pelos tribunais brasileiros, que admitem a execução dos bens dos sócios, sempre que ausentes bens da sociedade, independentemente da existência de abuso de direito ou de fraude.

5. DIREITO TRIBUTÁRIO

O tratamento da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário não é tão simples quanto no direito do trabalho. Conforme observado no item anterior, o direito laboral adota um posicionamento definitivo acerca da utilização da pessoa jurídica relativamente ao vínculo empregatício, não admitindo qualquer sacrifício ao interesse e à faculdade assegurada ao trabalhador.

MARÇAL JUSTEN FILHO³¹⁹, ao comparar a aplicação da desconsideração no âmbito do direito trabalhista e tributário, adverte que a *disregard doctrine* adquire outros contornos no direito tributário, inexistindo *semelhante linearidade quanto aos fins a serem atingidos e quanto aos meios a serem empregados*, acrescentando que:

“Primeiramente, a aplicabilidade da desconsideração no campo tributário relaciona-se estreitamente com o princípio da legalidade estrita que ali impera, com colocações muito rígidas. É que a imposição tributária produz um sacrifício da propriedade individual em prol do Estado (ou de alguém por ele indicado). O tributo significa a apropriação de uma parcela da riqueza particular por parte do Estado, sem outro fundamento jurídico senão simples existência da mesma riqueza. O tributo não encontra fundamento nem na noção de ilicitude nem na idéia de comutatividade. Aquele que está obrigado ao

³¹⁹ Justen Filho, Marçal. *Op. cit.*, pp. 107-108.

pagamento da prestação tributária encontra-se em tal situação jurídica por exclusiva decorrência de, em última análise, ser titular de riqueza.. Mas do que em qualquer outro ramo do direito, no direito tributário é a lei que determina estritamente as faculdades do sujeito ativo e os deveres do sujeito passivo.”

A Constituição Federal de 1988, ao dispor nos artigos 5º, inciso II, e 150, inciso I, consagrou o princípio da legalidade ao determinar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Assim ensina ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA³²⁰:

“O princípio da legalidade – que não é exclusivamente tributário, pois se projeta sobre todos os domínios do Direito – vem enunciado no art. 5º, II, da CF: ‘Art. 5 (...): II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’... O inc. II do art. 5º da CF encerra, pois, um dogma fundamental, que impede que o Estado aja com arbítrio em suas relações com o indivíduo, que, afinal, tem o direito de fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe, nos termos do clássico brocardo: cuique facere licet nisi quid iure prohibetur. Em resumo, qualquer intervenção estatal sobre a propriedade ou a liberdade das pessoas só pode advir de lei.”

Ao comentar a presença do princípio da legalidade na Constituição Federal, sob a óptica tributária, MARÇAL JUSTEN FILHO³²¹ afirma que:

“Como decorrência, cabe somente à lei a definição da hipótese de incidência (fattispecie) tributária e a determinação do sujeito passivo. Portanto, a escolha das condutas que produziram o nascimento da obrigação tributária e a indicação do sujeito

³²⁰ Carrazza, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, pp. 209-211.

³²¹ Justen Filho, Marçal. *Op. cit.*, p. 108.

passivo sobre quem recairá tal obrigação decorrem da definição legislativa. Isso já excluiria, desde logo, cabimento para aplicação da teoria da desconsideração da personificação societária sem prévia autorização legislativa.”

O Código Tributário Nacional, demonstrando estar afinado com o princípio da legalidade, determina, em seu artigo 97, inciso III, que somente a lei poderá estabelecer o sujeito passivo da obrigação tributária, ou seja, a pessoa de quem é exigível o dever de pagar o tributo.

Do mesmo modo, o artigo 121, ao definir que o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, distingue, nos incisos I e II, do parágrafo único, duas espécies de sujeito passivo, o contribuinte; aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo, e o responsável tributário, aquele que, mesmo sem revestir a condição de contribuinte é responsável pelo recolhimento do tributo, em virtude de expressa disposição legal.

Entretanto, o próprio Código Tributário Nacional enumera duas situações denunciativas da configuração de solidariedade, ambas do artigo 124, incisos I e II: solidariedade de fato, ao dispor que a responsabilidade solidária das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, e solidariedade de direito, entre as pessoas expressamente designadas por lei.

Ao analisar o citado artigo, JOSÉ JAYME DE MACÊDO OLIVEIRA³²² assim leciona:

“Quanto à primeira, embora o dispositivo não defina o que vem a ser ‘interesse comum’, exsurge que envolve ela as pessoas que tenham participação comum no fato gerador, ou seja, que o

³²² Oliveira, José Jayme de Macedo. *Código Tributário Nacional – Comentários, Doutrina e Jurisprudência*, p. 377.

hajam praticado conjuntamente... Na segunda, o inciso II reza que ocorrerá também solidariedade passiva quando a lei (ordinária) assim prescrever, obviamente entre pessoas que não apresentem o 'interesse comum' acima referido, e que atendam ao comando do art. 128 deste Código, vale dizer, sejam pessoas vinculadas, de alguma maneira, ao fato gerador do tributo."

PAULO DE BARROS CARVALHO³²³, sobre o instituto da solidariedade no direito tributário, leciona que:

"No direito tributário, o instituto da solidariedade é um expediente jurídico eficaz para atender à comodidade administrativa do Estado, na procura da satisfação dos seus direitos. Sempre que haja mais de um devedor, na mesma relação jurídica, cada um obrigado ao pagamento da dívida integral, dizemos existir solidariedade passiva, na traça do que preceitua o art. 896 do Código Civil brasileiro."

Ao interpretar sistematicamente os artigos 97, inciso III, e 121, inciso II, que afirmam categoricamente que somente a lei poderá estabelecer o sujeito passivo e o responsável da obrigação tributária, com o artigo 124, que de forma genérica estabelece a responsabilidade solidária de terceiros que não o contribuinte, o julgador, que desejar aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, deverá agir com extrema cautela devendo interpretar de forma restrita os citados artigos.

Nessa linha, FLÁVIA LEFÉVRE GUIMARÃES³²⁴:

"Portanto, admitir a interpretação extensiva ao referido artigo 124, é ignorar o artigo 121, bem como a regra de interpretação sistemática. Diante, então, do princípio da estrita legalidade que

³²³ Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, p. 309.

³²⁴ Guimarães, Flávia Lefèvre. *Op. cit.*, pp. 38-39.

rege o direito tributário, prudente é interpretarmos o art. 124 de forma restrita, evitando-se a imputação de carga que, como foi dito, não decorre nem de ilicitude e nem de qualquer grau de comutatividade.”

A despeito da consagração do princípio constitucional da legalidade, deve-se asseverar que o artigo 134, inciso VII, do Código Tributário Nacional, estabelece que nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, os sócios, nos casos de liquidação da sociedade, respondem solidariamente com este, nos atos que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis, reforçando a opinião dos juristas que entendem pela possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário.

Todavia, para JOSÉ JAYME DE MACÊDO OLIVEIRA³²⁵, trata-se de caso clássico de responsabilidade de terceiros, em virtude de intervenção ou omissão em determinados atos, e acrescenta:

“Eis aí a responsabilidade de terceiros propriamente dita, em razão de intervenção ou omissão em determinados atos. E é solidária, já que a obrigação passa a ter mais de um sujeito passivo, que, juntamente com o devedor originário, dá maior garantia ao crédito tributário. Vale sublinhar que a eleição de um novo responsável, sem a eliminação ou substituição do primitivo, decorre necessariamente da incapacidade de o sujeito ativo receber a totalidade da obrigação principal. Por outro lado, a responsabilidade das pessoas enumeradas neste artigo não decorre só da simples existência de crédito tributário. Há necessidade de o terceiro interferir por ação ou omissão na falta de pagamento dos respectivos tributos, bem como inexistir possibilidade ou condições de a Fazenda Pública obter seu crédito do sujeito passivo originário.”

³²⁵ Oliveira, José Jayme de Macedo. *Op. cit.*, p. 377.

Cumpra acrescentar, ainda, que com base no quanto disposto no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, respondem pessoalmente pela obrigação tributária os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, em caso de atuação com excesso de poderes, infração de lei, de contrato social ou de estatuto.

Para LEON FREJDA SZKLAROWSKY, as expressões, diretores e gerentes empregadas no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, deixam clara a abrangência das diversas espécies societárias, inclusive da sociedade anônima e da sociedade por quotas de responsabilidade limitada³²⁶:

“Desnecessário indagar-se do tipo de sociedade devedora da Fazenda Pública, ou fazer-se um estudo mais acurado daquela, pois que a lei fala genericamente em pessoa jurídica de direito privado, abrangendo toda e qualquer sociedade... porquanto, como leciona Carlos Maximiliano, em sua obra clássica, Hermenêutica e aplicação do Direito, ‘quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas’.”

Para MARÇAL JUSTEN FILHO³²⁷, não tem cabimento falar de desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário, enquanto não houver expressa previsão normativa, em razão da consagração dos princípios da legalidade e da anterioridade:

“Para fins de direito tributário a personalidade jurídica, em princípio, deve ser respeitada – apenas com ressalva de

³²⁶ Szklarowsky, Leon Frejda. *Execução fiscal, leis e legislação*, p. 208.

³²⁷ Justen Filho, Marçal. *Op. cit.*, pp. 115-116.

exceções através de normas legais específicas para determinadas situações e com ressalva geral das normas aplicáveis em casos de fraude e simulação”.

E continua:

“A consagração dos princípios da legalidade e da anterioridade da lei tributária são a grande evidência de que o direito tributário assumiu a proposta de que, no confronto entre os fins favoráveis ao Estado-Fisco e os fins favoráveis ao contribuinte, sempre prevalecerá a opção pelos últimos”. O legislador necessita, assim, prever a hipótese da desfunção, tipificá-la (através de modelos fechados) e determinar a desconsideração. Assim, não se admite a desconsideração, no direito tributário, sem prévia previsão legislativa. Caberá à lei autorizar a desconsideração, como também definir os pressupostos de sua incidência”.

Com esse mesmo entendimento, GILBERTO GOMES BRUSCHI³²⁸:

“Na verdade, cada autor interpreta a lei do seu modo, mas tendo em vista o previsto no art. 135 do CTN, chega-se à conclusão de que não há porque se falar em aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário, já que existe expressa previsão legal, fazendo com que haja responsabilidade solidária. Isto que dizer que aqueles que praticarem os atos enumerados no CTN tornar-se-ão co-devedores, fazendo parte do pólo passivo da execução contra a sociedade, diferentemente do que ocorre na desconsideração, em que apenas seus bens serão passíveis de penhora.”

³²⁸ Bruschi, Gilberto Gomes. *Op. cit.*, p. 57.

Contrariamente, SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY³²⁹ afirma ser plenamente aplicável a desconsideração da pessoa jurídica no Direito tributário:

“Poder-se-ia afirmar, então, que se aplica a Disregard Doctrine no Direito Tributário sempre que se verifique a existência de um direito comum, entre as empresas integrantes de grupos, na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, bem como nas outras hipóteses normativamente consagradas pelo legislador brasileiro”, aplica-se, portanto, a “disregard doctrine”.

Da mesma forma, FLÁVIA LEFÉVRE GUIMARÃES³³⁰ entende que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada, ainda que de forma parcimoniosa, no Direito tributário, fundamentando sua opinião no artigo 135, do Código Tributário Nacional:

“Notemos, também, que reforça este nosso entendimento o que dispõe o art. 135, do Código Tributário Nacional, inserto na Seção III, do Capítulo V – Responsabilidade Tributária, intitulado ‘Responsabilidade de Terceiros’, quando restringe a desconsideração da personalidade jurídica aos casos em que se comprove ato ilícito (excesso de poder ou infração à lei), cuja autoria seja do terceiro que passará a ser responsável.”

Cumprе asseverar, ainda, que o legislador tributário tem-se orientado no sentido de estender a aplicação do art. 135 do Código Tributário Nacional, definindo impostos cujo simples não-recolhimento implicaria a responsabilização. É o caso da Portaria 99, de 05 de fevereiro de 1980:

“São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou

³²⁹ Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, p. 166.

³³⁰ Guimarães, Flávia Lefèvre. *Op. cit.*, p. 39.

representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos débitos decorrentes do não-recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto de Renda (IR) descontado na fonte (Decreto Lei nº 1.736, de 20.12.79, art. 8º).

No que se refere à aceitação da desconsideração da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no direito tributário, pelos tribunais brasileiros, ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA³³¹ afirma que esta tem sido regularmente utilizada para a responsabilização do sócio-gerente, com base no quanto disposto no artigo 135, incisos I e III, do Código Tributário nacional, conforme demonstram os seguintes julgados:

“Execução fiscal. Substituição processual da pessoa jurídica de direito privado, por seu sócio gerente. Admissibilidade. Responsabilidade a título pessoal. Infração de lei. Art. 135, III, do CTN: Desnecessidade de inclusão do nome deste na certidão de dívida ativa. A teor do n. III do art. 135, do CTN: São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, por parte de pessoas jurídicas de Direito privado, os seus sócios gerentes, sendo desnecessária a inclusão do nome destes na certidão da dívida ativa.(TJPR – AI n. 18.992-8 – 3ª câmara – Rel. Des. Nunes do Nascimento, 11 de agosto de 1999).”

“Execução fiscal. Sociedade Comercial. Responsabilidade limitada. Dissolução irregular. Infração da lei e do contrato caracterizadas. Responsabilidade do sócio gerente, por dívidas tributárias. Legitimidade, para figurar no pólo passivo da execução fiscal. Aplicação do art. 135, incisos I e III, do CTN: Constitui infração da lei e do contrato, com a conseqüente

³³¹ Murta, Antônio Carlos Diniz. Responsabilidade Tributária dos Sócios, pp. 94-101.

responsabilidade do sócio gerente, o desaparecimento da sociedade sem sua prévia dissolução legal, e sem o pagamento das dívidas tributárias. (STF – RE n. 115.652-0 – 2ª Turma – Rio de Janeiro – Rel. Min. Djaci Falcão – DJU 23 de março de 1988).”

“Embargos de Terceiro. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Penhora de bem particular de sócio. Aplicação do art. 10 da lei 3.708/19 e da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: A dissolução irregular de sociedade por quotas de responsabilidade limitada provoca a possibilidade de penhora de bens do sócio por dívida da pessoa jurídica (RT 660/181).”

JOSÉ JAYME DE MACÊDO OLIVEIRA³³² apresenta dois julgados em que a dissolução da sociedade foi apresentada como elemento caracterizador da responsabilidade dos sócios pelo passivo tributário fiscal da empresa dissolvida, independentemente da dissolução da sociedade ter ocorrido de forma regular ou irregular:

“A jurisprudência tem identificado como ato contrário à lei, caracterizador da responsabilidade pessoal do sócio-gerente, a dissolução irregular da sociedade, aquela em que, não obstante os débitos tributários, os respectivos bens são liquidados sem o processo próprio, a presunção aí é a de que os bens foram subtraídos em benefício dos sócios ou dos credores privados, numa ou noutra hipótese com detrimento da Fazenda Pública. (Resp 9.245-0/SP, STJ, 2ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 16.10.95).”

“Dissolvida a sociedade, mesmo que sob o império da legalidade, a responsabilidade dos sócios permanece no que

³³² Oliveira, José Jayme de Macedo. *Op. cit.*, pp. 413-415.

pertine à relação tributária fiscal. (Resp 10.531/RJ, STJ, 1ª T., Rel. Min. Pedro Acioli, RT 677/232)."

BENO FREDERICO HUBERT³³³ apresenta interessante julgado do Supremo Tribunal Federal, em que o relator, Ministro Aldir Passarinho, responsabilizou o espólio, em razão de irregularidades praticadas pelo *de cuius*, quando este ocupava o cargo de Diretor em sociedade anônima:

"Execução Fiscal – Sociedade Anônima – Morte de Diretor – Diversas – Irregularidades praticadas pela sociedade e reconhecidas pelo Espólio – Situação que tornaria o de cuius responsável pela obrigação tributária. Nos Termos do Art. 135, III do CTN – Responsabilidade que se transfere ao Espólio, por força do disposto no Art. 135, III, do CTN. Responsabilidade do espólio pelos débitos tributários do de cuius (art. 135, III do CTN). Tendo o Espólio assumido integral responsabilidade pelas irregularidades praticadas pela sociedade anônima, reconhecendo, assim, que se encontrava o de cuius sujeito a aplicação do disposto no art. 135, III, do CTN, segundo o qual são pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários correspondentes as obrigações tributárias resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes, ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, não há como negar-se a incidência à hipótese do preceituado no art. 131, inciso III, do mesmo Código ao fixar a responsabilidade do Espólio "pelos tributos devidos pelo de cuius até a data da abertura da sucessão. (Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo de Instrumento nº 91.882 – SP - Rel.: Min. Aldir Passarinho - julgado em 27/3/1984 - STF)."

³³³ Hubert, Beno Frederico. *Op. cit.*, pp. 267-270.

Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência também tem responsabilizado o sócio dirigente pela falta de recolhimento das contribuições previdenciárias, conforme demonstram os seguintes julgados:

“Contribuições previdenciárias. Sócio Dirigente. Sociedade por quotas. Penhora de bens do patrimônio pessoal deste. Decreto n. 3.708, de 1919, art. 10 CTN, art. 135, III. Responsabilidade do sócio dirigente da sociedade por quotas de responsabilidade limitada pelo pagamento de contribuições previdenciárias não recolhidas a tempo e modo. (TFR, 6 Turma, Ac. 114.545, DJU, 2-10-1986, p. 18206).”³³⁴

“A dissolução da sociedade irregularmente, sem a quitação das contribuições devidas à previdência Social, induz a responsabilidade do sócio-gerente, a teor do art. 135, III, do CTN (Acórdão 93.01.04996-1/MG. TRF, 1ª Região, 3ª Turma, Relator Juiz Fernando Gonçalves, DJU 19.08.93).”³³⁵

6. DIREITO ECONÔMICO

A legislação antitruste no Brasil é praticamente contemporânea de suas congêneres européias. A lei que define os crimes praticados contra a economia popular data do segundo Governo de Getúlio Vargas (Lei nº 1.521, de 26/12/51) e a que institui o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), as normas de repressão ao abuso do poder econômico (Lei nº 4.137 de 10/09/62) e a legislação que define regras de intervenção no domínio econômico (Leis Delegadas nº 4 de 26/09/62) datam do Governo João Goulart.³³⁶

³³⁴ Almeida, Amador Paes de. *Op. cit.*, p. 121.

³³⁵ Oliveira, José Jayme de Macedo. *Op. cit.*, p. 415.

³³⁶ Salgado, Lúcia Helena. *Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira - Implicações da Estrutura Regulatória das Atividades Econômicas sobre a Competitividade: Defesa da Concorrência e do Consumidor*, p. 23.

A preocupação com o tema é, porém, mais antiga, posto que nos anos 30 o deputado pernambucano Agamenon Magalhães apresentara ao Congresso projeto de lei contra o abuso do poder econômico, tendo peregrinado cerca de trinta anos pelo Congresso, até que, em 10 de setembro de 1962, foi promulgada a Lei contra o Abuso do Poder Econômico e o CADE (Lei nº 4.137), apesar dos seus termos terem sido inspirados no *Sherman Act*.³³⁷

Nos primeiros anos da década de 90, diante de um contexto de abertura econômica (liberalização, privatização e desregulamentação dos mercados em vários países), percebeu-se que a Lei nº 4.137/62 necessitava de modificações para se adequar à nova realidade mundial. Por essa razão, em 09 de janeiro de 1991, editou-se a Lei nº 8.158, instituindo novas normas para a defesa da concorrência.
338

Segundo LÚCIA HELENA SALGADO³³⁹, a Lei nº 8.158/91 surgiu da necessidade de prover *a administração pública e a sociedade de um instrumental adequado de regulação de comportamentos de mercado que evitasse - ou ao menos reduzisse - as fricções causadas pela mudança institucional de um ambiente estritamente regulado e controlado para um ambiente de liberalização das atividades econômicas.*

E acrescenta:

“Era também objetivo das autoridades alcançar celeridade na conclusão dos processos administrativos, preocupação típica da perspectiva do economic policy maker e informada pela experiência da primeira fase do CADE. Naquela fase, ocorreu muitas vezes que a conclusão do processo administrativo se dava quando o fato econômico que lhe dera ensejo já se tornara irrelevante, até mesmo pelo desaparecimento da parte lesada.”

³³⁷ Salgado, Lúcia Helena. *Op. cit.*, p. 23.

³³⁸ Brito, Beatriz Gontijo de. *Concentração de Empresas no Direito Brasileiro*, pp. 81-82.

³³⁹ Salgado, Lúcia Helena. *Op. cit.*, p. 31.

Nesse mesmo sentido, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR³⁴⁰ argumenta que o Governo Collor tinha como proposta a liberalização da economia, onde a modernização da lei antitruste era fundamental na persecução dos seus dois objetivos básicos, quais sejam, o desbloqueio da iniciativa privada e a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas:

“Neste quadro desagregador, a proposta de liberalização da economia trazida por um novo governo, em março de 1990, tinha dois objetivos básicos: a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas e o desbloqueio da iniciativa privada, pela implosão dos cartéis e dos ‘cartórios’. E com esta finalidade, a ressurreição da lei antitruste era uma peça fundamental.”

E conclui:

“Convencido da inoperância dos procedimentos administrativos da Lei nº 4.137/62 (que criou o CADE e os procedimentos de repressão ao abuso do poder econômico), cujos processos tinham uma duração média de 24 meses para conflitos que exigiam, pela celeridade das relações econômicas, decisões rápidas e até cautelares, o Executivo visou fundamentalmente a criação de um dispositivo mais leve, de eficácia maior que, comandado por um órgão do Ministério da Justiça, a Secretaria Nacional de Direito Econômico, permitisse da parte do Poder Público uma interferência prévia e preventiva diante da ocorrência de anomalias de comportamento econômico, capazes de ferir os princípios constitucionais da ordem econômica”.

³⁴⁰ Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional*, p. 181.

Entretanto, JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA³⁴¹, ao comentar a série de normas criadas pelos legisladores com o objetivo de regular a repressão ao abuso do poder econômico, entre as quais o Decreto nº 99.244, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico, e a Lei nº 8.158/91, que revogou a Lei nº 4.137/62, assevera que as alterações efetuadas por tais diplomas não foram suficientes para conferir maior segurança e celeridade à apuração e julgamento das práticas de violação da ordem econômica. Ao contrário, trouxeram maior confusão:

“Donde se vê que esses diplomas legais, sob o pretexto de trazer maior reforço para a legislação antitruste já existente, no que tange à definição e configuração das formas de abuso do poder econômico, trouxeram, na verdade, maior confusão, a impedir certamente a sua implementação no mundo dos fatos.”

É neste cenário que nasce o Projeto de Lei nº 3712-E, de 1993, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e que se transformou na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

De acordo com o disposto no artigo 1º, da Lei nº 8.884/94, o objetivo da legislação antitruste é a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Sobre este artigo, BEATRIZ GONTIJO DE BRITO³⁴² salienta que:

“Da leitura do dispositivo legal, verifica-se que as infrações contra a ordem econômica caracterizam-se como lesões aos princípios fundamentais por ela consagrados, ou seja, livre

³⁴¹ Fonseca, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência – comentários à lei antitruste*, pp. 50-54.

³⁴² Brito, Beatriz Gontijo. *Op. cit.*, p. 94.

iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico. A finalidade da lei é exatamente preservar esses princípios.”

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA³⁴³ afirma que a Lei nº 8.884/94 apresenta, ainda, função preventiva e repressiva, a ser exercitada pelo CADE para a proteção da concorrência, acrescentando que:

“Nesse sentido, é possível observar o Título V da referida lei (art. 15 e s.), cuidando das infrações à ordem econômica, com intuito claramente repressivo dos ‘atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir’ os efeitos dados pela lei como violadores da livre concorrência.”

Feito este breve exame a respeito do histórico legislativo do direito concorrencial brasileiro, passar-se-á a analisar o quanto disposto no artigo 18, da Lei nº 8.884/94, que expressamente estabeleceu a possibilidade de desconsiderar-se a personalidade jurídica do responsável por infração a ordem econômica, 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, bem como nos casos de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

FÁBIO ULHOA COELHO³⁴⁴ ressalta que o artigo 18, da Lei nº 8.884/94, foi o segundo dispositivo a fazer menção à desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, acrescentando que:

“Em duas oportunidades, poderá verificar-se a desconsideração da personalidade jurídica na tutela das estruturas de livre mercado: na configuração de infração da ordem econômica e

³⁴³ Proença, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, p. 46.

³⁴⁴ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2*, p. 52.

na aplicação de sanção. Na hipótese de conduta infracional, a autonomia das pessoas jurídicas não pode servir de obstáculo... No tocante à aplicação da sanção, exemplifique-se com a hipótese de proibição de licitar. A penalidade deve estender-se, por via da desconsideração da personalidade jurídica, às outras sociedades que tenham objeto idêntico ou semelhante porventura existentes entre os mesmos sócios.”

MARÇAL JUSTEN FILHO³⁴⁵, ao abordar a questão da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da repressão contra o abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros, nos termos do quanto disposto no artigo 160, inciso V, da Constituição Federal de 1988, esclarece que:

“Existem algumas hipóteses onde a desconsideração adquire extrema relevância, para evitar destruição de interesses superiormente relevantes para o direito. Assim, por exemplo, confira-se a previsão do art. 160, V, da Constituição Federal, que impõe a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. Essa disposição, de tamanha importância, não pode ter sua incidência frustrada através da multiplicação de pessoas jurídicas. Não será a simples presença de uma multiplicidade de pessoas jurídicas que poderá impedir a incidência do princípio constitucional. Sempre que se verificar o risco de abuso do poder econômico, produzido através da presença de uma pluralidade de pessoas jurídicas, comprovando-se que a desconsideração da personalidade societária assegurará a manutenção e a indenidade do princípio constitucional, será imperioso afastar-se a eficácia da pessoa jurídica. Somente assim é que se assegurará a sobrevivência do interesse jurídico e se restringirá

³⁴⁵ Justen Filho, Marçal. *Op. cit.*, p. 150.

a desfunção na utilização da pessoa jurídica. Aliás, a crescente intervenção estatal do domínio econômico, visando reprimir o abuso de poder econômico e tutelar o consumidor, tem dado origem à proliferação de regras imperativas e proibitivas. Não será cabível, diante desses interesses tutelados e assegurados pelo direito, adotar posicionamento indiferente e propiciar seu perecimento. As restrições e imposições contidas no ordenamento jurídico não poderão ser frustradas através da interposição de pessoas jurídicas. Sempre que tal ocorrer, o caso será de desconsideração.”

Nessa mesma linha, SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY³⁴⁶:

“... parece-nos evidente a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito econômico, uma vez que se coaduna claramente com a legislação antitruste e com o Código do Consumidor, bem como encontra amparo nas regras da primazia da realidade econômica e do interesse social, que norteiam este direito e ressaltam a sua importância cada vez maior para a sociedade.”

A crítica que se faz ao artigo 18, da Lei nº 8.884/94, é a mesma realizada ao artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor, mencionada no item 3, deste capítulo, qual seja, não ter retratado com exatidão a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Essa é a opinião expressada por FÁBIO ULHOA COELHO³⁴⁷, ao comentar o artigo 18, da Lei nº 8.884/94:

“Quando a lei antitruste, portanto, cogita do superamento da pessoa jurídica, para definir que o ato ilícito gera a

³⁴⁶ Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Op. cit.*, p. 195.

³⁴⁷ Coelho, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro - Comentários à Lei n. 8.884/94*, p. 47.

responsabilidade civil, faz uso impróprio da noção básica da teoria da desconsideração, e em nada inova o regramento existente mesmo antes do Código de Defesa do Consumidor.”

Do mesmo modo, JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA³⁴⁸:

“Verifica-se, portanto, que, quando a Lei Antitruste cogita da possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica, para definir que o ato ilícito gera a responsabilidade civil, faz ela mau uso da noção básica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.”

Ao estabelecer o excesso de poder, a infração da lei, o fato ou ato ilícito ou a violação dos estatutos ou do contrato social, bem como a falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocadas por má administração, como fundamentos legais para a desconsideração da personalidade jurídica, a Lei n° 8.884/94, confunde a teoria da *disregard doctrine* com temas societários diversos.

Conforme mencionado no decorrer deste trabalho, somente cabe aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando a responsabilidade por danos causados a terceiros não pode ser imputada diretamente ao sócio, controlador ou representante legal da empresa. Nos casos em que a imputação é direta, ou seja, quando a existência da pessoa jurídica não representa qualquer entrave à responsabilização de quem quer que seja, não há porque se falar na desconsideração de sua autonomia patrimonial.

Para FÁBIO ULHOA COELHO³⁴⁹, quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal de pessoa jurídica, provoca danos a terceiros em razão de comportamento ilícito, ele é responsável pela indenização correspondente, respondendo, assim, por obrigação de natureza estritamente pessoal, decorrente do ilícito que praticou. E conclui:

³⁴⁸ Proença, José Marcelo Martins. *Op. cit.*, p. 55.

³⁴⁹ Coelho, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro ...*, p. 43.

“Não há, portanto, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social, ou por qualquer outra modalidade de ato ilícito. Aliás, essa hipótese já se encontra consagrada no direito brasileiro, de há muito. Em relação ao sócio gerente da sociedade limitada, por exemplo, prevê o art. 10 do Decreto n. 3.708, de 1919, a sua responsabilidade por ato decorrente de excesso de mandato ou infração a lei ou ao contrato; em relação aos demais sócios, há a norma do art. 16 do mesmo decreto. O acionista, o controlador e o administrador da sociedade anônima também respondem pelos atos ilícitos que praticam (Lei n. 6.404, de 1976, arts. 115, 117 e 158)”

A respeito da má administração da pessoa jurídica, como elemento constitutivo autorizante para a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica, FÁBIO ULHOA COELHO³⁵⁰ assevera que:

“Aqui, já não se cogita de ilícito praticado pelo administrador, mas de erros seus na condução dos negócios da pessoa jurídica. Quando o administrador desatende às diretrizes fixadas pelas técnicas administrativas, pela chamada ciência da administração, deixando de fazer o que elas recomendam ou fazendo o que desaconselham, e disto sobrevêm prejuízos à pessoa jurídica, ela administra mal; e se ocorrer a falência da sociedade comercial, a insolvência da sociedade civil, associação ou fundação, ou mesmo o seu encerramento ou inatividade, em decorrência da má administração, então será possível imputar ao administrador a responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelos consumidores. Também neste caso, a responsabilidade é direta e não pressupõe a desconsideração da autonomia patrimonial, bastando invocar, como exemplo, a

³⁵⁰ Coelho, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro ...*, p. 44.

disciplina atinente aos administradores das instituições financeiras (Lei n. 6.024/74).”

No que se refere à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito concorrencial brasileiro, pode-se afirmar que mesmo antes da publicação da Lei nº 8.884/94, e ainda sob a égide da Lei nº 4.137/62, o CADE já fazia uso da *disregard doctrine* para coibir a prática de abuso do poder econômico por via da pessoa jurídica.

Nesse sentido, JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI³⁵¹ apresenta decisão no Processo Administrativo 48, proferido pela Conselheira Ana Maria Ferraz Augusto, em 2.3.89:

“EMPRESA CONDENADA POR ABUSO DO PODER ECONÔMICO – PRÁTICA DA MESMA INFRAÇÃO POR OUTRA ENTIDADE DO MESMO GRUPO ECONÔMICO QUE OPERA COM OS MESMOS PRODUTOS E NOS MESMOS MERCADOS EM QUE FOI CONSTITUÍDA E É ADMINISTRADA PELAS MESMAS PESSOAS FÍSICAS – SOBREVIVÊNCIA JURÍDICA DA PRIMEIRA – IRRELEVÂNCIA – APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – RECONHECIMENTO DE SUCESSÃO E INCIDÊNCIA DO ART. 46 DA LEI 4.137, DE 1962. Tratando-se de infração cometida por empresa do mesmo grupo econômico de outro infrator, que opera com os mesmos produtos e nos mesmos mercados e que foi constituída e é administrada pelas mesmas pessoas físicas, é de aplicar-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para fins de reconhecimento de sucessão e reincidência e aplicação do art. 46 da Lei 4.137, de 1962. Irrelevante, nesta hipótese, é a eventual subsistência jurídica da primeira

³⁵¹ Franceschini, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*, p.412.

infratora. (Referência: Decisão no Processo Administrativo 48, de 2.3.89. Representante: Refrigerantes Vontobel S.A., Representada: Holbra – Produtos Alimentícios e Participações Ltda., Conselheira – Relatora: Ana Maria Ferraz Augusto (DOU de 6.3.89, Seção I, pp. 3.405 e ss.).”

De todo o exposto, percebe-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica vem alcançando cada vez mais espaço no direito positivo brasileiro. Especificamente na legislação antitruste, o legislador buscou, ao recepcioná-la em seu artigo 18, prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, realizadas com a utilização fraudulenta ou abusiva da pessoa jurídica.

Nesse sentido, interessante é a opinião expressada por GILBERTO GOMES BRUSCHI³⁵² ao comentar a possibilidade, e importância, de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito econômico:

“O fato é que a concentração de empresas conduz a restrições da concorrência que prejudicam o interesse coletivo, contrariando o ordenamento jurídico, caracterizando, assim, o abuso de poder econômico. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito econômico é extremamente importante para coibir o abuso de poder econômico dentre as empresas, solucionando-o positivamente.”

7. DIREITO AMBIENTAL

Conforme salienta ALEXANDRE DE MORAES³⁵³, não obstante a preocupação com o meio ambiente seja antiga em vários ordenamentos jurídicos, inclusive nas Ordenações Filipinas, as Constituições brasileiras anteriores,

³⁵² Bruschi, Gilberto Gomes. *Op. cit.*, p. 71.

³⁵³ Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 702.

diferentemente da atual que destinou um capítulo para sua proteção, com ele nunca se preocuparam.

Para ÉDIS MILARÉ³⁵⁴, essa previsão representa *um marco histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam com a proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas sequer uma vez foi empregada a expressão “meio ambiente”, a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos.*

Segundo RAUL MACHADO HORTA³⁵⁵, com o objetivo de possibilitar a ampla proteção do meio ambiente, a constituição previu diversas regras, divisíveis em quatro grandes grupos:

“Regra de garantia: qualquer cidadão é parte legítima para a propositura da ação popular, visando anulação de ato lesivo ao meio ambiente (CF, art. 5º, LXXIII); Regras de competência: a Constituição Federal determina ser de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 23) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); bem como proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII). Além disso, existe a previsão de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (CF, art. 24) para proteção das florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao

³⁵⁴ Milaré, Édis. *Legislação Ambiental do Brasil*, p. 3.

³⁵⁵ Horta, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*, p. 308.

consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII). Igualmente, o Ministério Público tem como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública, inclusive para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III); Regras gerais: a Constituição estabelece difusamente diversas regras relacionadas à preservação do meio ambiente (CF, arts. 170, VI; 173, § 5º; 174, § 3º; 186, II; 200, VIII; 216, V; 231, § 1º); Regras específicas: encontram-se no capítulo da Constituição Federal destinado ao meio ambiente.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro já contemplar diversas normas que têm por fim a proteção do meio ambiente³⁵⁶, apenas dez anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que estabeleceu sanções penais e administrativas para as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, especialmente no seu artigo 4º, adotando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para os casos em que a pessoa jurídica se coloque como um obstáculo ao justo ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente.

Segundo VALDIR SZNICK³⁵⁷ a lei ambiental seguiu quase que integralmente o quanto disposto no artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, colocando como parâmetro a necessidade de reparação dos prejuízos causados ao meio ambiente, especialmente nos casos de *falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica*.

Já para FÁBIO ULHOA COELHO³⁵⁸, a legislação ambiental não contempla os mesmos equívocos encontrados nas legislações consumeirista e antitruste,

³⁵⁶ Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), Lei nº 5.197/67 (Lei de proteção à fauna) e a Lei nº 6.938/81 (que dispõe sobre a política nacional de meio ambiente).

³⁵⁷ Sznick, Valdir. *Direito Penal Ambiental*, p. 109.

³⁵⁸ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2*, p. 53.

uma vez que inexistente confusão entre a desconsideração e outras figuras do direito societário:

“Destá feita, não cabe criticar o legislador por confundir a desconsideração com outras figuras societárias, impropriedade em que incorreu ao editar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste.”

E arremata:

“Mas não se pode, também, interpretar a norma em tela em descompasso com os fundamentos da teoria maior. Quer dizer, na composição dos danos à qualidade do meio ambiente, a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial não poderá impedir a responsabilização de seus agentes. Se determinada sociedade empresária provocar sério dano ambiental, mas, para tentar escapar à responsabilidade, os seus controladores constituírem nova sociedade, com sede, recursos e pessoal diversos, na qual passem a concentrar seus esforços e investimentos, deixando a primeira minguar paulatinamente, será possível, por meio da desconsideração das autonomias patrimoniais, a execução do crédito ressarcitório no patrimônio das duas sociedades.”

Nessa linha, GILBERTO GOMES BRUSCHI³⁵⁹ salienta que:

“Caso os administradores de uma empresa que causar dano ao meio ambiente, tentarem se eximir de sua responsabilidade, constituindo uma nova empresa, de modo a dificultar o ressarcimento do dano ambiental, é autorizado por lei e totalmente possível que a execução recaia sobre o patrimônio pessoal daqueles que por ela responderem. Entretanto, tal

³⁵⁹ Bruschi, Gilberto Gomes. *Op. cit.*, p. 73.

dano não pode, em hipótese alguma, ter sido imputado aos agentes, para que seja possível a desconsideração.”

Para IVAN LIRA DE CARVALHO³⁶⁰ muitos aspectos da lei ambiental merecem destaque, especialmente o quanto disposto no seu artigo 4º, e, valendo-se da opinião de ANTÔNIO SILVEIRA R. DOS SANTOS, afirma que:

“Já seu art. 4º diz que ‘poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente’. Isso é muito importante, pois a aplicação desse instituto permite à Justiça inibir a fraude de pessoas que utilizam as regras jurídicas das sociedades para fugir de suas responsabilidades ou mesmo agir fraudulentamente.”

No que se refere à efetiva proteção ao meio ambiente e à legislação ambiental nacional, WILLIAM FREIRE³⁶¹ faz importante ressalva:

“A efetiva proteção do meio ambiente exige a conjugação de esforços dos três poderes: O legislativo, dotando o país de novos instrumentos de proteção ambiental; o Executivo, criando aparelhamento administrativo suficiente para exigir o cumprimento das leis; e o Judiciário, como poder auxiliar adicional para os casos em que a sanção administrativa não tenha coerção suficiente para inibir o infrator. Quanto ao primeiro aspecto, a legislação ambiental nacional, se não é perfeita, tenta acompanhar a tendência mundial e hoje já oferece instrumentos suficientes e eficazes para coibir a poluição ambiental. Resta, então, aos órgãos ambientais e ao Judiciário – respeitando os princípios da legalidade e da

³⁶⁰ Carvalho, Ivan Lira de. *A Empresa e o Meio Ambiente*, pp. 38-39.

³⁶¹ Freire, William. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 15.

moralidade – fazer prevalecer essa moderna e legítima vontade da sociedade.”

Nesse aspecto, insta, ainda, observar que a Emenda Constitucional nº 42, promulgada em 19 de dezembro de 2003, ampliou a defesa do meio ambiente, estabelecendo como princípio da ordem econômica a possibilidade de tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

No que diz respeito aos aspectos jurisprudenciais do tema, tem-se que os tribunais brasileiros pouco, ou quase nada, têm se manifestado sobre a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito ambiental, com base no quanto disposto no artigo 4º, da Lei nº 9.605/98.

Prova disso é a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, publicada no diário oficial de 08 de agosto de 2003, onde, apesar de tratar-se de caso evidente de aplicação da Lei nº 9.605/98, haja vista discutir-se no processo prejuízos causados por construção de conjunto habitacional em terreno que, anteriormente, era utilizado como depósito clandestino de lixo industrial, o juiz de primeiro grau preferiu aplicar a desconsideração da personalidade jurídica para promover o arresto dos bens dos sócios, com base no artigo 28, da legislação consumeirista, ao invés de fundamentar sua aplicação no diploma ambientalista³⁶²:

“Em uma análise superficial dos fatos da causa, possível entrever a plausibilidade do direito invocado. (...). É hoje fato notório o caos ambiental em que se edificou o Conjunto Habitacional Barão de Mauá, construído em terreno antes utilizado como depósito de detritos industriais... Ao que observo da leitura da decisão transcrita a fls. 75/76, foi determinado o arresto dos bens imóveis das rés COFAP, SOMA, SQG e PAULICOOP. Os documentos de fls. 873/890, 932/943 e 951/955 comprovam que pelo menos um dos sócios das

³⁶² Fonte: site www.conjur.com.br

empresas PAULICOOP e SQG, Arnaldo Aparecido de Carvalho, figura como integrante da Cooperativa Habitacional Nosso Teto. Pouco importa tenha ele se retirado da sociedade, o que fez apenas em 12.11.1999 (cláusula segunda da alteração de contrato social - fls. 933), muito tempo depois da constituição da Cooperativa, que se deu em 21.7.1993 (fls. 873). É evidente que a ligação entre eles teve por fim a obtenção de lucros, em manifesta relação de consumo, tendo como parte hipossuficiente a gama de moradores, que adquiriram o produto para o uso normal e seguro de suas famílias. A manobra na constituição da Cooperativa Habitacional, tendo como integrante o principal acionista da SQG, já que chegou a ser detentor de 90% do capital social desta empresa (fls. 995) autoriza a desconsideração da personalidade jurídica das empresas, nos termos do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, por configurar, em tese, a prática de infração à lei, pois, ao que se verifica, seus representantes teriam sido responsáveis pela construção e venda de complexo habitacional construído em solo contaminado, em manifesto prejuízo aos consumidores... Destarte, será aqui determinado, tão-só com o fim de garantir a eficácia do provimento final, o arresto dos bens imóveis pertencentes aos réus, além do bloqueio junto ao DETRAN dos veículos que eventualmente possuam. Posto isso, acolhendo o pedido de desconsideração da personalidade jurídica das empresas SQG Empreendimentos e Construções Ltda., PAULICOOP - Planejamento e Assessoria a Cooperativas Habitacionais S/C Ltda. e da Cooperativa Habitacional Nosso Teto, defiro a antecipação parcial dos efeitos da tutela e o faço para: a) determinar o arresto dos bens imóveis, ou das respectivas partes ideais, que integrem os patrimônios dos réus..."

CONCLUSÃO

1. A necessidade de cooperação entre os homens fez com que surgissem grupos sociais, constituídos a partir da união de várias pessoas ou da reunião de bens, equiparados à pessoa física, organizados e duradouros, orientados para o fim comum, dotados de capacidade para adquirirem direitos e exercerem obrigações.

Tais agrupamentos humanos, denominados de *pessoa jurídica*, possuem individualidade própria, não se confundindo com a individualidade dos seres humanos que os compõem, formando, inicialmente, realidades totalmente distintas, possuindo patrimônio próprio e independente do de seus sócios.

Do mesmo modo, merece destacar que o instituto da pessoa jurídica deve ser, necessariamente, reconhecido pelo direito positivo, estando formalmente vinculado a um sistema, uma vez que é o direito que autoriza a formação desses centros unitários de direitos e deveres, bem como possuir objeto lícito, haja vista ser inadmissível que a ordem jurídica permita a formação de uma entidade que visa atuar em desacordo com o direito que possibilitou o seu nascimento.

Assim sendo, pode-se concluir que os requisitos indispensáveis para o surgimento da pessoa jurídica são a vontade explícita do ser humano, a obediência às prescrições legais e a liceidade de propósito.

2. Com o passar dos anos, o instituto da pessoa jurídica passou a ser utilizado para fins diversos daqueles tipicamente considerados pelos legisladores, sendo objeto de inúmeras fraudes perpetradas por seus membros, com a finalidade única de causar prejuízo a terceiros inocentes, preocupando, cada vez mais, a doutrina e a jurisprudência, que passaram a buscar meios lícitos para restabelecer a ordem perturbada, afastando preceitos legais com o objetivo de se conseguir resultados mais adequados ao direito.

Diante desse quadro, os tribunais e os juristas desenvolveram a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo a premissa de que sempre que o conceito de pessoa jurídica for utilizado para defraudar credores ou desviar a aplicação de uma lei, os magistrados encontram-se autorizados a desconsiderar o instituto da pessoa jurídica para responsabilizar diretamente os seus membros pelas dívidas da sociedade.

Importante destacar a excepcionalidade da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, uma vez que esta não visa a anular a personalidade jurídica, mas sim a desconsiderá-la no caso concreto, dentro de seus limites, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. Trata-se de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos.

Essa é a razão pela qual se pode afirmar que desconsideração e falência são conceitos antinômicos. A desconsideração da pessoa jurídica, justamente por ser aplicável no caso individualizado, permite a continuidade das atividades empresariais, contribuindo para o aprimoramento do instituto, a partir do momento em que disciplina e fiscaliza a sua correta utilização. Já a falência interrompe as atividades da sociedade, além de se aplicar a todos os credores da sociedade, indistintamente.

3. No Brasil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, desde o início da década de sessenta, já era aplicada pelos tribunais como um remédio jurídico para, nos casos de má utilização do instituto da pessoa jurídica, desconsiderar os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade, responsabilizando diretamente o sócio, ou administrador, pelos danos causados a terceiros, desenvolveram-se, então, duas teorias a partir da sua forma de aplicação: a Teoria Maior e a Teoria Menor.

A Teoria Maior se caracteriza por condicionar o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à comprovação expressa da manipulação fraudulenta ou abusiva da pessoa jurídica, por seus membros. Em

outras palavras, trata-se de formulação subjetiva, que oferece importância à intenção do administrador de frustrar interesse legítimo de credor.

Para a Teoria Menor, a simples inexistência de bens da sociedade já justifica a desconsideração da pessoa jurídica para, atingindo diretamente o patrimônio pessoal dos sócios, atribuir-lhes, pois, a obrigação da pessoa jurídica. Se a pessoa jurídica é destituída de patrimônio, mas o seu sócio é solvente, deve-se, de imediato, responsabilizá-lo pelas dívidas da sociedade, independentemente da comprovação de utilização fraudulenta do instituto, ou abuso de forma.

É evidente que os magistrados que adotam a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, buscam resolver, de modo por demais simplificado, os aspectos processuais de sua aplicação, ignorando, inclusive, dispositivos constitucionais como o cerceamento de defesa e o princípio do contraditório.

4. Importante estudo foi realizado pela Escola de Chicago, a partir da década de cinquenta, que ficou conhecido como análise econômica do direito, cuja proposta, em relação à pessoa jurídica, é distinguir entre obrigação negociável e não negociável.

Considera-se obrigação negociável aquelas em que as partes, credor e devedor, têm condição de transacionar o risco, sendo possível ao terceiro contratante exigir garantias e estipular condições. Obrigação não negociável, por outro lado, se caracteriza por não ser permitido ao terceiro contratante qualquer forma de negociação do risco do negócio.

Pela análise econômica do direito pode-se estabelecer que sempre que for possível ao credor negociar o risco do crédito, como fazem os bancos, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica. De forma contrária, os credores de obrigações não negociáveis, como, por exemplo, os titulares de crédito trabalhista e os de direito à indenização por ato ilícito, podem utilizar-se da *disregard doctrine* para cobrar, diretamente dos sócios da pessoa jurídica inadimplente, o pagamento do seu crédito.

5. A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica alcançou espaço não só nos ordenamentos jurídicos americano e inglês, ambos da família da *common law*, onde o direito é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial, buscando sempre a justiça do caso concreto em exame.

Ao contrário, os ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, tais como o alemão, o português e o argentino, que se caracterizam por não se satisfazerem tão somente com as manifestações da jurisprudência, procuraram, por intermédio de construções legais, inserir, em seu direito legislado, a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, elaborando fórmulas teóricas dotadas de alto grau de generalidade e abstração, sempre com a finalidade de coibir o mau uso do instituto da pessoa jurídica por seus membros titulares.

6. Do mesmo modo, o direito positivo brasileiro buscou adotar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O primeiro dispositivo legal a contemplar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica foi o Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo, em seu artigo 28, as situações em que os tribunais poderão desconsiderar a pessoa jurídica, em favor do consumidor.

Seguindo os passos da legislação consumeirista, a Lei nº 8.884/94, que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, também estabeleceu, em seu artigo 18, a possibilidade de desconsiderar-se a personalidade jurídica do responsável por infração a ordem econômica.

Em 12 de fevereiro de 1998, o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 9.605, instituindo sanções penais e administrativas para as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, especialmente no seu artigo 4º, adotando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para os casos em que a pessoa jurídica se coloque como um obstáculo ao justo ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente.

A despeito do caráter inovador das legislações acima apresentadas, percebe-se que, com exceção da Lei nº 9.605/98, o legislador confundiu a *disregard doctrine* com temas societários diversos, tais como responsabilidade do sócio ou do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio e responsabilidade do administrador por má administração, representando grande fonte de incertezas e equívocos.

Não se deve pensar em desconsideração da pessoa jurídica quando a lei já estabelece expressamente a responsabilidade direta do sócio. Nesses casos, trata-se de obrigação originária do sócio, mesmo que o ato tenha sido praticado na condição de gestor social.

7. O novo Código Civil, promulgado em 10 de janeiro de 2002, fez expressa menção à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, dispondo, em seu artigo 50, que a pessoa jurídica que se desviar dos objetivos firmados no seu contrato social, visando à prática de atos ilícitos ou abusivos, terá os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade desconsiderados.

Da mesma forma, o nível diploma civilista não contém nenhuma disposição semelhante à antiga redação do artigo 20, do Código Civil de 1916, que se referia à existência distinta entre a pessoa jurídica e os seus membros.

Entretanto, apesar do novo Código Civil não mais dispor a respeito da distinção entre pessoa jurídica e sócios, pode-se concluir que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica continua preservada, não respondendo os bens dos sócios, em regra, pelas dívidas da sociedade. Admite-se, em certos casos, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizados pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, respondendo, os sócios, pelas dívidas da sociedade.

8. Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 2.426/2003, que visa a disciplinar o procedimento de declaração judicial de desconsideração da personalidade jurídica, fixando como e quando os tribunais

estarão autorizados a desconsiderar os efeitos da personificação e estabelecer a responsabilidade do sócio ou administrador pelos prejuízos causados a terceiros.

É flagrante que a matéria está a exigir diploma processual próprio, em que se firmem as hipóteses em que a desconsideração possa e deva ser decretada, uma vez que o instituto, muitas vezes, vem sendo utilizado de forma equivocada pelos magistrados, que, mesmo sem a prova da fraude ou do abuso de direito praticado com o intermédio da pessoa jurídica, desconsideram a personalidade jurídica, atribuindo aos sócios a responsabilidade direta pelo cumprimento das obrigações da sociedade.

9. Percebe-se que o instituto da desconsideração da pessoa jurídica encontra-se em evolução no direito nacional e estrangeiro, quer pela enorme produção doutrinária e jurisprudencial existente sobre o tema, quer pelas inovações legislativas praticadas nos diversos ordenamentos jurídicos, refletindo no fortalecimento do instituto da pessoa jurídica, bem como na plena efetividade do processo judicial.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. Editora Saraiva, 14ª edição, São Paulo, 2000.

ALBERTON, Genacéia da Silva. A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais. *In* Revista de Direito do Consumidor, nº 7, São Paulo, Julho/Setembro de 1993.

ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de Bens dos Sócios. Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 1999.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade. Editora Renovar, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1998.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, volume 1. Editora Forense, 13ª edição, São Paulo, 2004.

_____. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro (Subsídios Históricos para o Novo Código Civil Brasileiro). Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 2003.

ALVIM, Thereza. Código do Consumidor Comentado. Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 1995.

_____. Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar. *In* Revista de Processo, ano 22, Julho/Setembro. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. Editora Renovar, 5ª edição, Rio de Janeiro, 2003.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Introdução ao Direito Civil. Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1991.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil – Teoria Geral, volume 1. Coimbra Editora, 2ª edição, Coimbra, 2000.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. Código Civil Português. Livraria Almedina, 2ª edição, Coimbra, 1967.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Introdução ao direito (Filosofia, História e Ciência do Direito), volume 2. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Livraria Francisco Alves, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1929.

_____. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, volume 1. Livraria Francisco Alves, 1ª edição São Paulo, 1956.

BOMFIM, B. Calheiros; **SANTOS**, Silvério dos. **KAWAY**, Cristina. Dicionário de Decisões Trabalhistas. Edições Trabalhistas, 30ª edição, Rio de Janeiro, 2000.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Editora Renovar, 8ª edição, Rio de Janeiro, 2003.

BRITO, Beatriz Gontijo de. Concentração de Empresas no Direito Brasileiro. Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2002.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Editora Juarez de Oliveira, 1ª edição, São Paulo, 2004.

BUSSADA, Wilson. Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais, volume 1, Tomo I. Editora Liber Juris, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1984.

CARBONNIER, Jean. Droit Civil – Les personnes. Presses Universitaires de France, 21ª edição, Paris, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. Malheiros Editores, 17ª edição, São Paulo, 2002.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. Editora Saraiva, 30ª edição, São Paulo, 2005.

CARVALHO, Ivan Lira de. A Empresa e o Meio Ambiente. *In* Revista de Direito Ambiental, nº 13. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. Editora Saraiva, 12ª edição, São Paulo, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, volume 1. Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 1997.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. Editora Del Rey, 1ª edição, Belo Horizonte, 2002.

CHAVES, Antônio. Lições de Direito Civil – Parte Geral. Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1974.

COASE, Ronald H. The Firm. The Market. The Law. The University of Chicago Press, Chicago, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.

_____. O Empresário e os Direitos do Consumidor. Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 1994.

_____. Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei nº 8.884/94. Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 1995.

_____. Código Comercial e Legislação Complementar Anotados. Editora Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 2000.

_____. A Sociedade Limitada no Novo Código Civil. Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 2003.

_____. Curso de Direito Civil, volume 1. Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 2003.

_____. Curso de Direito Comercial, volume 1. Editora Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 2004.

_____. Curso de Direito Comercial, volume 2. Editora Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1978.

_____. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Editora Forense, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1983.

_____. Direito empresarial: estudos e pareceres. Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 1990.

_____. A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *In* Revista de Direito Mercantil, nº 80. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Outubro/Dezembro de 1990.

COOTER, Robert. The Cost of Coase, *In* Economic Analysis of the Law – *In* Selected Readings, Blackwell Publishing, 1ª edição, Massachusetts, 2003.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil – Teoria Geral. Editora Forense, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2001.

DE PAULA, Alexandre. Código de Processo Civil Anotado, volume 3. Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, São Paulo, 1998.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. Editora Saraiva, 6ª edição, São Paulo, 2000.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1. Editora Saraiva, 16ª edição, São Paulo, 2000.

DINIZ, Gustavo Saad. Direito das Fundações Privadas – Teoria Geral e Exercício de Atividades Econômicas. Editora Síntese, Porto Alegre, 2000.

DOBSON, Juan M. El Abuso de la Personalidad Jurídica. Editora Depalma, 2ª edição, Buenos Aires, 1991.

ENNECCERUS, Ludwig. **KIPP**, Theodor. **WOLFF**, Martin. Tratado de Derecho Civil – Parte General. Revisado por Hans Carl Nipperdey. Traduzido da 39ª edição alemã por Blás Perez Gonzalez e José Alguer. Casa Editorial Bosch, Barcelona, Espanha, 1943.

ESPÍNOLA, Eduardo. Tratado de Direito Civil Brasileiro, volume 1. Livraria e Editora Freitas Bastos, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1939.

_____. Sistema do Direito Civil Brasileiro, volume 2. Editora Conquista, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1961.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência, origem histórica e base constitucional. Arquivos do Ministério da Justiça, ano 45, nº 180, Brasília, 1992.

FERRARA, Francesco. Trattato de Diritto Civile Italiano - Le Persone Giuridiche, volume 2, Tomo II. Editora Torinese, Turim, 1938.

FIGUEIREDO, Carlos. 100 Discursos Históricos Brasileiros. Editora Leitura, 2ª edição, Belo Horizonte, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Legislação Antitruste. Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de Direito Civil, volume 1. Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, São Paulo, 1980.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. Malheiros Editores, 1ª edição, São Paulo, 1996.

FREIRE, William. Direito Ambiental Brasileiro. Aide Editora, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1998.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Editora Atlas, 2ª edição, São Paulo, 2004.

FRIEDMAN, Jack P. Dictionary of Business Terms. Barron's Business Guides, 3ª edição, Nova Iorque, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **PAMPLONA**, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral. Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 2002.

GALGANO, Francesco. Commentario Del Codice Civile, – Libro Primo - Delle Persone Giuridica, Nicola Zanichelli/Foro Italiano, Roma, 1988.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Editora Forense, 13ª edição, Rio de Janeiro, 1999.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil em Comentário a Código Português, volume 1, Tomo II. Editora Max Limonad, 1ª edição brasileira, São Paulo, 1956.

GONZALEZ, Ricardo Oscar. **LAFUENTE**, Juan C. Poclava. Personalidad Jurídica – Desestimación en el Derecho del Trabajo (Doctrina e Jurisprudencia. Editora La Ley, 1ª edição, Buenos Aires, 2001.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor, Aspectos Processuais. Editora Max Limonad, 1ª edição, São Paulo, 1998.

GULMINELLI, Ricardo Ludovico. Responsabilidad por Abuso de la Personalidad Jurídica. Editora Depalma, 1ª edição, Buenos Aires, 1997.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. Editora Forense, 23ª edição, Rio de Janeiro, 1998.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. Notas Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica: A Experiência Portuguesa – *In* Revista de Direito Mercantil, nº 101.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Editora Del Rey, 1ª edição, Belo Horizonte, 1995.

HUBERT, Beno Frederico. Desconsideração da Pessoa Jurídica nos Tribunais. JM Editora, 1ª edição, Curitiba, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, São Paulo, 1987.

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

LIMA, João Batista de Souza. As mais Antigas Normas de Direito. Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1983.

LIMA, João Franzen de. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1. Editora Forense, 6ª edição, 1972, Rio de Janeiro.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, volume 1. Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, São Paulo, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História – Lições Introdutórias. Editora Max Limonad, 2ª edição revista, São Paulo, 2002.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado, volume 1. Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 2004.

MALAURIE, Philippe. **AYNÈS**, Laurent. Les Personnes – Les Incapacités. Defrénois – Editions Juridiques Associées, Paris, 2003.

MARTINS, Pedro Baptista. O Abuso de direito e o Ato Ilícito. Editora Forense, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. Editora Forense, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores, 25ª edição, São Paulo, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores. 17ª edição, São Paulo, 2004.

MENEGALE, J. Guimarães. Direito Administrativo e Ciência da Administração. Editor Borsoi, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1957.

MESA, Marcelo J. López. **CESANO**, José Daniel. El Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales. Editora Depalma, 1ª edição, Buenos Aires, 2000.

MILARÉ, Édis. Legislação Ambiental do Brasil. APMP, São Paulo, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, volume 1. Editora Saraiva, 32ª edição, São Paulo, 1994.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora Atlas, 16ª edição, São Paulo, 2004.

MURTA, Antônio Carlos Diniz. Responsabilidade Tributária dos Sócios. Editora Del Rey, 1ª edição, Belo Horizonte, 2001.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil – Parte Geral. Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2004.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. Abuso no Exercício do Direito. Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos do direito brasileiro positivo vigente: CF 37, § 6º, e CC 15. *In* Revista de Direito Privado, nº 01. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da Concorrência e Globalização Econômica (o controle da concentração de empresas). Malheiros Editores, 1ª edição, São Paulo, 2002.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário. Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2002.

OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. Código Tributário Nacional – Comentários, Doutrina e Jurisprudência. Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da Pessoa Jurídica. Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 1933.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, volume I. Editora Forense, 19ª edição, Rio de Janeiro, 2001.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. Editora LTr, 5ª edição, São Paulo, 2003.

PLANIOL, Marcelo. **RIPERT**, Jorge. Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome 1. Editora LGDJ, Paris, 1957.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Tomo 1. Bookseller Editora e Distribuidora, 1ª edição, Campinas, 1999.

POSNER, Richard A. The Economics of Justice. Harvard University Press, 2ª edição, Londres, 1983.

_____. Economics Analysis of Law. Aspen Publishers, 6ª edição, New York, 2003.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência. Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 2001.

RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, São Paulo, 1999.

REALE, Miguel. O Projeto do Novo Código Civil. Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 1999.

_____. Lições Preliminares de Direito. Editora Saraiva, 27ª edição, São Paulo, 2004.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *In* Revista dos Tribunais, nº 410, São Paulo, 1969.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público – Curso Elementar. Editora Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 1994.

RIBAS, Antônio Joaquim. Curso de Direito Civil Brasileiro, Tomo II. Livreiro Editor B. L. Garnier, Rio de Janeiro, 1880.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil. Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil - Parte Geral, volume 1. Editora Saraiva, 28ª edição, São Paulo, 1998.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Editora LTr, 4ª edição, São Paulo, 1996.

ROMITA, Arion Sayon. Aspectos do Processo de Execução Trabalhista à Luz da Lei n. 6.830. *In* LTr nº 45-9, São Paulo. 1981.

RUGGIERO, Roberto de. Istituzioni di Diritto Civile, volume 1. Casa Editrice Giuseppe Principato, 7ª Edição, Milão, 1934.

SALGADO, Lucia Helena. Estudo da Competitividade da Industria Brasileira – Implicações da Estrutura Regulatória das Atividades Econômicas sobre a Competitividade: Defesa da Concorrência e do Consumidor. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA. Campinas, 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. Malheiros Editores, 1ª edição, São Paulo, 1998.

_____. Direito Concorrencial (as estruturas). Malheiros Editores, 2ª edição, São Paulo, 2002.

SERICK, Rolf. Forma e Realta della Persona Giuridica. Tradução de Marco Vitale. Dott. Giuffrè – Editore, Milão, 1966.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Abuso del Derecho. Editorial Astrea, 1ª edição, Buenos Aires, 1992.

SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. Editora LTr, 1ª edição, São Paulo, 1999.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, São Paulo, 2001.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Execução Fiscal, Leis e Legislação. Escola de Administração Fazendária, Centro de Pesquisa, Ministério da Fazenda, 1ª edição, Brasília, 1984.

SZNICK, Valdir. Direito Penal Ambiental. Ícone Editora, 1ª edição, São Paulo, 2001.

SZTAJN, Rachel. Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. *In* Revista dos Tribunais, nº 762, ano 88, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Execução no Processo do Trabalho. Editora LTr, 6ª edição, São Paulo, 1998.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil – Esboço, volumes 1 e 2. Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, co-edição com a Universidade de Brasília, Brasília, 1983.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Parte Geral, volume 1. Editora Atlas, 3ª edição, São Paulo, 2003.

VERRUCOLI, Piero. Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali. Dott. A. Giuffrè – Editore, Milão, 1964.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. Curso de Direito Civil, volume 1. Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2001.

WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral. Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição, São Paulo, 2003.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, sob a orientação do Professor Fábio Konder Comparato.

WOODWARD, Susan E. Limited Liability in the Theory of the Firm – *In Selected Readings*, Blackwell Publishing, 1ª edição, Massachusetts, 2003.