



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS -
FAJS

Letícia Lopes Cavadas

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Brasília
2013

Letícia Lopes Cavadas

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa.

Brasília
2013

Letícia Lopes Cavadas

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa.

Brasília, 03 de maio de 2013.

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

Examinador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santana

Examinador: Prof. Dr. Paulo Palhares

Dedico o presente trabalho à minha família, principalmente aos meus pais e meus irmãos, pela confiança, apoio, paciência e compreensão. Aos meus amigos de curso pelo apoio incondicional durante todos esses anos e por terem tornado a longa caminhada mais leve.

RESUMO

O objeto do presente trabalho é a análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, principalmente no que tange sua abordagem no Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, cumpre esclarecer que o instituto da pessoa jurídica é de fundamental importância para que um grupo de pessoas possa exercer determinada atividade de forma adequada, destacando que sua principal característica é a autonomia patrimonial. Entretanto, por ser essa pessoa jurídica constituída por pessoas naturais, e tendo essas pessoas interesses distintos dos interesses da pessoa jurídica, existe a possibilidade da utilização indevida da personalidade jurídica conferida a determinado ente, isso porque seus membros podem utilizá-la para finalidades diversas para o qual ela foi constituída, bem como, por meio dela, agir de forma abusiva, simulada ou fraudulenta. Dentro desse contexto, surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para demonstrar que a separação patrimonial não é absoluta e, cujo objetivo é a superação do obstáculo da personalidade jurídica, de modo que, observados determinados pressupostos que variam a depender do campo do direito e sua legislação, se atinja o patrimônio particular dos membros da sociedade para que estes sejam responsabilizados por eventuais prejuízos causados a terceiro. Além disso, cumpre informar o destaque que a teoria maior e a teoria menor possuem ao estudar a referida teoria, uma vez que compreende a observação dos pressupostos para que haja a efetiva aplicação do instituto.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Código de Defesa do Consumidor. Pessoa jurídica. Autonomia patrimonial. Superação do obstáculo. Teoria maior. Teoria menor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. PESSOA JURÍDICA.....	9
1.1. CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA.....	9
1.2. AUTONOMIA PATRIMONIAL	13
1.3. A CRISE DA PESSOA JURÍDICA	18
2. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	21
2.1. SURGIMENTO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	21
2.2. CONCEITO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	23
2.3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	26
2.3.1. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO CIVIL – Código Civil.....	26
2.3.2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO - Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)	30
2.3.3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI ANTITRUSTE – Lei nº 12.529/2011.....	33
2.3.4. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO AMBIENTAL - Lei nº 9.605/1998.....	355
2.3.5. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO - Código Tributário Nacional (CTN).....	38
3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	42
3.1. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR.....	51
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho compreende o estudo do tema: Desconsideração da personalidade jurídica à luz do Código de Defesa do Consumidor, em que será analisado artigo 28, cujo texto legal trata da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Contudo, para chegar a tal finalidade, faz-se necessário abordar o instituto da pessoa jurídica, analisar seu conceito, suas características, bem como a questão da crise que o referido instituto vem passando. Nesse sentido, é importante destacar sua principal característica, a autonomia patrimonial. Assim, a pessoa jurídica responderá com seu patrimônio perante suas dívidas contraídas, haja vista que esta é sujeito de direito, e portanto, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações.

Cabe, ainda, ao decorrer do trabalho discorrer sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, demonstrar seu surgimento, no qual foi diversas vezes abordado pela doutrina e atribuído ao direito inglês. Com relação ao seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, estudos apontam que a referida teoria, em uma conferência de Rubens Requião no final dos anos 1960, ingressa na doutrina brasileira. É a partir de então que juízes e tribunais começaram a aplicar a teoria.

Além disso, será abordado o conceito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, bem como o seu objetivo, que é a transposição da barreira imposta pela pessoa jurídica para que se possa responsabilizar os membros de uma sociedade empresária a partir de determinados pressupostos que variam de acordo com o campo do direito.

Ao entrar na análise da inclusão da referida teoria no Direito Brasileiro, verifica-se que esta também é uma questão amplamente discutida doutrinariamente, isso porque diversas legislações inseriram textos legais que correspondem a tema diverso do direito societário e não exatamente à teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Assim, conforme será observado, encontram-se equívocos em diversas legislações, uma vez que tratam de outro tipo de responsabilização dos membros de uma sociedade, ou seja, essas

legislações dispõem expressamente sobre responsabilidade solidária, subsidiária e até mesmo pessoal do membro de uma sociedade empresária, o que afasta a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não devendo, portanto, se falar em desconsideração já que a pessoa jurídica não é uma barreira a ser transposta.

Com isso, o estudo compreenderá a análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em diversas legislações, observando se seus textos legais estão, ou não, em consonância com a teoria, bem como abordando a posição de diversos autores diante da questão.

Entretanto, conforme mencionado, a finalidade do estudo é a teoria da desconsideração da personalidade jurídica à luz do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, o artigo 28 do CDC, que dispõe sobre o tema, é o primeiro dispositivo a tratar da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro e será objeto de análise.

Será observada a possibilidade de proteção do consumidor, por meio de tal artigo, contra atos fraudulentos e abusos de direito praticados pelos membros de uma sociedade empresária utilizando a personalidade jurídica conferida. Busca-se a suspensão da pessoa jurídica para atingir o patrimônio pessoal do sócio ou administrador, com a finalidade de que seus patrimônios particulares sejam responsabilizados de modo a ressarcir os prejuízos causados aos consumidores.

Porém, desde já, cumpre esclarecer que o artigo 28 do CDC é alvo de inúmeras discussões doutrinárias, sua redação é de uma abrangência que leva a insegurança jurídica àqueles que resolvem constituir uma sociedade empresária, conforme será oportunamente esclarecido.

Além disso, não há como tratar do instituto da desconsideração da personalidade jurídica sem abordar as teorias maior e menor. Elas buscam diferenciar a efetiva aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por meio dos seus pressupostos indicados nos dispositivos das legislações. A teoria menor está inserida no Código de Defesa do Consumidor, já a teoria maior, encontra-se em conformidade com o

dispositivo que trata da teoria no Código Civil, demonstrando, portanto, que são diferentes os requisitos para a desconsideração nas referidas legislações.

Dessa forma, busca-se o esclarecimento sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, desde o seu surgimento, seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação nas diversas legislações e a sua análise à luz do Código de Defesa do Consumidor, objeto do presente estudo.

1. PESSOA JURÍDICA

1.1. CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA

É um conglomerado, ou grupo de pessoas que se reúnem com o objetivo de constituir uma sociedade empresária, com finalidade lucrativa e específica, capaz de adquirir e exercer direitos e, de contrair obrigações.

Além disso, é uma instituição criada pelo ordenamento jurídico para o proveito humano. Ou seja, com o tempo viu-se a necessidade social em distinguir a pessoa física, ou natural, da pessoa jurídica, tendo em vista as implicações que essa confusão trazia. Dentro desse contexto, “[...], a concessão de personalidade jurídica as pessoas jurídicas é fruto de uma necessidade da sociedade humana, que percebeu ser possível atingir determinados fins através da conjugação de esforços.”¹

É importante destacar que a pessoa natural sempre será sujeito de direitos, assim como a pessoa jurídica criada por ela para a realização de determinadas finalidades.² Os direitos e deveres atinentes aos membros criadores dessa pessoa jurídica são distintos dos direitos e obrigações que esta possui, uma vez que possuem existências diversas.

Ressalte-se que, conforme dito anteriormente, para que haja a criação de uma pessoa jurídica é necessário mais que um conglomerado de pessoas, é preciso que essa criação esteja baseada em uma finalidade específica.³

É nesse sentido que Oksandro Gonçalves assevera:

“[...] A principal finalidade desse instituto é possibilitar o desenvolvimento econômico e social mediante a reunião de esforços e capitais para que sejam atingidos determinados objetivos de interesse comum a criação de empregos, a geração de receita tributária e perspectivas de desenvolvimento cultural.”⁴

¹ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 35.

² SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar 2002. p. 47.

³ SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar 2002. p. 47.

⁴ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 33.

Além disso, Edmar Oliveira Andrade Filho, no que diz respeito à criação de uma personalidade jurídica, discorre:

“Em primeiro lugar está a possibilidade de organização da vida econômica e social debaixo de uma personalidade jurídica distinta de si, com separação patrimonial e, em segundo lugar está a faculdade de escolher o ‘modelo jurídico’, dentre os acessíveis, ou seja, ao empreendedor ou aquele que quer associar-se é lícito escolher o tipo de sociedade ou associação a que quer se vincular.”⁵

Entretanto, a pessoa jurídica é uma questão amplamente discutida e uma das grandes divergências é se essa pessoa jurídica seria considerada uma ficção ou uma realidade objetiva. Assim, surgiram algumas teorias para explicá-la, tendo como destaque, a teoria da ficção legal. A respeito desta, Atinoel Luiz Cardoso faz suas fundamentações e afirma a necessidade da criação artificial de uma pessoa jurídica.⁶

Havia outra importante divergência a respeito de que tipo de ente deveria ter personalidade jurídica, e isso se deu antes das legislações tratarem sobre a pessoa jurídica. Assim, havia duas correntes, a minimalista e a maximalista. Para a corrente minimalista, pessoa jurídica eram todas as sociedades, sendo estas mercantis ou civis.⁷ Já com relação a corrente maximalista, esta fazia distinção entre corporações e sociedade em sentido estrito, “para negar a personalidade jurídica às segundas (sociedades civis, sociedades em nome coletivo, sociedades em comandita simples) e para reconhecê-la às primeiras, entre as quais as associações e sociedades anônimas”.⁸ O ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o Lamartine Correia, adota a corrente minimalista.⁹

⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 44.

⁶ “Esta teoria foi desenvolvida por SANIGNY e dominou até meados do século XIX. A teoria parte do princípio de que só o homem é capaz de direitos e obrigações; mas havendo patrimônios ou massas de bens sem pessoa física a quem pertençam exclusivamente, o direito romano e as leis modernas recorrem a uma ficção, criando artificialmente uma pessoa coletiva distinta das pessoas físicas que a compõem.” (CARDOSO, Luiz Atinoel. *Das Pessoas Jurídicas e seus Aspectos Legais*. São Paulo: Albuquerque, 1999. p. 26).

⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A Dupla Crise Da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 96.

⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A Dupla Crise Da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 96.

⁹ “Temos, portanto, no Brasil, um regime minimalista, monista, e, ao contrário dos precedentes europeus em matéria de monismo (França) totalmente liberal em matéria de concessão de personalidade. Mínimos são os requisitos de analogia para que se reconheça a personalidade jurídica, visto que são consideradas ontologicamente pessoas as sociedades, qualquer que sejam, as associações e as fundações. E, ao mesmo tempo, é liberal a atitude do Poder Público, pois que não existe o sistema de concessão de personalidade, embora exista o sistema – excepcional e restrito – de autorização para constituição ou funcionamento.” (OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A Dupla Crise Da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 96).

É de se destacar que o Estado não concede a personalidade jurídica, ele declara, tendo em vista que “o estado apenas reconhece aquele ente que já possui características de pessoa jurídica.”¹⁰ Assim, “a personalidade jurídica é atribuída pelo Estado a determinados entes”.¹¹

No Direito Brasileiro a pessoa jurídica se fez presente no Código Civil de 1916 no qual, em seu artigo 20, estipulava sobre sua existência e afirmava que esta é diferente da existência de seus membros.

O referido artigo não foi transcrito no Novo Código Civil de 2002, entretanto, seu texto legal ficou incorporado. Com isso, não restam dúvidas de que a figura da pessoa jurídica existe e que é apenas o reflexo de interesses individuais das pessoas que formam esse conglomerado.

Dentro desse contexto, o artigo 40 do Código Civil dispõe que as pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.¹² Contudo, a despeito dessa informação, o objeto do presente estudo é a pessoa jurídica de direito privado, mais propriamente, a sociedade empresária, que encontra-se disposta no artigo 44 do Código Civil, o qual regulamenta quais são as pessoas jurídicas consideradas de direito privado.

Desse modo, artigo 44 afirma: “São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos; VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.”

Nesse sentido, o artigo 985 do Código Civil brasileiro estabelece quando uma sociedade adquire personalidade jurídica: “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).” Além disso, os artigos 45 e 1.150 do Código Civil brasileiro dispõem quando começa a existência das pessoas jurídicas de direito privado.¹³

¹⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A Dupla Crise Da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 21.

¹¹ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da descon sideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 33.

¹² Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

¹³ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Entretanto, cumpre ressaltar que há discussões diante da aquisição dessa personalidade jurídica por uma sociedade. Existe uma corrente que segue o entendimento de que a aquisição da personalidade jurídica possui natureza constitutiva e também, declarativa.

Com relação à natureza constitutiva, a personalidade jurídica será constituída perante terceiros. Já na natureza declarativa, será constituída apenas perante a sociedade, uma vez que feita a reunião de pessoas com propósito específico e fim econômico, ela existe de fato, ainda que não haja a existência de direito. Sendo assim, sua existência no mundo jurídico será apenas declarada, uma vez que já está constituída de fato.

Os exemplos dessa natureza declarativa são as sociedades não personificadas (sociedade em comum e sociedade em conta de participação), em que há a sua existência de fato, porém elas não possuem personalidade jurídica, tendo em vista que não levaram seus atos constitutivos ao arquivamento nos órgãos competentes. Dessa forma, haverá sua existência de fato, porém, é uma sociedade “não regularizada”, sem personalidade jurídica.

Nesse sentido, Edmar Oliveira Andrade Filho afirma:

“Somente com o arquivamento de seus atos no órgão competente nasce a pessoa jurídica; antes disso há a sociedade ainda não personificada que, no contexto do Código Civil, é considerada sociedade em comum, regida pelos artigos 986 a 990.”¹⁴

Portanto, a pessoa jurídica é um ente formado pelo agrupamento de pessoas físicas ou naturais que, como sujeito de direitos, é capaz de contrair direitos e obrigações. E, nesse sentido, a sociedade empresária para ser determinada como tal, “[...] deve estar voltada para a exploração de atividade econômica e a repartição dos resultados entre seus membros.”¹⁵

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

¹⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 46.

¹⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 46.

Ademais, destaca-se que sua existência é distinta da existência de seus membros, ou seja, não se confundem, haja vista que os interesses de uma sociedade não são os mesmos interesses daqueles que a compõem, no caso, das pessoas naturais.

1.2. AUTONOMIA PATRIMONIAL

A pessoa jurídica possui determinadas características, as principais são: personalidade que não se confunde com a de seus sócios, autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade do sócio. Diante disso, Rubens Requião catalogou de forma precisa:

“1º) Considerar-se a sociedade uma pessoa, isto é, um sujeito “capaz de direitos e obrigações”. Pode estar em juízo *por si*, contrata e se obriga. “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”. [...]

2º) Tendo a sociedade, como pessoa jurídica, individualmente própria, os sócios que a constituírem com ela não se confundem, não adquirindo por isso a qualidade de comerciante. [...]

3º) A sociedade com personalidade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio é seu, e esse *patrimônio*, seja qual for o tipo de sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo.

4º) A sociedade tem a possibilidade de modificar a sua estrutura, quer jurídica, com a modificação do contrato adotando outro tipo de sociedade, quer econômica, com a retirada ou ingresso de novos sócios, ou simples substituição de pessoas, pela cessão ou transferência de parte do capital.”¹⁶

A autonomia patrimonial representa a principal característica ao se constituir uma sociedade empresária. Porém, para que a compreensão se torne mais clara, faz-se necessário discorrer sobre o tipo societário escolhido para a constituição de uma sociedade.

Portanto, para que uma sociedade empresária explore efetivamente sua atividade, necessariamente, deve ser escolhido um tipo societário previsto na ordem jurídica.¹⁷ No ordenamento jurídico brasileiro existem as sociedades personificadas e sociedades não personificadas, sendo aquelas a sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima, sociedade em comandita por ações, sociedade cooperativa e sociedades coligadas. E, são consideradas sociedades não personificadas, a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação.

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. V. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 397.

¹⁷ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 47.

É importante ressaltar que essa classificação importa no que diz respeito a que tipo de sociedade possui ou não personalidade jurídica. E, além disso, ao tratar da responsabilidade dos sócios pelas obrigações societárias, a depender do tipo societário escolhido, a responsabilidade de seus membros será limitada ou ilimitada.

Contudo, cumpre esclarecer que a obtenção de personalidade jurídica por uma sociedade não implica afirmar que seus membros respondem de maneira limitada pelas obrigações societárias, isto é, existem sociedades que apesar de possuírem personalidade jurídica não limitam a responsabilidade dos sócios perante as obrigações contraídas pela sociedade, como é o caso da sociedade em nome coletivo e das sociedades simples. Sendo assim, “é possível afirmar que a personalidade jurídica não importa necessariamente limitação da responsabilidade, pois existem pessoas jurídicas que não a limitam”¹⁸.

Na sociedade de responsabilidade limitada, após a integralização do capital ou subscritas as ações, quem responderá pelas obrigações contraídas e atos praticados será a própria sociedade. Já no caso da sociedade ilimitada, os sócios desta serão solidariamente responsáveis.¹⁹

Não obstante a possibilidade de escolha do tipo societário e, em consequência dessa escolha, a limitação ou não da responsabilidade dos sócios perante as obrigações societárias, a responsabilidade limitada no âmbito das sociedades é a mais cotada, tendo em vista a vantagem em apenas responsabilizar o patrimônio da pessoa jurídica pelas obrigações societárias, destacando a efetiva autonomia patrimonial existente entre a sociedade empresária e os sócios.

Nas palavras de Oksandro Gonçalves “[...] percebeu o Estado que se deveria privilegiar a atividade econômica de modo geral com a responsabilização limitada ao patrimônio constitutivo da pessoa jurídica.”²⁰

¹⁸ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 41.

¹⁹ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 85.

²⁰ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 42.

No que diz respeito à utilização recorrente dessa limitação, destaca-se o fato de que constituir uma pessoa jurídica de responsabilidade limitada implica afirmar que a responsabilidade dos sócios será limitada, bem como haverá, também, a limitação do risco.²¹

No tocante a essa limitação, Fábio Ulhoa Coelho assinala a situação na prática:

“Claro está que muitos empreendedores poderiam ficar desmotivados a se lançar em novos e arriscados empreendimentos se pudessem perder todo o patrimônio pessoal caso o negócio não prosperasse. [...]. A motivação jurídica se traduz pela limitação das perdas, que não devem ultrapassar as relacionadas com os recursos já aportados na atividade. [...]. A limitação das perdas, em outros termos, é fator essencial para a disciplina da atividade econômica capitalista.”

Contudo, não é apenas a sociedade limitada que prevê a limitação da responsabilidade de seus sócios diante das obrigações contraídas pela sociedade. Além disso, Edmar Oliveira Andrade Filho afirma que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica só faz sentido nas sociedades que limitam a responsabilidade dos sócios.²²

Pois bem, o patrimônio de uma sociedade empresária de responsabilidade limitada é independente e não se confunde com o patrimônio dos sócios. São, portanto, patrimônios autônomos.

Sobre essa autonomia patrimonial, Thereza Nahas afirma:

“A autonomia patrimonial é, assim, uma das mais importantes consequências da personalização, permitindo que os sócios e administradores sejam considerados, em suas relações com a sociedade e com terceiros, como pessoas estranhas, a ponto de isentá-los de responsabilidade pelos atos sociais.”²³

A esse respeito, Edmar Oliveira Andrade Filho também assevera que a autonomia patrimonial representa a principal característica dessa personalização conferida,

²¹ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 43.

²² “Se válida essa premissa, no campo do “direito da empresa”, a desconsideração só teria, em princípio, algum sentido nas sociedades em que a responsabilidade limitada aos parâmetros fixados em lei. Assim ela só poderia ser aplicada nos casos em que a pessoa jurídica seja de responsabilidade limitada de acordo com hipóteses previstas no ordenamento jurídico, a saber: (a) as sociedades por ações personificadas; (b) as sociedades simples personificadas; (c) as sociedades limitadas personificadas.” (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 72).

²³ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 96.

haja vista “que constitui uma das garantias que o ordenamento jurídico outorga as pessoas em geral ao permitir a separação de um patrimônio que é afeto a um determinado fim ou atividade e que representa o limite da responsabilidade que elas aceitam assumir”.²⁴

Desse modo, conforme mencionado, a pessoa jurídica possui responsabilidade ilimitada perante terceiros, isto é, a sociedade empresária sempre responderá com a totalidade de seus bens para cumprimento das obrigações contraídas por ela.

Assim é o que preceitua o artigo 520, do Código de Processo Civil ao dispor que o devedor responderá com todos os seus bens, para o cumprimento de suas obrigações: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

Com isso, “em se tratando de sociedades, a regra da unidade patrimonial não se altera: os bens sociais respondem pelas obrigações decorrentes do exercício da atividade – empresarial, ou não.”²⁵. Pode-se afirmar, portanto, que, em regra, os sócios não respondem pelas obrigações da sociedade.

Todavia, apesar de a sociedade empresária ser a devedora primária, o Código Civil dispõe no sentido de que em alguns casos excepcionais e previstos em lei o sócio responda subsidiariamente pelas obrigações societárias, quando o patrimônio desta não for suficiente para cumprir estas obrigações.²⁶ Nesse caso, é necessário que o sócio peça o benefício de ordem para que, primeiro, sejam esgotados os bens da sociedade antes que seu patrimônio seja atingido.

Neste caso, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que a subsidiariedade está prevista e pode ser autorizada por lei. Sendo assim, a pessoa jurídica não é obstáculo para o ressarcimento dos prejuízos causados por ela, já que a subsidiariedade subsiste.

²⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 73.

²⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: Teoria geral da empresa – direito societário*. V. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 285.

²⁶ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 86-87.

É importante observar, ainda, as disposições dos artigos 47 e 1.024, do Código Civil quanto a responsabilidade das obrigações contraídas pela sociedade empresária.²⁷ E, nesse sentido, o Código de Processo Civil estipula no artigo 592 quem fica sujeito à execução os bens²⁸ e dispõe, ainda, no artigo 596, *caput*, quando os bens particulares dos sócios serão responsáveis pelas dívidas da sociedade.²⁹

Sobre as responsabilizações diversas da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Daniela Storry Lins afirma:

“Neste sentido, essas hipóteses legais de responsabilidade dos sócios ou administradores não se confundem com a desconsideração da personalidade jurídica, pois, em tais casos, não é preciso desconsiderar a personalidade jurídica para responsabilizar os sócios, já que a responsabilização decorre de cominação legal expressa.”³⁰

O que se busca esclarecer é que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica será aplicado de maneira excepcional, haja vista que a autonomia patrimonial dos sócios e seus interesses se diferem do patrimônio da sociedade, bem como dos interesses, finalidades, direitos e obrigações desta.

Se determinada legislação dispõe expressamente sobre responsabilidade solidária, subsidiária e até mesmo pessoal do membro de uma sociedade empresária, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não deve se fazer presente, uma vez que subsiste previsão legal de responsabilização direta.

Cumprê destacar que diversos campos do direito inseriram em suas legislações a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, esse fato ainda gera inúmeras discussões doutrinárias quando se indaga se realmente determinadas normas tratam

²⁷ Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo. Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

²⁸ Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

II - do sócio, nos termos da lei;

²⁹ Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

³⁰ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 45.

exatamente da referida teoria ou se ela traz hipóteses de responsabilidade direta de membro da sociedade empresária.

É dentro desse contexto Thereza Christinha Nahas esclarece:

“Queremos, portanto, frisar que as situações jurídicas são diversas e nem tudo se decide como desconconsideração da personalidade jurídica, causando inúmeros incidentes desnecessários na prática jurídica e forense, precisaria ser resolvido ante a aplicação de tal instituto, posto que o próprio legislador trouxe, em inúmeras situações e dependendo do tipo de pessoa jurídica, a possibilidade de se atingir, diretamente, o patrimônio de seus administradores, sem perscrutar se houve ou não uso indevido da personalidade jurídica do ente moral.”³¹

Essa “confusão” é observada em diversos ordenamentos, conforme será analisado em capítulo específico.

1.3. A CRISE DA PESSOA JURÍDICA

Ao estudar a pessoa jurídica, é de grande relevância destacar a crise que este instituto vem passando. Primeiramente, cumpre dizer que a autorização para a constituição de uma sociedade empresária pressupõe o cumprimento de sua razão social, isto é, da função específica para o qual ela foi criada.

Para que uma sociedade exerça suas atividades é necessário que haja de acordo com sua função social, no qual constitui princípio da ordem econômica previsto constitucionalmente³², bem como pelo Código Civil³³.

Seguindo esse raciocínio, Edmar Oliveira Andrade Filho assevera:

“Em face dos mandamentos que prescrevem que os contratos sejam formados, cumpridos e extintos tendo em vista a função social que lhes é imanente, todo contrato (inclusive, portanto, o contrato que dá base formal a

³¹ NAHAS, Thereza Christinha. *Desconconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 103-104.

³² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010).

³³ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

uma pessoa jurídica) deverá ser formado tendo em vista a finalidade da realização da função social que lhe é inerente.”³⁴

A grande crítica que é feita é a de que como a sociedade é constituída por pessoas, pessoas estas que possuem interesses distintos e individuais entre si, seria inevitável a dependência dessa sociedade empresária aos atos dos sócios, ou seja, “[...] não se poderia compreender, dentro dos ditames da lógica, pudessem fatos da sociedade envolver a pessoa física do sócio, ou revés, vicissitudes dos sócios comprometer a vida social”.³⁵

É nesse sentido que Daniela Storry Lins afirma: “A justificação de sua existência é a convivência social, que não pode ser colocada em perigo pela utilização inconseqüente e danosa do instrumental por ela própria produzida.”³⁶

Dentro deste contexto, tendo em vista a dificuldade em distinguir a pessoa jurídica dos membros da sociedade e não caracterizando de maneira eficaz o princípio da separação patrimonial e da limitação da responsabilidade, surgem os desvios de finalidade provenientes de condutas dos sócios, que se mascaram atrás da pessoa jurídica para praticar abusos de direitos e atos fraudulentos.

Conforme bem assinalou Thereza Nahas:

“Observou-se que a personalização de sociedades comerciais dava azo a manobras maliciosas de pessoas que agiam por detrás da pessoa jurídica, causando prejuízos e danos a terceiros ou à própria sociedade, aproveitando-se da autonomia patrimonial que a personalidade lhe concede.”³⁷

Vale ressaltar, ainda neste sentido, a afirmativa de Daniela Storry Lins, segundo a qual “é evidente que as sociedades têm personalidade distinta da dos sócios, no entanto, predomina o entendimento de que a personalidade jurídica não deve constituir uma forma para encobrir situações antijurídicas.”³⁸

³⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 52.

³⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. V. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 390.

³⁶ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 20.

³⁷ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 95.

³⁸ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 25.

Em razão disso, para coibir fraudes e abusos realizados por meio da má utilização da autonomia patrimonial³⁹, surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, instrumento utilizado para superar a barreira imposta pela personificação e atingir o patrimônio, até então protegido, do sócio.

³⁹ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júri, 2002. p. 32

2. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1. SURGIMENTO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Diversos autores descrevem o surgimento deste instituto e todos chegam a um denominador comum, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu no direito inglês.

Com isso, ficou constatado que o primeiro caso a apresentar a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica foi o julgamento do caso Salomon x Salomon & Co., que ocorreu em Londres, no ano de 1897. Nesse julgado, concluiu-se que a pessoa dos sócios é diferente da pessoa jurídica vez que possuem patrimônio, direitos e obrigações próprios.⁴⁰

É nesse sentido que Daniela Storry Lins redige comentários a respeito do surgimento da teoria:

“A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, conforme noticiado pela doutrina, teve origem na jurisprudência, notadamente nos sistemas de *common law*, ao buscar a aplicação de critérios de equidade, através do conhecido julgamento do caso Salomon & Salomon, em que a Corte Inglesa, ao desconsiderar a personalidade da sociedade, atribuiu a responsabilidade das dívidas ao sócio Dalomon, sendo os demais sócios titulares de uma ação. A Casa dos Lordes reformou a decisão, ao manter o princípio geral da separação dos patrimônios da sociedade e de Aaron Salomon.

A decisão, embora não contemplasse o princípio da desconsideração, abriu nova perspectiva [...]”⁴¹

Thereza Nahas afirma, também, que “as primeiras comunidades a aplicar a solução foram os tribunais ingleses e americanos em seus cases”, ou seja, no caso concreto.⁴²

⁴⁰ LEITE, José Rubens Morato e BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004. p. 646.

⁴¹ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 29.

⁴² NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. XVII.

Da mesma forma, Fábio Ulhoa Coelho atribui o surgimento do instituto ao direito inglês: “O direito inglês foi o primeiro a ostentar norma jurídica cujo comando corresponde ao postulado pela teoria da desconsideração. [...] A doutrina credita o dispositivo inovador às repercussões do caso Salomon, [...]”⁴³

Além disso, o referido autor quando trata da teoria, afirma que esta é uma elaboração doutrinária recente e que Rolf Serick foi o seu principal sistematizador, em sua tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tubigen, em 1953.⁴⁴ Rolf Serick foi conduzido pelo resultado de sua pesquisa a formulação de quatro princípios⁴⁵, princípios estes são a base da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda, neste sentido, Rubens Requião discorre:

“[...] tendo em vista fraudes promovidas através da personalização de sociedades anônimas, seja em problemas de âmbito privado, seja em relações de direito público, se foi elaborando por construção jurisprudencial uma doutrina para coibir os abusos verificados. Surgiu, assim, a doutrina *Disregard of Legal Entity* no direito anglo-saxão, espairando-se para o direito germânico e mais recentemente repercutindo na literatura jurídica da Itália.”⁴⁶

O instituto entrou no ordenamento jurídico brasileiro impulsionado pelas jurisprudências nos direitos inglês e alemão. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em uma conferência de Rubens Requião no final dos anos 1960, ingressa na doutrina brasileira.⁴⁷ A partir de então, os juízes e tribunais começaram a aplicar a teoria, utilizando-a

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

⁴⁵ “O primeiro afirma que ‘o juiz, diante de abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ato ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre o sócio e a pessoa jurídica’. [...]. O segundo princípio da teoria da desconsideração, circunscreve, com mais precisão, as hipóteses em que a autonomia deve ser preservada. Afirma que ‘não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos’. [...]. De acordo com o terceiro princípio, ‘aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica.’ [...]. O derradeiro princípio sustenta que, ‘se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para a aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes’”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38).

⁴⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. V. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 391.

⁴⁷ “Seu argumento básico é o de que as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não adotada a *disregard doctrine* pelo direito brasileiro. De qualquer forma, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos

“em situações específicas recomendadas pela prudência exigida em cada caso e quando a situação fática permitia vislumbrar o uso da personalidade jurídica para fraudar direito de terceiros.”⁴⁸

Dentro desse contexto, o primeiro dispositivo legal a se referir sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), precedida pela lei que sanciona crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.884/94) e pela incorporação do instituto pelo Direito Ambiental (Lei nº 9.065/98).⁴⁹

2.2. CONCEITO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Conforme mencionado, a pessoa jurídica possui o privilégio conferido da separação patrimonial como sua principal característica. Entretanto, existe a possibilidade da relativização dessa autonomia por meio da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também chamada teoria da penetração ou disregard of legal entity.

O referido instituto consiste em transpor a personalização de maneira que se possa transpor a barreira conferida à pessoa jurídica para atingir os patrimônios individuais do sócio ou administrador, quando estes estiverem se utilizado da personalidade jurídica adquirida pela sociedade empresária para o cometimento de interesses antijurídicos.

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica objetiva a responsabilização dos sócios ou administradores quando estes utilizarem a pessoa jurídica para a prática de determinados atos, como de abuso da personalidade e fraude.

Fábio Ulhoa Coelho discorre a respeito:

fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39).

⁴⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 69.

⁴⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 69.

“Quer dizer, em determinadas situações, ao se prestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o ilícito perpetrado pelo sócio permanece oculto, resguardado pela ilicitude da conduta da sociedade empresária. Somente se revela a irregularidade se o juiz, nessas situações (quer dizer, especificamente no julgamento do caso), não respeitar esse princípio, desconsiderá-lo.”⁵⁰

É importante destacar que esta personalidade jurídica não deve ser utilizada de modo a encobrir finalidades diversas da razão pela qual ela existe, isto é, a conduta dos administradores ou dos sócios não deve ser incompatível com a finalidade da sociedade, com a razão social para o qual ela foi constituída.

Sempre que a personalidade jurídica for utilizada para fins diversos do propósito para o qual ela foi constituída, haverá a necessidade de invocar a referida teoria, tendo em vista que, ao encobrir-se da pessoa jurídica para fins diversos, a personificação perde a legitimidade.⁵¹

Com isso, destaca-se a posição de Fábio Ulhoa Coelho no tocante ao objetivo da teoria: “O objetivo da teoria da *desconsideração da personalidade jurídica* (*disregard doctrine* ou *piercing the veil*) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, [...]”.⁵²

Ressalte-se, ainda, a exposição feita Daniela Storry Lins sobre a função da teoria:

“Não se trata, quando se cogita da desconsideração de punir a má-fé, mas sim de reprimir a disfunção. O abuso da pessoa jurídica indica a atividade atípica, descontrolada e insuportável, não prevista e até mesmo imprevisível, ocorrente na utilização pelo particular deste instrumental. Ao que parecem indicar a doutrina e a jurisprudência, a desconsideração será aplicável quando houver abuso na utilização da sociedade, vale dizer, quando a ofensa a faculdade e as regras jurídicas tiver ultrapassado o limite do previsto e do assumido pelo direito e pela sociedade.”⁵³

Deve-se ter em mente que desconsideração da personalidade jurídica é diferente da despersonificação. Esta importa na anulação da personalidade jurídica conferida à

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

⁵¹ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 15.

⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37-38.

⁵³ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 36.

sociedade, já aquela, trata de suspender seus efeitos para que o sócio seja responsabilizado e, conseqüentemente, seu patrimônio seja atingido. Assim, a pessoa jurídica não deixa de existir no mundo jurídico de forma válida e eficaz, ela continua produzindo seus efeitos desde a sua criação⁵⁴ e, conforme Waleska Bertolini Mussalem, “[...] seus atos permanecem plenamente válidos e eficazes em relação ao demais negócios que não tenham ligação com a fraude de que participa”.⁵⁵

Sobre esse entendimento, Thereza Nahas discorre:

“Despersonalizar quer dizer retirar a personalidade que lhe foi atribuída, e o que ocorre nas hipóteses aqui tratadas é, dentro do caso concreto, desconsiderar aquela atribuição inicial de personalidade para, dentro de determinados limites, atingir pessoas e bens que se encobrem atrás daquela personalidade.”⁵⁶

Em nenhum momento haverá a extinção da personalidade, o que ocorre é que apenas em determinado julgamento⁵⁷ afastam-se os efeitos que a personalidade jurídica confere para estender a responsabilidade aos sócios.

Ressalte-se que esse instituto foi criado para tutelar um terceiro que contrata ou negocia com a pessoa jurídica acreditando que ela seja idônea e que esteja realizando sua atividade com base no princípio da boa-fé.

É notável que “[...] a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto [...]”⁵⁸, ou seja, em determinados casos, subsiste a relativização da pessoa jurídica, podendo ser afastada a personalidade jurídica para que haja a responsabilização dos sócios que se utilizam dessa personificação para encobrir seus abusos de direito, abusos de poder, fraudes, entre outros.

⁵⁴ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 94.

⁵⁵ MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 1, p. 183-206, jul./set., 1993. p. 84.

⁵⁶ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 95.

⁵⁷ “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 fins.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42.)

⁵⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. V. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 392.

É nesse sentido que Édis Milaré afirma:

“Rompeu, como se vê, com a rigidez do princípio da autonomia das pessoas jurídicas em relação aos seus membros (*Universitas distat a singulis*), uma vez que revestidos seus atos de intenções fraudulentas. Assim, as entidades jurídicas continuam a ser distintas e separadas de seus membros; entretanto tal distinção e separação podem ser desconsideradas sempre que a personalidade jurídica for utilizada como anteparo da fraude e do abuso de direito.”⁵⁹

Apesar de algumas sociedades limitarem a responsabilidade de seus sócios adotando tipos societários que preveem tal limitação, existe a possibilidade de que essa limitação seja desconsiderada, bem como a personalidade jurídica da sociedade. Para tanto, é necessário que essa personificação seja utilizada para atos diversos daqueles para os quais a sociedade empresária foi constituída, bem como a configuração de que seus membros encobertam-se por de trás da pessoa jurídica para ações fraudulentas, simulações, abusos, etc.

Entretanto, conforme serão verificados em capítulo específico, os requisitos para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica variam de acordo com a legislação tratada. Assim, para os ordenamentos jurídicos que acolheram a referida teoria, é necessária a configuração, por exemplo, de abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade e confusão patrimonial, e, também, atos ilícitos, abuso de direito, excesso de poder por parte dos sócios que compõem a sociedade empresária, etc.

2.3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.3.1. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO CIVIL – Código Civil

Consoante ao abordado anteriormente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi criação doutrinária e jurisprudencial recepcionada e positivada em determinadas legislações.

⁵⁹ MIRALÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 933.

Não foi diferente com o Novo Código Civil, que incorporou o referido instituto em seu ordenamento jurídico no art. 50⁶⁰ e, conforme afirmação de Osmar Vieira da Silva, o referido artigo “[...] reflete com fidelidade e precisão o espírito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.”⁶¹

Do mesmo modo que as demais legislações que incorporaram a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o dispositivo do Código Civil visa a transposição da barreira que limita a responsabilidade dos membros de uma sociedade em busca da efetiva responsabilização de seus membros pelo abuso na utilização da personalidade jurídica conferida.

Desse modo, conforme visto anteriormente, a aplicação desse instituto demonstra a relativização da chamada “autonomia patrimonial” ou “separação patrimonial” existente entre a pessoa jurídica e seus sócios, deixando claro que, apesar de esse instituto ser aplicado de forma excepcional e pelo cumprimento de determinados pressupostos, é possível notar que essa autonomia não é absoluta.

Nesse sentido, Edmar Oliveira Andrade Filho conclui:

“Não há dúvida, no entanto, que o art. 50 do Código Civil abala a convicção de que a separação deveria ser respeitada em qualquer caso, de modo a funcionar como algo da natureza de um “exercício regular de direito” capaz de dissolver o caráter ilícito de certas práticas. A separação existe, mas só subsiste debaixo do princípio da boa-fé.”⁶²

É importante ressaltar que o art. 50 induz o entendimento de que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica será aplicado em face das pessoas jurídicas de direito público, fundações, associações e sociedades (simples ou empresariais).⁶³

⁶⁰ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁶¹ SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 146.

⁶² ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005. p. 71.

⁶³ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 129-130.

A nova redação desse artigo estabelece como pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, segundo o qual ambos caracterizam o que se chama de “abuso da personalidade”, sem incluir no dispositivo a fraude, principal fundamento doutrinário para a aplicação da teoria. Assim, com esses requisitos ficou mais fácil para o terceiro prejudicado a demonstração das hipóteses que autorizarão a desconsideração.⁶⁴

Nesse sentido, Luiz Augusto da Silva Gomes assevera:

“O Código Civil Brasileiro estabelece como únicas hipóteses para a desconsideração o abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial. A compreensão do significado jurídico desses pressupostos deve ser realizada em função da interpretação sistemática da legislação, pois sendo a desconsideração a exceção à regra geral pela diferença patrimonial e de responsabilidade, apenas em casos especialíssimos poderá ser admitida.”⁶⁵

Ao fazer a análise dos pressupostos para a configuração da desconsideração da personalidade jurídica, observa-se que o desvio de finalidade significa dizer que a sociedade empresária está sendo utilizada para fins diversos para o qual ela foi constituída, é a “[...] pessoa jurídica que pratica atos incompatíveis com o seu contrato social ou estatuto [...]”⁶⁶.

Além do referido pressuposto, há também a confusão patrimonial, que diz respeito à confusão existente entre o patrimônio dos sócios e o patrimônio da sociedade empresária. Esse requisito gera algumas discussões no sentido de que somente a configuração da confusão patrimonial não ensejaria a desconsideração de uma pessoa jurídica, seria necessário que essa confusão seja consequência da utilização abusiva da personalidade jurídica.⁶⁷

⁶⁴ SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 146.

⁶⁵ GOMES, Luiz Augusto da Silva. A Responsabilidade Tributária e o Redirecionamento da Execução Fiscal mediante o Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 18, p. 296-307, jan./dez. 2004.

⁶⁶ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 78.

⁶⁷ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 81.

Assim, esse dispositivo visa coibir a prática da manipulação por parte dos sócios, “utilizando-a de forma contrária aos fins sociais a que deveria destinar-se, e visando o princípio da boa e da função social do contrato.”⁶⁸

Cumpra destacar que é aqui que se encontra a teoria maior⁶⁹ da desconsideração da personalidade jurídica, conforme será verificado em capítulo próprio, uma vez que para que haja a configuração da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica faz-se necessário que seja demonstrado o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, diferentemente da teoria menor, que pressupõe apenas a demonstração da insolvabilidade da sociedade empresária.

Por isso, conforme doutrina dominante, o Código Civil, no que diz respeito a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é o que melhor dispõe sobre a matéria.

⁶⁸ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 103.

⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-ARTIGOS 472, 593, II e 659, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL-FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF-DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA- MEDIDA EXCEPCIONAL-OBSERVÂNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS-ABUSO DE PERSONALIDADE-DESVIO DE FINALIDADE-CONFUSÃO PATRIMONIAL-DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE-ATO EFEITO PROVISÓRIO QUE ADMITE IMPUGNAÇÃO-BENS DOS SÓCIOS-LIMITAÇÃO ÀS QUOTAS SOCIAIS-IMPOSSIBILIDADE-RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS COM TODOS OS BENS PRESENTES E FUTUROS NOS TERMOS DO ART. 591 DO CPC-RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. I - A ausência de explicitação precisa, por parte do recorrente, sobre a forma como teriam sido violados os dispositivos suscitados atrai a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do STF. II - A desconsideração da personalidade jurídica é um mecanismo de que se vale o ordenamento para, em situações absolutamente excepcionais, desencobrir o manto protetivo da personalidade jurídica autônoma das empresas, podendo o credor buscar a satisfação de seu crédito junto às pessoas físicas que compõem a sociedade, mais especificamente, seus sócios e/ou administradores. III - Portanto, só é admissível em situações especiais quando verificado o abuso da personificação jurídica, consubstanciado em excesso de mandato, desvio de finalidade da empresa, confusão patrimonial entre a sociedade ou os sócios, ou, ainda, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência desta Corte Superior, nas hipóteses de dissolução irregular da empresa, sem a devida baixa na junta comercial. Precedentes. IV - A desconsideração não importa em dissolução da pessoa jurídica, mas se constitui apenas em um ato de efeito provisório, decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no pólo passivo da demanda, de meios processuais para impugná-la. V - A partir da desconsideração da personalidade jurídica, a execução segue em direção aos bens dos sócios, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50, do Código Civil e não há, no referido dispositivo, qualquer restrição acerca da execução, contra os sócios, ser limitada às suas respectivas quotas sociais e onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo. VI - O art. 591 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que os devedores respondem com todos os bens presentes e futuros no cumprimento de suas obrigações, de modo que, admitir que a execução esteja limitada às quotas sociais levaria em temerária e indevida desestabilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica que vem há tempos conquistando espaço e sendo moldado às características de nosso ordenamento jurídico. VII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. REsp 1169175. Terceira Turma. Recorrente: Sebastião Alves Correia. Recorrido: Andrei Ferreira de Barros. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 10 set. 2012.

2.3.2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO DO TRABALHO - Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para uma corrente doutrinária, encontra respaldo no Direito do Trabalho e em sua legislação, a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT. No entanto, algumas divergências doutrinárias podem ser encontradas diante da efetiva aplicação do instituto nesse ordenamento jurídico.

O legislador buscou inserir, e é o que a grande maioria da doutrina e jurisprudência trabalhista⁷⁰ entende a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na legislação trabalhista por meio do artigo 2º, § 2º, da CLT⁷¹:

Oksandro Gonçalves explica o que busca o Direito do Trabalho com esse artigo e seu parágrafo:

“Em suma, procura o Direito do Trabalho evitar que a pessoa jurídica seja utilizada como elemento que impeça a efetiva indenização do trabalhador, não se cogitando abuso ou ilegalidade, mas apenas e tão-somente a impossibilidade de o trabalhador ver obstado seu direito de obter a indenização em função da criação de uma figura artificial.”⁷²

Conforme observado, ao analisar o artigo sob a ótica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, basta que a pessoa jurídica, no caso, o empresário empregador, seja obstáculo para a indenização de seu empregado para que haja o afastamento de sua personalidade, não havendo necessidade, para tanto, que exista a configuração de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pela confusão patrimonial e desvio de finalidade, ou outros requisitos recorrentes nas demais legislações como excesso de poder, infração da lei, contrato ou estatuto, fato ou ato ilícito.

⁷⁰ “A doutrina aponta no art. 2º, § 2º, da CLT, hipóteses que consagra a “*disregard doctrine*” no âmbito específico do Direito do Trabalho, pois permite desconsiderar a personalidade jurídica de empresas integrantes de grupo econômico, havendo controle de uma sobre as demais, quando a realidade demonstra a existência de empregador único.” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 846, p. 11-29, abr. 2006. p. 16).

⁷¹ Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

⁷² GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 61.

Entretanto, muito se discutiu sobre o texto legal do artigo 2º, § 2º, da CLT, no que diz respeito se se tratava ou não da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O próprio Rubens Requião colocou-se no posicionamento de que este artigo trata expressamente da referida teoria. E assim seguiram alguns juristas, doutrinadores e julgados. Afirmavam, portanto, que o disposto no referido artigo, cujo texto legal preceitua uma hipótese de responsabilidade solidária, era um forma de aplicação da teoria.⁷³

Contudo, alguns outros doutrinadores entendem que a redação do 2º parágrafo deste artigo não deixa clara a intenção do legislador na inserção do instituto na legislação trabalhista, tendo em vista que o que se depreende do texto legal é apenas a solidariedade passiva de empresas subordinadas à mesma direção, controle ou administração, formando um grupo societário, com relação aos direitos dos empregados.

Dessa forma, é importante ressaltar a crítica que é feita diante deste artigo, uma vez que ele dispõe sobre solidariedade das obrigações trabalhistas entre grupos societários e não exatamente sobre a teoria desconsideração da personalidade jurídica.

Esse também é o entendimento de Thereza Nahas:

“Quando a Consolidação das Leis Trabalhistas diz que as empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico serão, para efeito da relação de emprego, solidariamente responsáveis pelas obrigações trabalhistas assumidas por uma delas, não está estabelecendo uma situação de desconsideração da personalidade jurídica. Ao contrário, está criando uma situação de responsabilidade solidária.”⁷⁴

Diante do exposto, o que pode ser observado diante de algumas doutrinas e de julgados trabalhistas atuais é que não está havendo a utilização deste artigo para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Dentro desse contexto, art. 8º da CLT⁷⁵ é utilizado para embasar a aplicação desse instituto. Isso porque, conforme esclarece o artigo 8º, o direito comum será fonte

⁷³ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 99.

⁷⁴ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p.101.

⁷⁵ Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais

subsidiária do direito trabalho, quando este não estipular sobre o assunto e desde que não seja incompatível com os princípios fundamentais deste.

Assim, o Direito Civil⁷⁶, bem como o Direito do Consumidor⁷⁷, são utilizados de modo a fundamentar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho.⁷⁸

de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

⁷⁶ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁷⁷ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

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

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

⁷⁸ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Agravo de Petição. AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA. BENS DE EX-SÓCIO/ADMINISTRADOR. TEORIA DA DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE EM FACE DO EXAURIMENTO DAS VIAS DE EXECUÇÃO SOBRE BENS DA EMPRESA. Verificada, na fase de execução, a insuficiência do patrimônio da empresa para a satisfação do crédito trabalhista, é cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, a fim de possibilitar que bens de terceiro sejam atingidos com o intuito de efetivar o pagamento dos valores devidos ao empregado (Código Civil, art. 50, CDC, art. 28 c/c CTN, art.186). Demonstrado o exaurimento das vias executórias em relação à executada, sem identificação de bens providos de liquidez e passíveis de constrição, a penhora sobre bens de ex-sócio revela-se lícita e adequada aos princípios que norteiam o processo trabalhista. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. Ressalto os termos do art. 1.032 do Código Civil vigente, que preconiza a responsabilidade pelas obrigações sociais do sócio retirante, até dois anos após a resolução da sociedade. Precedentes do col. TST. EXCESSO DE PENHORA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. À míngua de indicação de bens aptos a suportar o gravame e traduzir eficácia à execução, deve ser mantida a constrição judicial sobre o bem imóvel, não obstante a sua expressão monetária superior ao crédito. Isso porque, ao princípio da execução menos gravosa se sobrepõe a finalidade maior do processo de m enriquecimento sem causa, considerando que a importância que sobejar será reintegrada ao patrimônio do devedor por expressa previsão legal - art. 710 do CPC. Agravo de petição parcialmente conhecido e não provido. 02231-2009-801-10-00-1 AP. Terceira Turma. Agravante: Jaqueline Menezes Cunha. Agravado: Fábio da Silva Almeida e outros. Relator: Ministra Márcia Mazzoni. Brasília, 10 de abril de 2013.

Disponível

em:

<http://www.trt10.jus.br/?mod=ponte.php&ori=ini&pag=juris_segunda&path=servicos/consweb/juris_segunda_instancia.php>. Acesso em: 01 maio 2013.

2.3.3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NA LEI ANTITRUSTE – Lei nº 12.529/2011

A Lei Antitruste também inseriu em sua legislação o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Alguns autores afirmam, inclusive, que uma das primeiras aplicações da teoria se deu no direito norte-americano no âmbito de sua legislação antitruste.⁷⁹

É importante destacar o fato de que a Lei nº 12.529/2011 revogou quase que totalmente a Lei nº 8.884/1994, esta tratava da prevenção e repressão às infrações da ordem econômica. Com a entrada da nova lei em vigor, além de tratar da prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, cuida também do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.⁸⁰

Entretanto, no que diz respeito à teoria da desconsideração da personalidade jurídica na legislação antitruste brasileira, em nada em inovou a Lei 12.529/11⁸¹. Isso porque o texto legal foi completamente inserido tal como constava na legislação anterior, a Lei nº 8.884/94⁸². Com isso, não obstante ter havido essa revogação, a nova lei incorporou em seu ordenamento o texto legal sobre a referida teoria e, por isso, a análise das duas legislações é realizada de igual modo. Portanto, observa-se que ainda pairam certas dúvidas e discussões, as mesmas que circundam alguns campos do direito que tratam da desconsideração em seus ordenamentos.

Assim, ao fazer a análise do art. 34 da Lei nº 12.529/11 é possível observar que seus pressupostos estão em conformidade com os pressupostos do art. 28, do Código de

⁷⁹ SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.147.

⁸⁰ SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. Novos rumos do Direito Empresarial brasileiro: a Lei nº 12.529/2011 e a defesa da concorrência. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2013>>. Acesso em: 27 abr. 2013.

⁸¹ Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁸² Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Defesa do Consumidor e merece a mesma crítica que a doutrina dominante faz no que diz respeito ao artigo incluir temas societários diversos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e, ainda, não incluir a fraude como pressuposto para tal, demonstrando, mais uma vez, que a legislação encontra-se em desacordo com a doutrina que se refere à teoria.

Fábio Ulhoa Coelho afirma quais são os fundamentos legais para que haja a efetiva aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na proteção do livre mercado: “a) abuso de direito; b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social; c) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração.”⁸³

Com relação ao pressuposto do abuso de direito, o autor afirma estar o dispositivo em correspondência com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, quanto às demais letras, b e c, segue o entendimento de que tratam de tema societário diverso, a primeira, sobre responsabilidade do sócio ou representante legal quanto ao ato ilícito próprio e, na segunda, também se refere a tema diverso, tratando de má administração e a responsabilização do administrador.⁸⁴

Assim, conforme já explanado, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é uma exceção à regra da autonomia patrimonial dos sócios e deve ser sempre observada. Para que haja sua efetiva aplicação pressupõe-se a necessidade de existência de obstáculo a ser transposto quanto à responsabilização, ou seja, é preciso que a pessoa jurídica seja uma barreira para a responsabilização por determinado dano causado à terceiro.

Dessa forma, “quando imputação pode ser direta, quando a existência da pessoa jurídica não é obstáculo para a responsabilização de quem quer que seja, não há por que se cogitar a desconsideração de sua autonomia.”⁸⁵

Além disso, com relação ao ato ilícito implicar na desconsideração da

⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 46-47.

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 47.

⁸⁵ SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 148.

personalidade jurídica, de acordo com a doutrina, é equivocado fazer essa afirmação, conforme também esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

“E quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal de pessoa jurídica, provoca danos a terceiros em razão de comportamento ilícito, ele é o responsável pela indenização correspondente. Neste caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal dele, decorrente do ato ilícito que praticou.”⁸⁶

O autor também redige comentários no que diz respeito ao pressuposto da má administração autorizar a desconsideração da personalidade jurídica, afirma que quando o administrador fazendo ou deixando de fazer o que a ciência da administração dispõe, ele administra mal e, nesse caso, também “[...] a responsabilidade é direta e não pressupõe a desconsideração da autonomia patrimonial, bastando invocar, como exemplo, a disciplina atinente aos administradores das instituições financeiras (Lei n. 6.024/74)”.

Com isso, é possível observar as discussões doutrinárias acerca da efetiva inclusão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na legislação em tela. Isso porque afirmam alguns autores que determinados pressupostos ali inclusos não estão em consonância com o que a doutrina afirma serem hipóteses que levam a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Dessa forma, seguem o entendimento de que determinados requisitos inseridos na legislação tratam de outro tema do direito societário, como a responsabilização direta ou pessoal de membros de uma sociedade, não tendo, portanto, que se falar em aplicação da referida teoria.

2.3.4. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO AMBIENTAL - Lei nº 9.605/98

O grande avanço do processo industrial aliado à efetiva globalização que vem ocorrendo nas últimas décadas, o fomento da economia através do consumo, e entre outros, são fatores que trazem a ideia de sociedade capitalista.

Dessa forma, ao adotar o capitalismo como sistema de produção, e por ser ele a base da economia de diversos países, o meio ambiente passou a ser uma preocupação

⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 47

secundária, sendo primordial o desenvolvimento econômico e o lucro independentemente de que a consequência trazida seja a degradação ambiental.⁸⁷

Ao verificar que a preservação do meio ambiente e a precaução de danos causados a ele estavam em segundo plano, a preocupação com a natureza passou a ter destaque, principalmente, nos últimos anos, tendo em vista o papel fundamental que esta sempre teve.

A preservação da fauna, flora e dos recursos hídricos tem tido notável enfoque, trazendo para o ordenamento jurídico legislações que visam não apenas tutelar o meio ambiente, mas também, a criminalização pelo dano causado à natureza.

A Constituição Federal de 1988 revela essa preocupação no artigo 225, *caput*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Além do citado artigo, a Constituição Federal também dispõe no artigo 170 sobre a ordem econômica brasileira, estipulando como um dos princípios gerais desta ordem a “VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

Ao tratar da responsabilização dos danos causados ao meio ambiente, é importante ressaltar que essa responsabilidade é objetiva, ou seja, no Direito Ambiental, não há que se falar em responsabilidade subjetiva, cuja culpa deve ser provada, o que há é a adoção da teoria do risco, na qual a culpa encontra-se presumida.⁸⁸

Desse modo, como forma de proteção ao meio ambiente, a Lei nº 9.605/1998 também acolheu a *disregard doctrine*, com o objetivo de que a pessoa jurídica não seja obstáculo de ressarcimento por prejuízos causados à natureza. É nesse sentido que o artigo 4.º, da Lei nº 9.605/98 dispõe: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua

⁸⁷ LEITE, José Rubens Morato e BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004. p. 643.

⁸⁸ LEITE, José Rubens Morato e FILHO, Ney de Barros Bello. *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004. p. 644.

personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

O que se busca é atingir o patrimônio pessoal dos sócios e/ou administradores sempre que estes se esconderam por de trás da personalidade jurídica para a prática de atos ilícitos, como fraudes e abuso de direito, de tal forma que prejudique o meio ambiente.

Isso porque, sancionar a pessoa jurídica nem sempre é o suficiente, tendo em vista que por de trás dela existem os sócios e seus atos que desviam a finalidade para a qual a sociedade empresária foi constituída.

Édis Miralé discorre sobre o assunto:

“Realmente, a ameaça de uma sanção penal dirigida à inescrupulosa madeireira que dilapida florestas do Pará não tem a necessária eficácia dissuasiva. O problema está, pelo contrário, em individualizar e golpear as pessoas físicas (diretores, administradores, acionistas, etc.), que escondem sua atividade delituosa atrás do biombo protetor da pessoa jurídica.”⁸⁹

É importante destacar que a aplicação da referida teoria não se dará de forma indiscriminada, o que será feito é uma análise dos casos em concreto, com suas peculiaridades, observando se a pessoa jurídica está, de fato, sendo utilizada para o desvio de finalidade, fraude, para que a desconsideração seja determinada.⁹⁰

Entretanto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Ambiental está em consonância com a aplicação da teoria no Direito do Consumidor, ou seja, para que haja a efetiva aplicação do instituto em ambas as legislações é necessário que haja “o mero prejuízo do credor, ou seja, a simples insolvência da pessoa jurídica (art. 28, § 5.º, do CDC, e art. 4.º da Lei nº 9.605/1998)”⁹¹.

⁸⁹ MIRALÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 933.

⁹⁰ MIRALÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 933-934.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. Critérios para a desconsideração da personalidade jurídica no regime do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao REsp 737.000/MG. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 80, p. 433-444, out./dez. 2011. p. 437.

2.3.5. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO - Código Tributário Nacional (CTN)

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário é cercada de controvérsias doutrinárias, conforme será aduzido a seguir.

Portanto, primeiramente cumpre analisar o fato de que há uma corrente doutrinária que não admite a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito tributário em razão do princípio da legalidade⁹². E, de acordo com Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, “como decorrência do princípio da legalidade, temos que compete somente à lei a definição do fato gerador e a determinação do sujeito passivo.”⁹³

Osmar Vieira da Silva também esclarece essa questão:

“O direito tributário tem como princípio fundamental o da legalidade, de tal modo que a desconsideração somente seria admitida nos casos em que a lei tributária expressamente a autorizasse, ao contrário da aplicação da teoria em outros ramos do direito.”⁹⁴

Isso porque essa corrente afirma a necessidade que o referido instituto deve estar disposto de maneira expressa na legislação tributária. Porém, para a corrente que se filia a possibilidade de haver a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito tributário, estes afirmam que a teoria encontra-se tanto no art. 135, III do Código Tributário Nacional⁹⁵.

Discussões doutrinárias também norteiam o art. 135, III, CTN. O motivo para tanto é que determinada corrente afirma que o disposto nesse artigo também não traz hipótese

⁹² Art. 37, *caput*. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁹³ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁹⁴ SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 137.

⁹⁵ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e sim, de responsabilidade pessoal e direta dos sócios, administradores, gerentes ou representantes da sociedade empresária.

Em um capítulo do presente trabalho verifica-se que Fábio Ulhoa Coelho já havia afirmado que as hipóteses de excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito não dizem respeito ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sim a tema diverso do direito societário, no caso, a responsabilização direta dos diretores, gerentes ou daqueles que representam a sociedade.

Portanto, conforme se pode verificar, a personalidade jurídica nesses casos não está sendo utilizada de modo a encobrir qualquer tipo de fraude ou simulação, isto é, não há o abuso da personalidade. Além disso, a pessoa jurídica não é obstáculo para qualquer tipo de responsabilização, haja vista subsistir a responsabilização direta de membro da sociedade. Com isso, não há a necessidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que não há barreira a ser transposta.

É dentro desse contexto que Heleno Taveira Torres esclarece:

“O art. 135 do CTN não guarda qualquer equivalência com controle sobre simulação, interposição fictícia de pessoas ou de fraude à lei, que podem ser alegadas a qualquer tempo (art. 149, VII, do CTN), quando presentes justificativas para estes fenômenos jurídicos, sempre que provada a simulação ou a fraude. De fato, o art. 135, do CTN, ao não se prestar como mecanismo de superação do modelo de separação patrimonial adotado pela legislação mercantil, não pode ser alegado para tais fins.”⁹⁶

Além disso, a corrente alega que para que haja a desconsideração da personalidade jurídica é necessário mais do que os pressupostos previstos nesse artigo, quais sejam o excesso de poder e a infração à lei, contrato social ou estatuto. Ou seja, afirma que, de modo geral, os requisitos para a efetiva aplicação da teoria são mais amplos⁹⁷, podendo conter o abuso da personalidade e de direito, fraude, excesso de poder, e, principalmente com a

⁹⁶ TORRES, Heleno Taveira. Os limites da desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/consultor-tributario-limites-desconsideracao-personalidade-juridica>. Acesso em: 26 de abr. de 2013.

⁹⁷ SANTIAGO, Edna Ribeiro. Desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário.. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5015>. Acesso em: 22 abr 2013.

“prova da simulação”⁹⁸.

É importante ressaltar, ainda, que a responsabilidade tributária de uma sociedade empresária não se difere das demais responsabilidades societárias, isto é, o patrimônio da sociedade será o responsável pelas obrigações contraídas por essa sociedade. Com isso, a responsabilização somente recairá no patrimônio pessoal de um sócio, diretor ou administrador de forma excepcional.

Nesse sentido, Luiz Augusto da Silva Gomes afirma:

“[...] no que tange ao Direito Tributário, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado, a sujeição passiva da obrigação principal (pagamento de tributo) a que se refere o artigo 121 do Código Tributário Nacional é sempre a empresa contribuinte diretamente ligada à ocorrência do fato gerador. Apenas em caráter excepcional é que os sócios, diretores ou administradores da pessoa jurídica contribuinte podem ser responsabilizados pelo débito fiscal.”⁹⁹

Dessa forma, é possível observar a controvérsia doutrinária pela aplicabilidade ou não da teoria da desconsideração no Direito Tributário brasileiro. Para aqueles que entendem que a teoria não pode ser aplicada nesse âmbito do direito, a base para tal afirmação encontra-se no princípio da legalidade, já que o referido instituto não se encontra expresso na legislação tributária.

Já para os que seguem o entendimento de que existe a possibilidade de aplicação da teoria, afirmam que o artigo 135 do CTN poderá ser aplicado para tal finalidade. Entretanto, há ainda, a corrente que entende que a desconsideração da personalidade jurídica não está

⁹⁸ “Como pressuposto inafastável desse procedimento de requalificação motivada pela simulação, porém, deve ter o sujeito passivo a garantia de *prévia motivação* para que se possa iniciar esse procedimento, porquanto não seria aceitável que a autoridade pudesse, a qualquer título, requerer, sem maiores critérios, a abertura de procedimento para desconsideração de atos, por simples desconfiança. É preciso que a autoridade responsável pelo procedimento de fiscalização tenha fundada suspeita quanto ao agir fraudulento ou simulado do contribuinte, que servirá como motivo para a instauração do procedimento, cujo objetivo será aquele de identificar a precisa qualificação: a) do ato simulado praticado pelo contribuinte, fictício, dissimulador; b) da conduta em fraude à lei, capaz de induzir a Administração em erro; ou que se trate c) de negócio jurídico desprovido de causa. E somente quando provada a simulação dos atos, que sejam desconsiderados seus efeitos jurídicos.” (TORRES, Heleno Taveira. Os limites da desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/consultor-tributario-limites-desconsideracao-personalidade-juridica>. Acesso em: 26 de abr. de 2013).

⁹⁹ GOMES, Luiz Augusto da Silva. A Responsabilidade Tributária e o Redirecionamento da Execução Fiscal mediante o Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 18, p. 296-307, jan./dez. 2004.

prevista no referido artigo, tendo em vista que se trata de responsabilização direta de membros da sociedade.

Portanto, pode ser feita a comparação do art. 135 do CTN com o art. 2º, § 2º da CLT, isso porque as correntes doutrinárias afirmam que ambos os artigos tratam de tema diverso do direito societário, não se tratando da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, haja vista que uma trata de responsabilização direta ou pessoal de membros da sociedade e a outra cuida de solidariedade das obrigações trabalhistas entre grupos societários.

3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A partir dos anos 90, o Brasil passou por mudanças fundamentais no que diz respeito a sua economia impulsionando de forma substancial as legislações até então presentes.¹⁰⁰ Dessa forma, ordenamento jurídico deixou de ser fundado no individualismo e passou a ter uma visão macro, ou seja, ele se preocupa não apenas com o indivíduo, mas com a atividade econômica em geral e seus resultados.¹⁰¹

Assim, o Direito do Consumidor ultrapassou a preocupação que estava voltada apenas para a proteção do destinatário final e passou para a perspectiva de evitar danos ao consumidor e ao consumo propriamente dito.¹⁰²

Dentro desse contexto, ao tratar desta teoria no Direito do Consumidor, é necessário que se ressalte a importância do consumidor nas relações de consumo e sua vulnerabilidade diante do produtor ou fornecedor de serviços, dando ensejo a ele ser o terceiro prejudicado diante de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei ou do contrato, etc., realizado por parte de um sócio com interesses antijurídicos.

O consumidor, nos dias atuais, tem papel fundamental na sociedade de consumo. É ele o principal fomentador da economia e não poderia deixar de ter amparo constitucional, conforme a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º¹⁰³ e artigo 170¹⁰⁴.

¹⁰⁰ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 47-48.

¹⁰¹ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 48.

¹⁰² LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 48.

¹⁰³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹⁰⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor;

Portanto, “são legitimadas as medidas de proteção estatal para assegurar não propriamente ao consumidor, mas a sociedade de consumo, pilar da economia de mercado.”

105

É exatamente nesse sentido que Oksandro Gonçalves assevera seu entendimento: “É nesse contexto, constitucionalização do direito do consumidor, elevando a sua defesa à qualidade de princípio fundamental e da ordem jurídica econômica, que nasce o Código de Defesa e Proteção do Consumidor.”¹⁰⁶

Entretanto, é necessário observar que a proteção do consumidor não pode ensejar o entrave da atividade econômica e da livre iniciativa. Assim como estes também não podem ser obstáculos para a reparação dos prejuízos causados ao consumidor.¹⁰⁷ É dentro desse contexto que surge a possibilidade da relativização da autonomia patrimonial estabelecida entre a pessoa do sócio e a pessoa jurídica e, portanto, podendo haver a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

É importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor inovou ao levar esse instituto para o seu texto legal, e conforme se depreende do entendimento de Fábio Ulhôa Coelho ao afirmar que “[...] o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica é o Código de Defesa do Consumidor, no art. 28.”¹⁰⁸

O referido artigo estipula:

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

§ 1º (Vetado).

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

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 85.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 88.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 59.

¹⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

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

É ele também o detentor das maiores críticas diante da desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. Seus estudos apontam para equívocos no referido artigo, que traz dispositivos que poderiam ser suprimidos pela falta de relação com a teoria, ou seja, casos em que não há que se falar em desconsideração, uma vez que não há nenhuma dificuldade em estabelecer as responsabilidades.

A desconsideração, conforme já foi amplamente discorrido, somente é verificada quando a pessoa jurídica é obstáculo para a responsabilização, quando não há este obstáculo a ser superado e a responsabilização pode se dar de maneira direta não há o porquê da aplicação do instituto. Nesse sentido assevera Osmar Vieira da Silva:

“Da análise deste artigo, concluímos que existem algumas impropriedades técnicas, que nomeiam como desconsideração casos em que ocorre unicamente a responsabilidade direta daqueles que praticam determinados atos, ao mesmo tempo em que exclui as hipóteses em que se verifica a fraude na finalidade da pessoa jurídica.”¹⁰⁹

Desse modo, conforme mencionado, a pessoa jurídica apenas será desconsiderada se esta for uma barreira para a reparação de prejuízos causados a um terceiro. Isto é, se uma legislação dispuser expressamente sobre responsabilidade solidária, corresponsabilidade entre o sócio e a sociedade empresária, ou responsabilidade subsidiária do sócio com relação a esta, não há necessidade de aplicação da teoria, haja vista que não há obstáculo ou barreira a ser transposta, e sim, responsabilização direta.

Fábio Ulhoa Coelho também afirma:

“Contudo, tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar 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 pressupõe 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

¹⁰⁹ SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 143.

doutrina nenhum proveito traz à tutela dos consumidores, ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos.”¹¹⁰

Portanto, ao fazer a análise do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, é possível observar que este apresenta responsabilizações que podem ser realizadas de forma direta, não tratando apenas da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Isso posto, o que se pode notar é que o legislador não se preocupou em organizar esses institutos de forma individualizada no ordenamento jurídico, colocando-os conjuntamente em um único artigo cujo conteúdo deveria tratar apenas da desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade empresária. Logo, não se pode levar em consideração essa organização, devendo restar bem clara esta distinção.

Com isso, não obstante o referido artigo 28 conter normas gerais de responsabilidade, o objeto do presente estudo é a efetiva aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não se atendo, portanto, à análise dos parágrafos § 2º ao 4º.

Contudo, para que não restem dúvidas sobre estes dispositivos¹¹¹, cumpre informar que eles tratam da extensão da responsabilidade para outras sociedades que possuem alguma relação entre si, como as sociedades integrantes de grupos societários, coligadas e consorciadas. Destaca-se que esses dispositivos muito se assemelham ao artigo 2º, § 2º da CLT, uma vez que este versa exatamente sobre a solidariedade passiva de empresas subordinadas à mesma direção, controle ou administração, formando um grupo societário.

Nesse sentido, Daniela Storry Lins torna o entendimento sobre a questão mais claro: “cuidam da responsabilidade das sociedades controladas, consorciadas e integrantes de grupos, atribuindo-lhes ora natureza subsidiária, ora solidária; cuida também das coligadas, reforçando o limite de sua responsabilidade.”¹¹²

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

¹¹¹ “Mesmo assim, como ocorre responsabilização de sociedade distinta, alcançando pessoa jurídica diversa daquela que praticou o dano, tem-se situação semelhante àquela prevista no art. 2º, § 2º, da CLT, tratando-se da desconsideração da personalidade em seu sentido mais amplo.” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 846, p. 11-29, abr. 2006. p. 21).

¹¹² LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 51.

Assim sendo, passa-se a análise dos requisitos elencados pelo artigo de maneira que haja a aplicação da teoria da desconsideração da responsabilidade jurídica. Cabe salientar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é aplicada de forma indiscriminada, ela deve ser pautada em determinados pressupostos, uma vez que a evidente distinção da pessoa do sócio e a pessoa jurídica, bem como a autonomia patrimonial desta, devem sempre prevalecer, a depender da natureza do tipo societário escolhido.

Portanto, para a efetiva aplicação da teoria deverão ser observadas algumas circunstâncias que levaram a sociedade empresária à realização de uma finalidade que não aquela para a qual foi constituída.¹¹³

Fábio Ulhoa Coelho faz uma análise sobre esses pressupostos: a) abuso de poder: afirma haver “correspondência entre o dispositivo legal e a teoria da desconsideração.”¹¹⁴; b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social: “dizem respeito a tema societário diverso, acerca da responsabilidade do sócio ou representante legal da sociedade por ato ilícito próprio [...] pode ser imputado diretamente a quem incorreu na ilegalidade”¹¹⁵, ou seja, não há obstáculo a ser transposto; c) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração: “é, igualmente, tema diverso do societário, em cuja sede a personalização da sociedade não impede o ressarcimento dos danos pelo administrador.”¹¹⁶

Da leitura do artigo 28, verifica-se a inexistência do pressuposto da fraude, que é o principal fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica, demonstrando, mais uma vez, a dissonância entre a legislação e doutrina que trata da teoria.

A doutrina majoritária entende que a primeira parte do referido artigo trata realmente de hipótese de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, no que diz respeito a excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou contrato social, essa corrente afirma no sentido de que tais hipóteses tratam de “responsabilidade do sócio ou controlador, que provoca danos a terceiros em razão de ato

¹¹³ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 35.

¹¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 50.

¹¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 50.

¹¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 50.

ilícito próprio, acarretando sua responsabilidade pessoal, não se tratando de desconsideração da personalidade jurídica propriamente.”¹¹⁷

Além disso, com relação à segunda parte do artigo, verifica-se que ele se refere à falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração, hipóteses nas quais a doutrina majoritária também afirma dizer respeito a tema diverso da desconsideração da personalidade jurídica.

A partir de tais esclarecimentos, é possível observar que apesar desses pressupostos encontrarem-se previstos no *caput* do artigo 28, que deveria tratar exclusivamente de hipóteses da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a legislação, mais uma vez, conforme corrente doutrinária, incluiu pressupostos que não tratam do referido instituto e sim de tema diverso do direito societário.

Dessa forma, primeiramente, é importante ressaltar que a primeira parte do artigo destaca que a referida teoria terá aplicação no Direito do Consumidor quando “detectamos a lesão dos *interesses do consumidor*”¹¹⁸, ou seja, “a *prática abusiva ou ilícita deve ser ‘em detrimento do consumidor’*”¹¹⁹. Significa dizer que o consumidor deverá sofrer um efetivo dano para que haja a desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que a aplicação do instituto é medida excepcional.¹²⁰

Ao tratar do abuso de direito, é importante afirmar que importantes doutrinas apontam como ser esse o único pressuposto que de fato se refere ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Além disso, é necessário observar que existem duas teorias a sobre o abuso de direito, a teoria dos atos emulativos e a teoria do exercício

¹¹⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 846, p. 11-29, abr. 2006. p. 20.

¹¹⁸ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 177.

¹¹⁹ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.177.

¹²⁰ “Não se desconsidera a personalidade jurídica da pessoa moral se não houver dano. Tanto é verdade que em qualquer das situações legisladas há a necessidade de verificação de *detrimento do consumidor* (art. 28 do Código de Defesa do Consumidor); *infração à ordem econômica* (art. 18, da Lei Antitruste); *prejuízo ao meio ambiente* (art. 4º, Lei Ambiental). O código Civil não traz previsão expressa quanta ocorrência do dano, o que não exime a necessidade de existir o nexos entre a possibilidade de desestimar a personalidade da pessoa jurídica e aquilo que se requer.” (NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 109).

normal ou regular do direito.¹²¹ O Brasil adota a teoria do exercício regular do direito.

O excesso de poder, a despeito da corrente doutrinária afirmar não tratar-se de caso em que se deva aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é observado quando “[...] se pratica ato ou negócio fora do limite outorgado ou autorizado.”¹²² Daniela Storry Lins firma o entendimento no sentido de que excesso de poder é espécie de abuso de poder, assim como desvio de poder também o é, e afirma:

“O excesso de poder ocorre quando a autoridade embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades. O excesso de poder torna o ato ilícito e nulo. É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador, colocando-o na ilegalidade.”¹²³

Já no caso de infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, significa dizer que os membros da sociedade estão descumprindo o que ali está colocado. Nesse caso, o entendimento majoritário, conforme dito anteriormente, é no sentido de que não haverá a necessidade de aplicação da teoria, haja vista que “[...] tem-se verdadeira responsabilização do acionista controlador, embora tal ato esteja vinculado à pessoa jurídica, ou seja, muitas vezes não se estará efetivamente desconsiderando a pessoa jurídica, [...]”¹²⁴. Portanto, trata-se de responsabilização direta e pessoal do sócio, no qual agiu de forma indevida, existindo a previsão legal expressa para atribuir-lhe a responsabilização.

Ao tratar da hipótese de má administração, Fábio Ulhoa Coelho afirma que também se trata de hipótese de tema diferente da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que, nesse caso, a responsabilização de membro da sociedade se dará de forma

¹²¹ “[...] a teoria dos atos emulativos – o abuso de direito pela prática de atos emulativos ocorre quando o seu exercício tem o fim de prejudicar terceiros, visto o abuso quanto ao seu elemento subjetivo, qual seja, o intuito de prejudicar terceiros. Haverá abuso de direito quando o exerce para prejudicar terceiros nos atos emulativos. A segunda teoria destacada pela doutrina vem a ser a teoria do exercício normal ou regular do direito – aí o abuso de direito é o exercício de uma atividade que formalmente entra nos direitos do agente, mas que está sendo exercida com o fim que não é aquele que a norma jurídica tinha em vista quando protegeu aquela atividade.” (LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 52-53).

¹²² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 846, p. 11-29, abr. 2006. p. 20.

¹²³ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 54.

¹²⁴ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 56.

direta.

Outros pressupostos os quais devem ser analisados são os da segunda parte do artigo 28 que dispõe que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica será aplicada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má-administração. Contudo, ao tratar da hipótese de má administração, Fábio Ulhoa Coelho afirma que também se trata de pressuposto de tema diferente da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que, nesse caso, a responsabilização de membro da sociedade se dará de forma direta.

Porém, cumpre demonstrar que o termo “má administração” não está bem delimitado. Assim, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, esclarece: “a má administração da pessoa jurídica refere-se aos atos de gerência incompetente, que, em muito, prejudicam a pessoa jurídica em si e pode gerar a responsabilidade do administrador perante a empresa, conforme situação em concreto.”¹²⁵

Portanto, conforme já mencionado no capítulo da Lei Antitruste, as hipóteses elencadas nessa legislação e as hipóteses encontradas no art. 28 do CDC estão em consonância, recebendo, assim, as mesmas críticas no que diz respeito a efetiva inserção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em seus dispositivos. Por isso, gerou inúmeras discussões, cujo principal crítico foi Fábio Ulhoa Coelho que tratou em suas doutrinas para melhor esclarecê-las.

Entretanto, ainda cabe analisar a desconsideração em função do prejuízo, disposta no § 5º do art. 28. A referida norma dispõe que a personalidade de uma sociedade empresária poderá ser desconsiderada sempre que esta for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Nesse caso, é possível observar o grau de ampliação da responsabilização de um sócio, que é tratada de forma ilimitada.

Exatamente por isso é que existem críticas relacionadas a esse parágrafo. Alguns doutrinadores afirmam no sentido de que ele faz do *caput* do art. 28 letra morta, tendo em vista que sua ampliação desconsidera os requisitos de abuso de direito, excesso de poder,

¹²⁵ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 177.

infração à lei, etc.

É dentro desse contexto que Osmar Vieira da Silva assevera:

“Ora, se a teoria da desconsideração, no direito do consumidor, pode ser aplicada sempre que houver obstáculo ao ressarcimento, não há porque o legislador estabelecer no caput os pressupostos para a desconsideração.”¹²⁶

Nesse sentido, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas deixa bem claro que inúmeras foram as discussões doutrinárias que dizem respeito ao parágrafo em análise: “As reações doutrinárias a esse parágrafo são as mais diversas possíveis, indo desde o banimento (de que teria sido salvo por *aberratio ictus* da caneta presidencial) até a sugestão de posicioná-lo na cabeça do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.”¹²⁷

Dessa forma, sua redação genérica e ilimitada contendo expressões como *sempre* ou *de alguma forma* entram em confronto com o princípio da autonomia patrimonial existente entre os sócios e a sociedade empresária, dando ensejo à exposição do patrimônio particular do sócio a qualquer tipo de obstáculo que impeça a reparação do prejuízo de um consumidor.

No entanto, existem doutrinadores que não enxergam essa amplitude, “em razão da prevalência da ideia de que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação de consumo, já se constituindo a autonomia patrimonial uma vantagem.”¹²⁸

Ressalte-se que a abrangência do Código de Defesa do Consumidor com relação à teoria da desconsideração da personalidade jurídica é a mesma prevista no art. 4.º da Lei que versa sobre o Direito Ambiental.

Assim, amplitude da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Consumir é geradora de diversas controvérsias. E, para que fique mais claro o porquê dessas discussões acerca do tema, é importante adentrar no estudo das teorias maior e

¹²⁶ SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 143.

¹²⁷ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 212.

¹²⁸ GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 102.

menor.

3.1. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR

Ao estudar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se pode deixar de falar das duas teorias abordadas por Fábio Ulhoa Coelho e presentes no direito brasileiro, quais sejam a teoria maior e teoria menor.

O autor afirma que a teoria maior é a mais bem elaborada, e “condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto”¹²⁹ e, dispõe ainda, que:

“A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam.”¹³⁰

Já a teoria menor, seria a teoria menos elaborada, “que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social”¹³¹, que leva ao afastamento da personalidade jurídica de uma sociedade por mera insatisfação de crédito perante esta.

A teoria menor não se preocupa com a utilização fraudulenta ou abusiva da pessoa jurídica pelos seus membros para que haja a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Conforme Fábio Ulhoa Coelho, “o seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta”, ou seja, se a sociedade não tem patrimônio e os seus sócios têm, pode-se responsabilizá-los pelas obrigações daquela.

Com relação à aplicabilidade dessas teorias no Direito Brasileiro, doutrinas e julgados seguem o entendimento de que a teoria maior pode ser localizada no art. 50 do

¹²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35.

¹³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

¹³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38.

Código Civil¹³² e, de que a teoria menor está disposta no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor¹³³.

Ao verificar o art. 50 do CC, observa-se que não haverá a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade pela mera demonstração de insolvência da sociedade, é necessário, para tanto, que haja a configuração das hipóteses previstas no referido dispositivo, isto é, apenas suspenderá a personalidade jurídica quando caracterizado o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

A teoria menor é a utilizada no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28, e ao fazer sua análise, verifica-se que esta é muito mais abrangente do que a teoria maior na concessão da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que independe da

¹³² **Caso de aplicação da Teoria Maior no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.** BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. PROCESSO CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE EXECUÇÃO FRUSTRADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. 1. Não basta a simples frustração da execução para se dar azo ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, com base no Código de Defesa do Consumidor. Nesse aspecto, a redação do §5º, do art. 28, mostra-se plenamente questionável, de tal sorte a sua previsão deve ser tida com extrema temperança, uma vez que pode dar azo à total inexpressividade jurídica da personalidade. 2. Outrossim, não é razoável deferir a desconsideração da personalidade jurídica no caso em questão, pois não basta a simples execução frustrada para autorizar a enérgica constrição em relação ao patrimônio dos sócios, sobretudo quando se trata de sociedade de quotas de responsabilidade limitada, em que não houve administração irregular e o capital social restou integralizado. Soma-se que não há a inequívoca prova de que houve "o abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social (...) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração", na forma do próprio art. 28 da Legislação Consumerista. 3. Agravo não provido. Decisão mantida. 20090020026478AGI. Primeira Turma. Agravante: ZENON PEREIRA LEITÃO E OUTROS. Agravado: GRAND LAKE TURISMO LTDA E OUTROS. Relator: Ministro Flavio Rostirola. Brasília, 10 de junho de 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹³³ **Caso de aplicação da Teoria Menor no Superior Tribunal de Justiça.** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PROPOSTA CONTRA A CONSTRUTORA E SEUSSÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, CAPUT E § 5º, DO CDC. PREJUÍZO A CONSUMIDORES. INATIVIDADE DA EMPRESA POR MÁ ADMINISTRAÇÃO. 1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios. 2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no art. 28, caput, do CDC. 3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária. 4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004). 5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. REsp 737.000/MG. Terceira Turma. Recorrente: Ângela de Lima e Outro. Recorrido: Marcelo da Silva Cataldo. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 01 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC4>>. Acesso em: 10 set. 2012.

demonstração do desvio de finalidade e da confusão patrimonial, basta que seja caracterizada a insolvência da sociedade para cumprir com suas obrigações.

Além do Código de Defesa do Consumidor, outra legislação que se encontra em consonância com a teoria menor é a do Direito Ambiental. Isso porque ambas as legislações dispuseram em seus textos que *sempre* que a pessoa jurídica for, *de alguma forma*, obstáculo para o ressarcimento de prejuízos causados ela poderá ser desconsiderada, além da hipótese de mera insolvência da pessoa jurídica. Com isso, ampliaram a possibilidade de ressarcimento de danos causados tanto ao consumidor, quanto à natureza.

Cabe destacar que entendimentos recentes afirmam no sentido de que as expressões teoria maior e a teoria menor estão sendo abandonadas pela doutrina que lhes deu origem. Entretanto, é importante ter em mente qual o significado de cada uma delas; o motivo é que, se eventualmente não se falar mais nessas expressões, já estará incorporando em quais casos poderia se utilizar a desconsideração da personalidade jurídica de uma forma mais ampla, ou não.¹³⁴ Isso importará em diminuição dos equívocos no momento da efetiva aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Ou seja, é necessário verificar em cada caso concreto a solução que lhe será mais adequada, se é necessário que haja a configuração do abuso de direito, com o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, ou a mera insolvência ou qualquer obstáculo para que haja o ressarcimento dos prejuízos. Isso se deve ao fato de que a depender da parte que requerer a desconsideração, a amplitude ou não da aplicação da teoria se fará necessária. É nesse sentido que se desenvolve o entendimento da corrente que defende a ampliação da aplicação da teoria no Direito do Consumidor e no Direito ambiental, uma vez que afirmam que o consumidor e a natureza merecem um amparo maior da legislação.

Porém, ressalte-se a desconsideração da personalidade jurídica à luz do Código de Defesa do Consumidor e sua correspondência com a teoria menor. É certo que esse tema gera inúmeras discussões, conforme explanado em capítulo específico, já que para que haja a

¹³⁴ MIRAGEM, Bruno. Critérios para a desconsideração da personalidade jurídica no regime do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao REsp 737.000/MG. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 80, p. 433-444, out./dez. 2011. p. 440.

configuração da desconsideração basta que haja a insolvência da pessoa jurídica ou que de alguma forma ela seja obstáculo para o ressarcimento dos consumidores.

Porém, a doutrina dominante segue o entendimento de que a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor deve se dar de forma cautelosa, de modo que sua abrangência não gere efeitos equivocados quando da aplicação do instituto. Dessa forma, muitos autores entendem que o § 5º do art. 28 deve ser observado de forma sistemática, ou seja, à luz de seu *caput*. Isso porque esse parágrafo, além de prescindir as hipóteses de fraude e abuso de direito e as próprias hipóteses do *caput*, sugere que o mero prejuízo patrimonial do consumidor configuraria hipótese de desconsideração da pessoa jurídica.

Fábio Ulhoa Coelho indica três razões pelas quais o § 5º do art. 28 deve ser analisado com cautela:

“Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não sua negação. [...]. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração, conforme assenta a doutrina na formulação maior da teoria. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido esta a intenção da lei, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.”¹³⁵

Dessa forma, diante de todo o exposto, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas segue o mesmo entendimento de Fábio Ulhoa Coelho:

“[...] o posicionamento mais acertado é o que pende para o entendimento de que esse parágrafo não deve ser interpretado de forma tão abrangente a ponto de tornar letra morta o *caput* do dispositivo, o que feriria os pressupostos teóricos da desconsideração, como salientado por Fábio Ulhoa Coelho.”¹³⁶

¹³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51-52.

¹³⁶ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Desconsideração da Personalidade Jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor. V. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 212.

Com isso, não obstante o consumidor ser a parte hipossuficiente em uma relação de consumo, ou seja, a parte mais fraca, e que o Código de Defesa do Consumidor possui caráter protecionista, não se pode deixar de verificar que o § 5º do art. 28 trata-se de uma norma abrangente e que gera insegurança jurídica para aqueles que se arriscam em constituir uma sociedade empresária. As normas de Direito do Consumidor não podem e não devem ser aplicadas de maneira irrestrita, de modo a servir de entrave para a livre iniciativa.

É de se destacar que a livre iniciativa está disposta na Constituição Federal de 1988¹³⁷, bem como a Defesa do Consumidor, assim, ambos têm sua importância e devem ser amparados legalmente. Com isso, o Direito do Consumidor deve ser aplicado com as devidas ressalvas e cautelas.

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas esclarece muito bem o papel do consumidor:

“Não é porque o consumidor possui hoje uma lei específica a seu favor, que deva ajuizar ações relativas a relações de consumo de forma impensada, indiscriminada. O consumidor deve saber usar suas prerrogativas para não desvirtuar os fundamentos e objetivos de uma lei tão avançada quanto essa do Consumidor, para que ele possa se fixar com as devidas correções.”¹³⁸

Portanto, é importante ressaltar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional e não pode se dar de forma indiscriminada. A configuração dos pressupostos para que haja a aplicação da teoria deve ser analisada com cautela e de forma sistemática, de modo que a principal característica da pessoa jurídica, a autonomia patrimonial, seja considerada e que esta não seja levada à extinção, haja vista que o que se busca é apenas o seu afastamento episódico.

¹³⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010).

¹³⁸ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 214.

CONCLUSÃO

A partir do desenvolvimento do presente trabalho, verificou-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é ainda tema de grandes controvérsias não apenas doutrinárias, mas também legislativas e jurisprudenciais.

Porém, primeiramente, cumpre destacar a questão da pessoa jurídica. É notável que para o exercício efetivo de uma atividade fez-se necessário a criação de um instituto diferente da pessoa natural, haja vista que o interesse desse instituto constituiria interesse diverso das pessoas físicas que o criaram. Essa personalidade jurídica, portanto, é adquirida por um conglomerado de pessoas que se unem para o exercício de uma finalidade possuindo características diferentes das características daqueles que a compõem, no caso, os sócios.

Dentre essas características, tem-se a principal: a autonomia patrimonial, também denominada separação patrimonial. Significa dizer que o patrimônio pessoal dos sócios não se confunde com o patrimônio da sociedade que estes constituíram. Dessa forma, o patrimônio da sociedade será o responsável pelas obrigações contraídas pela sociedade.

É importante ressaltar que legislação brasileira contém dispositivos que, observadas algumas condutas dos membros da sociedade, como por exemplo, condutas ilícitas, imputam a responsabilização direta a eles. Assim como, também, contém dispositivos que trazem a responsabilidade subsidiária e a responsabilidade solidária, tanto dos sócios, quanto de empresas que formam grupos societários.

Entretanto, verificou-se que essa concessão da personalidade jurídica a determinados entes estava sendo utilizada de modo a encobrir fraudes, abusos de direito e simulações por parte dos membros de uma sociedade. Assim, a pessoa jurídica estava sendo utilizada para fins diversos daquele para os quais foi constituída e servindo como obstáculo para a responsabilização por prejuízos causados a terceiros. É a partir desses fatos que surge o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Dentro desse contexto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que surgiu precipuamente no direito inglês e difundiu-se para os demais países, foi incorporada em algumas legislações brasileiras e é uma forma de relativizar a autonomia

patrimonial existente, demonstrando que ela não é absoluta. Com isso, busca-se, a partir de determinados pressupostos, desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade para que se possa responsabilizar seus membros de modo a atingir seus patrimônios particulares e garantir que as obrigações sejam adimplidas.

Assim, alguns campos do direito buscaram inserir a referida teoria em suas legislações, porém, é uma questão que gera inúmeras divergências doutrinárias. Ocorre que determinados dispositivos que deveriam tratar da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tratam na verdade de questões diversas do direito societário, conforme entendimento majoritário. Essas legislações dispõem expressamente sobre responsabilidade solidária, subsidiária e até mesmo pessoal do membro de uma sociedade empresária, o que afasta a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que, no caso, não deve se fazer presente, uma vez que subsiste previsão legal de responsabilização direta. Nota-se, então, que a pessoa jurídica não é um obstáculo a ser transposto, uma vez que existem essas previsões na legislação.

Dentro desse contexto, é o que se pode constatar da análise dos dispositivos existentes na Consolidação das Leis Trabalhistas; no Código Tributário Nacional; e, inclusive, em alguns pressupostos constantes no dispositivo que trata da desconsideração da personalidade jurídica, tanto na Lei nº 12.529 (Lei Antitruste), como no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que nas referidas legislações encontram-se responsabilidades que diferem da teoria.

Contudo, não obstante haver a inserção de temas diversos do direito societário nas legislações sendo tratadas como se fosse o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, legislações como o Código Civil; a Lei nº. 9.605/98, que versa sobre Direito Ambiental e partes dos dispositivos da Lei nº 12.529, Lei Antitruste e do Código de Defesa do Consumidor, doutrinariamente são tratados como hipóteses que, de fato, cuidam da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

É importante observar que o Código Civil trata da referida teoria de modo diverso do Código de Defesa do Consumidor, isso porque os pressupostos para que haja a efetiva aplicação do instituto não são os mesmos.

Dessa forma, ao fazer a análise da teoria maior e da teoria menor, difundidas pela doutrina, afirma-se que a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil está em consonância com a teoria maior, tendo em vista que para que haja a aplicação do instituto não basta a configuração da mera insolvência da pessoa, é preciso que reste demonstrada o abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade e pela confusão patrimonial. É exatamente por exigir tais pressupostos que a doutrina considera a teoria maior a mais bem elaborada.

Já quando se trata da desconsideração no Código de Defesa do Consumidor, afirma-se que o instituto está em conformidade com a teoria menor. Assim, a teoria não está preocupada com a demonstração da utilização da personalidade jurídica de forma fraudulenta ou abusiva, já que basta que seja caracterizada a insolvência de determinada sociedade para que o instituto seja aplicado.

Além disso, severas críticas são relacionadas ao art. 28, principalmente com relação ao seu § 5º. Sua redação é de uma abrangência que leva a insegurança jurídica àqueles que resolvem constituir uma sociedade empresária, isso porque dispõe em seu texto legal que *sempre* que a pessoa jurídica for, *de alguma forma*, obstáculo para o ressarcimento de prejuízos causados, ela poderá ser desconsiderada, além da hipótese de mera insolvência da pessoa jurídica.

Com isso, considera-se que o § 5º do art. 28 deve ser analisado de forma sistemática e à luz de seu *caput*, de modo que não gere equívocos na efetiva aplicação da teoria. O motivo é que o referido parágrafo sugere que o mero prejuízo patrimonial do consumidor configuraria hipótese de desconsideração da pessoa jurídica, bem como não trata da fraude, principal elemento para a desconsideração, e, além disso, parece prescindir as hipóteses contidas no seu *caput*.

Assim, apesar de o legislador adotar no parágrafo tal amplitude, é necessário que ele não seja interpretado de forma tão abrangente, de tal modo que torne letra morta o *caput* do artigo.

Dessa forma, o objetivo é deixar claro que o consumidor é a parte hipossuficiente em uma relação de consumo, entretanto, esse fato não pode ser um entrave

para a livre iniciativa, uma vez que ambos são princípios da ordem econômica e garantidos constitucionalmente, devendo, portanto, serem protegidos de acordo suas peculiaridades.

Com isso, o § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor deve ser analisado de maneira sistemática e cautelosa, observando sempre a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, haja vista que a teoria da desconsideração é medida excepcional, devendo restar configurados os pressupostos que levarão a aplicação do instituto.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005.
- CARDOSO, Luiz Atinoel. *Das Pessoas Jurídicas e seus Aspectos Legais*. São Paulo: Albuquerque, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 846, p. 11-29, abr. 2006.
- GOMES, Luiz Augusto da Silva. A Responsabilidade Tributária e o Redirecionamento da Execução Fiscal mediante o Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 18, p. 296-307, jan./dez. 2004.
- GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LEITE, José Rubens Morato e BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004.
- LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- MIRAGEM, Bruno. Critérios para a desconsideração da personalidade jurídica no regime do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao REsp 737.000/MG. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 80, p. 433-444, out./dez. 2011.
- MIRALÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 1, p. 183-206, jul./set., 1993.

NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: Teoria geral da empresa – direito societário*. V. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. V.1. São Paulo: Saraiva, 1979.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. V. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. Novos rumos do Direito Empresarial brasileiro: a Lei nº 12.529/2011 e a defesa da concorrência. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2013>>. Acesso em: 27 abr. 2013.

SANTIAGO, Edna Ribeiro. Desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário, 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5015>. Acesso em: 22 abr. 2013

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

TORRES, Heleno Taveira. Os limites da desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/consultor-tributario-limites-desconsideracao-personalidade-juridica>>. Acesso em: 26 abr. 2013.