

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS MODERNAS

Lorena Batista Maximo*

RESUMO

O presente artigo busca estudar a personalidade jurídica da sociedade empresária, definindo, inicialmente, a figura da pessoa jurídica e conseqüentemente a sociedade empresária como tal, os efeitos decorrentes desta personalidade jurídica, tais como sua titularidade negocial e processual, individualidade, responsabilidade patrimonial e modificação de sua ordenação interna e as conseqüências do abuso em nome da pessoa jurídica, ensejadores de responsabilidade pessoal dos sócios através do instituto da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pontuando suas características principais, causas ensejadoras, tutela jurisdicional, meios de prova, obrigações dos sócios, bem como a distinção desta de um outro instituto do direito empresarial, ensejador de reparação em caso de fraude, qual seja, o da responsabilização dos administradores.

PALAVRAS-CHAVE

OBRIGAÇÕES; PERSONALIDADE; SOCIEDADE; DESCONSIDERAÇÃO; SÓCIOS.

ABSTRACT

The present article searches for studying the juridical character of the entrepreneur society, defening the legal entity initially, and consequently the entrepreneur society as like, the decurrent effects of this juridical character, such as its business and procedural title, individuality, patrimonial responsibility and modification of its internal ordinance and the consequences of the abuse on behalf of the legal entity, of personal partner's responsibility through the doctrine of disregard of legal entity, pointing its main

* Advogada, mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos., professora de Direito Empresarial na UNIPAC *campus* Bom Despacho.

characteristics, jurisdictional guardianship, evidences, partners obligations as well as its distinction from another right enterprise institution, restoration attempt in case of fraud, which is the administrators' duty.

KEY-WORDS

OBLIGATIONS; PERSONALITY; CORPORATION; DISREGARD; PARTNERS.

1 INTRODUÇÃO

A idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

O Direito reconhece a personalidade não só aos seres humanos, mas igualmente aos entes morais, sejam os que se constituem de agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (sociedades e associações), sejam os que se forma mediante a destinação de um patrimônio para fim determinado (fundações), aos quais é atribuída com autonomia e independência relativamente às pessoas naturais de seus componentes ou dirigentes.

Contudo, inúmeros são os casos em que se aproveita da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas para atingir fim diverso do preconizado pela legislação, causando lesões à sociedade empresária e à coletividade. Assim sendo, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica visa inibir as fraudes e abusos que, através dele, são praticados.

1.1 PESSOA JURÍDICA

Pessoa jurídica é tudo o que, para além da pessoa natural, é reconhecido pelo Estado, como sujeito de direitos.

Para a constituição ou o nascimento da pessoa jurídica são necessários três requisitos: a vontade humana criadora, a observância das condições legais de sua formação e a liceidade de seus propósitos.

1.2 AS SOCIEDADES COMO PESSOAS JURÍDICAS

Conforme dispõe o artigo 44, inciso II, do CC, as sociedades são consideradas pessoas jurídicas de direito privado. São assim chamadas porque se originam do poder criador da vontade individual, em conformidade com o direito positivo, e se propõem realizar objetivos de natureza particular, para benefício dos próprios instituidores, ou projetadas no interesse de uma parcela determinada da coletividade.

As sociedades podem ser simples e empresárias. As primeiras recusam a organização empresarial de suas atividades, optando por uma organização pessoal, fora da lógica de mercado.

As sociedades empresárias distinguem-se das sociedades simples porque têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro previsto no artigo 967 do CC.

As sociedades empresárias se revestem em várias modalidades, que se distinguem em razão da responsabilidade pessoal e solidária de seus componentes, ou da limitação desta responsabilidade a determinado capital, em função dos valores econômicos com que seus componentes entram para o acervo comum, ou da associação do esforço individual de uns com a participação econômica de outros.

1.3 EFEITOS DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Decorre do documento escrito – contrato social ou estatuto – levado a registro a personalidade jurídica, gerando alguns efeitos que já foram mencionados anteriormente e que agora são mais bem desenvolvidos:

a- Titularidade negocial e processual

A sociedade, desde a inscrição de seus atos constitutivos, assume capacidade legal para adquirir direitos e contrair obrigações, podendo figurar, nas ações processuais, tanto no pólo ativo como no passivo, para a defesa de seus interesses. É a sociedade que adquire bens, contrata e realiza negócios, embora o faça mediante intervenção física de uma pessoa humana. A pessoa jurídica não possui membros ou características anímicas que lhe permitam expressar sua vontade à margem dos atos

humanos, por isso se obriga por ato de seus administradores, nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo (art. 47 do CC).

Embora a sociedade empresária faça negócios jurídicos pelas mãos de seu representante legal, é ela, pessoa jurídica, como sujeito de direito autônomo, personalizado, que assume um dos pólos da relação negocial. O eventual sócio que a representou no negócio jurídico não é parte, mas sim a sociedade.

b- Individualidade própria

Os sócios não mais se confundem com a pessoa da sociedade. Sendo assim, a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros.

c- Responsabilidade patrimonial

No direito brasileiro, as pessoas naturais e jurídicas, de forma geral e ordinariamente, possuem somente um patrimônio. Esse princípio denomina-se *unidade patrimonial do devedor*. Sendo assim, a pessoa jurídica possui patrimônio próprio, distinto do de seus sócios. É este patrimônio que se sujeita primariamente a responder pelas dívidas assumidas pela pessoa jurídica. Em algumas sociedades, o contrato prevê a responsabilidade dos sócios por saldos eventualmente existentes, mas esta será sempre de natureza subsidiária ou secundária, não se permitindo a execução de bens pessoais dos sócios antes da sociedade.

Em consequência de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios, respondendo com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. Os sócios, em regra, não responderão pelas obrigações da sociedade.

d- Possibilidade de modificação de sua ordenação interna, sua realidade societária

Nas sociedades limitada, anônima, em comandita simples e por ações e em nome coletivo seu objeto social, sua estrutura societária, com o ingresso de novos sócios ou a retirada de outros, seu endereço, capital etc.

2 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1 CONCEITO

No plano do Direito Societário, muito cedo alguns perceberam que poderiam utilizar-se da personalidade jurídica para a prática de atos ilícitos ou fraudatórios, lesando terceiros em benefício próprio.

Essa percepção foi aguçada quando o Estado criou hipóteses de limite de responsabilidade entre as obrigações da sociedade e as obrigações dos sócios, preservando o patrimônio desses, que não mais seriam chamados para responder, subsidiária ou solidariamente, pelas obrigações sociais, mesmo que os ativos sociais não fossem bastantes para resolver seu passivo.

O princípio da autonomia patrimonial pode ser manipulado na realização de fraudes, principalmente quando a pessoa jurídica é uma sociedade. Como sujeito de direito distinto, a pessoa jurídica pode servir de instrumento para fraudar o cumprimento da lei ou de obrigações. Transfere-se a titularidade de uma pessoa jurídica a obrigação que seria da natural que a integra ou de outra pessoa jurídica.

Por esta razão desenvolveu-se na doutrina estrangeira a chamada *doctrine of disregard of legal entity* – doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. A proposição, acolhida primeiro pelos tribunais e, depois, pelo legislador, permite que os efeitos de obrigações da pessoa jurídica sejam estendidos àqueles que, de fato ou de direito, sejam seus sócios, administradores ou sociedades coligadas.

A desconsideração é, pois, a reação do Direito contra a atitude da pessoa natural do sócio que, em proveito próprio, se valeu da pessoa jurídica para se esconder em atitude violadora da lei, em razão do que os bens pessoais do sócio não ficaram de fora da constrição judicial na execução movida contra a sociedade deixada sem acervo patrimonial apto a garantir seus débitos.

Permite tal teoria que o juiz, em casos de fraude e de má-fé, desconsidere o princípio de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros e os efeitos dessa autonomia, para atingir e vincular os bens particulares dos sócios à satisfação das dívidas da sociedade (*lifting de corporate veil*, ou seja, erguendo-se o véu da personalidade jurídica).

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação desenvolvem-se com contexto técnico preciso; não caracterizam revogação do princípio da autonomia patrimonial entre sócios e sociedade, nem mesmo revogação da limitação da responsabilidade do sócio ao valor do capital não integralizado, nas sociedades em que legalmente está estabelecida. Ele continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta.

A desconsideração incorpora o princípio da preservação da empresa, que é uma das maiores preocupações do Direito moderno, em virtude de sua relação com os fatos sociais, econômicos e políticos.

2.2 TUTELA JURISDICIONAL

A assimilação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro não se faz acompanhar de uma regulamentação no contexto processual em que poderia ser concretizada. A doutrina e a jurisprudência não se pacificaram até os nossos dias, havendo posições que afirmam desde a possibilidade do reconhecimento incidental, no curso do processo executório, em processo de falência, até posições que negam a possibilidade de deferimento liminar da medida, asseverando que somente poderá decorrer do processo de conhecimento. Esse quadro de incerteza espelha-se na própria jurisprudência das Cortes Federais, bastante conflitivas, determinando a insegurança jurídica entre os jurisdicionados.

Em tese, a situação mais segura para a desconsideração da personalidade jurídica, respeitando as garantias dispostas no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição da República, seria o provimento em processo de conhecimento, a partir de ação autônoma para a qual fossem citados aqueles cujo patrimônio particular se pretende a extensão dos efeitos de obrigação societária.

Há quem acredite que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser objeto de decisão em procedimento cautelar. Cito como exemplo o Agravo Regimental no Recurso Especial 422.583/PR, no qual a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça deixou claro que “a desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo que de forma implícita, passível de anulação”. (BRASIL, 2002)

Contudo, a situação mais habitual da desconsideração da personalidade jurídica é a execução de título extrajudicial ou judicial. Em tais circunstâncias, o entendimento dominante é o de que o juiz deferirá o pedido, mandando expedir o mandado de penhora sobre bens de terceiro, sobre cujo patrimônio foram estendidos os efeitos da despersonalização, permitindo-lhe a defesa da medida pela via dos embargos à execução.

Nesse sentido, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 499.884/PB, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, confirmou decisão que, em execução por título extrajudicial movida contra sociedade limitada, aceitou a constrição judicial de bens de um dos sócios. (BRASIL, 2003)

Ainda que se trate de decisão provisória, que apenas determina a penhora, deverá ser fundamentada em todos os seus aspectos: desde as razões que fundamentam a desconsideração, passando pela justificativa na determinação das obrigações e seus efeitos, bem como na identificação dos sócios ou administradores que responderão pessoalmente por aqueles efeitos das obrigações definidas. Somente assim se atenderá não só à exigência genérica de fundamentação das decisões judiciais, mas também à preservação do patrimônio individual, expressada em diversos dispositivos constitucionais: artigo 1º, II, III e IV, artigo 5º, II, XXII, XXXV e XXXVI, artigo 170, *caput* e inciso II.

2.3 PROVA

O credor da sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora.

A maior dificuldade do credor consiste na produção das provas de que o sócio da empresa devedora praticou ato com conduta faltosa, sendo que, nesse caso, o ônus da prova lhe incumbe e é condição *sine qua non* para que o juiz possa aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e admitir a penhora de bens particulares do sócio em dívida contraída pela sociedade.

A jurisprudência tem aceito com provadas aquelas hipóteses em que a empresa deixa de recolher os impostos devidos, o que enseja o descumprimento de lei, bem

como quando o sócio der causa ao encerramento da empresa em desacordo com a lei e seu estatuto social.

Outra hipótese ocorre quando o sócio emite título de crédito em nome da sua empresa em seu próprio benefício.

Outro exemplo aceito pelo Judiciário é aquele caso em que a sociedade é constituída de capital com a quase da totalidade das cotas por um sócio, sendo que o outro detém cota social mínima, às vezes, de valor desprezível.

Exemplificando, podemos destacar outros casos ensejadores da desconsideração da personalidade jurídica:

a- descapitalização de uma sociedade de responsabilidade limitada, transferindo-se o risco da empresa;

b- empréstimos dos sócios à sociedade limitada, de modo que, em caso de falência, se arvorem em credores daquela;

c- confusão entre os bens do sócio e da sociedade, em caso de execução contra a sociedade ou contra o sócio, de forma que possa sempre apresentar defesa com base na separação patrimonial;

d- contornar o sócio uma proibição de concorrência, por meio do uso da personalidade da sociedade que ele controla;

e- violação de restrição de distribuição de patrimônio social aos sócios, mediante expedientes condenados, tais como elevada remuneração de sócio como se fosse empregado, realização de gastos ruinosos ou elevados em proveito próprio etc.

2.4 DISTINÇÕES ENTRE DOIS INSTITUTOS: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA E RESPONSABILIZAÇÃO

Há na legislação, doutrina e jurisprudência verdadeira babel epistemológica acerca das hipóteses de aplicação e efeitos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, sendo esta diuturnamente confundida com a responsabilização dos sócios por ato *ultra vires societatis*.

Sendo assim, faz-se necessário uma distinção acerca dos institutos para melhor elucidação do tema.

Diferentemente do que ocorre na teoria da desconsideração, os casos de responsabilidade pessoal do administrador não representam uma quebra do princípio de separação entre a pessoa jurídica e os seus membros. Para se aplicar o instituto da responsabilidade, portanto, não é necessário ignorar a personalidade do ente abstrato.

A princípio a sociedade é responsável perante terceiros pelos atos praticados por meio de seus administradores, enquanto investidos na qualidade de titularidade dos órgãos. Na condução dessas funções é que se estabelecem as responsabilidades de seus titulares perante a própria pessoa jurídica, seja no contrato social ou estatuto. Este é o fundamento da responsabilidade dos administradores perante a companhia, na qualidade de titulares dos seus órgãos de administração.

Como se vê, o instituto da responsabilidade não implica a quebra do princípio da separação. Ao contrário, reafirma-a na medida em que seu fundamento repousa na exata distinção entre a sociedade e os seus sócios-gerentes. Para responsabilizar os dirigentes da sociedade, basta a prova de que eles não agiram em conformidade com seus deveres e encargos, causando prejuízos a terceiros ou, até mesmo, à sociedade. Essa responsabilidade não prescinde da sociedade, permanecendo ileso a sua personalidade, diversamente do que ocorre com a teoria da desconsideração.

Antes mesmo da recepção da Teoria da Desconsideração pelo nosso Código Civil, já existiam dispositivos legais que permitiam a responsabilização dos sócios ou administradores por atos de governança corporativa fraudulenta ou incondizente com os poderes auferidos no Contrato Social ou em documento apartado.

A antiga Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-Lei nº 2.627, de 1940) individualiza a responsabilidade de seus administradores quando agem com dolo, culpa ou com violação da lei ou dos estatutos (cf. art. 121). Por sua vez, o art. 158 do atual diploma das sociedades anônimas (Lei 6.404, de 15.12.76) dispõe, da mesma sorte, que o administrador responde civilmente pelos prejuízos que causar na gestão da empresa, quando proceder com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.

Logo após, foi a vez de o Direito Tributário reclamar maior rigor do legislador no combate às manobras fraudulentas perpetradas pelos administradores, na condução das empresas.

O art. 135 do Código Tributário Nacional buscou equacionar o tema, pessoalizando a responsabilidade dos administradores – quer se trate de diretores de

sociedade anônima, sócios-gerentes de limitadas ou gerentes de sociedades de pessoas jurídicas de Direito Privado (inc. III) – “nas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contato social ou estatutos”.

Apesar de haver entendimentos contrários, os dispositivos supra mencionados não envolvem qualquer quebra do princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa-membro, ou seja, não se trata de hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, mas, sim, de responsabilidade pessoal por ato próprio.

O primeiro diploma legal que incorporou a expressão “desconsideração da personalidade jurídica” foi o Código de Defesa do Consumidor, sendo também um dos responsáveis por fazer uma miscelânea dos institutos ora analisados, afastando ampla contribuição doutrinária sobre o tema, ao identificar como causas “o excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, sem levar em conta os pressupostos básicos para a configuração do instituto, quais sejam, a fraude ou do abuso de direito, primando pelo ineditismo tais como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Este texto legal incidiu no mesmo vício antes registrado nos primeiros ensaios da jurisprudência e da doutrina, a propósito da *disregard*, isto é, fazia conviver em uma só disciplina situações heterogêneas, muitas delas completamente estranhas à formação originária do instituto.

O Código Civil recepcionou o tema em seu artigo 50. Embora não se possa deixar de enfatizar o avanço legislativo com a inovadora previsão da *disregard* doctrine, já que este Diploma Legal rege as relações de Direito Privado em caráter geral, e a citada teoria estava restrita aos julgados dos Tribunais e a diplomas legislativos de Direito Privado de natureza especial, analisando-se tal dispositivo, pode-se perceber que a previsão da desconsideração da personalidade jurídica no novo CC, apesar dos esforços do seu relator, não revela um grau perfeito de desenvolvimento científico, já que não traz no seu bojo os pressupostos mais aceitos pelo pensamento doutrinário e uma fórmula com um grau genérico suficiente quanto à produção dos efeitos da desestimação da pessoa jurídica que atenda a todas as exigências da diversidade de situações em que a pessoa jurídica é desvirtuada.

Sendo assim, embora vários autores entendam que os dispositivos legais suso citados tratam do mesmo tema, qual seja, a desconsideração, não coadunamos do

mesmo entendimento, eis que na responsabilização dos sócios, administradores ou diretores da sociedade as conseqüências são diversas quando há a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, principalmente no tocante à assunção da responsabilidade do ato fraudulento ou ilícito, dirigida ao patrimônio pessoal dos sócios.

Gladstone Mamede (2004) entende se o ato de sócio resumiu-se ao investimento de capital para a produção de lucro ou se suas posições não foram acordes com as assumidas pela maioria, não coadunando com a administração que ao final, mostrou-se ilícita – por dolo (incluindo fraude, desvio voluntário, de finalidade, confusão patrimonial voluntária), culpa (má administração, desvio culposo de finalidade, confusão patrimonial culposa) ou abuso de direito (incluindo excesso de poder) – não poderá ser responsabilizado pela obrigação social, ainda que fruto de desconsideração da personalidade jurídica. Se o fosse, estaria caracterizada culpa pelo simples investimento, entendimento que não encontra base ou licença na Constituição da República.

Segundo ele a pretensão de fazer incidir os efeitos da obrigação sobre sócio minoritário que, de fato e de direito, não tinha como intervir na administração societária com eficácia, não sendo o responsável pelo mau emprego da pessoa jurídica é absurda. Para o jurista, dentro da lógica despropositada da jurisprudência trabalhista, comprar ações no Brasil seria um ato de loucura, pois o acionista com ínfima participação é sócio e, diante de uma quebra, poderia ser responsabilizado pelos créditos trabalhistas em aberto. (MAMEDE, 2004)

Em entendimento contrário o douto jurista Vinícius José Marques Gontijo afirma que a responsabilização

[...] atinge apenas e tão-somente aquele ou aqueles agentes do ilícito passíveis de serem responsabilizados (a sanção não passa do agente infrator da norma), no entanto, a desconsideração da personalidade jurídica, por ser decorrente da decretação da ineficácia da personalidade, atinge a todos: tanto o sócio majoritário quanto o minoritário; tanto o que tem poder de gestão quanto aquele que não o tenha, em suma: todos que estavam protegidos pela personalidade da sociedade. (GONTIJO, 2006)

Coadunamos com o entendimento último esboçado eis que, data vênua, Mamede (2004) incorre no mesmo erro de tantos outros juristas, ao confundir dois institutos distintos: a desconsideração e a responsabilização.

A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária somente poderá ocorrer diante da total impossibilidade de realização da norma jurídica por outros modos. Não cabe a desconsideração quando a lei responsabiliza os gerentes, administradores ou controladores de sociedades, tampouco quando as empresas integrantes de grupos econômicos, de fato ou de direito, coordenação ou subordinação, são proclamadas solidárias pela reparação de danos causados por uma delas. Nesse aspecto, é louvável a preocupação da Lei 8.884/94 (dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica) em separar a desconsideração da responsabilidade solidária, esta prevista no artigo 17 e aquela no artigo 18. Tal orientação não foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, onde num mesmo artigo são tratados sob o “manto” da superação da personalidade jurídica a responsabilidade do administrador por atos ilícitos, dos grupos econômicos, entre outras, situações totalmente estranhas à *ratio* da *disregard doctrine*.

Quando a lei brasileira impõe ao sócio, gerente ou administrador a responsabilidade por dívidas da sociedade, o faz porque uma das pessoas agiu de maneira contrária à lei ou ao contrato, mas como pessoa integrante da pessoa jurídica.

Não foi a pessoa jurídica que teve a sua finalidade desvirtuada, não foi a pessoa jurídica como ser que foi manipulada mas sim, o diretor, o gerente ou o sócio que, na sua atividade ligada à empresa andou mal.

Quando se fala, por outro lado, em desconsideração da pessoa jurídica, é porque a própria entidade é que foi desviada da rota traçada pela lei ou pelo contrato. A sociedade é utilizada em seu todo para mascarar uma situação, ela serve como véu para encobrir uma realidade.

Este é o mesmo entendimento de Luciano Amaro (1992) ao afirmar que, quando a lei trata de responsabilidade solidária ou subsidiária ou pessoal dos sócios, seja por obrigações da pessoa jurídica, não é necessário desconsiderar a empresa para imputar as obrigações aos sócios.

Verifica-se que vários estudiosos da teoria da desconsideração consideravam as hipóteses de responsabilidade dos sócios, gerentes ou administradores como de

desconsideração. É possível que alguns tenham sido tentados a adequar os dispositivos legais que versavam sobre responsabilidade civil por atos próprios aos princípios fundamentais da teoria da desconsideração. Tal posicionamento só veio a dificultar a aplicação da teoria da desconsideração no Direito brasileiro. A aplicação da desconsideração exige não só a prova do dano, como também a existência da fraude ou do abuso, enquanto na responsabilização, o responsável não se oculta através da personalidade da sociedade, ele responde por atos próprios como na prática de ilícito civil.

A teoria da superação autoriza o magistrado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ocorra um uso abusivo ou fraudulento de sua autonomia, e responsabilizar diretamente o culpado, preservando a sociedade e os outros sócios. A desconsideração será aplicada apenas nos casos em que a autonomia patrimonial foi instrumento propulsor da fraude; para as demais relações jurídicas, continuará a sociedade apta a exercer direitos e contrair obrigações.

Uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada foi constituída exclusivamente para suceder outra atuante no mesmo ramo de atividade, operando-se a sucessão de fato com transferência de todo o patrimônio societário, como ficou demonstrado pelas provas produzidas nos autos, notadamente a testemunhal. A sociedade sucessora, em execução movida por credores da sociedade extinta, alegou que os bens apreendidos para garantir a execução não pertenciam à pessoa jurídica, mas ao sócio majoritário, detentor de 90% do capital social. Sem a superação da personalidade da sociedade não seria possível o pagamento das dívidas aos credores, ficando estes prejudicados.

Rolf Serick (1996), sistematizador do tema da desconsideração da personalidade jurídica, considera que “a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente seus membros.”

A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária somente poderá ocorrer diante da total impossibilidade de realização da norma jurídica por outros modos. Não cabe a desconsideração quando a lei responsabiliza os gerentes, administradores ou controladores de sociedades, tampouco quando as empresas

integrantes de grupos econômicos, de fato ou de direito, coordenação ou subordinação, são proclamadas solidárias pela reparação de danos causados por uma delas. Nesse aspecto, é louvável a preocupação da Lei 8.884/94 (dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica) em separar a desconsideração da responsabilidade solidária, esta prevista no artigo 17 e aquela no artigo 18. Tal orientação não foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, onde num mesmo artigo são tratados sob o “manto” da superação da personalidade jurídica a responsabilidade do administrador por atos ilícitos, dos grupos econômicos, entre outras, situações totalmente estranhas à *ratio* da *disregard doctrine*.

Enfim, embora vise a amparar terceiros e à estrita observância da lei, coibindo os abusos e as fraudes através da pessoa jurídica, a gênese desses institutos revela fundamentos distintos: a responsabilidade lastra-se na dualidade entre os órgãos e seus titulares e está contida nos estatutos ou contratos sociais, enquanto a desconsideração fundamenta-se no princípio que veda o exercício abusivo dos direitos subjetivos de que decorre a relatividade do princípio da separação entre a pessoa jurídica e os seus membros.

Chegamos ao ponto se questionar acerca da real utilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica diante do equacionamento mais justo de responsabilizar apenas os gestores da fraude ou do ilícito e não toma uma gama de sócios, que talvez sequer tiveram conhecimentos de tais atos.

Ademais, o afastamento da autonomia patrimonial com a desconsideração fere a *mens legis* e traz insegurança jurídica àqueles que empreendem em um país de alto risco econômico.

Com a responsabilização dos sócios ou gestores da sociedade empresária não há tal risco, permanecendo a pessoa jurídica incólume, bem como sua autonomia patrimonial.

CONCLUSÃO

À luz do que se examinou, fica claro que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pode ser encarada como panacéia para atender a toda e qualquer situação. Preserva-se no Direito Brasileiro a regra geral da

distinção entre os patrimônios e, ademais, a ausência de responsabilidade subsidiária dos sócios nas sociedades em comandita simples (em relação aos sócios comanditários), sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações (excetuados os administradores). A descon sideração da personalidade jurídica é medida de exceção, a ser utilizada apenas em hipóteses específicas, quais sejam, dolo e fraude, desvio de finalidade, confusão patrimonial.

No entanto, é preciso redobrado cuidado com a aplicação do instituto. Um grande equívoco tornou-se endêmico no Direito Brasileiro, encontrando-se diversas decisões que afirmam a descon sideração da personalidade jurídica como efeito diretamente decorrente da inadimplência pela sociedade de suas obrigações, no que distanciam, em muito, da teoria que sustenta o instituto jurídico e, igualmente, das normas que hodiernamente lhe dão existência positiva.

O abuso do direito à limitação da responsabilidade pessoal, por sua vez, ocorre sempre que os sócios, imbuídos da condição de administradores, agem ilicitamente em prejuízo da sociedade ou de terceiros. Nesse caso, os sócios gerentes praticam atos que vão além dos poderes que lhes são conferidos pelos estatutos sociais ou contrários à lei, escudando-se por detrás da limitação de sua responsabilidade. Há abuso desse direito, portanto, quando os sócios praticam atos, na qualidade de gerentes da sociedade, visando obter vantagens para si ou para terceiros, na garantia de que não serão pessoalmente responsabilizados por tais atos.

Embora tenha sido classificado por alguns doutrinadores como hipótese autorizativa da descon sideração da pessoa jurídica, o abuso do direito de limitar a responsabilidade enseja a aplicação do meio repressivo próprio: o instituto da responsabilidade pessoal e direta dos administradores disciplinado pela legislação societária brasileira.

A confusão a respeito da aplicabilidade dos dois institutos reflete-se nos julgados pretorianos, que, muitas vezes, procuram coibir os abusos do direito à limitação de responsabilidade descon siderando a personalidade do ente social. Contudo, descon siderar a pessoa jurídica nas hipóteses em que se afigura aplicável a responsabilidade direta dos dirigentes da sociedade é incorrer em grave equívoco.

A despeito de ambos apresentarem a finalidade de obstar os abusos praticados através da pessoa jurídica, a teoria da descon sideração e o instituto da responsabilidade

dos administradores são dotados de fundamento e de mecanismos de atuação próprios, o que torna inapropriado o emprego de um pelo outro.

Enquanto a teoria da desconsideração da pessoa jurídica implica a quebra do princípio da separação de personalidade entre a pessoa jurídica e as pessoas naturais que a compõem, o instituto da responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes pressupõe a plena distinção e autonomia entre as referidas pessoas. Justamente por ser pessoa autônoma e distinta do ente coletivo, a cujo estatuto encontra-se vinculado, o administrador responde direta e pessoalmente pelos atos praticados com excesso de poder ou com infringência à lei, sem que, para tanto, seja necessária a desconsideração do ente coletivo.

Não se pode ignorar a personalidade da sociedade em toda e qualquer circunstância, mas somente diante das hipóteses que, excepcionalmente, tornem necessário o seu afastamento, por caracterizarem o abuso da estrutura formal. Caso contrário, aplica-se o instituto da responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes. Desse modo, estar-se-á respeitando o caráter excepcional da teoria da desconsideração e garantindo maior segurança àqueles que investem na constituição e desenvolvimento de entes personificados, devido à regulamentação mais precisa das hipóteses de responsabilidade dos administradores das sociedades pela legislação brasileira.

A desconsideração está diretamente ligada ao mau uso da personalidade jurídica pelo sócio ou pelo administrador, não prescindindo do aferimento de dolo, abuso de direito, fraude, dissolução irregular de empresa, confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Para aplicar o instituto, portanto, o Judiciário – atendendo ao comando do artigo 93, IX, da Constituição da República – deverá, obrigatoriamente, fundamentar seu ato, apontando fatos e provas que demonstrem estarem presentes as condições para desconsiderar a personalidade jurídica.

A aplicação desmoderada e generalizada do instituto conduz à transformação dos contextos societários em posição de alto risco. Desconsideração não é mera responsabilização dos sócios, mas responsabilização daquele ou daqueles, sócios ou não – como se verá -, que são responsáveis ativa ou omissivamente pelo mau uso da personalidade jurídica da sociedade.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6022*: informação e documentação: artigo em publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, 2003. 5 p.

_____. *NBR6023*: informação e documentação: elaboração: referências. Rio de Janeiro, 2002. 24 p.

_____. *NBR10520*: informação e documentação: citação em documentos. Rio de Janeiro, 2002. 7 p.

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 31, n. 88, p. 74, 1992.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Bookseller, 2001.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 422583/PR. Relator: Min. José Delgado. j.2002. Disponível no endereço: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200354575&pv=010000000000&tp=51>> . Acesso em: 20/08/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag. 499.884/PR. Relator: Min. Humberto Gomes De Barros. j.2003. Disponível no endereço: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200300059569&pv=010000000000&tp=51>> . Acesso em: 15/08/2007.

CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 528, p. 24, out. 1979

CEOLIN, Ana Carolina Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: RT, 2002, 95 p.

_____. *Curso de Direito Comercial*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2002, 466 p.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 492 p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, 500 p.

GONTIJO, Vinícius José Marques. Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v.854, dez. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, 1062 p.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 215 p.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989, 160 p.

LIPPERT, Márcia Malmann. *A Empresa no Código Civil*. São Paulo: RT, 2002, 192 p.

MAMEDE, Gladstone. *Direito Societário: Sociedade Simples e Empresárias*. v.2. São Paulo: Atlas, 2004, 673 p.

MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. v.3. Livro 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações*. v.2. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994, 391 p.

SERICK, Rolf. *Forma e Realtà della Persona Giuridica*. (Traduzione di Marco Vitale) Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1.966.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999, 183 p.

STAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 2, p. 71.

VAMPRÉ, Spencer. *Tratado Elementar de Direito Comercial*. v.1. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1921, 1.500 p.